

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Gabriela Mascarenhas Lasmar

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO A
PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA
SOLIDARIEDADE FAMILIAR**

Belo Horizonte

2021

Gabriela Mascarenhas Lasmar

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO A
PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA
SOLIDARIEDADE FAMILIAR**

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

Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L345A Lasmar, Gabriela Mascarenhas
Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar / Gabriela Mascarenhas Lasmar. Belo Horizonte, 2021.
193 f.

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

1. Brasil. [Código Civil (2002)]. 2. Direito das sucessões. 3. Herança e sucessão. 4. Autonomia privada. 5. Autonomia da vontade. 6. Direito de família. 7. Famílias. 8. Solidariedade. 9. Testamentos. 10. Liberdade de testar. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.65

Gabriela Mascarenhas Lasmar

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO A
PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA
SOLIDARIEDADE FAMILIAR**

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

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Prof. Dr. Calânico Sobrinho Rios

Prof. Dr. Rapahel Furtado Carminate

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza (Suplente)

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (Suplente)

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2021.

Dedico esta Tese aos meus pais, que sempre me apoiaram e incentivaram a conquistar meus sonhos. Dedico também a minha Tia Flávia, que sempre me encorajou a alçar voos mais altos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus. Em segundo, aos meus pais, que sempre me incentivaram e me apoiaram em todos os momentos da minha vida.

Ao meu orientador Professor Walsir Edson Rodrigues Júnior por sua paciência e por seus ensinamentos. Com você aprendi a ser coerente na construção de uma tese jurídica.

Aos queridos amigos Calânico Sobrinho Rios e Manoel Antônio Silva Macedo, que foram fundamentais durante a construção desta tese.

Ao meu irmão Jorge e a Rashmi pelo exemplo. A Shiva Maria por me mostrar a grande importância da descendência.

As minhas queridas tias Flávia, Aparecida, Cláudia e Eugênia, que sempre estiveram ao meu lado.

E ao meu grande amor Marcello, por me apoiar em meus projetos.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização dessa tese e, em especial, aos bibliotecários da PUC Minas Coração Eucarístico.

O interesse pelo futuro e bem-estar da prole é instintivo; observa-se na própria natureza. As melhores espécies vegetais desapareceriam, se não houvesse o cuidado com as sementes. As abelhas e as formigas trabalham e acumulam mais para a descendência do que para si próprias.

(MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**.
Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 22).

RESUMO

Este trabalho realizou um estudo crítico do instituto da legítima no Brasil a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar. Seu principal objetivo foi analisar se a legítima no Brasil, tal como é aplicada hoje, está em consonância com as transformações pelas quais passou a família brasileira nas últimas décadas. Pretendeu-se responder se o instituto da legítima deve permanecer no ordenamento jurídico da forma como consta no Código Civil de 2002. Para isso, a pesquisa teve como ponto de partida o princípio da autonomia privada e da solidariedade familiar. O trabalho foi redigido por meio do método bibliográfico. Para tanto, realizou-se uma retrospectiva histórica do Direito Sucessório no Ocidente, passando pela Antiguidade, Direito romano, germânico, Baixa Idade Média, Época Moderna, Direito português e o brasileiro. Em sequência, três sistemas sucessórios existentes no mundo foram mencionados: liberal, intermediário e conservador. Para isso, a pesquisa optou por escolher apenas um país como representante de cada sistema, tendo sempre o Brasil como referência: a França e o Brasil, do sistema legitimário conservador; Cuba, do intermediário; e a Inglaterra, do liberal. Procurou-se dar uma visão de como o Direito Sucessório é aplicado nesses países. Logo após, tratou-se do conceito da autonomia privada. E, em seguida, discutiu-se o princípio da solidariedade familiar e seus desdobramentos jurídicos. Por fim, demonstrou-se que é plenamente possível a conciliação da autonomia privada e da solidariedade familiar com a liberdade testamentária. Pelo exposto, concluiu-se que as novas configurações familiares clamam por mudanças no Direito Sucessório brasileiro. Ao final, propôs-se alteração legislativa.

Palavras-chave: Sucessão. Legítima. Herdeiros necessários. Testador. Liberdade testamentária. Autonomia privada. Solidariedade familiar. Direito sucessório francês. Direito sucessório cubano. Direito sucessório inglês.

ABSTRACT

This paper has conducted a critical study of the institution of the legitime in Brazil based on the principles of private autonomy and family solidarity. Its main purpose was to analyze whether the legitime in Brazil, as it is applied today, is in line with the changes that the Brazilian family has gone through in the last decades. It aimed to answer whether the legitime precept should remain in the legal system as it appears in the Civil Code of 2002. To this end, the research took as its starting point the principles of private autonomy and family solidarity. The work was written using the bibliographical method. To this end, a historical retrospective of Inheritance Law in the West was made, going through Antiquity, Roman and Germanic Law, the Late Middle Ages, the Modern Period, Portuguese and Brazilian Law. In sequence, three succession systems existing in the world were mentioned: liberal, intermediate and conservative. For this, the research opted to choose only one country as representative of each system, always having Brazil as reference: France and Brazil, of the conservative legitimate system; Cuba, of the intermediate; and England, of the liberal. The intention was to give an overview of how Inheritance Law is applied in such countries. Soon after, the concept of private autonomy was discussed. And then, the principle of family solidarity and its legal ramifications were discussed. Finally, it was shown that it is fully possible to reconcile private autonomy and family solidarity with testamentary freedom. From the above, it was concluded that the new family arrangements call for changes in Brazilian Inheritance Law. At the end, a legislative change was proposed.

Keywords: Succession. Legitimate. Forced portion. Forced heirs. Testator. Testamentary freedom. Private autonomy. Family solidarity. French inheritance law. Cuban inheritance law. English inheritance law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO OCIDENTE.....	14
2.1 Etimologia de sucessão.....	14
2.2 Origem do direito sucessório na Antiguidade e no direito romano....	15
2.3 Direito germânico.....	25
2.4 Baixa Idade Média e Época Moderna.....	28
2.5 Do direito português e as ordenações.....	31
2.6 Origem e nascimento do direito sucessório brasileiro.....	35
2.6.1 Da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 à publicação do Código Civil de 2002.....	40
3 SISTEMAS SUCESSÓRIOS EXISTENTES NO OCIDENTE: COMMOW LAW – INGLATERRA, ROMANO-GERMÂNICO – FRANÇA E BRASIL E ORIGEM SOCIALISTA – CUBA.....	46
3.1 Introdução.....	46
3.2 Do sistema legitimário conservador: Brasil.....	49
3.2.1 Da Constituição da República de 1988.....	49
3.2.2 Do direito sucessório brasileiro.....	49
3.2.3 Da vocação hereditária no Código Civil de 2002.....	50
3.2.4 Dos descendentes.....	51
3.2.5 Dos descendentes em concorrência com o cônjuge.....	52
3.2.6 Comunhão universal de bens.....	54
3.2.7 Separação obrigatória de bens.....	54
3.2.8 Regime convencional de separação de bens.....	56
3.2.9 Regime de comunhão parcial de bens.....	57
3.2.10 Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente.....	61
3.2.11 Dos ascendentes, em concorrência com o cônjuge.....	62
3.2.12 Do cônjuge sobrevivente ou companheiro.....	63
3.2.13 Dos colaterais.....	64
3.2.14 Do município, Distrito Federal ou União.....	65

3.3 Do sistema legitimário conservador: França.....	66
3.3.1 Do direito sucessório francês.....	66
3.4 Do sistema intermediário: Cuba.....	76
3.4.1 Do direito sucessório cubano.....	76
3.5 Do sistema liberal: Inglaterra.....	89
3.5.1 Do direito sucessório inglês.....	89
4 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA.....	100
4.1 Construção e influência do conteúdo da autonomia da vontade no direito sucessório a partir da filosofia kantiana.....	100
4.2 Um passo à frente da teoria kantiana.....	105
4.3 A contínua construção da autonomia e sua influência na pessoalidade.....	111
4.4 Autonomia privada na contemporaneidade.....	120
5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	133
5.1 Crítica aos fundamentos sobre a obrigatoriedade do instituto da legítima no direito sucessório.....	133
5.2 Origem do termo solidariedade.....	137
5.3 Princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro.....	143
5.3.1 Reflexão do direito fundamental de herança e o princípio da solidariedade no direito sucessório.....	150
5.4 Princípio da solidariedade e o seu impacto no direito sucessório.....	153
5.4.1 Aplicação do princípio da solidariedade pela jurisprudência no direito de família e sucessório.....	155
5.4.2 Conjugando o princípio da autonomia privada com o princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro.....	158
6 LEGÍTIMA, AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE FAMILIAR: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL.....	163
6.1 Livre disposição testamentária e a integração do princípio da solidariedade familiar e da autonomia privada.....	163
6.2 Modo de organização da família contemporânea e a efetivação do princípio da solidariedade intergeracional.....	165
6.3 A realidade econômica e social brasileira por meio de dados estatísticos e seu real impacto no instituto da legítima.....	169

6.4 Aplicação prática do princípio da solidariedade familiar e da autonomia privada em consonância com a liberdade testamentária.....	173
7 CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS.....	183

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende discutir o instituto da legítima no Direito brasileiro. Tema esse extremamente polêmico desde o período romano até os dias de hoje. Tem-se como objetivo analisar se o instituto da legítima no Brasil, tal como é aplicado atualmente, está em consonância com as transformações pelas quais perpassou a família brasileira nas últimas décadas.

O panorama atual não é favorável. A tendência, de uma forma geral no mundo, é a instituição da legítima em que, obrigatoriamente, há um percentual previamente reservado a determinados herdeiros denominados de herdeiros necessários no Direito brasileiro.

É longa a história a respeito da liberdade testamentária. Em cada época, conforme a sociedade e a cultura, esse instituto foi sofrendo transformações. Algumas vezes mais liberal, outras mais conservador, caminhando com a vida do homem. O desenvolvimento nunca foi linear e, sim, em idas e vindas. É sempre um longo processo até, efetivamente, a sociedade dar um passo à frente.

O Direito Sucessório é muito interessante e peculiar, pois está intimamente conectado com as questões materiais e afetivas do homem. Acarreta, inevitavelmente, impacto no Direito de Família, gerando ou não conflitos intermináveis. Em muitas situações o testamento é o instrumento adequado para evitá-los.

Os outros ramos do Direito, na maioria das vezes, exigem mudanças mais urgentes, enquanto o Direito das Sucessões, no transcorrer dos anos, é pouquíssimo modificado. A tendência é de pequenas alterações, isso, quando elas ocorrem.

O legislador brasileiro, tanto no Código Civil de 1916¹ como no Código Civil de 2002,² restringiu a autonomia do testador, uma vez que impôs a obrigatoriedade do instituto da legítima (parte pertencente aos herdeiros necessários). No Brasil, apenas haverá plena liberdade na confecção e no modo de dispor por testamento quando não houver herdeiro necessário.

Sílvio de Salvo Venosa³ indaga: “Sempre se questionou se o direito de dispor

¹ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1º ago. 2018.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 7, p.169.

do patrimônio após a morte deveria ser absoluto, ou se o testador deveria sofrer certas restrições”. E, prossegue, “[...] o testamento é instrumento que serve para levar após a morte do disponente tanto o amor como o ódio; tanto o reconhecimento como o desprezo”.

Registre-se, ainda, que se vive em um momento pela busca da valorização da autonomia privada. Sendo assim, é necessário discutir a legitimidade da intervenção estatal no modo em que as pessoas irão dispor de seus próprios bens após a morte.

Este trabalho tem como objetivo analisar se atualmente o instituto da legítima interfere de maneira inadequada na vida privada do sujeito.

Para atingir tal finalidade, pretende-se responder se o instituto da legítima, tal como consta no Código Civil de 2002, respeita os princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar. Para isso, tem-se como propósito analisar a conveniência ou não da manutenção do instituto da legítima no atual estágio da sociedade brasileira.

Para cumprir tal objetivo, primeiramente, será necessário perpassar pela parte histórica do Direito Sucessório no ocidente e no Brasil para que haja compreensão do contexto atual.

Em sequência, será abordado o Direito Sucessório em outros países. Para isso, serão utilizados o método bibliográfico e a comparação. No que tange a esta última é importante a seguinte observação:

A polêmica sobre a comparabilidade nos revela uma verdade importante. Há ordenamentos em que todo estudioso encontra elementos comparáveis, porque as suas soluções, e os seus caracteres, são similares. Há ordenamentos que (injustamente) pensou-se não serem passíveis de comparação, devido às imensas diferenças que os separam. A amplitude das distâncias que ocorrem entre os sistemas estudados pode variar. Isto fez opor uma macrocomparação (que se ocupa de sistemas pertencentes a famílias diversas) a uma microcomparação (que se ocupa de sistemas pertencentes a uma mesma família). Os instrumentos da comparação podem ser diferentes para uma e para outra: na macrocomparação, p.ex., não é sempre possível prever que as palavras de um sistema sejam traduzíveis na língua de outro, uma vez que frequentemente faltará o termo adequado.⁴

Esclarece-se ao leitor que, nesta pesquisa, será utilizada a macrocomparação, ou seja, de famílias diferentes:⁵ a) *commow law*: Inglaterra; b) romano-germânico:

⁴ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fredera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49-50.

⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23. (Coleção Justiça e Direito): “Limitar-nos-emos, de modo pragmático, a pôr sumariamente em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da *Commom Law* e família dos direitos socialistas. Esses grupos de direitos, porém, qualquer que seja o

França e Brasil; c) e o de origem socialista: Cuba. Ressalte-se que a comparação⁶ será sempre restrita ao objeto do Direito Sucessório, tendo o Brasil como referência.

A pesquisa tem como ponto de partida o princípio da autonomia privada. A discussão se inicia a partir da filosofia kantiana e seus desdobramentos até os dias de hoje.⁷ O pensamento kantiano tem o seu cerne na fundamentação da liberdade humana.⁸

Immanuel Kant⁹ discorre: “Ora, à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este, o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à ideia de todas as ações de seres racionais, tal como a lei natural está na base de todos os fenômenos”.

É o conceito de autonomia privada dentro da obrigatoriedade do instituto da legítima que se pretende discutir. Assim como o exercício do princípio da solidariedade familiar em face das novas configurações familiares e o seu impacto no exercício da autonomia patrimonial no ato da disposição testamentária no Direito brasileiro.

Por fim, serão apresentadas as conclusões.

seu valor e qualquer que possa ter sido a sua expansão, estão longe de dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo”.

⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6-7. (Coleção Justiça e Direito): “O direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento. O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar sua obra”.

⁷ Para Marcelo Campos Galuppo: “Considero Immanuel Kant (1724*-1804+) o maior filósofo do século XVIII, já que toda a filosofia moderna converge para sua obra e toda filosofia contemporânea parte dela”. (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.77).

⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.77.

⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 85. (Coleção A Obra-Prima de cada Autor).

2 RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO OCIDENTE

2.1 Etimologia de sucessão

A etimologia da palavra sucessão vem do latim *sucessione*. Há vários significados, como, por exemplo, transmissão de direitos ou encargos segundo certas normas; transmissão do patrimônio de um finado a seus herdeiros e legatários; descendência, prole.¹⁰ Para Pontes de Miranda:¹¹ “Succeder é vir depois, colocar-se após. Após no Espaço ou após no Tempo. No Direito, suceder é pospôr-se no Tempo”.

Carlos Maximiliano define:

Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas regulamentadoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.¹²

Carlos Roberto Gonçalves¹³ complementa: “[...] ao aludir à transmissão de *bens e obrigações*, Carlos Maximiliano enfatiza que a sucessão hereditária envolve a transferência, para o sucessor, do patrimônio do falecido, ou seja, tanto do ativo como do seu passivo”. Não há dúvidas sobre a grande importância do Direito Sucessório: o homem falece, mas seu patrimônio ativo ou passivo permanece gerando consequências jurídicas no mundo do Direito.

Nesse sentido, o Direito Sucessório “remonta à mais alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da religião e da família”.¹⁴

A liberdade de testar é constantemente alterada nos ordenamentos jurídicos no decorrer dos tempos consoante a influência cultural de cada época.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.1.898.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos testamentos**: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, v. I, p. 27. (Grafia conforme texto original).

¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v.1, p. 19.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 7, p. 20.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 7, p. 21.

2.2 Origem do direito sucessório na Antiguidade e no direito romano

Para tratar a respeito do instituto da legítima é necessário aprofundar e compreender os fatos históricos a respeito da evolução do Direito Sucessório no mundo ocidental e sua influência no Direito brasileiro. A parte histórica é de fundamental importância, pois ela esclarece o motivo pelo qual, hoje, o autor da herança que deixa herdeiros necessários tem a liberalidade de dispor somente de 50% de seus bens em testamento, no Brasil.

A liberdade testamentária vem sendo modificada nas sociedades ao longo do tempo conforme ocorrem mudanças na estrutura familiar e no direito à propriedade. Diante dessas transformações faz-se necessária uma retrospectiva histórica para que se possa compreender e questionar a atual legislação brasileira.

Pontes de Miranda¹⁵ afirma: “Em todos os povos a herança testamentária é posterior à legítima”.

John Gilissen explica:

[...] nas sociedades arcaicas e, dum modo mais geral, nas sociedades em que a solidariedade familiar constitui a base da organização social, não se admite geralmente que um acto de vontade individual faça sair uma coisa do patrimônio familiar; logo o testamento não existe neste tipo de sociedade.¹⁶⁻¹⁷

José Francisco Cahali complementa:

No início da socialização dos indivíduos, em tempos remotos, não existindo a propriedade individual, mas coletiva, em que grupos ou núcleos sociais eram titulares de bens, esvaziava-se o conteúdo do Direito Sucessório, na medida em que a morte de uma pessoa não alterava a situação jurídica do patrimônio.¹⁸

No princípio, prevalecia o matriarcado. Os bens herdados eram apenas os do lado materno. Os bens iam passando de uma geração a outra sempre pelo lado materno.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos testamentos**: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, v. I, p. 27.

¹⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 673.

¹⁷ Ao citar o autor John Gilissen, alerta-se que a tradução de seu livro é o português de Portugal, por isso o leitor encontrará algumas diferenças na grafia das palavras.

¹⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

De acordo com Carlos Maximiliano:

Surgiu, como núcleo familiar primitivo, o *matriarcado*. Só se conhecia, ou pelo menos *reconhecia*, o parentesco materno: a mãe, as irmãs, a avó materna; e assim se determinava a herança, isto é, pela linha feminina. Se os objetos eram de homens, cabiam às irmãs e a descendentes ou ascendentes destas. Como as mulheres é que amparavam e alimentavam os filhos, viam-se forçadas a apropriarem-se de certas coisas que passavam a possuir e transmitir a outras; porém a sucessão abrangia só os bens móveis; os imóveis eram da comunidade.¹⁹ (Grifos do original).

Hegels tratou a respeito da passagem sucessória do matriarcado para o patriarcado:

Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando à gens de seu pai. Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno. Não sabemos a respeito de como e quando se produziu essa revolução entre os povos cultos, pois isso remonta aos tempos pré-históricos.²⁰

Posteriormente, “os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando à gens de seu pai”,²¹ segundo Engels. Mais à frente ele prossegue:

O desmoronamento do direito materno, *a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo*. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heroicos e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma suprimida.²² (Grifo do original).

Consequentemente, Carlos Maximiliano adverte: “Com o advento do patriarcado inverteu-se a ordem de sucessão, foi para a linha masculina: a mulher era roubada, comprada ou herdada”.²³

No Código de Hammurabi (2000 a.C), o pai podia postergar o direito à sucessão

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v.1, p. 35.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 60.

²¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 59.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 61.

²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v.1, p. 35.

de seus filhos. Segundo Paulo Nader:²⁴ “Os bens doados à esposa, formalizadamente, não integravam o acervo hereditário e, por sua morte, não podiam ser reivindicados pelos filhos”. E, prossegue: “A mãe, neste caso, podia doar tais bens ao filho preferido, ficando impedida de aliená-los para terceiros”.²⁵

O Direito Sucessório, na Antiguidade, estava intimamente conectado à religião doméstica e à preservação do culto dos antepassados, o qual era responsabilidade do varão perpetuar. A mulher, ao se casar, adotava o culto da família de seu marido e, por conseguinte, rompia os laços com a sua família biológica.

Contudo, nem sempre a lei da Antiguidade atendia a todos. Havia situações em que, se a mulher fosse filha única, pela lei da época não haveria herdeiros e muito menos a continuidade do culto dos antepassados. Para esses casos, foram criadas algumas maneiras de se burlar a legislação da época. Nesse sentido, Numa Denis Fustel de Coulanges:

A necessidade de satisfazer a religião, combinada com o desejo de preservar os interesses da filha única, fez que se descobrisse outro subterfúgio. Sobre esse ponto, o direito hindu e o direito ateniense concordavam maravilhosamente. [...]

O costume era o mesmo em Atenas; o pai podia fazer continuar a sua descendência pela filha, dando-a a um marido com essa condição especial. O filho que nascia de tal casamento era considerado filho do pai da mulher; seguia o seu culto, assistia aos seus atos religiosos e mais tarde cuidava do seu túmulo. No direito hindu essa criança herdava do avô como se fosse seu filho; exatamente o mesmo acontecia em Atenas. Quando um pai tivesse casado a filha única da maneira como acabamos de descrever, seu herdeiro não era nem a filha nem o genro, mas o filho da filha. Assim que este alcançasse a maioridade, tomava posse do patrimônio do avô materno, ainda que seu pai e sua mãe estivessem vivos.

Essas singulares tolerâncias da religião e da lei confirmam a regra que indicamos acima. A filha não estava apta a herdar. Mas por um abrandamento muito natural do rigor desse princípio, a filha única era considerada um intermediário pelo qual a família podia prolongar-se. Não herdava; mas o culto e a herança se transmitiam por meio dela.²⁶

Tal situação pode ser atribuída à necessidade de perpetuação do culto da família e de seus bens. Para Clóvis Beviláqua,²⁷ o testamento devia ter aparecido pela necessidade de instituir uma pessoa que pudesse dar continuidade à família que

²⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7.ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p.17.

²⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7.ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7, p.17.

²⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 89-90.

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p.182.

estava ameaçada de se extinguir pela ausência de parentes. Nessa hipótese, seria admissível chamar um terceiro de fora para receber a herança. Em Roma, prevalecia essas ideias.

É importante observar o comentário de Carlos Maximiliano:

O interesse pelo futuro e bem-estar da prole é instintivo; observa-se na própria natureza. As melhores espécies vegetais desapareceriam, se não houvesse o cuidado com as sementes. As abelhas e as formigas trabalham e acumulam mais para a descendência do que para si próprias.²⁸

John Gilissen explica de onde vem a influência do Direito Sucessório:

O direito das sucessões, tal como está descrito no *Code Civil*, foi em larga medida inspirado no direito romano, sobretudo no direito do Baixo Império e da época de Justiniano. No entanto, numerosas instituições do antigo direito francês influenciaram certas partes do direito sucessório contemporâneo.²⁹

Flávia Lages de Castro complementa:

[...] os romanos utilizavam a expressão *succedere in ius* para designar a transmissão de todos os direitos e obrigações do defunto a uma outra pessoa, seu sucessor; usavam a palavra *hereditas* para indicar o processo dessa passagem e seu objeto (geralmente o patrimônio) e *heredis* para indicar herdeiro.³⁰

Nos primórdios, o Direito Romano era regido pela Lei das XII Tábuas. Segundo José Cretella Júnior:³¹ “A Lei das XII Tábuas, que é considerada pelos romanos como a fonte de todo o direito público e privado (*fons omnis publici privati que juris*’), oferece já algumas disposições sobre a sucessão legítima”. A sucessão, nessa época, estava baseada em dois princípios que regulamentavam a questão:

- a) *Se alguém morre sem testamento e sem deixar herdeiro seu, que o ágnato mais próximo tenha a sucessão (“Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto”).*
- b) *Se não tem ágnato, que os gentiles tenham a sucessão (“Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento”).*³² (Grifos do original).

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v.1, p. 22.

²⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.674.

³⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 107.

³¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 262.

³² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 262.

No Direito Sucessório, a Lei das XII Tábuas mencionava três ordens de herdeiros. De acordo com John Gilissen:

- os *sui heredes*: são todos os que se encontram sob a *potestas* do defunto e se tornam *sui iuris* pela sua morte: os filhos, masculinos ou femininos, do *pater familias*, a esposa sujeita à *manus* marital (porque *loco filiae*), eventualmente os netos, sempre que o pai tivesse morrido. Os filhos encontram-se em pé de perfeita igualdade: nem privilégio de masculinidade, nem direito de primogenitura.
- o *agnatus proximus*: na falta de *heredes sui*, é herdeiro agnado mais próximo, ou seja o parente mais próximo do *de cuius* por parte dos varões; os agnados distinguem-se dos cognatos que são os parentes pelo lado das mulheres;
- os *gentiles*, os membros da *gens*, ou seja, do grupo familiar em sentido lato, não são sucessíveis senão na falta das duas primeiras ordens. Os ascendentes são excluídos; o que é lógico, pois só os *sui iuris*, ou seja, os que já não têm ascendentes varões, podem possuir bens no sistema arcaico romano.³³

E, continua, Gilissen:

Este esquema de ordens vai subsistir até à época de Justiniano, no século VI, salvo algumas modificações originadas pelo desuso, pelo direito pretório ou por *senáctus-consultos*.

Os direitos dos *gentiles* caem em desuso nos finais da República, pelo séc. I a.C., pois a *gens* deixou então de desempenhar qualquer papel na organização social romana. Os direitos das gentes passam para o tesouro público, que recolhe as sucessões na falta de herdeiros, princípio que se reencontra no *Code Civil*³⁴ (art. 768).

Os pretores suprimiram as insuficiências e o rigor do sistema da lei das XII Tábuas, atribuindo a posse dos bens (*bonorum possessio*) a diversas categorias de pessoas para além dos *heredes sui* e do agnado: os filhos emancipados, os cognatos até o 6.º ou 7.º grau, o cônjuge sobrevivente, etc.

Quanto aos direitos de sucessão entre mãe e filho – inexistentes no sistema da Lei das XII Tábuas – foram introduzidos principalmente pelo *senáctus-consulto* Tertuliano (sob Adriano) que reconhece à mãe do *de cuius* um direito de sucessão desde que ela tivesse tido três (ou quatro) filhos, e pelo *senáctus-consulto* Orficiano (179 d.C.) que chama os filhos à sucessão da sua mãe antes dos agnados.³⁵

É importante esclarecer que, “a princípio, em Roma, somente o sucessor do *pater familias* tinha direito, porém, com as mudanças estruturais pelas quais passaram não somente a família romana, mas a sociedade como um todo, essa questão tornou-se mais complexa”.³⁶

³³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 674-675.

³⁴ O *Code Civil* que o autor está se referindo é o Código Civil de 1804 da França.

³⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 675.

³⁶ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 107.

Clóvis Beviláqua exemplifica:

E foi justamente essa afeição pela família, que veio dar nascimento á liberdade testamentária dos romanos, segundo pensam o citado Summer Maine e o preclaro Jhering, porque facilitou ao pae chamar, a sua sucessão, o filho emancipado, que a lei excluía da primeira ordem successoria. A emancipação que o pae concedia ao filho só pôde ser tida como uma carinhosa distincção de que nem todos eram merecedores; mas tinha uma consequência amarga essa distincção, porque, retirando o filho de sob o pátrio poder, deslocava-o, do mesmo golpe, da classe dos *heredes sui*. Era, portanto, necessário oppôr um remédio a tal inconveniente, e esse remédio foi a liberdade de testar.

O neto nascido de uma filha, essa mesma filha, desde que, pelo casamento, se submettia á manus maital e outras pessoas conjunctas pelo sangue, em favor das quaes o affecto paterno devia crescer à proporção que se dissolvia o rígido familismo de character religioso, estavam excluídas da ordem dos *heredes sui*, e da ordem dos agnados. Com a liberdade testamentaria, porém, era possível abrandar o rigor da lei, fazendo a distribuição da fortuna, segundo o grau da afeição.³⁷ (Grafia conforme texto original).

José Carlos Moreira Alves comenta:

[...] durante a evolução do direito romano, êsses herdeiros variaram, tendo em vista a circunstância de que o fundamento pelo qual se dava a delação da legítima da herança era a afeição, decorrente do parentesco, que se presumia existir entre o *de cuius* e a pessoa que iria sucedê-lo.³⁸ (Grafia conforme texto original).

Justiniano realizou a grande reforma do direito de sucessão *ab intestato* com as Novelas 118 (em 543 d.C) e 125 (em 548 d.C).³⁹ John Gilissen explica:

Estas duas Novelas ordenam os herdeiros legítimos em quatro classes, vindo qual à sucessão na falta da anterior:

- os descendentes, estejam ou não sob a *potestas* do seu ascendente. A representação é admitida: os netos, filhos de um pré-falecido, são admitidos à sucessão em concurso com os seus tios e tias;
- os ascendentes e os colaterais privilegiados, ou seja, os irmãos e irmãs germanos do *de cuius* (ou os seus filhos, por representação), tanto na linha paterna como na materna;
- os irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos;
- os outros colaterais, o cônjuge sobrevivente pode receber a sucessão. Por fim, o fisco tem direitos sucessórios sobre os bens vacantes.

Em cada classe, os herdeiros são chamados à sucessão pela proximidade do grau: um parente de um grau mais próximo exclui um parente de grau mais afastado. Os graus são calculados contando o número de gerações que separam cada um dos dois parentes do seu antepassado comum.⁴⁰

³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 184-185.

³⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 404.

³⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 675.

⁴⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 675.

A Novella 118 estabeleceu direito hereditário ao cônjuge supérstite para os casos em que não houvesse descendentes, ascendentes ou colateral até o sétimo grau. Ademais, a forma como os romanos contavam o grau de parentesco é ainda a mesma que se utiliza nos dias de hoje. Já no que tange ao cômputo do grau de parentesco do Direito Canônico, Gilissen⁴¹ nos informa que era aplicado somente para fins de proibição de casamento entre parentes. A sucessão necessária formal passou por várias mudanças desde o *ius civile* antigo. Ela consistia na deserdação do herdeiro desde que observassem os seguintes princípios:

- a) que a deserdação (*exhereditio*) figurasse no testamento;
- b) que ela se fizesse em termos sacramentais (*exheres esto*; ou *exheredes sunto* – que seja deserdado; que sejam deserdados, conforme fosse um o deserdado, ou vários);
- c) que a deserdação dos filhos fosse feita nominalmente (*nominatum* – por exemplo: *titus filius meus exheres esto* – que o meu filho Tício seja deserdado); já a dos outros *sui* (assim as filhas, os netos, as netas) podia ser feita em conjunto (por exemplo: *ceteri omnes exheredes sunto* – que todos os restantes sejam deserdados); e
- d) que a deserdação dissesse respeito a toda a herança.⁴²

Logo, conclui-se que excluídos os *sui*, o *pater familias* podia instituir um terceiro de fora dos laços familiares, para receber a herança. É claro que a lei da época era cheia de particularidades, por exemplo, caso o *pater familias* não instituísse herdeiros os *sui* e nem os deserdasse.

Contudo, não é pertinente para esse texto aprofundar as regras específicas do *ius civile* antigo. Interessantes são os dizeres de José Carlos Moreira Alves no que tange à liberdade de testar no *ius civile* antigo. Para ele, “entre os romanistas há muita controvérsia sobre a origem da sucessão necessária formal no antigo *ius civile*”.⁴³ José Arias Ramos⁴⁴ informa que as opiniões se dividem em duas, diametralmente opostas:

⁴¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 676: Neste sistema, ou dois parentes se encontram a distância igual do antepassado comum, sendo então o cálculo feito a partir de um dos dois parentes até ao autor comum, sendo então o cálculo feito a partir do parente mais afastado. A base deste sistema é o *ius sanguinis*: os irmãos do defunto encontram-se no primeiro grau, bem como os pais, em razão da *unitas carnis*, a unidade da carne.

⁴² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 419.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 421.

⁴⁴ ARIAS RAMOS, José. **Derecho romano**: apuntes didacticos para um curso. 4. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19-], p. 591-592: “Para unos, lãs exigências del *ius civile* son supervivências meramente formales de um primitivo régimen en el que no existía libertad de testar para lós que tenían *sui*. En tal sentido, la sucesión necessária formal es el puente de paso a la libertad de testar. Otros aceptan la explicación apuntada por algún jurisconsulto romano: la situación primitiva de comunidad familiar que hacía que lós *sui*, más bien que adquirir, ló que hacían era continuar en el disfrute de um patrimônio en el que habían participado como miembros de la domus. Cuán natural aparecía su condición de heres a lós romanos antiguos, ló evidencia la manera de referirse a ellos lãs XII Tablas en

a) segundo alguns romanistas, primitivamente o *pater familias* que tivesse *sui* não possuía liberdade de testar: assim, a admissão de formalidades para deserdar os *sui* foi o meio que lhes possibilitou libertar-se dessa limitação; bastava observá-las, para que pudesse testar em favor de qualquer pessoa; e b) para outros autores, deu-se justamente o inverso: de início havia ampla liberdade para testar, mas como os romanos (e os textos demonstram) consideravam os *sui*, ainda em vida do *pater familias*, como se fossem condôminos do patrimônio familiar, surgiram as formalidades necessárias à deserdação a fim de que servissem de freio a essa liberdade de testar do *pater familias*, pois, estando ele obrigado a aludir expressamente no testamento à deserdação, possivelmente ponderaria mais – do que faria se bastasse a simples omissão dos *sui* – antes de tomar resolução de tal gravidade.⁴⁵

É importante ressaltar que o próprio autor informa que essas teses são meramente conjecturais. As hipóteses apresentadas estão conectadas às teorias originárias *causa mortis* romanas que cada um adota.⁴⁶

O testamento foi uma invenção romana, entretanto, no começo era malvisto, mas, com o decorrer do tempo, aos poucos, foi sendo aceito pela sociedade, desde que respeitadas determinadas regras.⁴⁷

Ademais, segundo Carlos Maximiliano: “O direito de dispor da própria fortuna por um ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo à medida que a pessoa se afirmava em face da família e do grupo étnico”.⁴⁸

Em seguida, o Direito Romano passou pela sucessão necessária formal no *ius honorarium*, também cheio de particularidades e regras próprias. Após, houve a sucessão necessária formal no Direito justiniano. Nesse sentido:

Justiniano, além de admitir a validade da fórmula de deserdação em que o testador não empregasse a palavra *exhères* (deserdado), aboliu a distinção de tratamento decorrente do sexo, estabeleceu a necessidade de o testador deserdar *nominatim* (nominalmente) qualquer dos seus descendentes, ainda que emancipados.

Por outro lado, se o testador fôsse a mãe ou um ascendente do lado materno,

la sucesión abintestato y la necesidad de lãs exigências apuntadas para que el pater pueda privarlos de tal caráter, formalidades, la necesidad de cuya observância haría más meditada una tan grave resolución. Por outra parte, sea la sucesión necesaria formal Portillo abierto a la libertad de testar desde una época en que tal libertad no era reconocida a lós que tenían sui, sea, por el contrario, cortapisa impuesta como dique a abusos de un régimen anterior de libertad, resulta también difícil explicar algunas particularidades, como la diferencia exigida para desheredar a los sui varones de primer grado y a los demás, y los distintos efectos de la preterición de unos y otros y de los póstumos de cualquier clase. La idea de que las hijas no podían ser nunca jefes de familia y la de que los nietos hubieran quedado bajo la potestas del padre si hubiera este vivido, debieron influir en esta diferencia de trato”.

⁴⁵ ARIAS RAMOS, José. **Derecho romano**: apuntes didacticos para um curso. 4. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19-], p. 591-592.

⁴⁶ ARIAS RAMOS, José. **Derecho romano**: apuntes didacticos para um curso. 4. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19-], p. 591.

⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 27.

⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 27.

a preterição do filho ou do descendente não acarretava a nulidade do testamento, porquanto se entendia que houvera deserdação tácita.⁴⁹

Na sucessão necessária material, era exigido apenas o cumprimento das formalidades legais. Uma vez cumpridas, o testador tinha a possibilidade de deserdar os parentes mais próximos. Com o passar do tempo, nos fins da República, passam a ser malvistas pela sociedade os testamentos que deserdavam sem um justo motivo dos entes da mesma família.⁵⁰ “E isso porque, nessa época, já predominava o princípio de que o testador tinha o dever de afeição (*officium pietati*) a eles; daí dizer-se que o testamento, que contivesse tais deserdações, era *inofficiosum* (inoficioso, isto é, contrário ao *officium pietatis*)”.⁵¹ Em consequência, “começou-se a admitir, então, que esses parentes que o testador havia deserdado pudessem atacar o testamento, por meio da *querela inofficiosi testamenti*, perante o tribunal dos centúvirov”.⁵²

Justiniano aumentou a legítima em algumas situações a um terço ou a metade da parte do herdeiro. Sendo assim: “O direito romano clássico acabou por proteger os filhos e os ascendentes contra o abuso da deserdação: estes tinham direito, enquanto herdeiros legitimários, ao quarto da sua parte hereditária *ab intestato* (a quarta legítima)”,⁵³ bem como “se um herdeiro legitimário era privado de seu quarto, podia fazer anular o testamento pela *inofficiosi testamenti*”.⁵⁴

No início, para a propositura da *querela inofficiosi testamenti* eram exigidos certos requisitos que mudavam ao arbítrio de seus julgadores, entretanto, com o passar do tempo, e antes de Justiniano, padronizaram-se:

- a) podiam intentá-la os descendentes ou ascendentes do testador que, se não houvesse o testamento, seriam chamados à sucessão *ab intestato*; [...];
- b) utilizava-se *querela inofficiosi testamenti* quando o testador não deixava no testamento, a esses parentes, uma quota da parte da herança que lhes caberia se a sucessão fosse *ab intestato*; essa quota (*portio debita ou legitima*) foi fixada, no período clássico, por aplicação analógica da lei Falcidia⁵⁵ relativa aos legados, em um quarto dos bens – calculado sobre o

⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 423-424.

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 424.

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 424.

⁵² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 424.

⁵³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 692.

⁵⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 692.

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 478: “Surgiu, finalmente, em 40 a.C., a *Lex Falcidia*, que permaneceu em vigor inclusive no tempo de Justiniano. Por ela, o testador somente podia dispor, para legados, de três quartos da herança, cabendo a quarta parte restante (a chamada *quarta Falcidia*) ao herdeiro testamentário. Se os legados excedessem as três quartas partes da herança, o excedente – segundo a opinião dominante – era nulo *ipso iure* (automaticamente), sendo todos os legados reduzidos proporcionalmente ao seu valor, para que o total

patrimônio líquido do testador no momento de sua morte – que o herdeiro receberia se a sucessão fôsse *ab intestato*”;

c) é certo que essa quota só era devida ao herdeiro legítimo se o testador não tivesse motivos para deserdá-lo; e o testador podia, se quisesse, expor, no testamento, essas razões, cabendo, então, ao herdeiro provar, na *querela inofficiosi testamenti*, que os motivos eram inverídicos, e que, portanto ele era digno de receber a *portio debita*;

d) o julgamento favorável ao herdeiro legítimo, na *querela inofficiosi testamenti*, implicava reconhecer que o testador praticara *iniuria* contra aquele, motivo por que só se admitia a propositura da *querela* quando o prejudicado não dispusesse de outro meio (assim, por exemplo, através de um legado que lhe fora deixado no testamento, ou de uma doação *mortis causa*) para receber integralmente a *portio debita*; demais, se julgada improcedente a *querela inofficiosi testamenti* (por exemplo, por ter havido motivo justo para a deserdação), o herdeiro sofria a pena de indignidade; e

e) *testamenti a querela inofficiosi* prescrevia em cinco anos, a partir da data do falecimento do testador.⁵⁶

Tendo em vista a existência de duas modalidades diferentes de sucessão, a Novella 115 inovou ao introduzir a fusão da sucessão necessária formal com a sucessão necessária material.⁵⁷ Simplificando-se, assim, as regras do Direito Sucessório romano.

No que tange à questão testamentária romana, John Gilissen escreve:

O direito romano atribui uma grande importância ao testamento, a ponto de a literatura jurídica da época clássica em matéria de sucessão ser quase exclusivamente consagrada ao testamento, não se ocupando senão muito acessoriamente da sucessão *ab intestato*. Certos historiadores do direito veem aí, segundo parece sem razão, um traço particular do direito romano; os Romanos teriam conhecido sempre o testamento, mesmo nas épocas mais antigas da sua história e isto ao contrário de outros direitos arcaicos. Certas formas de testamento romano remontariam aos Etruscos.

[...]

O elemento essencial de todo o testamento romano é a instituição de herdeiro (*institutio heredis*): o testador devia designar expressamente uma ou mais pessoas chamadas a receber o seu patrimônio, ou seja, o conjunto dos seus bens; podia acessoriamente encarregar os herdeiros instituídos da execução dos legados a favor de terceiros. Efetivamente, se tinha feito um testamento, a totalidade da sucessão era devolvida ao herdeiro ou herdeiros instituídos, ficando a seu cargo executar os legados; pois ninguém podia morrer em parte testado e em parte intestado.⁵⁸

não ultrapassasse aquele limite. Para o cálculo da *quarta Falcidia* era levado em consideração o valor líquido da herança no momento da morte do testador (excluídas, portanto as dívidas, as despesas de funeral, os escravos manumitidos (*que tem carta de alforria – comentário da autora*) no testamento) e, imputado, nessa quarta parte, tudo aquilo que o herdeiro recebera do testador com a determinação de que integrasse *quarta Falcidia* (assim, por exemplo, doações que o testador, em vida, lhe fizera)”.
⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 427.

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 424. (Nota de rodapé n. 2.227 do original).

⁵⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 690.

Não há dúvidas que a *querela inofficiosi testamenti* instituiu a legítima no Direito Romano e persistiu até os dias de hoje. É claro que cada cultura, de diversos países, de acordo com a sua história, foi moldando esse instituto conforme a sua conveniência e necessidade.

O Direito Sucessório ocidental sofreu grande influência do Direito Romano e germânico. Por isso, este será tratado no próximo tópico.

2.3 Direito germânico

A queda do Império Romano do Ocidente não aconteceu por acaso e, sim, fruto da enorme extensão territorial e da grande dificuldade em manter sua unidade. Ademais, “foi um período de crise social, econômica e política. O Império, com sua burocracia e seu exército, já não se sustentava. Houve uma barbarização crescente e cotidiana, não apenas pelo número de povos que ocuparam o território (que segundo alguns não chega a ser tão expressivo) como também pelo abandono do padrão clássico de vida civil”.⁵⁹

“Carrega o povo visigodo toda a tradição de ascendência germânica, que em nada se assemelha ao grau de civilização das instituições romanas, as quais constituíam a marca e o orgulho da *urbs* imperial.”⁶⁰

Devido à escassa informação, a história do Direito germânico é pouco conhecida. Não há, a princípio, nenhum vestígio da existência de sucessão testamentária. A sucessão era regida pelos costumes.⁶¹ Nesse sentido:

Não obstante, a despeito da aspereza do trato na condução de seu agir, resultado da própria luta por uma sobrevivência árdua e espinhosa, tinham os visigodos, como característica comum destes povos germânicos, um sentimento arraigado pelos costumes, que bem conservavam, e que de pai para filho faziam empenho em transmitir.

[...] A ideia de preservação da paz (*fridr*), da família (*sippe*), a qual compreendia tanto os parentes de sangue como os descendentes em linha masculina de um tronco paterno comum, encontrava-se ínsita na consciência de cada um, como sempre ocorrera, desde tempos mais remotos, entre os integrantes do mesmo clã.⁶²

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

⁶⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97-98.

⁶¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 677.

⁶² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

Fazia parte dos costumes enterrar os mortos com os seus objetos pessoais (roupas, ornamentos e armas). Havia casos em que os objetos pessoais eram incinerados com o corpo.⁶³

John Gilissen⁶⁴ nos recorda que: “[...] em certos costumes hindus, as mulheres e os escravos eram queimados com o morto, ainda no século XIX. Em caso de enterro, os bens móveis são enterrados com o corpo”. E, prossegue:

No entanto, numa certa época – impossível de determinar – parece que os homens se deram conta da perda económica a que dava origem um tal costume. Foi assim, no primeiro século da nossa era, o direito deixou de atribuir a totalidade dos bens ao morto. Uma parte, em geral um terço, é enterrada com o morto; o resto vai para os seus herdeiros: talvez para a viúva e outro terço para os filhos. Esta divisão tripartida encontra-se ainda nos Eslavos no séc. X: um terço para a família, um terço para o morto (vestes, ornatos) e um terço para festejar o dia da cremação.⁶⁵

Luiz Carlos de Azevedo segue em suas explicações:

Por isso, embora individualistas, por natureza, traziam impregnado em suas consciências este sentimento coletivo e igualitário de proteção ao grupo, para que não se perdesse o propósito maior de manutenção da paz; violá-la – acreditavam – seria atentar contra os interesses da *sippe* (família), seria incidir na mais grave falta conhecida nas primitivas instituições germânicas, seria receber, por consequência, a repressão mais severa, equivalente à pena capital: o culpado era banido da comunidade.⁶⁶

O direito dos povos germânicos era pautado, principalmente, nos costumes, ou seja, consuetudinário (não eram escritos). Entretanto, ao citar povos germânicos se faz referência a vários povos com costumes semelhantes, parecidos, mas não iguais. Nesse sentido, cada tribo tinha sua própria tradição, por isso é forçoso dizer em direitos germânicos como se houvesse à época uma padronização de costumes aplicados igualmente a todos.⁶⁷

Segundo Flávia Lages de Castro, quando os povos germânicos invadiram o

⁶³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 677.

⁶⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 677.

⁶⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 677.

⁶⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

⁶⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 128.

Império Romano:

[...] algumas tribos estabeleceram-se como reinos e, algumas delas, para um melhor controle da população romana conquistada, portanto diferente e acostumada com direito escrito, perceberam a necessidade de confeccionar um direito escrito. Outros reinos optaram por manter a qualquer custo seus costumes e, portanto, a sua legislação. Estes são chamados de Direitos das Monarquias Germânicas. É o início do Direito Medieval, a entrada do elemento germânico na feitura do direito deste período.⁶⁸

Os germanos não impuseram suas leis aos romanos. Cada tribo era julgada conforme a sua própria lei. O burgúndio era julgado segundo a tradição burgúndia; o visigodo de acordo com a sua legislação; o romano pela *Lex Romana*. Isso foi denominado de “Personalidade das leis”.⁶⁹

“Os Germanos, tal como qualquer outro povo arcaico, não conheceram o testamento. *Nullum testamentum* entre os Germanos; não se encontra também testamento entre os Francos, os Saxões ou os Alamanos”,⁷⁰ nesse sentido informa John Gilissen, e ainda adiciona:

Mas noutras regiões, sobretudo no sul da Europa, as populações romanizadas continuaram, em virtude da personalidade do direito, a utilizar o testamento, o que exerceu uma certa influência nas populações de origem germânica, nomeadamente os Visigodos e os Burgúndios. Mas, finalmente, pelos séculos IX e XI, o testamento parece ter desaparecido quase completamente no Ocidente.⁷¹⁻⁷²

⁶⁸ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.126.

⁶⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 129.

⁷⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 690.

⁷¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 690.

⁷² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 690-691, prossegue: “Para suprir a ausência de testamento, os povos germânicos imaginaram, na Idade Média, diferentes processos novos. 1) Os pactos sucessórios, pelos quais uma pessoa dispõe dos seus bens em vida, suspendendo, no entanto, a execução da alienação até ao momento da sua morte (doações mútuas entre esposos, doação *post obitum*, chamada das filhas à sucessão, etc). 2) A partilha pelo ascendente, pela qual este determina, em vida, as partes que hão-de-caber a cada um dos seus herdeiros. 3) O *gairethinx* (ou *thingatio*), espécie de instituição de herdeiro feita em assembleia pública (*thing*), que se encontra entre os Lombardos; parece-se com uma adopção, enquanto cria uma filiação fictícia; de resto, a superveniência de um filho faz desaparecer os efeitos do *gairethinx*, do mesmo modo que a ingratidão, se esta corresponde às condições que permitem a deserção de um filho legítimo. 4) A “afotomia” é uma instituição dos Francos, longamente descrita na Lei sálica sob o título *De adfathamire*; na Lei ripuária ela toma a forma de *adoptio in hereditate*. O disponente faz comparecer um terceiro perante o *mallus*, transmitindo-lhe simbolicamente o seu patrimônio ao atirar-lhe uma palha. O disponente desfaz-se assim irrevogavelmente do seu patrimônio, pelo que se trata de um testamento. O terceiro toma posse dos bens, instalando-se na casa do disponente e comendo aí juntamente com três hóspedes. Doze meses depois (provavelmente a partir da morte do *de cuius*), o terceiro entrega os bens às pessoas designadas expressamente pelo disponente. Esta instituição faz pensar no testamento romano *per aes et libram*; com efeito, ela apresenta-se como uma alienação fictícia dos bens

Conclui-se que o Direito Romano não deixou de ser aplicado. “Foi amplamente utilizado o Princípio da Personalidade das Leis por meio do qual o Direito Romano era empregado para os romanos e o Direito germânico para as tribos invasoras.”⁷³ Dessa forma, a Europa Ocidental, variando de um lugar para o outro, em maior ou menor grau, continuou sendo fortemente influenciada pelo Direito Romano.

Observa-se a grande inteligência exercida pelos germanos, pois ao respeitarem as leis das tribos invadidas conseguiram continuar exercendo o seu domínio perante o povo romano.

No próximo tópico, será analisada a evolução sucessória do período da Baixa Idade Média e a Época Moderna.

2.4 Baixa Idade Média e Época Moderna

O testamento praticamente deixou de existir no Ocidente nas épocas carolíngia e feudal.⁷⁴ Por outro lado, as doações eram consideráveis; “mas enquanto o testamento é por essência, revogável, as doações eram irrevogáveis. O testamento reapareceu nos finais do século XI e, sobretudo, no século XII; a partir do século XIII encontram-se muitos testamentos nas cidades e, mais tarde, no campo”.⁷⁵ As causas para o reaparecimento dos testamentos são muitas, segundo John Gilissen:

[...] desenvolvimento de uma sociedade mais individualista, rompendo os quadros rígidos da solidariedade familiar e do feudalismo; desenvolvimento de uma riqueza mobiliária entre os mercadores das cidades nascentes; influência das cruzadas;⁷⁶ influência do direito canônico.
[...]

(c.f. o *familiae emptor* romano), com a obrigação para o terceiro de transmitir os bens a uma pessoa determinada. A afatomia desaparece muito rapidamente; ainda se encontram alguns vestígios dela no séc. VIII, mas não já na época carolíngia. Talvez (embora isto seja duvidoso) a função do intermediário se reencontre na função atribuída ao *ellemosynarius* (= esmoler), ou seja, ao executor testamentário da Baixa Idade Média”.

⁷³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 135.

⁷⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 691.

⁷⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 691.

⁷⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 691: “A influência das cruzadas nota-se mesmo na evolução das doações. Se antes se conhecia já a doação *post obitum*, ou seja, com a condição suspensiva da morte do donatário, vê-se aparecer na época das cruzadas a condição resolutiva *si obiero*: o cruzado, no momento da partida, dava certos bens a terceiros, mas a doação não se tornava definitiva senão se ele morresse no decurso da cruzada; se ele voltava, a doação era revogada. Estas doações por causa da morte (*mortis causa*) assemelhavam-se já a testamentos”.

A Igreja favoreceu largamente o renascimento do testamento, em virtude das vantagens que daí resultavam para as instituições eclesiásticas. Ela afirmará mesmo, no séc. XII, que o que morre intestado, sem ter feito pelo menos um “legado pio”, fica em pecado. O direito canônico colhe do Direito Romano a maior parte das particularidades do regime das sucessões testamentárias, mas suavizando-as.⁷⁷

A legítima romana ressurgiu nas regiões em que existia o direito escrito. Nas regiões do direito costumeiro a reserva dava maior segurança às famílias.⁷⁸ A respeito da legitimidade de direito e da legítima, John Gilissen, em seus comentários, esclarece:

Provavelmente de origem franca, ela consistia em reservar às linhagens, ou seja, a todos os membros da família que podiam ser chamados à sucessão, uma parte relativamente importante (dois terços ou mesmo, como em Paris, quatro quintos) dos bens próprios. O testador não podia, portanto, dispor senão de uma parte bastante reduzida dos seus bens: um terço ou um quinto dos próprios, embora, em contrapartida pudesse dispor da totalidade dos adquiridos e dos móveis, constituindo estes bens a quota disponível. Contudo, se o testador tivesse disposto de mais bens do que os da quota disponível, os herdeiros não podiam fazer anular o testamento, apenas dispondo de uma acção de redução, permitindo, portanto, fazer reduzir as liberalidades às forças da quota disponível.

Os costumes variam muito nessa matéria. Em certos costumes flamengos, a reserva pode estender-se a todos os bens e tornar-se universal, não havendo quota disponível, a não ser para legados pios.⁷⁹

Com a ascensão dos Estados Modernos (séculos XVIII-XIX), principalmente decorrente da revolução política, que se inicia com a Revolução Francesa, e a revolução econômica estimulada pela industrialização, sucederam alterações no ordenamento jurídico, “por via reflexa, na sucessão testamentária, pois se altera, em especial, a significação jurídica da pessoa”.⁸⁰

“Pouco a pouco, porém, a *hereditas* se libertou dos *sacra* e tornou-se, também, civil: razões econômicas e familiares deram a base ao novo Direito Sucessório.”⁸¹ Posteriormente, a Revolução Francesa aboliu definitivamente as desigualdades na sucessão, no que tange ao sexo e à primogenitura.⁸²

⁷⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 691.

⁷⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 692.

⁷⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 692.

⁸⁰ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 27.

⁸¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 1952, v. 1, p. 48.

⁸² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 26.

Na esfera jurídica, “admitiu o testamento; mas desejosa de manter a igualdade entre os herdeiros legítimos, temeu que o testamento permitisse defraudar as leis que instituíam essa igualdade, dispondo em favor do primogênito ou deserdando uma filha”.⁸³

Consequentemente, “as leis de Março de 1793 e do Nivoso do ano II reduziram quota disponível a uma parte mínima da sucessão (um décimo, quando houvesse herdeiros na linha directa, um sexto, quando apenas existissem colaterais)”.⁸⁴

“Com a chegada de Napoleão ao poder, muitos historiadores consideram como estando terminada a Revolução Francesa. Entretanto, foi neste período que os ideais burgueses mais se espalharam pela Europa que, paulatinamente, caiu sob o domínio de Napoleão”, conforme explica Flávia Lages de Castro.⁸⁵

Os autores do *Code Civil* de 1804 foram adeptos de uma maior liberdade testamentária. Para isso:

Fundiram a reserva com a legítima (arts. 913.º ss); como no direito romano, a reserva é actualmente uma parte da sucessão; mas tendo desaparecido a distinção entre bens próprios e adquiridos, a reserva é calculada sobre o conjunto dos bens; a sua quota varia em função do número dos descendentes. Se o testador dispôs para além das forças da quota disponível, os herdeiros reservatários têm uma acção de redução, mas não de anulação do testamento.⁸⁶

Cristiano Pretto acrescenta:

[...] sob os pilares da liberdade e da igualdade perante a Lei (igualdade formal), o Estado liberal corporificou um modelo de regras que era instrumento da *autonomia da vontade*: pessoa livre (formalmente) e soberana para decidir se, quando e como vincular-se.⁸⁷ (Grifo do original).

E, prossegue: “O testamento, por sua vez, tinha *função* de perpetuar a propriedade, que era considerada *inviolável e tradução mais forte da liberdade civil*, e proteger a família (patriarcal e fundada no casamento, que a legitimava)”.⁸⁸

O Código Civil, chamado Napoleônico, tinha como enfoque principalmente

⁸³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 694.

⁸⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 694.

⁸⁵ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 258.

⁸⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 694.

⁸⁷ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 29.

⁸⁸ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 30.

proteger a propriedade burguesa. Entre 2.000 artigos, sete dizem respeito ao trabalho e 800 à propriedade privada.⁸⁹

Sendo assim, Cristiano Pretto⁹⁰ menciona: “Exatamente como os demais institutos do *Code*, o testamento era instrumento de atuação do sujeito-proprietário”.

Em apertada síntese, “O sucesso do Código francês é, na verdade, o sucesso da ideia de codificação. Os países de Direito escrito cederão, quase que unanimemente, a essa ideia”.⁹¹ Via de consequência, Portugal foi influenciado pelo Direito francês. Assunto que será tratado no próximo tópico.

2.5 Do direito português e as ordenações

Ao estudar o Direito Sucessório português é interessante relacionar os regimes sucessórios com a forma de organização familiar e não somente com as tradições culturais, mas também com os dados demográficos, e com o sistema agrário e com os fatores dependentes deste.⁹²

Sob esse ângulo:

[...] os regimes sucessórios do Norte, marcados pelos direitos da família extensa, terão a ver com a unidade do casal como célula da exploração agrícola familiar – onde eram obrigadas a conviver e a colaborar várias estirpes familiares – e esta com o grau de pulverização agrária típica de zonas de forte pressão demográfica.⁹³

Por outro lado, o Sul, “mais extenso e despovoado, permitia a dissolução da família extensa, a emancipação da família nuclear, e, assim, a dissolução dos direitos dos parentes afastados sobre a herança”.⁹⁴

De início, na Península Ibérica, o Código Wisigothico exerceu a função de uma lei geral e foi a base do Direito Civil nessa região, mesmo após a invasão e domínio dos

⁸⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 261.

⁹⁰ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 30.

⁹¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 44.

⁹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

⁹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

⁹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

árabes. Em seu livro 2º, título 5º, Lei 12, refere-se a quatro espécies de testamento.⁹⁵

De forma bem sucinta, pode-se dizer que o nascimento de Portugal ocorreu por volta dos séculos IX e X, quando somente o Norte da Península Ibérica estava livre do domínio árabe. Contudo, a partir do século XI com a formação dos reinos de Castela, Aragão, Navarra e Leão e o combate pela expulsão dos muçulmanos aconteceria efetivamente.⁹⁶

Entre 1279 e 1325, no reinado de D. Diniz, houve efetivamente a formação do Estado português. D. Diniz unificou a língua em todo o território, obrigou o uso do português nos documentos públicos, pois antes eram redigidos em latim e a fundação de universidades.⁹⁷

D. Diniz impôs a Lei das Sete Partidas, que também vigorava na Espanha: “exposição jurídica de caráter enciclopédico, inspirado, basicamente, no Direito Romano e no Direito canônico que tinha em vistas suplantar os costumes e o chamado “direito velho”.⁹⁸⁻⁹⁹ Bem como, reestruturou o serviço judiciário. Não é o foco desse trabalho delongar a respeito do nascimento de Portugal, mas, sim, mencionar a influência legislativa no que toca ao Direito Sucessório português perante o Direito Sucessório brasileiro.

Posteriormente, a Ordenação Afonsina consistiu no primeiro compilado jurídico tipicamente português. Sendo assim, a partir desse momento, pode-se dizer que nasceu o Direito tipicamente português. Representa uma síntese da trajetória portuguesa desde a fundação da nacionalidade, ou, mais rapidamente, a partir de Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular.¹⁰⁰

Ademais, as Ordenações Afonsinas serviram como pilar para o

⁹⁵ GAMA, Affonso Dionysio. **Tratado theorico e pratico de testamentos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 24.

⁹⁶ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 268.

⁹⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 269.

⁹⁸ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 269: “O ‘direito velho’ que, sobreviveu por algum tempo depois de D. Diniz e que era alvo dos que pretendiam eliminá-lo, tendo como brutalidade nos preceitos jurídicos – como o arrasamento de aldeias inteiras como punição para crimes-bem como pelas leis dos primeiros monarcas que não chegaram a gerar um corpo legislativo unitário. Esse direito antigo tem também como propriedade a utilização da Justiça Privada e da Vingança”. (*Op. cit.* p. 269). Nota de rodapé de n. 435: “A vingança é uma reação a um ato que se considera injusto, reação essa tida pela própria vontade do autor, já a Justiça Privada é a vingança institucionalizada, já que após um julgamento é dado a um indivíduo ou a um grupo o direito de agir contra o que foi condenado pelo crime”.

⁹⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 268.

¹⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 278.

desenvolvimento ulterior do Direito português. As Ordenações posteriores em pouco inovaram, apenas se atualizavam conforme a necessidade.

As Ordenações Afonsinas são divididas em cinco livros: o primeiro trata dos cargos públicos; o segundo, do Direito Eclesiástico, jurisdição e privilégios dos donatários, as prerrogativas da nobreza, e o estatuto dos judeus e dos mouros; o terceiro, do processo civil; o quarto, do Direito Civil como um todo, englobando o Direito das Sucessões; e o quinto, o Direito Penal e o Processo Penal.

As Ordenações Manuelinas mantiveram a estrutura de cinco livros, embora com diferenças de conteúdo. Por exemplo, retiraram-se as normas aplicadas aos judeus e aos mouros. Não houve grandes mudanças legislativas.

No que toca ao plano da sucessão *ab intestado*, nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, “consagram o regime de classes (grupos ou parentelas) sucessórias, com a seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais (até o 10º grau) e por último a coroa”.¹⁰¹

É importante destacar que, “ao contrário do direito comum, mas na sequência da tradição jurídica nacional, estabeleceram a precedência dos ascendentes sobre os colaterais. O direito de representação era reconhecido em benefício de descendentes e de sobrinhos”.¹⁰² Ademais, “o privilégio de masculinidade ou de primogenitura era desconhecido, mas estabelecia-se uma desigualdade entre a capacidade sucessória de filhos legítimos e ilegítimos de nobre (mas não de peão)”.¹⁰³

Após as Ordenações Manuelinas, foi editada uma Coleção das Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão.¹⁰⁴ Muitas leis esparsas haviam sido publicadas e em consequência surgiu a necessidade de reunir tudo em só lugar. A coletânea compõe-se de seis partes. Cada uma composta de vários títulos e de diversos assuntos.

A Coleção das Leis Extravagantes representou apenas uma passagem para

¹⁰¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

¹⁰² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

¹⁰³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

¹⁰⁴ COSTA, Mário Júlio de. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 285: “Uma dinâmica legislativa acelerada, característica da época, teve como efeito que, a breve trecho, as Ordenações Manuelinas se vissem rodeadas por inúmeros diplomas avulsos. Estes não só revogavam, alteravam ou esclareciam muitos dos seus preceitos, mas também dispunham sobre matérias inovadoras. Acrescia a multiplicidade de interpretações vinculativas dos assentos da Casa da suplicação. Tornava-se imperiosa a elaboração, pelo menos, de uma coletânea que constituísse um complemento sistematizado das Ordenações, permitindo a certeza e a segurança do direito”.

as Ordenações Filipinas. Era necessária uma mudança jurídica mais profunda, pois as Leis Extravagantes não atendiam.

Mário Júlio de Almeida Costa¹⁰⁵ comenta: “As novas Ordenações ficaram concluídas em 1595 e receberam aprovação por Lei de 5 de junho desse mesmo ano, mas que não chegou a produzir efeito”. E, prossegue: “Só no reinado de Filipe II, através da Lei de 11 de janeiro de 1603, iniciaram sua vigência – a mais duradoura que um monumento legislativo conseguiu em Portugal”.

Nos séculos XVIII e XIX, em Portugal, no que tange ao Direito Sucessório:

A grande reforma do Direito Sucessório setecentista é introduzida pela lei 9.9.1769, hostil à sucessão testamentária e defendendo uma sucessão baseada na solidariedade natural da família que repôs algumas características do direito mais antigo: 1) todos os parentes são herdeiros necessários, nunca podendo o testador dispor livremente senão de 1/3 ou de 1/2, consoante tivesse ou não parentes até ao 4º grau (canônico!);¹⁰⁶ 2) existindo descendentes, a quota disponível de bens próprios (de família) só podia ser deixada àqueles (de novo, a “melhora”; 3) reintrodução da *laudatio parentum*, para os bens próprios.¹⁰⁷

A legislação pombalina foi, em seguida, suspensa. Retornando às Ordenações, estas foram revogadas em Portugal em 1º de julho de 1867 pelo Código Civil, que entrou em vigor no dia 22 de março de 1868. “O Código de 1867 limitou a qualidade de herdeiro legitimário aos descendentes e ascendentes (art.1784º; mas já não aos irmãos, nos limites em que o eram antes) e manteve a terça (excepcionalmente a metade, arts.1784º, 1786º e 1787º).”¹⁰⁸

Em sequência, o Decreto de 31.10.1910 aumentou a parte disponível respectivamente para 1/2 e 2/3. Esse mesmo decreto colocou o cônjuge em prioridade de recebimento da herança em relação aos irmãos. Contudo, em 16.12.1930, o Decreto 19.126 retornou ao sistema do Código de 1867, embora tenha dado usufruto ao cônjuge.¹⁰⁹ “No plano da sucessão legítima,

¹⁰⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 289.

¹⁰⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 676: “Neste sistema, ou dois parentes se encontram a distância igual do antepassado comum, sendo então o cálculo feito a partir de um dos dois parentes até ao autor comum; ou não se encontram a igual distância do autor comum, sendo então o cálculo feito a partir do parente mais afastado. A base deste sistema é o *ius sanguinis*: os irmãos do defunto encontram-se no primeiro grau, bem como os pais, em razão da *unitas carnis*, a unidade da carne”.

¹⁰⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

¹⁰⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

¹⁰⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

as alterações só provierem do Código Civil de 1867”,¹¹⁰ afirma John Gilissen.

O Código Civil português, de 1867, em seu artigo 1969º, estabeleceu a seguinte ordem:¹¹¹

A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

1º – Aos descendentes;

2º – Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236;¹¹²

3º – Aos irmãos e seus descendentes;

4º – Ao cônjuge sobrevivente;

5º – Aos transversais não compreendidos no n.º 3, até o décimo grau;

6º – À Fazenda Nacional.

Essa ordem de vocação hereditária seria compilada por Teixeira de Freitas em sua *Consolidação das Leis Cíveis*, permanecendo no Direito brasileiro até o ano de 1907. A publicação do Código Civil brasileiro somente aconteceria em 1º de janeiro de 1916 e sua entrada em vigor no dia 1º de janeiro de 1917. Em sequência, será tratada de maneira mais detalhada a ordem de vocação hereditária no Direito brasileiro.

2.6 Origem e nascimento do direito sucessório brasileiro

A história do Direito brasileiro não tem início com o descobrimento pelos portugueses, contudo se confunde com a própria história de Portugal.¹¹³ O Direito português é consequência da herança do Direito Romano, Germânico e Canônico.¹¹⁴ Nesse sentido, “Mesclando esses elementos com outros locais, surge, em 1446, a primeira compilação do Direito português. São as ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V”.¹¹⁵

¹¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

¹¹¹ CODIGO CIVIL Portuguez. Aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867. Segunda edição oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Versão oficial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em:

<[¹¹² *Artigo 1.236 do Código Civil Português de 1867: “Se ao dicto varão ou mulher ficaram de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios bens, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e existirem irmãos germanos daquele filho fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pae ou a mãe só terá o usufructo”.*](https://www.google.com/search?rlz=1C1BLWB_enBR545BR551&ei=GUSqXJKXJ92_5OUPhPug6Ao&q=c%C3%B3digo+civil+portugu%C3%AAs+de+1867&oq=c%C3%B3digo+civil+port&gs_l=psy-ab.1.3.0I7j0i22i30j0i22i10i30j0i22i30.18871.27590..29499...0.0..3.173.2978.0j24.....0....1..gws-wiz.....0..0i71j0i10j0i10i30j0i131.5Z-3GmSFk4o>”. Acesso em: 7 abr. 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹¹³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53.

¹¹⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54.

¹¹⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação:**

Em seguida, D. Manoel ordena outra compilação com poucas alterações, incluindo apenas as leis editadas após a primeira. Conhecida como Ordenações Manuelinas de 1521.¹¹⁶

No Brasil, durante o período colonial, vigia as Ordenações do Reino, também conhecidas como Ordenações Filipinas, editadas em 1603 por Felipe II de Portugal. As ordenações apenas consolidaram as Ordenações Manuelinas, de 1521, e as Leis Extravagantes de D. Duarte Nunes de Leão, de 1569.

O Brasil permaneceria muitos anos sem um Código Civil. Entretanto, o fato de se aplicar aqui leis portuguesas foi um fator que favoreceu para a unidade do país. Outro fato a ser destacado é que a lentidão da elaboração pode estar conectada ao Direito de Família.¹¹⁷ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes:¹¹⁸ “O direito de família continuava a ser regido pela Igreja, que no Brasil era religião de Estado, encarregada dos registros civis. Um Código Civil tomaria a si as regras de casamento (inclusive de impedimentos e dissolução) e de filiação”.

No ano de 1858, Teixeira de Freitas obteve a aprovação pelo Governo de sua Consolidação das Leis Civis.¹¹⁹ Sendo assim: “A consolidação logo se transformou em texto de referência obrigatória. Ela passou a conter, sem repetições e de forma compreensível para os contemporâneos, todo o direito vigente, ou seja, conservando essencialmente o que de direito privado sobrevivia das Ordenações Filipinas”.¹²⁰

A ordem de vocação hereditária que constava na Consolidação de Teixeira de Freitas era a seguinte:

- a) descendentes, até o infinito;
- b) ascendentes, até o infinito;
- c) colaterais, até o 10º grau de consanguinidade;
- d) cônjuge sobrevivente;
- e) fisco.

uma análise do novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54.

¹¹⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação:** uma análise do novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54.

¹¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 291.

¹¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 293.

¹²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 293.

A respeito dessa ordem, Clóvis Beviláqua¹²¹ comenta:

Não apparece, neste systema, distincção alguma de sexo nem de idade. Outr'ora, porém, em relação aos morgados, abolidos por lei de 6 de Outubro de 1835, o privilegio feudal da masculinidade e da primogenitura conseguiria imperar na legislação pátria. Ainda hoje conserva-se um resquício d'elle, que está reclamando respançamento por parte de nossos legisladores. Refiro-me à ordem excepcional para a successão da emphytense ou aforamento vitalício.¹²² (Grafia conforme texto original).

Observa-se que é a mesma ordem de vocação hereditária adotada pelo Código Civil português de 1867. No que tange à legítima o Código Civil português de 1867 dispunha da seguinte forma: artigo 1784º:¹²³ “Legítima é a porção de bens, de que o testador não póde dispor, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha reta ascendente, ou descendente. § unico. Esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a disposição do artigo 1787º”.¹²⁴

Constata-se que para o Direito Civil português, em 1867, a legítima era de 2/3, consoante o artigo 1786º¹²⁵: “Se o testador, ao tempo de sua morte, não tiver filhos, mas tiver pae, ou mãe vivos, consistirá a legitima dos paes nos dous terços da herança”. Havia a hipótese em que a legítima era ampliada para a metade do patrimônio do testador, conforme determinava o artigo 1787º:¹²⁶ “Se o testador só tiver, ao tempo de sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae, ou mãe, consistirá a legítima deles em metade dos bens da herança”.

Logo, verifica-se que em Portugal, nessa época, o percentual referente à livre

¹²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 98-99.

¹²² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899, p. 99: “*Fallecendo o emphyteuta succedem: 1.º, os descendentes legítimos, sem beneficio de representação, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto, o mais velho ao mais moço, o do sexo masculino ao do sexo feminino. Na falta de descendentes legítimos, devolve-se a herança aos filhos naturaes. Em terceiro logar, são chamados á successão os ascendentes, também como os filhos legítimos submetidos aos cânones da proximidade no grau de parentesco, da idade e do sexo. Finalmente, é deferida a successão do foro aos collateraes, até o quarto grau por direito canonico. Entretanto, como esta particularidade na successão dos prazos, applica-se apenas aos vitalícios ou por três vidas, resolve-se ella em uma excepção morta, porque esta espécie de prazos está em completo desuso entre nós. Os que usam são perpétuos puros, os quaes se devolvem hereditariamente, como os bens allodiaes, com exclusão somente do fisco que é preferido pelo senhorio directo*”.

¹²³ Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

¹²⁴ A grafia das palavras está exatamente como texto original.

¹²⁵ Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

¹²⁶ PORTUGAL. **Código Civil de 1867**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

disposição testamentária de um terço era aplicado quando o testador possuía: (i) descendentes; (ii) na ausência de filhos, mas pai ou mãe vivos. Essa proporção era ampliada para a metade do patrimônio: na ausência de descendente; e ascendentes de primeiro grau (pai ou mãe), mas no caso de outros ascendentes estavam vivos ao tempo da morte do testador. Enquanto, no Brasil, a elaboração do Código Civil brasileiro começou em 1858.¹²⁷ O primeiro esboço apresentado continha uma parte geral e uma especial. Nesta última, no Livro IV, tratava da herança, concurso de credores e prescrição.¹²⁸

O esboço feito por Teixeira de Freitas não introduziu nenhuma modificação no Direito das Sucessões, pois se tratava apenas de uma compilação da legislação já existente à época. Por isso, ainda permaneciam vigentes as Ordenações Filipinas no Brasil, no que diz respeito ao Direito Sucessório, enquanto em Portugal o Código Civil de 1867 as revogou.

O Projeto de Beviláqua, anterior à Lei de 1907, em seu artigo 1.732 e 1.884,¹²⁹ mantinha a liberdade testamentária em um terço dos bens, mantendo, assim, o sistema das Ordenações Filipinas.

Somente no ano de 1907, o Direito brasileiro sofreu significativas modificações na ordem de vocação hereditária.

Em 31 de dezembro de 1907, com a publicação do Decreto n. 1.839 (Lei Feliciano Pena), a ordem de vocação hereditária foi modificada da seguinte maneira:

- a) descendentes, até o infinito;
- b) ascendentes, até o infinito;
- c) cônjuge sobrevivente;
- d) colaterais, até o 6º grau de consaguinidade;
- e) fisco.

O Decreto n. 1.839 regulamentou o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Assim, foi redigido:¹³⁰

¹²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 295.

¹²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 295.

¹²⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil. BARROSO JUNIOR, Sabino. **Projecto do Codigo civil brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. I, p. 145. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907 – Republicação. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 8/1/1908, p. 264. Disponível em:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjuge sobrevivente, 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 à União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legitima 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 legitima, 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 legitimis, desembaraçados de qualquer onus. (Grafia conforme texto original).

A respeito da legitima, Affonso Dionysio Gama já comentava:

No regime da *Ord.do Liv. 4º, Tit.82*, a *reserva* ou *legitima* a favor dos herdeiros necessarios era de dois terços dos bens do testador, donde a sua denominação de – *terça*. A Lei n. 1839, de 31 de Dezembro de 1907, ha pouco citada, reduziu a *reserva* ou *legitima* á *metade* dos bens do testador, podendo este dispor unicamente da outra metade.¹³¹ (Grafia conforme texto original).

A partir da Lei Feliciano Pena, segundo Itabaiana de Oliveira:

A lei de 1907, estabelecendo nova ordem de successiveis no direito pátrio, modificou o systema do código philippino, já passando o cônjuge 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 Districto Federal, conforme o domicilio do de cujus pertencer ás respectivas circumscripções ou a território não incorporado a qualquer delas.¹³² (Grafia conforme texto original).

Logo, o Brasil, a partir desse momento, 1907, passou a ter uma lei tipicamente brasileira. O Código Civil brasileiro de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no Livro V, Do Direito das Sucessões, Título I, Da Sucessão em Geral, no Capítulo I,

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

¹³¹ GAMA, Affonso Dionysio. **Tratado theorico e pratico de testamentos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 173.

¹³² OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil Brasileiro (Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916). 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936, v. 1, p. 126.

Disposições Gerais, em seu artigo 1.789 e no Título II, Da Sucessão Legítima, Capítulo II, Dos Herdeiros Necessários, artigo 1.846, possui dispositivos correspondentes no Código Civil brasileiro de 1916, na Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, em seu artigo 1.576.

Por isso, é fundamental abordar os argumentos debatidos no anteprojeto do Código Civil de 1916 para compreender porque o instituto da legítima foi mantido. Posteriormente, com a publicação do atual Código Civil de 2002, no que tange à obrigatoriedade da reserva legal, o legislador não alterou tal instituto quando, na verdade, merece ser modificado. Passa-se à discussão do anteprojeto.

2.6.1 Da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 à publicação do Código Civil de 2002

Adolpho Gordo e Fausto Cardoso, em de 3 de agosto de 1901, apresentaram emendas à Comissão Especial da Câmara em que estabelecia a liberdade ampla de testar.¹³³

Em 27 de dezembro de 1901, em sessão ordinária, Coelho Rodrigues argumentou a favor da liberdade testamentária:

[...] continuando o seu discurso, hontem interrompido que procurou, na sessão anterior, justificar, em princípio, tanto a herança testamentária como a legítima, e ao mesmo tempo demonstrar que a chamada herança necessária, tal qual a temos, é injusta, absurda, anti-econômica, e immoral. Ressalvou, todavia, o direito dos filhos à criação e à educação, correspondente a um dever natural dos Paes, que podem ser compellidos ao cumprimento d'elle, quando não o cumpram espontaneamente, como, em regra, o fazem, e de melhor vontade.

Este dever importa uma limitação legitima á propriedade dos paes, que deram existencia a uma pessoa fragil, assaltada por necessidades que não poderá satisfazer, e sem cuja satisfação não poderá viver. Isto se justifica pelas regras geraes do quasi contracto e do quasi delicto, ou mesmo do delicto e da responsabilidade consequente para quem os pratica.

Mas, *sublata causa. cessat et fecius* e, desde que o filho está criado e em condições de subsistir pelo seu trabalho, em vez de credo converte-se em devedor de quem lhe proporcionou essas condições.

O bom filho não carece da protocção da lei para ser herdeiro dos paes; o máo não a deve ter e o melhor juiz nesta discriminação no legislador: é o proprio pae.

O condomínio do patrimonio da familia, em que se fundam nossas leis de sucessão, suppõe uma sociedade patriarchal, ou ao menos outra organização differente da nossa.

Organizada como se acha a familia brasileira, não se pôde mais manter a herança necessaria, porque cessarão todas as razões que a podiam justificar,

¹³³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 1, p. 358.

ha tres seculos. A sua historia o vae provar.¹³⁴ (Grafia conforme texto original).

Em 7 de janeiro de 1902, Alfredo Pinto, relator, na sala de comissão, aumentou a quota disponível para a metade,¹³⁵ o que acabou prevalecendo até os dias de hoje.

Após ter tramitado perante a Câmara dos Deputados, seguiu para o Senado, onde o princípio da liberdade de testar conseguiu a adesão da maioria por meio das Emendas n. 1.532 e 1.675.

Em 2 de abril de 1913, em convocação extraordinária, consta dos Annaes da Camara dos Deputados¹³⁶ a discussão de se incluir no Código Civil de 1916 o instituto da liberdade testamentária.

A Emenda de n. 1.675 substituiu o artigo 1.728 do projeto enviado pela Câmara:

Nesse projecto o art. 1.728 rezava: O testador que tiver descendentes ou ascendentes succesiveis não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao primeiro e em falta delle ao segundo e constitue a respectiva legitima segundo o disposto no capítulo 1º, título 2º deste livro.¹³⁷ (Grafia conforme texto original).

A Comissão Especial do Senado, então, propôs a seguinte redação: “O testador, que tiver descendente ou ascendente, só poderá dispor da metade de seus bens; a outra pertencerá ao primeiro, e, na falta, deste, ao segundo constituindo a respectiva legitima, segundo o disposto no Capítulo 1º, Título 2º, deste livro”.¹³⁸

¹³⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil; BARROSO JUNIOR, Sabino. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. VI, p. 287. (Discussão da parte especial – arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil; BARROSO JUNIOR, Sabino. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. VI, p. 652. (Discussão da parte especial – arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 239. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 239. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado

A Emenda n. 1.675 do Senado, ao projeto da Câmara de n. 1, de 1902, substituiu o artigo 1.728 pela seguinte redação: “Art. 1.728. O testador poderá dispor de todos os seus bens, ainda que existam ascendentes ou descendentes sucessivos”.¹³⁹

Houve, expressamente, uma tentativa do Senado em instituir no ordenamento jurídico brasileiro a mais absoluta liberdade testamentária. No entanto, infelizmente, rejeitada pela Câmara dos Deputados. Fatos esses que até hoje são pouco divulgados pelos estudiosos do Direito.

Os argumentos utilizados pela rejeição constante do parecer do Deputado Maximiano de Figueiredo:

É, como se vê, a mais franca e mais absoluta liberdade de testar, instituto que não pôde merecer a nossa aprovação e cuja rejeição propomos.

Não nos deteremos em produzir argumentos novos contra tão dissolvente e tão perigoso instituto.

A historia, a ethnophia, a etymologia, o direito, a moral, a universalidade das sciencias, o conjuncto de todos os conhecimentos humanos adquiridos em séculos de experiencia demonstram que a liberdade de testar, o direito de despojar a sociedade familiar em proveito de adventícios,- o direito de despojar a família em beneficio de quem quer que seja,- seja de Roma, seja dos Coxins de Bisancio, seja a captação resultante do fanatismo religioso, da intransigência política, seja ditado por um exagerado sentimento de honra offendida, seja por ódio, por vingança, por ímpeto de justa dor, ou seja pelos tentaculos da sensualidade,- não pôde tal instituto mercer a aprovação da Camara.

Sigamos a estrada trilhada por todos os indivíduos da sociedade internacional. Deixemos a Inglaterra, os Estados Unidos e o Mexico proclamem as excellencias da liberdade de testar e com Clovis Bevilcqua repitamos: ‘Há razões de ordem social e moral que não permitem deixar entregue ao arbítrio individual na sorte das famílias.

A liberdade de testar ilimitada é um perigo social que tudo aconselha evitar’. Restabeleçamos, portanto, o art. 1.728 do projecto da Camara, rejeitando a emenda n. 1.675 do Senado.¹⁴⁰ (Grafia conforme texto original).

ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 239. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹³⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 239. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 239-240. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

O Senado propôs a Emenda n. 1.532, que tratava da liberdade testamentária. Esta também foi rejeitada pela Câmara dos Deputados:

Esta emenda suppressiva do art. 1.579 importa a liberdade de testar e, por isso, nos abriria a porta para discussão desse grave problema de política jurídica (na phrase do eminente professor C. Bevilacqua). E, porém, no momento de apreciar as emendas ns. 1.675 e seguintes aos artigos do projecto, que fixavam uma parte indisponível por testamento, quando o testador tivesse herdeiros necessários, que mais adequadamente se deve estudar essa matéria. Todavia, seja-nos licito dizer, de passagem, que a consciência nacional revelada pelas discussões forenses e pela doutrina dos escriptores não reclamara, entre nós a reforma proposta pelo Senado. Um ou outro escriptor seria partidário da liberdade de testar, mas eram votos discrepantes da opinião commum, que se mostrara plenamente satisfeita com as prescripções da nossa lei, considerando-a perfeitamente sabia e justa, por attender ás necessidades de nossa situação moral e do nosso meio social. E, ainda, esses poucos divergentes não se mostravam seduzidos pela liberdade sem restricções que o Senado votou, entregando ao acaso das captações e dos possíveis transviamentos a sorte dos menores e dos incapazes.¹⁴¹ (Grafia conforme texto original).

Retornando o projeto à Câmara, os representantes do povo (45 contra 76) repeliram a possibilidade de incluir a liberdade testamentária no Código¹⁴² e, conseqüentemente, as Emendas n. 1.532 e 1.675 foram arquivadas.

Por consequência dos fatos acima narrados, o Código Civil de 1916 foi editado nos seguintes termos:

Art. 1.576: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

[...]

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 Estados, ao Distrito Federal ou a União.

[...]

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.

¹⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados:** convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2, p. 232. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919, v. VI, p. 15.

Segundo Affonso Dionysio Gama:¹⁴³ “Com a promulgação do nosso Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), ficaram, desde 1º de janeiro de 1917, sem vigor, entre nós, as velhas Ords. do Reino e mais leis então existentes, e reconhecidos, [...]”

Após a edição do Código Civil de 1916, o País passou por profundas transformações, históricas: como, por exemplo, Primeira e Segunda Guerras Mundiais, deixou de ser um País essencialmente agrário, bem como abandonou o seu espírito extremamente patriarcal.

O projeto do Código Civil de 2002 tramitou durante 27 anos no Congresso Nacional antes de ser promulgado. Em 1975, Miguel Reale enviou uma proposição de motivos ao Poder Legislativo mencionando a importância de renovação da Lei Civil.¹⁴⁴

Ele argumentava:

Na verdade, como é possível manter-se intangíveis os velhos protagonistas da atual Lei Civil, [...]; o *marido*, armado de “poder marital”, chefiando a família, determinando-lhe isoladamente o domicílio, e autorizando ou não a mulher a ausentar-se do lar, ainda que por motivos imperiosos; e finalmente, o *testador*, com a faculdade de impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a “legítima” que cabe a seus descendentes.¹⁴⁵ (Grifos no original).

Miguel Reale, naquela época, já salientava a necessidade de mudanças: “[...] reclamados tanto pelas mutações sociais como pelo estado atual da doutrina”.¹⁴⁶ Observa-se, mais uma vez, o retorno do questionamento a respeito do instituto da legítima.

Durante a tramitação do projeto do Código Civil de 2002, em 1988, a Constituição da República foi promulgada.

A Constituição modificou toda a forma de interpretação do ordenamento jurídico, inovando em muitos aspectos. No entanto, o projeto do Código Civil, que se iniciou bem antes de 1988, ficou praticamente parado durante a elaboração da Constituição.

¹⁴³ GAMA, Affonso Dionysio. **Tratado theorico e pratico de testamentos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 27.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 22.

¹⁴⁵ REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24.

¹⁴⁶ REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24.

Nas palavras de Giordano Bruno Soares Roberto:¹⁴⁷ “Depois da Constituição de 1988, o projeto de Código Civil saiu do centro dos debates sobre renovação do ordenamento privado até cair em completo esquecimento”. Ele prossegue:

Dormiu por muitos anos nos gabinetes do Congresso Nacional. Abruptamente despertado, o projeto foi aprovado no Senado e novamente na Câmara em 2001. Nessa última fase, inúmeras emendas foram efetuadas com o objetivo de adequá-lo à nova realidade constitucional, dando-lhe, ao final, a feição de uma colcha de retalhos.¹⁴⁸

Após 86 anos da edição do Código Civil de 1916, promulgou-se o Código Civil de 2002. Ao ser editado, já nasceu obsoleto em muitos aspectos, sendo um deles os direitos extrapatrimoniais. Dentro do Direito Sucessório poucas foram as mudanças.

Somente em 10 de janeiro de 2002, o legislador brasileiro editou a Lei n. 10.406, conhecida como o Código Civil de 2002, no qual consta o “Livro V – Do Direito das Sucessões”.

Desde a Antiguidade até os dias atuais, o Direito Sucessório é lentamente modificado. Qualquer alteração, por menor que seja, sempre provoca muita discussão e polêmica. Infelizmente, não faz parte do cotidiano discutir as consequências jurídicas da morte, embora seja a única certeza que se tem.

No próximo capítulo, serão tratados os sistemas sucessórios intermediário, conservador e liberal. O Brasil será a referência para a discussão.

¹⁴⁷ 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, p. 70.

¹⁴⁸ 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, p. 70.

3 SISTEMAS SUCESSÓRIOS EXISTENTES NO OCIDENTE: *COMMOW LAW* – INGLATERRA, ROMANO-GERMÂNICO – FRANÇA E BRASIL E ORIGEM SOCIALISTA – CUBA

3.1 Introdução

Iniciou-se a pesquisa por meio da parte histórica desde o período romano até os dias de hoje, perpassando pelo Direito português, que, por via de consequência, exerceu diretamente influência no Direito brasileiro.

Neste capítulo, serão feitas comparações de ordenamentos jurídicos distintos com o objetivo de mostrar como o instituto da legítima vem sendo aplicado em cada um deles.

Por corolário, o percentual da legítima difere em cada país em consequência da influência social, cultural, econômica, histórica e religiosa que cada sistema sofreu no decorrer de sua história.

Nesse sentido, Rolf Madaleno:¹⁴⁹ “São extremamente variadas as legislações sobre a legítima hereditária, segundo as diferentes tradições culturais e jurídicas dos povos que conceberam ou recepcionaram a legítima em seu Direito Sucessório [...]”.

Para tratar a respeito do instituto da liberdade testamentária em países ou culturas diferentes será necessário dividi-lo em três sistemas, conforme a maior ou menor liberdade testamentária.

O primeiro será o sistema legitimário conservador, conhecido também como sistema legitimário clássico. São ordenamentos jurídicos influenciados pelo Direito Romano, como, por exemplo, França, Itália, Espanha. Nesse sistema, os parentes mais próximos possuem o direito a uma determinada parte da herança chamada de legítima ou reserva.¹⁵⁰

Destaca-se que dentro dessa classificação do modelo conservador há dois tipos diferentes de divisão: a) os países em que a legítima destinada aos herdeiros varia conforme o número de herdeiros que concorrem à herança. É o que ocorre com a França, país que será trabalhado logo a seguir;¹⁵¹ b) países em que estabelecem

¹⁴⁹ MADALENO, Rolf. O fim da legítima. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 16, p. 45, jul./ago. 2016

¹⁵⁰ FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 25, maio 2010.

¹⁵¹ FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 25, maio 2010.

uma porção fixa e invariável independentemente do número de herdeiros que concorrem à sucessão,¹⁵² cita-se o Brasil, que será tratado adiante.

O segundo é o intermediário, em que os herdeiros necessários possuem o direito a um percentual dos bens ou da herança ou de um crédito, mas somente nas situações em que a lei presume de que necessitam de especial proteção ou se comprovarem a necessidade. Mencionam-se os países de origem socialista, como, a Rússia, Lituânia, Eslovênia, Polônia e Cuba.¹⁵³ Nessa pesquisa, será detalhado o mecanismo de funcionamento do Direito Sucessório cubano.

O terceiro será o denominado de liberal, que aceita amplamente a liberdade testamentária de ascendência anglo-saxã como Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos e, na América Latina, o México é o representante desse sistema.¹⁵⁴ Entretanto, a pesquisa fará menção apenas ao Direito inglês.

Seguindo essa classificação: sistema conservador, intermediário e liberal, nessa ordem será feita uma breve descrição do ordenamento jurídico sucessório do país escolhido como representante de cada sistema. No que toca às regras sucessórias de cada um que for citado, o objetivo é demonstrar as diferentes legislações e a forma como são aplicadas no respectivo ordenamento. Resultam da peculiaridade histórica, cultural, econômica de seus povos.

Uns possuem maior liberdade, outros buscam um meio-termo, enquanto outros de origem histórica romana tendem a proteger a família e são mais conservadores no que tange ao patrimônio. Observa-se que, curiosamente, a legislação testamentária adotada por cada país reflete na economia de cada um no sentido de adotar ou não uma política mais liberal.

Rodolfo Sacco¹⁵⁵ faz a seguinte indagação: “É possível comparar um sistema com um outro sistema?”, e responde: “[...] A resposta será afirmativa para aqueles que concebem a comparação como a verificação e a medida das diferenças existentes entre as várias soluções jurídicas”.

Nesse sentido, “o escopo da comparação jurídica enquanto ciência: conhecer

¹⁵² FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 25, maio 2010.

¹⁵³ FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 25, maio 2010.

¹⁵⁴ FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 26, maio 2010.

¹⁵⁵ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fredera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

diferenças existentes entre modelos jurídicos, contribuindo para conhecimento dos modelos em confronto”,¹⁵⁶ que no caso é o sistema brasileiro.

Prosseguindo, Rodolfo Sacco¹⁵⁷ argumenta: “Na medida em que a comparação é uma ciência, o seu escopo é (e não pode deixar de ser) o conhecimento de um certo número de dados. Já que o direito comparado é um ramo da ciência jurídica, os dados que a ciência pesquisa são dados que pertencem ao direito”.

Ao referir-se ao Direito comparado, deve-se também compreender a sua função dentro do Direito:

Há, porém, uma importante função crítica, pouco explorada no direito comparado. Trata-se de uma disciplina que projeta o conhecimento crítico do direito, havendo quem lhe impute certo caráter subversivo. Isto se dá pela possibilidade de conhecimento pelo comparatista do próprio sistema através da visão levada ao sistema a comparar, detectando-se realidades não percebidas no interior do seu próprio ordenamento.¹⁵⁸

Portanto, o operador do Direito, ao se fazer conhecedor de outros sistemas jurídicos que não o seu, passa a ter uma visão de mundo mais ampla. Consequentemente, aumenta a sua análise crítica e, desse momento em diante, percebe a possibilidade da existência real de outras normas em seu próprio ordenamento que, até então, lhe pareciam não existir ou impossíveis de serem aplicadas.

É enorme o desafio em apenas um tópico tratar de Direito comparado. Por isso, optou-se por citar a França e o Brasil como representantes do modelo conservador; do intermediário, Cuba; e um do sistema liberal, a Inglaterra. O objetivo é tratar de forma mais detalhada a legislação sucessória de cada um, por isso a escolha em não diversificar tanto os países citados, sem querer, é claro, desmerecer os demais.

O Direito Sucessório brasileiro se encaixa dentro do sistema conservador. País que será referência na pesquisa. Sendo assim, será tratada a sucessão brasileira a partir do Código Civil de 2002, mesmo porque, retroativamente a 2002, já se discorreu no primeiro Capítulo. No entanto, ressalta-se que não é objetivo dessa pesquisa esgotar toda a legislação sucessória e discussões decorrentes, em cada ordenamento jurídico citado. Isso seria algo impossível.

¹⁵⁶ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fredera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

¹⁵⁷ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fredera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34

¹⁵⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 39.

Ao perpassar pelos países que serão mencionados, o leitor verificará as diferenças existentes em relação aos diferentes sistemas no mundo: a) conservador, b) intermediário; e c) liberal.

3.2 Do sistema legitimário conservador: Brasil

3.2.1 Da Constituição da República de 1988

Em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988). Dentro do Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo I: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivo, no artigo 5º, XXX, dispôs: “é garantido o direito de herança”.

No entanto, a maioria dos doutrinadores, ao ler e interpretar o inciso XXX, do artigo 5º, da Constituição da República, faz uma leitura com o “olhar” dos herdeiros e não do falecido. Ou seja, compreendem que o direito à herança é dos herdeiros necessários e não sob a ótica do falecido, o responsável por amealhar o patrimônio no decorrer de sua vida. Necessário deixar aqui registrada uma crítica por essa interpretação que merece ser modificada.

Ademais, o instituto da legítima não está inserido dentro do texto constitucional. Logo, não se pode afirmar que é um direito abarcado pela Constituição da República. Via de consequência, não pode o legislador ordinário afirmar que os entes mais próximos, necessariamente, possuem o direito de receber um determinado percentual do patrimônio deixado pelo falecido. Posteriormente, o Código Civil de 2002 tratou da questão dos herdeiros necessários. Assunto detalhado a seguir.

3.2.2 Do direito sucessório brasileiro

No Direito Sucessório brasileiro, o testador somente tem ampla liberdade testamentária quando não tem herdeiros próximos. Caso o autor da herança tenha herdeiros necessários:¹⁵⁹ ascendente, descendente e cônjuge ou companheiro¹⁶⁰

¹⁵⁹ Artigo 1.845, do CC: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁶⁰ Em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal concluiu a sentença dos Recursos Extraordinários n. 646721 e n. 878694, em que se questionava a diferenciação entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios estabelecidas pelo Código Civil de 2002. Em apertada síntese, o Tribunal concluiu que não existe nenhum elemento de diferenciação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e

somente poderá dispor de metade dos seus bens.¹⁶¹

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.786, regulamenta que: “A sucessão dá-se por lei por disposição de última vontade”. Logo, o cidadão poderá dispor de seu patrimônio, por meio do testamento quando não tiver herdeiros necessários. Uma segunda possibilidade é simplesmente “não fazer nada” e deixar que o Estado regulamente por meio da lei para quem será destinado o seu acervo hereditário ou quando o seu testamento caducar ou for julgado nulo.

Há uma terceira opção em que as duas hipóteses podem coexistir: o falecido faz o seu testamento sobre a sua parte disponível e a outra segue a obrigatoriedade de cumprir a legítima para os herdeiros necessários ou se não dispôs de todos os seus bens o remanescente irá compor a legítima.¹⁶²

Percebe-se que há uma presunção do legislador que os entes mais próximos são os que têm mais afinidade com o autor da herança. E seria exatamente para essas pessoas, segundo a legislação, que o *de cujus* gostaria de deixar seus bens.

3.2.3 Da vocação hereditária no Código Civil de 2002

A vocação hereditária trata das pessoas legalmente aptas a sucederem em decorrência da lei. Segundo Carlos Roberto Gonçalves: “O chamamento dos sucessores é feito, porém, de acordo com uma sequência denominada *ordem de vocação hereditária*. Consiste esta, portanto, na relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária”.¹⁶³

Rolf Madaleno, complementa:

O termo vocação vem do latim *vocatio*, do verbo *vocare*, que significa chamar, e no direito sucessório tem o sentido de chamar todos os possíveis herdeiros no momento exato da morte do *de cujus*, seja pela vontade por ele expressada por meio de testamento ou em decorrência do texto contido na lei. A vocação legal se produz sempre até o quarto grau de parentesco e independe da existência de testamento, muito embora o testamento possa

companheiro para fins sucessórios. Logo, defende-se que o companheiro foi enquadrado no rol dos herdeiros necessários, em decorrência da ausência de pronunciamento nesse sentido do Supremo Tribunal Federal. Assunto que será tratado de forma mais detalhada logo à frente.

¹⁶¹ Artigo 1.789, do CC: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

¹⁶² Artigo 1.788, do CC: 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.

¹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p.161.

afetar os parentes da herança quando não forem herdeiros necessário e o testador tenha testado a totalidade de seus bens.¹⁶⁴

Defere-se a ordem de vocação hereditária, primeiro aos herdeiros necessários: descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro; ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, que são os herdeiros necessários, observada exatamente essa ordem e na hipótese de inexistência deles será deferida aos colaterais de até 4º grau. Essa é a ordem legal estabelecida para os casos que não tenham testamento.

Conclui-se que o legislador presumiu que quanto mais distante o grau de parentesco mais fraco será o vínculo afetivo.

Raphael Furtado Carminate critica essa presunção legal:

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.¹⁶⁵

Ressalta-se que o Código Civil de 2002 valorizou a posição do cônjuge, colocando-o em concorrência com os descendentes e ascendentes. Assumindo o legislador que a configuração familiar não é mais a mesma do Código Civil de 1916. Pelo contrário, a sociedade tem constantemente criado novas configurações familiares. As formas de relacionamento têm mudado e como reflexo o direito sucessório necessita acompanhar as transformações que já são presentes na sociedade.

A primeira classe a ser chamada é a dos descendentes. Assunto que será tratado no próximo tópico.

3.2.4 Dos descendentes

Os descendentes pertencem à primeira classe, que será chamada à sucessão.

¹⁶⁴ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99.

¹⁶⁵ CARMINATE, Raphael Furtado **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011, p. 37.

Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente os filhos receberão em cota-igual. Ademais, conforme o artigo 1.833, do CC: “Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”.

Entre os filhos não há qualquer tipo de discriminação. Sendo assim, “[...] em primeiro lugar serão chamados a suceder os filhos do autor da herança. Homens e mulheres têm direitos iguais. Não mais prevalecem os antigos privilégios da varonia e da primogenitura”.¹⁶⁶ Bem como, não há mais qualquer tipo de diferenciação entre filho legítimo e ilegítimo.

Nesse sentido, é o artigo 227, § 6º, da Constituição da República: “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”.

Reforçando esse entendimento, o Código Civil de 2002 dispôs em seu artigo 1.834: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

É importante dizer que a lei aplicada será a vigente no momento da abertura da sucessão.¹⁶⁷ Nas situações em que o falecido tenha deixado cônjuge ou companheiro, os descendentes irão concorrer com eles. O direito hereditário irá variar conforme o regime matrimonial do *de cuius*. Para isso, será necessário analisar cada uma das hipóteses legais conforme o artigo 1.829, do Código Civil.

3.2.5 Dos descendentes em concorrência com o cônjuge

No Direito Sucessório brasileiro, caso o autor da herança seja casado, será necessário primeiro verificar sob qual regime matrimonial contraiu o casamento ou se vivia em união estável. E, ao mesmo tempo, há que se verificar a existência ou não de pacto antenupcial para saber qual será a regra a ser aplicada no caso concreto.

Portanto, uma vez constatado o regime matrimonial, há que se constatar em qual inciso do artigo 1.829¹⁶⁸ do Código Civil o cônjuge sobrevivente se enquadra.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p. 165.

¹⁶⁷ Artigo 1.787, do CC: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”.

¹⁶⁸ Artigo 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

Sendo assim:

Artigo 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]

Antes de prosseguir a discussão da concorrência do cônjuge sobrevivente com o descendente é importante mencionar que essa ordem de vocação hereditária foi inovadora no Código Civil de 2002. No Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava a terceira posição como herdeiro. Nesse sentido, era o artigo 1.603, do Código de 1916: “Serão chamados, pela ordem, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau e, por fim, o Estado”.

Mais um comentário, antes de dar continuidade, é feito por Sílvio de Salvo Venosa: “Advirta-se, de plano, que a referência ao art. 1.640, parágrafo único constante do inciso I do art. 1.829 está incorreta. A menção correta é a do art. 1.641,¹⁶⁹ que descreve as hipóteses de casamento sob regime de separação obrigatória de bens”.¹⁷⁰

Para que o cônjuge sobrevivente seja considerado sucessor é necessário preencher as regras do artigo 1.830, do Código Civil: “ Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

É necessário averiguar, primeiramente, qual era o regime matrimonial do casal para que se possa realizar a meação antes de adentrar na seara sucessória. Ressalta que meação não é herança. Desse modo:

Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A existência de meação, bem como de seu montante, dependerá do regime de bens de casamento. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, dividir-se-ão pela metade os bens

¹⁶⁹ Artigo 1.641 do Código Civil: É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 12.344, de 2010); III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 683.

adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Os regimes de bens pertencem ao direito de família [...].¹⁷¹

Ultrapassados esses breves comentários, passa-se para as exceções do inciso I, do artigo 1.829, do Código Civil, para depois tratar da regra geral. Essa didática será adotada, pois se entende que assim facilitará a compreensão do leitor.

3.2.6 Comunhão universal de bens

No regime de comunhão universal de bens o cônjuge sobrevivente é apenas meeiro, logo não concorre com os descendentes. Consoante o artigo 1.667, do Código Civil: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.¹⁷²

Nessa modalidade matrimonial, o cônjuge sobrevivente recebe metade do patrimônio pela dissolução da sociedade conjugal. O restante, ou seja, os outros 50% serão partilhados entre os descendentes. Logo, conclui-se que o consorte não irá concorrer com os descendentes.

3.2.7 Separação obrigatória de bens

Em algumas situações, o Código Civil impõe aos nubentes a obrigatoriedade de adoção do regime de separação obrigatória de bens, chamada também de separação legal de bens. É imposto pela lei. Essas hipóteses estão elencadas no artigo 1.641, do Código Civil: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I. das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II. da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III. de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

¹⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 699.

¹⁷² Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Nesse regime matrimonial, o cônjuge sobrevivente não é meeiro e nem herdeiro se estiver a concorrer com os descendentes do *de cuius*. Somente os descendentes sucedem.

No entanto, há discussão a respeito da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF):¹⁷³ “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O objetivo dessa súmula é evitar o enriquecimento sem causa, princípio decorrente do próprio Direito Civil.

Rolf Madaleno é a favor da aplicação da Súmula 377, do STF. Ele argumenta:

Quando a legislação civil destaca especialmente em sua articulação a preocupação em reprimir o indevido enriquecimento, seria contraditório afastar os benéficos efeitos da Súmula 377, que atentaria contra o princípio do não enriquecimento ilícito se pudesse só um dos cônjuges ficar com a totalidade dos bens onerosamente adquiridos durante a relação nupcial, favorecido pelo fato de o patrimônio estar registrado em seu nome pessoal, enquanto nada fora registrado em nome de seu parceiro conjugal, quando de antemão os bens aqestos levantam a presunção de terem sido adquiridos pelo esforço comum. Ora, se a Súmula 377 do STF prestigia a colaboração do cônjuge na composição do lastro patrimonial e valoriza a cooperação imaterial entre os esposos, e entre os conviventes, a ponto de ordenar a divisão dos aqestos, não há por que afastar sua incidência em qualquer uma das hipóteses do art. 1.523 do Código Civil,¹⁷⁴ com a aplicação dos efeitos do art. 1.641,¹⁷⁵ quando a evidente *mens legis* pretoriana foi, principalmente, a de evitar o indevido enriquecimento.¹⁷⁶

Constata-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal em vedar o enriquecimento sem causa. Logo, se houve o esforço comum do casal é natural que ambos tenham direito sobre a quantia amealhada no decorrer da vida.

Nesse sentido, para Rolf Madaleno “[...] no direito sucessório, a Súmula 377 do STF gera efeitos sucessórios e neutraliza a vedação contida no inc. I do art. 1.829 do

¹⁷³ Não é objetivo desse trabalho delongar a discussão que gira em torno da Súmula 377 do STF.

¹⁷⁴ Artigo: 1.523. Não devem casar: I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV – o tutor ou o 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.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

¹⁷⁵ Artigo. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁷⁶ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 319.

Código Civil, cujo dispositivo resta inócuo diante da vigência da Súmula 377 do STF”.¹⁷⁷ Logo, conclui-se que há possibilidade de o cônjuge sobrevivente ser meeiro, mas não será herdeiro por força do artigo 1.829, do Código Civil.

3.2.8 Regime convencional de separação de bens

Os nubentes e conviventes também podem optar pelo regime convencional de separação de bens. Essa escolha é efetivada por meio do pacto antenupcial ou contrato de união estável. Isso ocorre quando “(...) os cônjuges ou companheiros desejarem conservar com exclusividade o domínio, a posse e a administração de seus bens presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao relacionamento, existindo, neste caso, dois patrimônios distintos(...)”¹⁷⁸.

Para Rolf Madaleno:

O regime da separação de bens representa, em efeito, a ausência de um regime patrimonial, caracterizado justamente pela existência de patrimônios separados, o que na sua essência não corresponde à verdade, porque tal afirmação só faria sentido se não formassem uma entidade familiar, já que não se pode conceber uma separação de bens absoluta quando os cônjuges são obrigatoriamente submetidos às normas acerca das responsabilidades que ambos têm de atenderem aos encargos e às necessidades econômicas geradas em qualquer espécie de família.¹⁷⁹

É importante ressaltar que a eleição pelo regime convencional de separação de bens ocorre com a obrigatoriedade de pacto antenupcial. Contudo, haverá consequências apenas para o casamento e na hipótese de divórcio e não ao direito sucessório.

Logo, em caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do *de cuius* no que diz respeito aos bens particulares deixados por ele¹⁸⁰.

¹⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 321.

¹⁷⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 321.

¹⁷⁹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 321.

¹⁸⁰ Essa posição foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Esse é o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recurso que discutiu a interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil (CC) de 2002”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-05-26_09-06_Secao-uniformiza-entendimento-sobre-sucessao-em-regime-de-comunhao-parcial-de-bens.aspx>. Acesso em: 10 set. 2021.

Deve-se mencionar que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente nesse regime legal é resguardado pelo artigo 1.829, inciso I, do Código Civil:

“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, **salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens** (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (grifo nosso).

No que toca a meação, é bom que se registre que ela não existe nesse regime de bens segundo as regras de Direito de Família. Neste caso, trata-se apenas de partilha dos bens entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes, pois o Código Civil de 2002, permite pela leitura do artigo 1.829, I, a concorrência.

Nesse sentido, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão dos bens particulares do falecido, juntamente com os descendentes, pelo fato de ser considerado herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002.

3.2.9 Regime de comunhão parcial de bens

No regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes nas hipóteses em que o autor da herança não houver deixado bens particulares, pois nesse caso ele será meeiro e não herdeiro.

Convém deixar claro para o leitor que há distinção entre bens particulares e bens comuns. Estes constituem a formação da meação que são os adquiridos onerosamente na constância do casamento. Enquanto os bens particulares são adquiridos anteriormente ao casamento.¹⁸¹ Regra essa que se aplica também para a união estável.

Deve-se registrar a importante distinção feita por Calânico Sobrinho Rios e

¹⁸¹ Destaca-se que os bens particulares são todos os constantes no artigo 1.659, do CC: Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. O artigo 1.659, do CC, também se aplica para a união estável. Não é objetivo desse trabalho delongar a discussão a respeito dos bens particulares. Por isso, mencionou-se, apenas, os bens adquiridos anteriormente ao matrimônio.

Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Ao passo que, para o Direito de Família houve simetria, repita-se, para o Direito das Sucessões existiu assimetria. Ao se considerar a literalidade da norma codificada, tem-se, por exemplo, que na comunhão parcial de bens o cônjuge sucede se houver descendentes apenas nos bens particulares do *de cuius* (art. 1.829, I, do CC/02); no caso da união estável é o contrário, o consorte sobrevivente tem direito a concorrer com os filhos apenas nos bens de aquisição onerosa (art. 1.790, I e II).¹⁸²

Logo, na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes. Nesse sentido, é o Enunciado 240 do Conselho da Justiça Federal (CJF):

O artigo 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, *se casados nos regimes da comunhão parcial* ou participação final nos aqüestos, *o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.*¹⁸³ (Grifos nossos)

Essa regra também se aplica à união estável, por força da hermenêutica do artigo 1.790, que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento realizado no dia 10 de maio de 2017, que será discutido logo abaixo no tópico 3.2.9.

Quando o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes é necessário aplicar a regra do artigo 1.832 do Código Civil:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Inclusive, essa mesma regra se aplica à união estável. O Supremo Tribunal Federal, em 2017, decidiu pela equiparação do companheiro como herdeiro necessário.

¹⁸² RIOS, Calânico Sobrinho; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os conviventes da união estável são herdeiros necessários? *In*: RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, Gabriela Mascarenhas; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: reflexões, críticas e desafios. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 18.

¹⁸³ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/531#:~:text=I%2C%20s%C3%B3%20assegura%20ao%20c%C3%B4njuge,hip%C3%B3teses%20em%20que%20a%20concorr%C3%Aancia>>. Acesso em: 29 maio 2021.

Sílvio de Salvo Venosa faz uma importante observação:

A lei faz distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido. Se for ascendente dos herdeiros descendentes, fica-lhe assegurada sempre a quarta parte da herança. Assim, por exemplo, se concorrer com um filho, a herança será dividida ao meio; se concorrer com dois filhos comuns, o cônjuge receberá um terço da herança. Se concorrer com três ou mais filhos comuns, ser-lhe-á assegurada sempre a quarta parte da herança, sendo o restante dividido pelos demais. Esse quinhão do cônjuge sobrevivente será sempre computado conforme o que couber por cabeça (art.1.835). Assim, o mesmo princípio aplica-se, por exemplo, se o cônjuge concorrer somente com netos, descendentes de filhos já premortos.¹⁸⁴

É importante registrar: “Impende registrar que essa reserva da quarta parte diz respeito à herança possível do cônjuge sobrevivente, e não à totalidade, ou seja: a reserva deve ser feita apenas sobre os bens particulares, excluindo-se a meação”.¹⁸⁵

A lei diferencia a regra acima quando o cônjuge sobrevivente não é ascendente dos descendentes do falecido, mas que concorrer com eles. Nesse caso:

Se, porém, o cônjuge sobrevivo concorrer com descendentes do morto dos quais o sobrevivo não seja ascendente, não há a reserva da quarta parte, sendo a herança dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça. Se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cuius*, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge. O legislador não foi expresso nessa concorrência híbrida, mas parece ser esse o espírito da lei. A doutrina, no entanto, está longe de chegar a um acordo. Qualquer outra forma de divisão a nosso ver, existindo dois grupos de descendentes, seria ilógica e, em princípio, impossível de ser feita. O que é mais lamentável é que a situação deixada em branco pelo legislador é comuníssima, pois são muitíssimas as sucessões que se abrem com filhos comuns e filhos somente do *de cuius*. Essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável.¹⁸⁶

No entanto, Carlos Roberto Gonçalves discorda:

Verifica-se, assim, que a primeira alternativa, ao assegurar a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns, é a que melhor atende à *mens legis*, pois a intenção do legislador foi, sem dúvida beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo possível aos filhos. Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes acarretará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge sobrevivente [...].¹⁸⁷

¹⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 706.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p. 180.

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 706.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 4, p. 182-183.

O Conselho de Justiça Federal se posicionou por meio do Enunciado 527: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.¹⁸⁸

Infelizmente, o legislador perdeu uma boa oportunidade de ter deixado esse assunto pacificado. Poderia ter evitado a insegurança jurídica e social. A discussão persistirá até que ocorram mudanças legislativas, ou decisão do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral.

Ademais, há que se mencionar o direito real de habitação a que terá direito o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, assim como ao companheiro.¹⁸⁹

De acordo com o artigo 1.831 do Código Civil: “[...] será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.¹⁹⁰ Sílvio de Salvo Venosa acrescenta: “Esse direito real de habitação, como se vê, acresce a sua participação na herança sob a modalidade de propriedade”.¹⁹¹

Assim como o debate acerca da sucessão dos conviventes, até hoje, há pontos não esclarecidos. Assunto esse que será tratado a seguir.

¹⁸⁸

Disponível

em:

<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/596#:~:text=Na%20concorr%C3%A4ncia%20entre%20o%20c%C3%B4njuge,no%20caso%20de%20filia%C3%A7%C3%A3o%20h%C3%ADbrida>>. Acesso em: 29 maio 2021.

¹⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 722: “O Código Civil de 2002 não se refere ao direito real de habitação do convivente. A primeira dúvida que aflora é saber se estaria revogado o dispositivo da Lei nº9.728 ou se persistem vigentes os textos anteriores sobre união estável não contemplados pelo vigente Código. Se a interpretação optar pela revogação, a união estável seria colocada em extrema inferioridade, com restrição de direitos criados no passado. **Mais uma vez se enfoca que o legislador de 2002 tratou com extrema má vontade o instituto da união estável. Felizmente, a jurisprudência tem dado respostas positivas, entendendo vigentes as conquistas da convivência e aplicável também, conseqüentemente, o direito real de habitação.** Desse modo, é perfeitamente cabível estender o direito real de habitação ao convivente sobrevivente, ainda que o companheiro tenha morrido em estado de casado, mas separado de fato. (Grifo nosso).

Acentue-se que durante a vigência do direito real de habitação do sobrevivente, cônjuge ou companheiro, os herdeiros, durante o exercício, terão apenas a nua-propriedade e, portanto, mera posse indireta.

¹⁹⁰ Art.1.831 do Código Civil: Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 maio 2021).

¹⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 707.

3.2.10 Concorrência sucessória do companheiro sobrevivivo

O companheiro sobrevivivo concorre à sucessão com os descendentes caso tenha vivido em união estável com o *de cujus*.

A sucessão do companheiro no Código Civil não foi inserida no capítulo da vocação hereditária, mas, sim, no artigo 1.790¹⁹² dentro do capítulo que trata da sucessão em geral.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:¹⁹³ “A omissão observada no art. 1.829 do diploma em apreço, que contempla a aludida ordem, é suprida pela menção ao companheiro no art. 1.844,¹⁹⁴ ao se referir à falta de herdeiros sucessíveis, para justificar a herança vacante”.

Em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 646.721 e 878.694, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 desta Corte”.¹⁹⁵ Os efeitos da decisão atingem o casal independentemente de orientação sexual.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o companheiro concorre com o descendente nos mesmos moldes do cônjuge. A partir dessa deliberação, a princípio, “[...] a concorrência sucessória do companheiro sobrevivivo com o descendente segue agora o mesmo regime estabelecido para o cônjuge sobrevivivo”.¹⁹⁶

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa:¹⁹⁷ “A tendência da jurisprudência é igualar os direitos dos companheiros aos dos cônjuges, de uma forma geral”.

¹⁹² 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: (Vide Recurso Extraordinário n. 646.721) (Vide Recurso Extraordinário n. 878.694): 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.

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 4, p. 183.

¹⁹⁴ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

¹⁹⁵ RE n. 646721. Rio Grande do Sul. Min. Marco Aurélio. Relator do último incidente: Min. Roberto Barroso (RE-ED-segundos-AgR). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>>. Acesso em: 20 jul. de 2020.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 4, p. 183.

¹⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 710.

No entanto, alguns pontos não foram devidamente esclarecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Citam-se, como, exemplo: a) o direito real de habitação assegurado ao cônjuge independentemente do regime matrimonial,¹⁹⁸ enquanto ao companheiro tal instituto não foi assegurado; b) ao cônjuge sobrevivente, quando for ascendente dos herdeiros descendentes, será garantido 1/4 da herança,¹⁹⁹ mais uma vez o companheiro não fará jus a tal direito na literalidade do artigo 1.832 do Código Civil de 2002; c) ao cônjuge sobrevivente foi concedido o *status* de herdeiro necessário²⁰⁰ diferentemente do companheiro sobrevivente que se considera herdeiro opcional.²⁰¹

Defende-se que não há diferença interna entre o matrimônio e a união estável, assim como os fundamentos da sucessão legítima. A diferença que existe é quanto a prova pré-constituída do fato jurídico existente no casamento e ausente na união estável.

O Supremo Tribunal Federal perdeu a chance de esclarecer se o tratamento dado ao cônjuge como herdeiro necessário deve ser o mesmo para o companheiro(a). Ressalta-se que o Código Civil de 2002 não hierarquizou os diferentes tipos de formação familiar. Ademais, após a decisão do Supremo não faz sentido diferenciar o cônjuge do companheiro(a) para fins sucessórios.

Logo, como se constata, a decisão não foi inteiramente clara quanto ao impacto jurídico da não diferenciação sucessória do cônjuge e o companheiro(a). É necessário aguardar os próximos julgamentos.

3.2.11 Dos ascendentes, em concorrência com o cônjuge

Na segunda classe sucessória do artigo 1.829,²⁰² do Código Civil, está o ascendente em concorrência com o cônjuge. Faz-se necessária a leitura do artigo 1.836 do Código Civil: “Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”. Dois princípios do

¹⁹⁸ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

¹⁹⁹ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

²⁰⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

²⁰¹ Não é o objetivo dessa tese esgotar todas as diferenças sucessórias entre o cônjuge e o companheiro. Mas sim citar algumas diferenças.

²⁰² Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...] II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

próprio artigo 1.836 devem ser observados: a) “§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas”; b) “§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha maternal”.

Soma-se a regra do artigo 1.852 do Código Civil: “O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”.

Carlos Roberto Gonçalves informa: “Diferentemente do que sucede nos casos de concorrência com os descendentes, o cônjuge concorrerá com os ascendentes do falecido, seja qual for o regime”.²⁰³

A concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os ascendentes é regulamentada pelo artigo 1.837 do Código Civil: “Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Deve-se recordar a regra do artigo 1.830:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Observa-se a preocupação do legislador em resguardar os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime matrimonial. Presumiu-se que o cônjuge, por compartilhar uma vida em comum com o falecido, seria uma das pessoas a quem o *de cujus* gostaria de deixar o seu patrimônio.

3.2.12 Do cônjuge sobrevivente ou companheiro

O cônjuge sobrevivente, por determinação do artigo 1.829, III, do Código Civil, encontra-se na terceira classe dos herdeiros. Sendo assim, o artigo 1.838, dispõe: “Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Ademais, aplica-se a regra do artigo 1.830: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 4, p. 185.

caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Salomão de Araujo Cateb salienta:

O cônjuge como herdeiro não decorre da formação do patrimônio, nem do regime de bens no casamento, mas, tão somente, por força do dispositivo legal, que outorga ao sobrevivente a herança, nos termos do art. 1.838, em combinação com o art. 1.829.²⁰⁴

A colocação do cônjuge na terceira classe a suceder é resultado de todo um processo histórico. De forma sucinta, Felipe Quintella Machado de Carvalho comenta:

Uma pesquisa superficial sobre a disciplina da sucessão hereditária na transição entre o Direito filipino e o Direito codificado revela que, desde a entrada em vigor da Lei Feliciano Penna — Decreto 1.839, de 31 de dezembro de 1907 —, o Direito das Sucessões brasileiro tornou-se peculiar no cenário da legislação comparada, porquanto foi alterada a ordem de vocação hereditária até então em vigor, a qual passou a ter uma característica bem distinta em comparação com as ordens estabelecidas nos Códigos da época. O cônjuge, que até então somente herdava na falta de colaterais até o décimo grau, passou à terceira ordem sucessória, herdando na falta de descendentes e ascendentes, preferindo aos colaterais.²⁰⁵

Atualmente, após a decisão dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, o companheiro também integrará a terceira classe sucessória em face da ausência de descendentes e ascendentes. Não importa se o relacionamento diz respeito a um casal homo ou heteroafetivo.

De acordo com o Código Civil de 2002, pode-se concluir que não há impedimento para que o autor da herança, por livre e espontânea vontade, disponha de seus bens aos entes mais próximos, filhos, pais e cônjuge no que toca à parte disponível do patrimônio do testador.

3.2.13 Dos colaterais

Os colaterais estão na quarta classe dos herdeiros. Não são herdeiros necessários. Sendo assim, há uma importante consequência jurídica: o falecido, quando não tiver herdeiros necessários, poderá dispor da totalidade de seu patrimônio em testamento. Logo, não estará limitado à hipótese do artigo 1.789 do Código Civil.²⁰⁶

²⁰⁴ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das sucessões**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.117.

²⁰⁵ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Origem da posição do cônjuge na terceira ordem de vocação hereditária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 17, p. 187-217, p.1, 2018.

²⁰⁶ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Na ausência de ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro são chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.²⁰⁷ Nos termos da regra do artigo 1.840: “Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos”.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:²⁰⁸ “O fundamento da legítima é a proteção patrimonial de pessoas vinculadas ao titular do patrimônio”.

Os autores citados prosseguem:²⁰⁹ “A legítima representa a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários, com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio”. Assunto que será tratado no Capítulo 4.

Sendo assim, só haverá plena liberdade de testar no Direito brasileiro quando os herdeiros já não são tão próximos assim do *de cuius*, pois, nesse caso, a lei presume um enfraquecimento do vínculo afetivo. Ou seja, a livre disposição testamentária é total apenas quando inexistirem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge).

3.2.14 Do município, Distrito Federal ou União

Para as hipóteses em que o falecido não tenha deixado herdeiros e nem testamento prevalecerá a regra do artigo 1.844: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

Rolf Madaleno explica:

Os bens da herança jacente são transferidos ao ente público no momento da declaração da vacância, não se aplicando o princípio da *saisine*, nem mesmo a declaração de vacância retira o direito dos herdeiros demandarem o reconhecimento de seu direito sucessório para obterem a restituição da herança, ou parte dela (CC, art.1.824), eis que somente os herdeiros colaterais ficam excluídos da sucessão se não se habilitarem até a sentença de declaração de vacância (art.1.822, parágrafo único), contudo, depois de transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta de petição de herança (CPC, § 2º, do art. 743).²¹⁰

²⁰⁷ Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 39.

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 58.

²¹⁰ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 475.

É fato que com o passar dos anos as famílias estão bem menores se comparadas com algumas décadas atrás. Com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do companheiro como herdeiro necessário muitos serão beneficiados com a herança. Entretanto, em um futuro próximo não serão raras as hipóteses em que o Município ficará com o patrimônio do *de cujus*.

Dando continuidade ao sistema legitimário conservador, passa-se ao Direito francês. O Direito francês foi influente na legislação brasileira no decorrer do século XX, por isso a sua escolha.

3.3 Do sistema legitimário conservador: França

3.3.1 Do direito sucessório francês

Antes de tratar do Direito Sucessório francês é importante dizer que não é objetivo desse trabalho esgotar todas as hipóteses e situações que envolvem a sucessão na França. Seria inexecutável em apenas um tópico.

O Direito francês é fortemente influenciado pelo Direito Romano. É inegável a interferência que exerceu no Brasil. Portanto, como representante do Direito ocidental conservador será também citada a França.

Segundo René David:²¹¹ “A influência do Direito Romano foi considerável no Sul e na Alsácia (regiões de direito escrito), mais limitado no Norte (regiões de costumes); tanto aqui como ali, ela foi, no fim das contas, importantíssima”.

No início do século XIX, o legislador promulgou códigos, unificou e reformou os costumes e tornou aplicável na França o sistema racional que as universidades haviam elaborado, partindo da base do Direito Romano, conforme explica René David.²¹²

Ele prossegue: “Abriu-se, assim, uma nova era na França mediante a substituição das antigas compilações romanas, de um lado, e dos costumes, de outro, por um corpo de direito moderno, promulgado pelo legislador e fundado na razão”.²¹³

Segundo John Gilissen:

²¹¹ DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 1-2.

²¹² DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 2.

²¹³ DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 2.

Desde o início da Revolução Francesa, a tendência para a igualdade levou a suprimir a maior parte dos privilégios que decorriam do sistema feudal ou dos interesses da comunidade familiar. Decretos de 1790 e de 1791 abolem o direito de primogenitura e de masculinidade.

Sob a Convenção, foi realizada uma reforma radical pela lei de 17 do Nivoso do ano II (6 de janeiro de 1794). Suprimindo o sistema da pluralidade de sucessões, esta lei estabelece a unidade da sucessão, não reconhecendo “qualquer diferença na natureza dos bens ou na sua origem para regular a sua transmissão”, princípio que ela foi buscar ao Direito Romano. Do mesmo modo, ela colhe do Direito Romano a igualdade completa entre os herdeiros do mesmo grau, sem distinção de sexo ou de idade.²¹⁴

Fato incontestável é que após a Revolução Francesa a França nunca mais foi a mesma. Gerou impactos na história do país e de todo o continente europeu. No que diz respeito às consequências jurídicas, John Gilissen explica:

A Revolução Francesa, favorável à liberdade individual, admitiu evidentemente o testamento; mas, desejosa de manter a igualdade entre os herdeiros legítimos, temeu que o testamento permitisse defraudar as leis que instituíram essa igualdade, dispondo em favor do primogênito ou deserdando uma filha, o que representaria um retorno ao direito de primogenitura ou ao privilégio de masculinidade. Por isso, leis de março de 1793 e do Nivoso do ano II reduziram a quota disponível a uma parte mínima da sucessão (um décimo quando houvesse herdeiros na linha directa, um sexto, quando apenas existissem colaterais).²¹⁵

Segundo José da Silva Pacheco:²¹⁶ “Em França, foi a famosa lei de 5 de janeiro de 1794 que estabeleceu a unidade da legislação sobre sucessões, fugindo às compilações do direito costumeiro”.

Em 21 de março de 1804, foi publicado o Código Civil francês, conhecido como *Code Civil*, e mais tarde como *Code Napoléon*. Segundo Enzo Roppo:

O *Code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constitui, de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e económicas dá nos seus artigos forma e força de lei.²¹⁷

²¹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 688.

²¹⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 694.

²¹⁶ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

²¹⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 41.

Giordano Bruno Soares Roberto²¹⁸ comenta: “O sucesso do Código Francês é, na verdade, o sucesso da ideia de codificação. Os países de direito escrito cederão a ela quase que unanimemente”. Ademais, “a codificação constituiu um instrumento admirável para a expansão, na Europa e fora dela, do sistema de direito romano-germânico”.²¹⁹

O Código Napoleônico manteve alguns princípios da lei do Nivoso, como, por exemplo, a unidade da sucessão (art. 732) e a igualdade entre os herdeiros do mesmo grau (art. 745).²²⁰ Bem como, estabelece uma distinção entre herdeiros e sucessíveis:²²¹

Só os parentes do defunto são seus herdeiros, sendo a sua ordem de sucessão estabelecida como se segue (arts. 731.º e ss):

- os filhos e seus descendentes;
- os ascendentes privilegiados (pai e mãe) e os colaterais privilegiados (irmãos e irmãs e seus descendentes);
- os outros ascendentes;
- os seus colaterais.

Os parentes sucediam até ao 12.º grau (art.º 755.º), embora depois se tenha limitado o direito de sucessão ao 4.º grau.²²²

O Código Civil francês de 1804 é o Código que está em vigor, hoje, na França, no entanto, sofreu modificações no decorrer do tempo. Duas leis modificaram substancialmente o direito positivo: a primeira, de 3 de dezembro de 2001, relativa aos direitos do cônjuge sobrevivente, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002 e, a segunda, de 23 de junho de 2006, referente à sucessão das liberalidades em vigor a partir de 1º de janeiro de 2007.²²³

As leis esparsas²²⁴ e o Código Civil francês constituem a fonte primária do Direito Sucessório francês. Está estruturado, principalmente, a partir do artigo 720 e seguintes do Código.²²⁵ Fora do Código Civil francês outros dispositivos legais

²¹⁸ 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, p. 36.

²¹⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 67. (Coleção Justiça e Direito).

²²⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 688.

²²¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 688.

²²² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 688-689.

²²³ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 6. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²²⁴ Ao se referir à lei mencionam-se as leis do Direito francês, que regulamentam o direito das sucessões e das liberalidades na França. O termo direitos das sucessões e das liberalidades é o equivalente ao Direito Sucessório no Brasil.

²²⁵ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 6. (Coleção

também são aplicados frequentemente, incluindo o Código Tributário Geral para os seus aspectos tributários e o regulamento da União Europeia de 12 de julho de 2012,²²⁶ no que diz respeito aos aspectos internacionais.²²⁷

A jurisprudência, em particular a do Tribunal de Cassação, é uma fonte secundária e geral do direito de herança. Ressalta-se que a jurisprudência exerce o papel de preencher determinadas lacunas deixadas pela lei e pelo Código Civil francês.²²⁸ Por fim, há a doutrina responsável por elaborar importantes teorias que acabaram por acarretar em importantes reformas e no modo de interpretação e aplicação do direito da sucessão e das liberalidades.²²⁹

No que tange ao regime sucessório francês, transformações importantes foram implementadas ao longo dos anos, principalmente, por meio da Lei de 3 de dezembro de 2001, e pela Lei de 23 de junho de 2006. Um exemplo, é a exclusão dos ascendentes como herdeiros necessários.²³⁰⁻²³¹

Na França, a cota-parte que cada herdeiro necessário terá direito será de acordo com o número de herdeiros vivos e em qual linha pertence. Por exemplo, se há apenas um filho; se concorre apenas o cônjuge; se concorre o cônjuge com mais de um filho.²³²

Les Mémentos. Série Droit Privé) .

²²⁶ “*Depuis le 17 août 2015, date d’entrée en vigueur du Règlement UE du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, à la loi applicable et à la reconnaissance des décisions en matière de successions, les successions internationales obéissent à des règles de conflit de juridictions et conflit de lois de nature unitaire. Ces règles s’appliquent tant aux meubles qu’aux immeubles.*” [HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 60. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé)]. “Desde 17 de julho de 2015, data de entrada em vigor do Regulamento da EU, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, de jurisdição, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de herança, sucessões internacionais obedecem a regras de conflito de jurisdições e conflito de leis de natureza unitária (essas regras se aplicam a bens móveis e imóveis).” (Tradução nossa).

²²⁷ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 6. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé) .

²²⁸ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 7. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé) .

²²⁹ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 7. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²³⁰ FÉRNANDEZ-HIERRO, María; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 44, maio 2010.

²³¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 340: “Nos países de tradição jurídica romano-germânica, 50% (cinquenta por cento) dos bens da herança compõem a legítima, mas, em alguns, como a Holanda, a França e Luxemburgo, os ascendentes não são considerados herdeiros necessários”.

²³² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 694: “Os autores do *Code civil* de 1804 mostraram-se menos favoráveis aos herdeiros reservatários, ou seja, mais favoráveis à liberdade de testar. Fundiram a reserva com a legítima (arts. 913.º ss); como no direito romano, a reserva é actualmente uma parte da sucessão; mas tendo desaparecido a distinção entre bens próprios e adquiridos, a reserva é calculada sobre o conjunto dos bens; a sua quota varia em função do número dos descendentes. Se o testador dispôs para além das forças da quota disponível, os herdeiros reservatários têm uma acção de redução, mas não de anulação

Nesse sentido, o testador terá 50% disponível se tiver apenas um filho, um terço disponível caso tenha deixado dois filhos e 1/4 se deixou três ou mais filhos.²³³

Conforme as regras determinadas nos artigos 913 e 914:²³⁴

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 três ou mais. A criança que renuncia à herança é incluída no número de crianças deixadas pelo falecido apenas se estiver representado ou se for obrigado a relatar uma doação de acordo com o disposto no artigo 845.

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.²³⁵

Artigo 914. As liberalidades, por atos entre vivos ou por testamento, não podem exceder três quartos dos bens, se, na ausência de descendentes, o falecido deixar um cônjuge sobrevivente, não divorciado.²³⁶ (Tradução nossa).

O Direito Sucessório francês divide os ascendentes em duas categorias, a primeira, o pai e a mãe como ascendentes privilegiados e, a segunda, como ascendentes ordinários os avós, tanto do lado paterno quanto materno. Há também os colaterais ordinários que são os tios e os primos de primeiro grau, enquanto os irmãos e sobrinhos são os colaterais privilegiados.

do testamento”.

²³³ FRANÇA. Ley n. 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001, art. 16, II. **Diario Oficial**, 4 de diciembre de 2001. Orden n. 2005-759 de 4 de julio de 2005, art. 17, VIII. **Diario Oficial**, 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006). Código Civil. (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018). *Artículo 913. Las liberalidades, por actos inter vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes del testador, si éste sólo dejara un hijo a su muerte; de la tercera parte, si dejara dos hijos; de la cuarta parte si dejara tres o un número mayor.*

²³⁴ *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. L'enfant qui renonce à la succession n'est compris dans le nombre d'enfants laissés par le défunt que s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une libéralité en application des dispositions de l'article 845.* (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=96BE530B2E1321D499364CDF3615FE4D.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150544&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 13 dez. 2019).

²³⁵ *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 disposant.* (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=96BE530B2E1321D499364CDF3615FE4D.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150544&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 13 dez. 2019).

²³⁶ *Article 914. Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé.* (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=96BE530B2E1321D499364CDF3615FE4D.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150544&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 13 dez. 2019).

Consequentemente, há uma ordem preestabelecida para participar da sucessão. Há três princípios: o primeiro, cada ordem de herdeiros exclui a seguinte; segundo, em cada ordem, o herdeiro mais próximo exclui o herdeiro mais distante em graus; terceiro, em graus iguais, os herdeiros sucedem em igual porção e por cabeça.²³⁷

A primeira ordem é a dos descendentes: filhos, netos, bisnetos, etc. Na ausência de cônjuge sobrevivente, a segunda ordem será a dos ascendentes privilegiados (pai e mãe) e colaterais privilegiados irmãos e sobrinhos. A terceira será a dos ascendentes ordinários: avós e avôs tanto do lado paterno quanto materno. Por último, a quarta, os colaterais ordinários: tios e tias, tios avôs e tias avós, primos e primas.²³⁸

Para o Direito francês não há distinção de sexo ou de primogenitura. Nesse sentido, é a redação do artigo 735 do Código Civil:²³⁹ “Os filhos ou seus descendentes herdam de seu pai ou de sua mãe ou outros ascendentes, sem distinção de sexo ou de primogenitura mesmo que sejam de uniões diferentes”. (Tradução nossa).

Essa regra é do antigo artigo 745 do Código Civil, resultante dos decretos de 15-28, de março de 1790, e 8-15 de abril, que na origem aboliram esses privilégios.²⁴⁰

Há regras próprias no que diz respeito à segunda ordem de sucessão, nomenclatura dada pelo próprio Direito francês. Pode-se dizer que a segunda ordem de sucessão é uma ordem heterogênea, que une o pai e a mãe do falecido, ou seja, os ascendentes privilegiados com os irmãos e irmãs do falecido e seus descendentes (sobrinhos e sobrinhas do falecido).²⁴¹

Nesta situação, a aplicação automática da regra do diploma legal deve dar prioridade ao pai e à mãe do falecido em caso de concorrência com os irmãos e irmãs, na medida em que os primeiros estejam localizados no primeiro grau em linha direta

²³⁷ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 78. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²³⁸ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 78. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²³⁹ *Article 735. Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes.* (Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=96BE530B2E1321D499364CDF3615FE4D.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150544&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 13 dez. 2019).

²⁴⁰ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 79. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁴¹ HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 79. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

ascendente, e o segundo no segundo grau em uma linha colateral, ou mesmo no terceiro, quarto ou quinto graus para os seus descendentes. No entanto, o legislador, aqui, anula a regra da proximidade do grau, estabelecendo um princípio de exceção.²⁴²

Nesse sentido, é o artigo 738 do Código Civil francês:

Quando o pai e a mãe sobrevivem ao falecido e estes não têm descendentes, mas irmãos e irmãs ou descendentes destes últimos, a propriedade será de um quarto, para o pai (1/4) e mãe (1/4) e, a metade restante (2/4), para os irmãos e irmãs ou seus descendentes. Quando apenas um pai ou mãe sobrevivem, a propriedade é devolvida por um quarto ao ascendente sobrevivente, e três quartos aos irmãos e irmãs ou seus descendentes.²⁴³ (Tradução nossa).

Portanto, dentro da segunda ordem de propriedade, a lei opera uma divisão fixa da cota-parte da propriedade, destinando 1/4 ao ascendente sobrevivente, pai e/ou mãe e o restante aos irmãos.

Isso ocorre, pois há uma distribuição entre os colaterais privilegiados e os ascendentes privilegiados.²⁴⁴

Assim, sendo, esclarecendo melhor: a) se o *de cujus* deixa um pai e uma mãe, um irmão e uma irmã, cada um receberá 1/4 da propriedade; b) se o irmão fosse premorto, o pai e a mãe receberiam 1/4 cada e a irmã metade; c) se o falecido deixasse sua mãe, um irmão, a mãe receberia 1/4 da propriedade e o irmão 3/4; d) se deixasse um irmão e uma irmã, a mãe receberia 1/4, e o irmão e a irmã 3/8 cada ou a metade dos 3/4 restantes.²⁴⁵

Cabe o direito de representação pelos descendentes nos casos em que o seu ascendente de primeiro grau tenha tido o infortúnio de falecer antes que tenha ocorrido a sucessão com o ascendente de segundo grau. Desse modo, o neto poderá herdar de seu avô, representando a sua mãe pré-falecida. Por outro lado, não caberá a

²⁴² HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 80. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁴³ *Article 738. Lorsque les père et mère survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, mais des frères et soeurs ou des descendants de ces derniers, la succession est dévolue, pour un quart, à chacun des père et mère et, pour la moitié restante, aux frères et soeurs ou à leurs descendants. Lorsqu'un seul des père et mère survit, la succession est dévolue pour un quart à celui-ci et pour trois quarts aux frères et soeurs ou à leurs descendants.* (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9339F66C0EE8C60F1506D8F4CC5C26A7.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165515&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 16 jan. 2020).

²⁴⁴ GRIMALDI, Michel. **Droit des successions**. 7. ed. Paris: LexisNexis, 2017, p. 96.

²⁴⁵ Exemplos retirados do livro: HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 80. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé) .

representação na linha ascendente ou colateral. Exemplificando: uma avó não poderá representar sua filha na sucessão de sua neta.²⁴⁶

Os direitos do cônjuge sobrevivente dependem da existência de descendentes ou ascendentes privilegiados. Ele possui direitos específicos conforme a classe de herdeiros na qual concorre.

A primeira situação acontece quando todos os filhos provierem de ambos os cônjuges. Sendo assim, o cônjuge sobrevivente poderá, a seu critério, optar entre o usufruto de todos os bens existentes ou a propriedade de 1/4. A sua manifestação de vontade poderá ser de forma expressa ou tacitamente por atos materiais ou legais. A lei não impõe um prazo para a escolha.

Entretanto, para evitar situações de impasse, o artigo 758-3 do Código Civil esclarece que qualquer herdeiro pode convidar o cônjuge por escrito para que exerça a sua opção. Se transcorrido três meses não houver a manifestação de vontade, presume-se que tenha optado pelo usufruto de todos os bens.²⁴⁷

O direito de escolha é intransferível e não pode ser transmitido por ato *inter vivos* e nem mesmo por causa morte. Consequentemente, os credores não poderão exercer esse direito.²⁴⁸

Por corolário, se o cônjuge sobrevivente não tiver optado antes de sua própria morte, o artigo 758-4 do Código Civil estabelece ter optado pelo usufruto.²⁴⁹

Ressalta-se que o falecido poderá privar o cônjuge sobrevivente da oportunidade de escolha por meio de uma disposição testamentária expressa, a fim de restringir seus direitos à totalidade dos bens em usufruto ou apenas 1/4 da propriedade. Consequentemente, esse direito não é de ordem pública.²⁵⁰

No entanto, não haverá oportunidade de escolha para o cônjuge sobrevivente quando os filhos não forem comuns ao casal. Nesse caso, terá direito apenas a propriedade de 1/4 dos ativos existentes.²⁵¹

Observa-se que o legislador francês, ao permitir que cônjuge sobrevivente em

²⁴⁶ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 80. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁴⁷ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 87. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁴⁸ GRIMALDI, Michel. **Droit des successions**. 7. ed. Paris: LexisNexis, 2017, p. 166.

²⁴⁹ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 87. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁵⁰ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 88. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁵¹ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 87. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

concorrência com os filhos do mesmo casamento com o *de cuius* possua o direito de optar pela totalidade do usufruto, na verdade está permitindo que o sobrevivente permaneça em sua própria habitação. Assim, é uma forma de resguardar o direito à moradia. Principalmente, para as situações em que, já em idade mais avançada, muitas vezes o idoso não se adaptaria em outro local. É interessante a maneira como o diploma legal francês resguarda esse direito tão importante.

Há também a hipótese em que o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes do falecido. É regulamentado pelo artigo 757-1, § 1º, do Código Civil:²⁵²

Se na ausência de filhos ou descendentes, o falecido deixar pai e mãe, o cônjuge sobrevivente fará jus a metade dos bens. A outra metade é entregue um quarto para o pai e um quarto para a mãe. Quando o pai ou a mãe são pré-mortos, a parte a que teriam direito retorna ao cônjuge sobrevivente. (Tradução nossa).

Novamente, há duas situações: a primeira, se o falecido deixar pai e mãe e cônjuge, os primeiros receberão 1/4 e o cônjuge sobrevivente a metade dos bens deixados. Enquanto, a segunda, o *de cuius* deixa para trás o pai ou a mãe, nesse caso o sobrevivente fará jus a 1/4 e o cônjuge sobrevivente a 3/4.²⁵³ Nessa hipótese, o pai e a mãe têm prioridade sobre os irmãos e irmãs do falecido e seus descendentes.²⁵⁴

O cônjuge tem precedência sobre os colaterais. Desse modo, na ausência de filhos ou descendentes do falecido e de seu pai e mãe, o cônjuge sobrevivente recolhe todo o patrimônio, ou seja, terá prioridade sobre os irmãos e irmãs e sobrinhos do falecido. Até a Lei de 3 de dezembro de 2001, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002, nessa situação o cônjuge recebia apenas metade do patrimônio do *de cuius* e somente em usufruto. Constata-se a mudança legislativa a favor do cônjuge.²⁵⁵

Dessa maneira, verifica-se que o legislador francês tentou privilegiar aqueles entes mais próximos do falecido. Em tempos modernos, muitas vezes o casal não convive tão

²⁵² Article 757-1. *Si, à défaut d'enfants ou de descendants, le défunt laisse ses père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié des biens. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère. Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant.* (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9BB8FB46F75C2EF31E3C161C51D7FA39.tplgfr28s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165517&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191213>. Acesso em: 17 jan. 2020).

²⁵³ GRIMALDI, Michel. **Droit des successions**. 7. ed. Paris: LexisNexis, 2017, p. 166.

²⁵⁴ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 88. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

²⁵⁵ HOUSSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018, p. 89. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

intensamente com os seus irmãos(as), tios(as), sobrinhos(as). Acompanhando essas transformações da sociedade francesa priorizou-se a união matrimonial para fins do Direito Sucessório. Frisa-se que o arquétipo familiar já não é mais o mesmo de anos atrás.

No Direito francês, diferentemente do Brasil, a parte disponível é variável conforme o número de herdeiros. No Brasil, a parte disponível é fixa em 50% do patrimônio do testador, ou seja, os herdeiros necessários possuem direito sobre a metade dos bens do falecido. Contudo, na França, a parte disponível poderá ser de somente 1/4 do acervo na hipótese em que o *de cuius* tenha deixado três ou mais filhos, por exemplo.

Nesta hipótese, a legítima será de 3/4 para os herdeiros necessários, ou seja, o testador somente poderá dispor de 1/4 de seus bens. Se, por exemplo, tiver ascendentes vivos poderá não conseguir deixar bens suficientes para a sobrevivência digna de seus pais. Não é raro os mais idosos necessitarem de cuidados especiais, que, muitas vezes, consistem em um aumento considerável no orçamento financeiro familiar.

Em síntese, o percentual da legítima, porção da herança obrigatoriamente destinada aos herdeiros necessários, não é fixa no Direito francês. Se o falecido deixa um filho, a legítima será de 50%; se dois, será de 2/3; se três ou mais, será de 3/4.²⁵⁶ Há que se resguardar o direito à legítima do cônjuge, que será de 1/4 na ausência de descendentes²⁵⁷ e ascendentes.²⁵⁸ É importante mencionar que os ascendentes e os colaterais não possuem o direito à legítima no Direito francês.²⁵⁹

Ao se fazer uma breve comparação com o Direito Sucessório brasileiro constata-se que a aplicação do instituto da legítima na França é diferente. No Brasil, o percentual da legítima é fixo, conforme mencionado anteriormente. Logo, o testador tem a liberdade de dispor da metade de seus bens para quem lhe aprouver na

²⁵⁶ Artigo 913 do Código Civil francês. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006435557/#:~:text=Les%20lib%C3%A9ralit%C3%A9s%2C%20soit%20par%20actes,ou%20un%20plus%20grand%20nombre>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²⁵⁷ Artigo 914 do Código Civil francês. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006433720/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²⁵⁸ Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-pt.do#:~:text=No%20direito%20franc%C3%AAs%2C%20se%20n%C3%A3o,de%20sucess%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20seguinte%3A&text=Se%20o%20falecido%2C%20sem%20c%C3%B4njuge,.%C2%BA%20do%20C%C3%B3digo%20Civil>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²⁵⁹ Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-pt.do#:~:text=No%20direito%20franc%C3%AAs%2C%20se%20n%C3%A3o,de%20sucess%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20seguinte%3A&text=Se%20o%20falecido%2C%20sem%20c%C3%B4njuge,.%C2%BA%20do%20C%C3%B3digo%20Civil>. Acesso em: 28 mar. 2021.

hipótese em que houver herdeiros necessários. Caso não tenha, poderá dispor da totalidade de seu patrimônio.

Verifica-se uma restrição mais rigorosa, na França, no âmbito da autonomia privada em comparação com o Direito brasileiro, pois, em algumas situações, a parte disponível será de apenas 1/4. Ao limitar o percentual da parte disponível, o legislador francês, aparentemente, tenta proteger a família. Contudo, não se pode olvidar que o excesso de proteção pode acarretar o desamparo de outros membros dentro dessa mesma célula familiar.

Ninguém melhor que o próprio instituidor para saber qual é a sua realidade e a de seus familiares para decidir como o seu patrimônio será partilhado após a sua morte. Ao Estado é impossível ter conhecimento das peculiaridades da vida de cada um. Assim como as razões íntimas que levam uma pessoa a decidir o modo como seus bens serão futuramente divididos.

No próximo item, será tratado o Direito Sucessório cubano. País que se classifica dentro do sistema intermediário. A legítima é obrigatória apenas em algumas circunstâncias. Fatos esses que serão detalhados adiante.

3.4 Do sistema intermediário: Cuba

3.4.1 Do direito sucessório cubano

O Direito Sucessório cubano, de origem socialista, está inserido dentro da classificação do sistema intermediário. Sendo assim, passa-se a descrevê-lo, mas sem a intenção de esgotar toda a matéria, tarefa que seria inexecutável em apenas um tópico.

A Constituição da República de Cuba foi submetida e aprovada em referendo popular no dia 5 de fevereiro de 2019.²⁶⁰ O constituinte tratou, no artigo 63, a matéria

²⁶⁰ Antes da Constituição cubana de 2019, a Constituição vigente era a de 1976 (reformada em 2002). O artigo que regulamentava o direito sucessório era o artigo 24: *“El Estado reconoce el derecho de herencia sobre la vivienda de dominio propio y demás bienes de propiedad personal. La tierra y los demás bienes vinculados a la producción que integran la propiedad de los agricultores pequeños son heredables y solo se adjudican a aquellos herederos que trabajan la tierra, salvo las excepciones y según el procedimiento que establece la ley. La ley fija los casos, las condiciones y la forma en que los bienes de propiedad cooperativa podrán ser heredables”*. (Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-de-1976-incluye-la-reforma-constitucional-del-26-de-mayo-2002/html/>>. Acesso em: 17 jan. 2020).

sucessória: “Se reconhece o direito à sucessão por causa morte. A lei regula seu conteúdo e alcance”.²⁶¹ Esse dispositivo está inserido no Título V: Direitos, Deveres e Garantias, no qual se encontra no Capítulo II: Direitos.

Observa-se que o constituinte optou por deixar a cargo da legislação infraconstitucional a regulamentação do direito à herança, assim como o fez na Constituição anterior, a de 1976.²⁶²

O Direito Sucessório cubano, além da Constituição, é principalmente regido pela Lei n. 1.289, de 14 de fevereiro de 1975, conhecido como Código da Família, o Código Civil cubano, Lei n. 59, promulgado em 17 de julho de 1987, e a Lei Geral de Habitação (*Ley General de la Vivienda*) n. 65/1988, de 23 de dezembro.

O Código de Família é cronologicamente anterior ao Código Civil. O Código Civil cubano trata expressamente do Direito Sucessório e muitas normas do Código de Família jamais se ajustaram às mudanças inseridas por aquele.²⁶³ Segundo Leonardo Gallardo:²⁶⁴ “Infelizmente, hoje em dia ambos estão defasados com a história contemporânea de nosso país e não responde às famílias que hoje têm reconhecimento social e nem tampouco aos reclamos em matéria sucessória que estas exigem”.

Rolf Madaleno menciona brevemente a respeito do direito hereditário em Cuba: “Nos países sul-americanos a legítima seria considerada um *pars bonorum*, e nos países comunistas (China, Rússia e Cuba), só os dependentes econômicos são herdeiros necessários e sua quota é correspondente à metade do quinhão hereditário”.²⁶⁵

Em Cuba, os dependentes econômicos são nomeados como herdeiros

²⁶¹ *Artículo 63. Se reconoce el derecho a la sucesión por causa de muerte. La ley regula su contenido y alcance.* (Disponível em: <<http://www.vanguardia.cu/images/materiales/gobierno/constitucion/constitucion-de-la-republica-de-cuba.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020). (*Gaceta Oficial de la República de Cuba Ministerio de Justicia*, 10 abr. 2019).

²⁶² GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 18: “El artículo 24, con vocación normativa, se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa, en lo que respecta a la regulación del derecho a la sucesión por causa de muerte, precisamente entre los derechos de contenido económico o patrimonial. El constituyente se limita a regular el reconocimiento por parte del Estado del derecho a suceder por causa de muerte, dejando al legislador ordinario su régimen jurídico, aunque expresamente ello no se disponga”.

²⁶³ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Familia y herencia en los albores del siglo XXI**. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2013, p. 24.

²⁶⁴ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Familia y herencia en los albores del siglo XXI**. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2013, p. 24.

²⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 352.

especialmente protegidos. Seus direitos estão regulamentados no Código Civil:²⁶⁶ no Livro Quarto, Título II: Sucessão Testamentária; Capítulo II: Herdeiros Especialmente Protegidos no artigo 492.²⁶⁷ Nesse sentido:

Art. 492: 1. A liberdade de testar se limita a metade²⁶⁸ da herança quando existem herdeiros especialmente protegidos.
2. O testador não pode colocar nenhum gravame na parte da herança que será destinada ao herdeiro especialmente protegido. (Tradução nossa).

Enquanto, o artigo 493²⁶⁹ trata dos herdeiros especialmente protegidos:

Art. 493.1. São herdeiros especialmente protegidos, sempre que não estejam aptos a trabalhar e dependam economicamente do falecido, são eles:
a) os filhos ou os seus descendentes (netos, por exemplo) em caso de pré-morte dos filhos;
b) o cônjuge sobrevivente;
c) os ascendentes.
2. Se concorrem a herança dois ou mais herdeiros especialmente protegidos, eles herdarão em partes iguais. (Tradução nossa).

²⁶⁶ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 51: *“En otra oportunidad he expuesto el contexto histórico en que fue redactado y aprobado el Código Civil de Cuba, con notoria influencia de los Códigos Civiles de Europa del Este (principalmente los de Rusia, Alemania Democrática, Hungría, Checoslovaquia, Polonia, entre otros). Estos cuerpos legales, en su mayoría, transformaron la milenaria figura del heredero forzoso, en la de los herederos con especial protección, condicionado su reconocimiento a la incapacidad para trabajar y la dependencia económica al causante”*.

²⁶⁷ Artículo 492.1. La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos. 2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos. (Código Civil cubano. Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 17 jan. 2020).

²⁶⁸ “A diferencia de la Constitución de 1976, la de 1940 reguló expresamente la libertad de testar sobre la mitad de la herencia, modificando el régimen de legítimas ya refrendado por el legislador ordinario preconstitucional de 1889, cuando se hace extensivo a Cuba el Código Civil español que franqueó un sistema legitimario, el cual alcanzaba a dos tercios del patrimonio del causante, si a su fallecimiento le sobrevivían descendientes legítimos, y a un tercio si eran ascendientes, igualmente legítimos, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota viudal usufructuaria. Empero, la regulación constitucional no viene de la mano de una protección directa de las legítimas, sino de una formulación, con la jerarquía que ella entraña, de la libertad de testar que se amplía tras el dictado del artículo. En tal sentido, es dable incursionar en la ratio del constituyente.

Es necesario reseñar que el constituyente abogaba por reconocer el principio de libertad de testar, a tal punto que en la propia Convención fue aprobado en un inicio un precepto que preconizaba (contenido en el último párrafo del artículo 57) que, a salvo de las restricciones contenidas en la propia Constitución, el cubano tendría plena y absoluta libertad de testar, acuerdo revisado ulteriormente.” (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 22-23).

²⁶⁹ Artículo 493. 1. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes:

- a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos;
- b) el cónyuge sobreviviente; y
- c) los ascendientes.

2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales. (Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 17 jan. 2020).

O cônjuge sobrevivente concorre com igualdade com os descendentes e ascendentes possuindo direito a uma cota-parte igual a deles. Ao mencionar o cônjuge, o Código Civil se refere a aquele cujo matrimônio foi formalizado, que vínculo marital não se tenha dissolvido por sentença final de divórcio julgada por tribunal competente ou sentença transitada em julgado que trate da nulidade matrimonial ou por escritura pública de divórcio, autorizada por notário competente no momento do falecimento.²⁷⁰

Nesse contexto, a morte de um dos cônjuges acarreta a dissolução conjugal. No entanto, o cônjuge sobrevivente permanece com o direito a receber a herança. Nesses termos, é o artigo 519 do Código Civil: “Se extingue o matrimônio por falecimento de um dos cônjuges durante a tramitação do processo de divórcio, em qualquer instância, o cônjuge sobrevivente conserva o seu direito hereditário.”²⁷¹

Destaca-se que as uniões de fato que reúnam os requisitos da singularidade, estabilidade e aptidão legal para contrair matrimônio poderão requerer o reconhecimento formal para que, a partir de então e com caráter retroativo, sejam gerados todos os efeitos próprios do casamento legalmente formalizado.²⁷²

Nos casos em que o testador tenha deixado uma cota menor a que faria jus o herdeiro especialmente protegido, ele poderá pedir um complemento para atingir o percentual a que teria direito, nesse sentido é o artigo 494 do Código Civil cubano.²⁷³ Esse artigo deve ser lido em conjunto com o Código de Família, Lei n. 1.289 de 1975.

O Direito cubano enquadra como herdeiros especialmente protegidos aqueles que preenchem os requisitos do artigo 493, enquanto no Direito espanhol recebem a denominação de herdeiros forçosos. Sendo assim, os herdeiros especialmente protegidos não são necessariamente herdeiros. Logo, os especialmente protegidos cubanos somente se enquadram nessa categoria quando preenchem os pressupostos de exigibilidade do artigo 493.

Desse modo, a doutrina²⁷⁴ cubana utiliza-se de três requisitos para constatar

²⁷⁰ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 60.

²⁷¹ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 580.

Artículo 519. Si se extingue el matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges durante la sustanciación del proceso de su divorcio, en cualquier instancia, el cónyuge sobreviviente conserva su derecho hereditario.

²⁷² GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 60.

²⁷³ *Artículo 494. El heredero especialmente protegido a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la proporción que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma.* (Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 30 out. 2019).

²⁷⁴ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Familia y herencia en los albores del siglo XXI**. Lima: Fondo

se o herdeiro se enquadra ou não na categoria dos herdeiros especialmente protegidos: a) vínculo parental na ordem dos descendentes (menor de idade) ou dos ascendentes ou marital, b) dependência econômica do falecido, e c) inaptidão para o trabalho, ou seja, pessoas vulneráveis.

Os requisitos são cumulativos. Nesse sentido, é a jurisprudência:²⁷⁵

Deve entender-se que a nova instituição do herdeiro especialmente protegido que tutela o nosso Código Civil, torna-se antes de tudo uma limitação ao soberano direito de testar livremente, de onde somente por causas especiais e demonstrado de forma inequívoca ao questionamento do livre exercício da faculdade de uma pessoa dispor livremente sobre seus bens para depois de sua morte, e assim a aplicação do preceito assinalado como infringido *requer a ocorrência simultânea e inequívoca dos três requisitos exigidos, em este caso, ser cônjuge sobrevivente do falecido, não estar apto ao trabalho e dependência econômica do testador, devendo-se entender que o sentido da omissão de um só dos mencionados, faz inaplicável o preceito*, e em caso específico da dependência econômica discutida no processo, significa que o sustentado necessita do dinheiro que era desembolsado pelo falecido para cobrir suas necessidades básicas. (Grifo nosso). (Tradução nossa).

[...] a existência de seu descendente [...] quem é menor de idade, dependia economicamente do falecido e não pode se inserir no mercado de trabalho, pois se encontra cursando estudos pré-universitários, percebendo o sustento de seus pais para satisfazer suas necessidades econômicas essenciais, pressuposto fático em que se encontra, tanto na celebração do testamento quanto no momento do falecimento de seu genitor, motivos esses suficientes para estimar que reúne os requisitos para ser beneficiário da condição de herdeiro especialmente protegido.²⁷⁶ (Tradução nossa).

Para os universitários matriculados regularmente no Sistema Nacional de

Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2013, p. 146-147.

²⁷⁵ “... *debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostrada puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte, y así la aplicación del precepto señalado como infringido requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto, y en el caso específico de la dependencia económica discutida en el proceso, significa que el sustentado necesita de la erogación monetaria de aquel para cubrir sus necesidades más elementales [...]*”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 484 de 31 de julio de 2003, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 520-521).

²⁷⁶ “[...] *la existencia de su descendiente [...] quien es menor de edad, dependía económicamente del causante y no puede insertarse a un centro laboral por encontrarse cursando estudios preuniversitarios, percibiendo el sustento de sus padres para satisfacer sus necesidades económicas más elementales, supuesto fático en que se hallaba, tanto al ser otorgado el testamento, como al producirse el deceso de su progenitor, motivos suficientes para estimar que reúne los requisitos para ser beneficiario de la condición de heredero especialmente protegido*”. (Tribunal Provincial de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 88 de 25 de septiembre de 2012 (Proceso Ordinario), primer Considerando, ponente Pardo García). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 530).

Ensino, nível médio e superior, em conformidade com a legislação cubana, salvo exceção, não lhes é permitido que mantenham um contrato de emprego. Podem ser contratados, mas desde que não tenham vínculo laboral. Por isso, são inseridos no rol do artigo 493.²⁷⁷

Depreende-se que para os descendentes menores basta o vínculo parental. Esclarecedora é a jurisprudência²⁷⁸ a seguir:

[...] os pais estão obrigados a sustentar seus filhos até que alcancem a maioridade, independentemente deles (os filhos) terem ou não suficiente solvência econômica, obrigações e deveres que compreendem o exercício da pátria potestade que é imposto pelo artigo oitenta e cinco do Código de Família.²⁷⁹ (Tradução nossa).

É importante destacar que há situações dentro do Direito Sucessório cubano em que a plena liberdade de testar estará presente. “O cubano, que tradicionalmente teve seus filhos mais cedo, pode ser que quando for testar já não tenha parentes que se enquadrem nas hipóteses do artigo 493 do Código Civil como ‘herdeiros’ especialmente protegidos. Nesses casos, terá plena liberdade para deixar seu patrimônio para quem queira”, conforme afirma Leonardo B. Pérez Gallardo.²⁸⁰

Em seguida, o artigo 495 regulamenta alguns outros direitos dos herdeiros especialmente protegidos:

1. A preterição de um ou de todos os herdeiros especialmente protegidos, que estejam vivos quando for outorgado o testamento ou os que nasçam depois da morte do testador, anula a instituição de herdeiro, mas valem os legados em quanto não excedam a parte dos bens em que o testador pode dispor livremente.
2. Se os herdeiros preteridos morrem antes do testador, a instituição de herdeiro sofre efeitos se aqueles não deixam descendência, mas se a deixam, os descendentes herdaram por representação sempre que concorram entre eles as

²⁷⁷ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 64.

²⁷⁸ Embora, a jurisprudência seja do ano de 2001 optou-se por colocá-la pelo fato de ilustrar muito bem como a jurisprudência cubana vem tratando do assunto até os dias de hoje.

²⁷⁹ “... *los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad, independientemente de que tengan suficiente solvencia económica o no, obligaciones y deberes que comprenden el ejercicio de la patria potestad que le vienen impuestos por el artículo ochenta y cinco del Código de Familia [...]*”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 637 de 17 de junio de 2001, único Considerando, ponente Arredondo Suárez). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 520-521).

²⁸⁰ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Familia y herencia en los albores del siglo XXI**. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2013, p. 67-68.

circunstâncias que determinam a especial proteção.²⁸¹⁻²⁸² (Tradução nossa).

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentença n. 828, de 23 de noviembre de 2004: “A doutrina científica identifica o conceito de preterição dos herdeiros com a omissão no testamento de alguns ou todos os herdeiros especialmente protegidos aos quais o testador por mandato de lei foi obrigado a reservar uma parte legalmente determinada, o que sem dúvida conduz a nulidade da instituição dos herdeiros”.²⁸³ (Tradução nossa).

O Código Civil cubano estabelece a ordem dos herdeiros, conforme o artigo 514.²⁸⁴

1. A Sucessão corresponde em primeiro lugar a linha reta descendente, formada por filhos e demais descendentes.
2. Os filhos do *de cuius* herdam por direito próprio. Entre eles a herança se divide em partes iguais sem prejuízo do direito do cônjuge e dos pais que não estão aptos ao trabalho e que dependam economicamente do falecido.
3. Os netos e demais descendentes herdam por direito de representação. Se algum houvera falecido deixando vários herdeiros, a parte que lhe corresponde será dividida em partes iguais entre os seus herdeiros

²⁸¹ *Artículo 495.1. La preterición de alguno o de todos los herederos especialmente protegidos, que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador, anula la institución de heredero, pero valen los legados en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente.*

2. Si los herederos preteridos mueren antes que el testador, la institución de heredero surte efectos si aquellos no dejan descendencia, pero si la dejan, los descendientes heredan por representación siempre que concurren en ellos las circunstancias que determinan la especial protección. (Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 30 out. 2019).

²⁸² “... los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad, independientemente de que tengan suficiente solvencia económica o no, obligaciones y deberes que comprenden el ejercicio de la patria potestad que le vienen impuestos por el artículo ochenta y cinco del Código de Familia [...]”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 637 de 17 de junio de 2001, único Considerando, ponente Arredondo Suárez). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 520-521).

²⁸³ “[...] la doctrina científica identifica plenamente el concepto de preterición de herederos con la omisión en el testamento de alguno o todos los herederos especialmente protegidos a los que el testador por mandato de ley estaba obligado a reservarles una porción determinada legalmente, lo que sin lugar a dudas lleva a la nulidad de la institución de herederos [...]”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 828 de 23 de noviembre de 2004, único Considerando; Sentencia n. 768 de 30 de noviembre de 2005, único Considerando, ambas del ponente Díaz Tenreiro). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 554-555).

²⁸⁴ *Artículo 514.1. La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente, formada por los hijos y demás descendientes.*

2. Los hijos del causante lo heredan por derecho propio. Entre ellos la herencia se divide por partes iguales sin perjuicio del derecho del cónyuge y de los padres no aptos para trabajar y que dependían económicamente del causante.

3. Los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación. Si alguno hubiera fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponde se divide entre éstos por partes iguales.

4. Si concurren hijos con descendientes de otros hijos que hubieran premuerto al causante, los primeros heredan por derecho propio y los segundos por derecho de representación. (Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 31 out. 2019).

descendentes.

4. Se concorrem filhos com descendentes de outros filhos que faleceram antes do falecido, os primeiros herdaram por direito próprio e os segundos por direito de representação. (Tradução nossa).

Os filhos são herdeiros de primeira ordem e somente na ausência deles haverá o direito de representação pelos descendentes. Os direitos dos filhos são iguais. O artigo 514.2 deve ser lido em conjunto com o artigo 515. O cônjuge sobrevivente se localiza na segunda ordem sucessória e não os pais. Os pais, para que possam suceder dentro da primeira ordem, obrigatoriamente deverão demonstrar em sede notarial ou na via judicial a inaptidão para o trabalho. Uma vez comprovado tal fato serão considerados herdeiros especialmente protegidos. Assim sendo, passarão a fazer parte da primeira ordem sucessória.²⁸⁵

Em segundo lugar, estão os pais, e nesse sentido é o artigo 515:²⁸⁶

Artigo 515.1 A sucessão corresponde em segundo lugar aos pais.

2. O pai e a mãe, se vivos, herdaram em partes iguais, sem prejuízo do direito do cônjuge.

O cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes do falecido, ou seja, cada um irá receber 1/3 da herança, tendo em vista que a partilha será *per capita*.²⁸⁷ Nessa hipótese, se estiverem enquadrados como herdeiros especialmente protegidos não fará diferença, pois na ausência de descendentes a herança pertencerá a eles mesmos.²⁸⁸

Artigo 516. Os pais que não estão aptos ao trabalho e que dependiam economicamente do falecido, concorrem com os descendentes destes e com o cônjuge sobrevivente e herdaram uma cota parte igual a deles. (Tradução nossa).

Em breve síntese, a primeira ordem de sucessão são os descendentes. Os ascendentes do falecido estão em segundo grau de sucessão. Contudo, o pai e a mãe

²⁸⁵ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019. Artículo 515. Sección Segunda Sucesión de los padres.

²⁸⁶ *Artículo 515.1. La sucesión corresponde en segundo lugar a los padres. 2. El padre y la madre, si sobreviven, heredan por partes iguales, sin perjuicio del derecho del cónyuge. Artículo 516. Los padres no aptos para trabajar y que dependían económicamente del causante, concurren con los descendientes de éste y el cónyuge sobreviviente y heredan una porción igual a la de aquellos.* (Disponível em:

<<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 31 out. 2019).

²⁸⁷ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019. Artículo 515. Sección Segunda Sucesión de los padres.

²⁸⁸ GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019. Artículo 515. Sección Segunda Sucesión de los padres.

vivos poderão ocupar o primeiro lugar na sucessão e, assim, concorrerem com os descendentes. Quando isso ocorrer, serão enquadrados na categoria dos herdeiros especialmente protegidos. Esta situação acontece na hipótese em que os pais são dependentes economicamente de um descendente e necessitam de auxílio para se manterem de forma digna. Nesse sentido, é a decisão do Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana:

[...] a proteção proporcionada pela legislação sucessória comum para os pais dependentes economicamente de um descendente em decorrência de sua incapacidade para o trabalho, aplica-se nos casos em que os genitores acumulem após a morte do filho responsável pela sua manutenção, incapazes de se sustentar por qualquer meio suas necessidades diárias, comprometendo assim a sua subsistência, na medida em que convém limitar os direitos hereditários dos titulares da primeira convocação sucessória, aos efeitos de sua concorrência com os de primeira convocação [...].²⁸⁹ (Tradução nossa).

Posteriormente, o Código Civil cubano trata da sucessão do cônjuge:²⁹⁰

Artigo 517. Se o cônjuge sobrevivente concorre na herança com os descendentes, os pais do falecido, fará jus a uma cota parte igual à dos herdeiros com os quais irá concorrer.

Artigo 518. Caso não exista descendentes, nem pais do falecido, caberá ao cônjuge a totalidade da herança.

Artigo 519. Caso se extinga o matrimônio por falecimento de um dos cônjuges durante a tramitação do processo de divórcio, em qualquer instância, o cônjuge sobrevivente conserva o seu direito hereditário. (Tradução nossa).

²⁸⁹ “[...] la protección que dispensa la legislación sucesoria común para los padres dependientes económicamente de un descendiente dada su inaptitud para trabajar, se aplica en los supuestos en que los progenitores devengan tras la muerte del hijo responsable de su manutención, imposibilitados de sustentar por medio alguno sus necesidades diarias, comprometiendo con ello su subsistencia, al extremo de que resulte procedente la limitación de los derechos hereditarios de los titulares del primer llamado sucesorio, a los efectos de la concurrencia de los mismos a dicho llamado [...]”. (Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n. 44 de 29 de mayo de 2007 (Proceso Ordinario), primer Considerando, ponente Alfaro Guillén). (GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019, p. 576 -577).

²⁹⁰ *Artículo 517. Si el cónyuge sobreviviente concurre a la herencia con los descendientes o padres del causante, le corresponde una porción igual a la de los herederos con quienes concurre. Artículo 518. De no existir descendientes ni padres del causante, corresponde al cónyuge la totalidad de la herencia.*

Artículo 519. Si se extingue el matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges durante la sustanciación del proceso de su divorcio, en cualquier instancia, el cónyuge sobreviviente conserva su derecho hereditario. (Disponível em:

<<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 31 out. 2019).

É interessante destacar que, diferentemente do legislado no Brasil, em Cuba há somente uma modalidade de regime matrimonial disposto no artigo 29 do Código de Família. Pode-se dizer que equivale ao nosso regime de comunhão parcial de bens.²⁹¹

Nas situações de ausência de herdeiros, descendentes, cônjuges e pais, os avós e demais ascendentes irão suceder em partes iguais, seja na linha paterna ou na materna.²⁹²

Por último, na ordem de sucessão vêm os irmãos e sobrinhos. Ou seja, caso o falecido não tenha deixado ascendentes, descendentes e cônjuge herdam os irmãos do falecido e os sobrinhos em representação dos pais pré-mortos. Caso o *de cujus* tenha deixado somente sobrinhos, eles irão herdar em partes iguais.²⁹³

No que diz respeito à transmissão de bens de uso doméstico:²⁹⁴

²⁹¹ *Artículo 29. El régimen económico del matrimonio será el de la comunidad de bienes que regula este Código. 10 Este régimen existirá desde el momento en que se formalice el matrimonio o desde la fecha de iniciada la unión en los casos a que se refiere el artículo 19, y cesará cuando el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa.*

Artículo 30. A los efectos del régimen que se establece en el artículo anterior, se considerarán bienes comunes los siguientes: 1) los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingreso que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la seguridad social; 2) los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges; 3) los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges.

Artículo 31. Se presumirán comunes los bienes de los cónyuges mientras no se pruebe que son propios de uno solo de ellos.

Artículo 32. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: 1) los adquiridos por cada uno de ellos antes de su matrimonio; 2) los adquiridos durante el matrimonio por cada uno de los cónyuges, por herencia, por título lucrativo o por permuta o sustitución de un bien propio. En las donaciones y legados onerosos, se deducirá el importe de las cargas cuando hayan sido soportadas por el caudal común; 3) los adquiridos con dinero propio de uno de los cónyuges; 4) las sumas que cobre uno de los cónyuges en los plazos vencidos, durante el matrimonio, que correspondan a una cantidad o crédito constituido a su favor con anterioridad al matrimonio y pagadero en cierto número de plazos; 5) los de uso personal exclusivo de cada uno de los cónyuges. (Disponível em:

<http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/cuba_ley_nro_1289_1975.pdf> Acesso em: 6 abr. 2020).

²⁹² *Artículo 520. A falta de los herederos comprendidos en las secciones que anteceden, suceden, por partes iguales, los abuelos o demás ascendientes, tanto por línea materna como paterna. (Disponível em:*

<<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 31 out. 2019).

²⁹³ *Artículo 521. 1. A falta de los herederos comprendidos en las secciones que anteceden, heredan los hermanos del fallecido con los sobrinos en representación de sus padres premuertos. 2. De no existir más que sobrinos, heredan por partes iguales. (Disponível em:*

<<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 31 out. 2019).

²⁹⁴ *Artículo 542. 1. El mobiliario, enseres y objetos existentes en una vivienda, que sean indispensables para la continuación de la vida doméstica, se trasmite a los convivientes que al fallecer su propietario, reciban aquélla por herencia.*

2. Se exceptúa el dinero, los créditos, joyas, obras de arte, colecciones valiosas, equipos de transporte, objetos de ornamentación y de uso personal del causante, así como cualesquiera otros bienes que tengan carácter suntuario.

Artículo 543. Los convivientes que adquieren la vivienda en concepto distinto al de herencia, tienen los

Artigo 542.1 O mobiliário, os bens de uso doméstico e objetos existentes em uma casa, que sejam indispensáveis para a continuação da vida doméstica, se transmite aos conviventes que ao falecer o proprietário, recebam estes bens por herança.

2. Se excetua o dinheiro, os créditos, joias, obras de arte, coleções valiosas, equipamentos de transporte, objetos de ornamentação e de uso pessoal do falecido, assim como quaisquer outros bens que tenham caráter suntuoso.

Artigo 543. Os conviventes que adquirem a habitação em um conceito distinto de herança, têm os mesmos direitos reconhecidos como os dos herdeiros do artigo anterior.

Artigo 544.1. Aqueles que recebam os bens a que se referem os artigos anteriores a título de herdeiros ou, no caso do Estado, estão obrigados a pagar aos demais herdeiros a parte correspondente aos bens mencionados.
2. Os adquirentes que não sejam herdeiros do falecido pagam aos herdeiros ou ao Estado o valor dos bens que receberem. (Tradução nossa).

Os bens indispensáveis são aqueles essenciais para a continuidade cotidiana do imóvel. É evidente a proteção dada pelo legislador ao lar. Muitas vezes, adquirir bens que viabilizam a morada pode não ser tão fácil assim em um país socialista. Sendo assim, decorre a importância desse artigo. De nada adianta possuir um imóvel se não há como habitá-lo de forma digna.

Em algumas hipóteses o Estado será herdeiro. Isso ocorre nas seguintes situações:²⁹⁵

Artigo 546.1. Os bens ou direitos de herança se transmite diretamente ao

mismos derechos reconocidos a los herederos en el artículo anterior.

Artículo 544.1. Los que reciben los bienes a que se refieren los artículos precedentes a título de herederos o, en su caso, el Estado, están obligados a pagarles a los demás herederos la parte que les corresponde en dichos bienes.

2. Los adquirentes que no son herederos del fallecido abonan a los herederos o al Estado el precio de los bienes que reciben. (Disponível em:

<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 2 nov. 2019).

²⁹⁵ *Artículo 546.1. Los bienes o derechos de la herencia se transmiten directamente al Estado, sin necesidad de declaración de heredero a su favor, en los siguientes casos:*

a) si el causante ha testado a favor del Estado;

b) si no existen herederos legales ni testamentarios;

c) si todos los herederos son incapaces de heredar, salvo el derecho de representación en los casos que proceda; y

ch) si todos los herederos renuncian a la herencia.

2. Si algún coheredero renuncia a la herencia a favor del Estado o se está en el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 473, solamente se transmite al Estado la porción correspondiente al renunciante o al que abandonó definitivamente el país.

3. También se transmite al Estado la porción restante de los bienes, derechos y acciones de la herencia, si el testador sólo ha dispuesto de parte de ellos y no existen herederos llamados por la ley.

Artículo 547.1. Siempre que un tribunal conozca de un proceso sucesorio en el que no se han presentado herederos, o en el que concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo anterior, lo participa de inmediato al organismo competente para que éste disponga la adjudicación del patrimonio hereditario al Estado.

2. El Estado responde de las obligaciones del patrimonio adquirido solamente con los bienes, derechos y acciones que lo integran. (Disponível em:

<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 2 nov. 2019).

Estado, sem necessidade de declaração de herdeiro a seu favor, nos seguintes casos:

- a) Se o falecido deixou testamento a favor do Estado;
- b) Se não existir herdeiros legais e nem testamentários;
- c) Se todos os herdeiros são incapazes de herdar, salvo o direito de representação nos casos em que for pertinente; e
- ch) Se todos os herdeiros renunciarem a herança.

2. Se algum herdeiro renuncia a herança a favor do Estado ou se está na hipótese prevista na seção 1 do artigo 473, somente se transmite ao Estado a parte correspondente ao que foi renunciado ou a parte de quem abandonou definitivamente o país.

3. Também se transmite ao Estado a parte restante dos bens, direitos e ações de herança se o testador somente havia disposto de parte deles e não exista herdeiros chamados por lei.

Artigo 547.1. Sempre que um tribunal conheça de um processo sucessório e que não se tenha apresentado herdeiros, ou em que ocorra alguma das circunstâncias previstas no artigo anterior, participará de imediato o organismo competente para que este disponha da adjudicação do patrimônio hereditário do Estado.

2. O Estado responde pelas obrigações do patrimônio adquirido somente com os bens, direitos e ações que o integram. (Tradução nossa).

No Direito Sucessório cubano, devido à sua história, o artigo 473²⁹⁶ regulamenta a questão daqueles que abandonaram o país. No entanto, a Lei Geral de Habitação sofreu várias modificações ao longo dos anos, gerando consequências diretas no Direito Sucessório desse país. Não se pode olvidar que para a realidade cubana muitas vezes o único bem a ser herdado é o imóvel em que vivia o falecido. Por isso, essa lei é tão importante nesse ordenamento jurídico.

O Decreto-Lei n. 288/2011 permitiu a venda do imóvel por meio de ato *inter vivos* para qualquer pessoa. Ademais, para aqueles que desejarem emigrar do país também poderão vender seus bens móveis e imóveis sem que os seus atos sejam impugnados por motivo de saída definitiva de seu titular.²⁹⁷ Anteriormente, não existia essa possibilidade.

Antes da reforma, a lei previa como primeira ordem de favorecidos para herdar os ocupantes da residência gerando a ocupação uma situação fática de relevantes

²⁹⁶ *Artículo 473.1. Si la causa de incapacidad para heredar es el abandono definitivo del país y la participación que le hubiera correspondido al incapaz excediera, al momento de la adjudicación, del monto total de dos daños del salario medio nacional, dicha participación no acrece a los coherederos y se trasmite directamente al Estado.*

2. *El que promueva una declaratoria de herederos debe declarar, bajo juramento, si existe persona incapacitada para heredar por abandono definitivo del país.* (Disponível em: <<https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l4t1>>. Acesso em: 2 nov. 2019).

²⁹⁷ Cf. GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, 31.

consequências jurídicas. Assim, os herdeiros ou legatários não ocupantes tinham suas expectativas frustradas. Deste modo, o direito a receber o imóvel ficava condicionado ao requisito da ocupação.²⁹⁸

Percebe-se a confusão fática que a obrigatoriedade desse requisito impactava no Direito Sucessório cubano. Conforme dito por Leonardo B. Pérez Gallardo:²⁹⁹ “[...] a convivência se tornou uma situação jurídica geradora de direitos subjetivos que iam contra o Direito Sucessório”.

A Lei Geral de Habitação, hoje, mais flexível, permite apenas uma residência permanente de propriedade. Ainda assim, o herdeiro instituído tem a opção de vender o seu imóvel como pressuposto legal exigido pela lei, após ter o conhecimento que foi beneficiado pelo testamento com uma casa.³⁰⁰ Antes da reforma, tal fato não era permitido. Se já possuísse um imóvel não poderia herdar.

Em Cuba, país socialista, não é fácil para a população local adquirir um imóvel. Portanto, a grande maioria permanece uma vida inteira tentando adquirir a sua casa. As modificações introduzidas no transcorrer dos anos na Lei Geral de Habitação ocorreram justamente para que a legislação se aproximasse da realidade social vivenciada no país.

Por fim, o Código Civil cubano presume de forma absoluta a necessidade do menor que é de 18 anos. Contudo, a legislação cubana enquadra os descendentes que são universitários na categoria dos herdeiros especialmente protegidos. No Brasil, a Previdência Social utiliza o critério etário de 21 anos. Embora se saiba que há casos, ainda que estes sejam exceção no mundo de hoje, de filhos com ganhos financeiros bem superiores a de seus pais.

Em Cuba, assim como no Brasil, a liberdade testamentária é limitada a 50% do patrimônio do falecido nas situações em que houver herdeiros próximos ao falecido. Entretanto, no Brasil, há a figura dos herdeiros necessários, enquanto em Cuba são os herdeiros especialmente protegidos.

Logo, no país cubano, se não houver herdeiros que se enquadrem na categoria dos especialmente protegidos, o *de cuius* poderá dispor livremente de seus bens.

²⁹⁸ Cf. GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 29.

²⁹⁹ Cf. GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 31.

³⁰⁰ Cf. GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015, p. 31.

Diferentemente do que ocorre na Inglaterra, país onde se permite a livre disposição testamentária mesmo na hipótese de existência de parentes próximos ao testador. Enquadra-se dentro do sistema liberal. Este respeita a autonomia do testador, mas impõe certos limites. Assunto que será discutido no próximo tópico.

3.5 Do sistema liberal: Inglaterra

3.5.1 Do direito sucessório inglês

Como representante do *common law* será abordado o sistema inglês.³⁰¹ Na Inglaterra, ainda há grande autonomia testamentária com apenas algumas limitações em prol dos dependentes do falecido. Fato esse que não ocorre nos países citados anteriormente.

Em países cujos sistemas jurídicos decorrem da *common law* inglesa, passaram por períodos históricos em que se permitiu a plena liberdade de testar, no entanto, nem sempre foi dessa forma. Nesse sentido:³⁰²

Já no que concerne às questões relativas à transmissão das *personalities*,³⁰³

³⁰¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21: “Todas as vezes que este trabalho mencionar o sistema jurídico inglês estará fazendo referência àquele que é constituído pelo direito da Inglaterra e do País de Gales (*England E Wales*). O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – UK*) é formado por quatro países: Inglaterra (*England*), País de Gales (*Wales*), Escócia (*Scotland*) e Irlanda do Norte (*Northern Ireland*). Algumas normas jurídicas são aplicadas em todo o Reino Unido, porém Escócia e Irlanda do Norte têm, respectivamente, um sistema jurídico próprio e Inglaterra e País de Gales possuem um sistema comum também próprio, conhecido como sistema inglês”. Nesse sentido, também é o comentário de DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. VII: “O direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* às vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do Norte e o da Ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é das ilhas anglo-normandas.”

³⁰² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-64.

³⁰³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 61-62: “De uma maneira geral, o direito de herança na Inglaterra, tendo como marco temporal a Conquista Normanda (1066) e até a primeira grande reforma de 1925, tem como principal característica a existência de duas espécies de regulamentação, aplicáveis respectivamente a duas categorias de propriedade, sendo esta distinção outra particularidade bem própria do direito inglês. Uma categoria é chamada de *real property ou realty* e corresponde à nua propriedade de terras, suas benfeitorias e pertenças e aos direitos sobre dita propriedade; a outra é denominada *personal property ou personalty*, e se refere às terras arrendadas e aos bens móveis. Essa divisão possui importância para uma boa compreensão acerca do direito sucessório que percorre esse longo intervalo de tempo. Nas regras que regulamentam a sucessão *ab intestato (intestacy)* no direito inglês, uma das espécies da *personalty*, no

até 1066 eram as mesmas levadas à solução pelas Cortes da *Common Law*, como acontecia com as *realities*. A partir de então passaram a se submeter à jurisdição das Cortes Eclesiásticas, existindo sempre uma margem para dispor desses bens após a morte por intermédio de testamento. De início, a divisão era de um terço para a viúva, um terço para os filhos e outro terço para livre disposição.

A Igreja, que não aprovava a sucessão *ab intestato* (*intestacy*), estimulava sobremaneira os fiéis a elaborar testamentos. Esse estímulo levava a que o terço de livre disposição fosse testado à própria Igreja. A proporção foi gradualmente aumentando, até que no segundo quarto do século XVIII havia total liberdade de testar com relação a esses bens (*personalities*) em toda a Inglaterra e País de Gales. Em não havendo testamento, ditos bens eram transmitidos à viúva e aos parentes mais próximos, neste caso os filhos. A divisão aqui, no que diz respeito aos filhos, era igualitária, não mais importando o sexo ou idade.

Em 1736 o Parlamento aprovou o *Mortmain Act*, segundo o qual nenhuma terra poderia ser transmitida para caridade por meio de testamento. Neste sentido, mesmo uma doação somente teria validade se realizada mais de um ano antes da morte do doador. O Ato, ao que parece, foi dirigido à Igreja.

Já em 1891 foi aprovado o *Mortmain and Charitable Uses Act*, passando a não mais existir restrições à transmissão de bens por testamento para fins de caridade.

[...]

A rigor, somente entre 1891 – quando foi editado o *Mortmain and Charitable Uses Act*, o qual removeu as restrições anteriormente existentes para doações por testamento para caridade – e 1938 vigeu na Inglaterra a liberdade de testar irrestrita e incondicionada. É possível perceber que data de era remota a tensão entre a liberdade de testar e o dever de provisão familiar.

Em apertada síntese, fez-se uma breve retrospectiva histórica a respeito da liberdade testamentária no Direito inglês.

Passa-se a tratar da sucessão *ab intestado*, quando a pessoa falece sem deixar testamento. Há que observar determinadas regras chamadas de *intestacy rules*. Estas disciplinam como ocorrerá a divisão de bens deixados pelo falecido que não celebrou testamento e constam, em sua maior parte, nos Ato de Administração de Heranças de 1925 (*Administration of Estates Act 1925*) e no Ato sobre Herança do Intestado de

caso os bens móveis, são também denominados *chattel*.

Até o século XIII, as *realities* não podiam ser objeto de testamento. Com a morte do autor da herança, essas propriedades eram diretamente transmitidas para seu filho mais velho, se houvesse. Não existia liberdade de testar com relação a ditas propriedades. No final da Idade Média, como forma de driblar a impossibilidade de dispor desses bens (*realities*) por meio de disposições de última vontade, foi criado um instituto denominado *uses*, precursor do *trust*, e pelo qual alguém poderia transferir terras a outrem, em benefício e para uso de um terceiro.

A Coroa, então nas mãos de Henry VIII, não aprovando o novo instituto (*uses*) por entendê-lo como uma manobra para o não pagamento de *royalties* associados à terra, forçou o Parlamento a aprovar o *Statute of Uses*, de 1535, como uma maneira de limitar a sua prática. A aprovação do *Statute of Uses* colaborou para uma rebelião conhecida como *Pilgrimage of Grace* (Peregrinação da Graça), que teve início em Lincolnshire no começo de outubro de 1536. Foi a pior revolta do reinado de Henry VIII, resultado direto da dissolução de mosteiros, entre outras práticas. Em 1540, no entanto cinco anos após a aprovação do referido estatuto, o mesmo monarca permitiu a aprovação pelo Parlamento, do *Statute of Wills*, ato que passou a autorizar a transmissão de *realities* através de testamento”.

1952 (*Intestates's Estates Act 1952*).³⁰⁴

É importante fazer uma ressalva quanto à lei *Administration of Estates Act 1925*:

Como ocorre em toda sucessão aberta ao amparo do direito inglês, quando é totalmente *ab intestado* é preciso distinguir entre a administração e a posterior distribuição do remanescente entre os beneficiários designados por lei, que neste caso é a Lei *Administration of Estates Act 1925* e que vem sendo objeto de sucessivas reformas.

Enquanto a administração liquidativa corresponde ao chamados *personal representatives* do causante, que atuam como *trustees*³⁰⁵ com poder de disposição. As funções destes administradores são definidas na lei *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* y en el *Trustee Act 2000*, que alteram o conteúdo da lei *Administration of Estates Act 1925* neste ponto. O *personal representative*, que será nomeado entre os designados para suceder *ab intestado*, deverá observar a ordem de prioridade ostentada na titularidade fiduciária do acervo hereditário, com um poder, mas não uma obrigação, de vender e com a faculdade de adiar a distribuição dos bens até o momento em que lhe pareça oportuno; tudo isso, sem prejuízo de sua responsabilidade na gestão do patrimônio, que pode justificar pretensões de compensações pelos danos gerados em consequência de uma atuação tardia ou desafortunada.

Obviamente, entre as suas funções se encontram as de satisfazer os gastos com o funeral e a administração, assim como pagar as dívidas do falecido, cobrar o recebimento em dinheiro a ser pago se existente para o acervo hereditário e ao resultado da venda de ativos.

Realizadas estas operações, se procede à distribuição do remanescente entre os destinatários finais (*beneficially entitled*), que são as pessoas designadas na parte IV do *Act 1925* e cuja ordem é estabelecida previamente.³⁰⁶⁻³⁰⁷ (Tradução nossa).

³⁰⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57.

³⁰⁵ ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.243-1.282, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>. Acesso em: 17 jan. 2020. Nota de rodapé, p.1.247: *Como es sabido, el trustee viene a hacer las veces de un administrador en beneficio ajeno, aunque investido de la titularidad legal o formal de los bienes.* (Como é sabido, o *trustee* se faz as vezes de um administrador em benefício alheio, mesmo que investido de titularidade legal ou formal dos bens). (Tradução nossa).

³⁰⁶ ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.243-1.282, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>. Acesso em: 17 jan. 2020. Nota de rodapé, p.1.248: *Nótese que en la mayoría de casos el representante ostentará también la condición de beneficiario. En este contexto, surgen importantes problemas relativos a la prohibición de autocontratación.* (Note-se que na maioria dos casos o representante ostentará também a condição de beneficiário. Neste contexto, surgem importantes problemas relativos a proibição de autocontratação). (Tradução nossa).

³⁰⁷ ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.247-1.248, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>. Acesso em: 17 jan. 2020. *Como ocurre en toda sucesión abierta al amparo del derecho inglés, cuando es totalmente intestada es preciso distinguir entre la administración y la posterior distribución del remanente entre los beneficiarios designados por la ley, que en este caso es la Administration of Estates Act 1925 y que ha sido objeto de sucesivas reformas. En cuanto a la administración liquidativa, ésta corresponde a los llamados personal representatives del causante, que actúan como trustees 7 con poder de disposición. Las funciones de estos administradores vienen definidas en el Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 y en el Trustee Act 2000, que alteran el contenido de la Administration of Estates Act 1925 en este punto. El personal representative , que será nombrado entre los designados*

A distribuição da massa hereditária se dará conforme a existência ou não de determinados parentes. Seguindo sempre a determinação legal.

A preferência ao recebimento é para o cônjuge ou companheiro sobrevivente do *de cuius*,³⁰⁸ seguidos pelos filhos ou outros descendentes,³⁰⁹ pais, irmãos e seus descendentes, avós, tios e seus descendentes.³¹⁰

Gustavo Henrique Baptista Andrade explica as diversas situações que podem acontecer quando o falecido não deixa testamento:

Em havendo cônjuge ou companheiro vivo e sendo o patrimônio superior a £ 250,000 (duzentas e cinquenta mil libras), existindo ainda filhos, netos ou outros descendentes, o cônjuge ou companheiro recebe todos os bens até o valor de £ 250,000 e os bens pessoais³¹¹ (*personal chattels*), qualquer que seja o valor. Após o pagamento de eventuais dívidas, o restante do patrimônio que ultrapassar a quantia indicada (*residuary estate*) será compartilhado da seguinte maneira: metade para o cônjuge ou companheiro e a outra metade dividida igualmente entre os filhos. Se qualquer um deles for pré-morto, seus filhos, ou seja, os netos da pessoa falecida herdarão em seu lugar. Ainda na existência de cônjuge ou companheiro e havendo igualmente filhos ou demais descendentes, mas sendo o patrimônio inferior a £ 250,000, cônjuge ou companheiro herdam todos os bens.

Caso não haja cônjuge ou companheiro sobrevivente, mas existam filhos ou outros descendentes, o patrimônio, independentemente de seu valor, será dividido de forma igualitária entre esses descendentes.

Havendo cônjuge ou companheiro, porém inexistindo filhos ou outros descendentes, cônjuge ou companheiro sobreviventes herdam todos os bens, seja qual for o valor do patrimônio.

Em não existindo cônjuge ou companheiro vivo nem descendentes, mas forem vivos os pais do *de cuius*, estes herdam todo o patrimônio, seja qual for o seu valor. Se estes forem mortos, mas a pessoa falecida tiver deixado

para suceder abintestato, siguiendo el mismo orden de prioridad, ostenta la titularidad fiduciaria del caudal relicto, con un poder, pero no una obligación, de enajenar y con la facultad de posponer la distribución de los bienes hasta el momento en que le parezca oportuno; todo ello, claro está, sin perjuicio de su responsabilidad en la gestión del patrimonio, que puede justificar pretensiones de compensación por los daños generados a raíz de una actuación tardía o desafortunada.

Obviamente, entre sus funciones se encuentran las de satisfacer los gastos de funeral y de administración, así como el pago de deudas del causante, con cargo al dinero en efectivo existente en el caudal relicto y al que resulte de la enajenación de bienes.

Realizadas estas operaciones, se procede a la distribución del remanente entre los destinatarios finales (beneficially entitled), que son las personas designadas en la parte IV del Act 1925 y de cuyo orden se da cuenta seguidamente.

³⁰⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59: “Cônjuge ou companheiro serão beneficiados se sobreviverem ao autor da herança por 28 dias; caso contrário, a sucessão será tratada como se não houvesse cônjuge ou companheiro”.

³⁰⁹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59: “Membros de nova geração têm direito à parte de seus pais se estes forem pré-mortos (por estirpe)”.

³¹⁰ Disponível em: <<https://www.gov.uk/inherits-someone-dies-without-will/y/england-and-wales/yes/yes/yes>>. Acesso em: 19 set. 2019.

³¹¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59: “Bens pessoais (*personal chattels*) são definidos por lei, de um modo geral, carros, joias, etc. (não incluem investimentos bancários)”.

irmãos e, à falta destes, sobrinhos, é entre eles que será dividido o patrimônio. Registro deve ser feito para o caso de o autor da herança ter deixado meios-irmãos. Neste caso, à falta de cônjuge, companheiro, filhos, pais e irmãos, o patrimônio será herdado pelo(s) meio-irmão(s). E na ausência de quaisquer parentes sucessíveis, aqui incluídos avós, tios ou meio-tios (*half-aunts and half-uncles*) e primos, todo o patrimônio será apropriado pela Coroa Britânica como bem vago (*ownerless property or bona vacantia*).³¹²

Passa-se a tratar das situações em que o falecido deixa testamento. A liberdade de testar no sistema inglês é regulamentado pelo Ato de 1975 – *Inheritance (Provision for family and Dependantes) Act 1975* – poucas foram as modificações, sendo a mais recente de 2014.³¹³ As alterações ocorreram da seguinte forma:

A primeira modificação no Ato de 1975 aconteceu em 1995 (*Law Reform Succession Act*) após Relatório da *Law Commission*, órgão colegiado independente criado em 1965 para manter a legislação da Inglaterra sob constante revisão e recomendar as reformas que se fizerem necessárias. O aludido Relatório foi editado em 1989 com recomendação para que qualquer espécie de convivente (*cohabitant*) fosse incluído entre os beneficiários postulantes a provisão. Importante registrar que, em 2004, por força do *Civil Partnership Act* (Ato de Parceria Civil), os casais do mesmo sexo que tenham registrado sua união, tiveram seus direitos equiparados aos dos cônjuges, o que também os habilitou como postulantes.

A alteração de 2014 (*Inheritance and Trustees' Powers Act*) foi precedida por Relatório da *Law Commission* datado de 2011 (*Law Commission Report Intestacy and Family Provision Claims on Death*), no qual havia recomendações para pequenas modificações, remanescendo, porém, o que já havia sido deliberado acerca das uniões estáveis e parcerias entre casais homoafetivos.³¹⁴

Nesse sentido, para os casos em que há testamento serão aplicadas as regras do Ato de 1975. A possibilidade de submeter ao Poder Judiciário as questões referentes à invalidação ou modificação do testamento, quando este não abarcava determinada pessoa a quem o Ato menciona a necessidade de provisão, já existia desde 1938. Este foi o ano em que se inaugurou o atual modelo inglês de sucessão testamentária, conhecido como *judicial discretion*, traduzido por discricionariedade judicial. Esta nomenclatura se deve ao fato de que as Cortes inglesas possuem o poder de reformar o testamento com o objetivo de conceder uma justa provisão para as pessoas que ali foram mencionadas.³¹⁵

³¹² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57-58.

³¹³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 81.

³¹⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 81.

³¹⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo

Para que haja ou não a concessão da provisão é necessário que o juiz analise a circunstância do caso concreto. Segundo Mirian Anderson:

[...] o juiz deve levar em consideração a capacidade económica presente e futura do solicitante, a dos demais solicitantes e a dos beneficiários; as obrigações e responsabilidades que recaem sobre o acervo hereditário; a incapacidade física ou mental do solicitante ou de qualquer outro beneficiário, assim como qualquer outro fato que o juiz possa entender ser relevante, como o comportamento do requerente em relação ao pré-falecido.³¹⁶ (Tradução nossa).

O Ato de 1975 indica quais pessoas estão aptas a pleitear a provisão: a) cônjuge ou companheiro; b) ex-cônjuge ou ex-companheiro do *de cuius* (desde que não tenha casado ou começado nova união estável); c) uma pessoa que morou na mesma casa do falecido, como se cônjuge ou convivente em união estável fosse, por um período de dois anos, terminado imediatamente antes da morte do autor da herança, e) qualquer pessoa tratada pelo falecido como filho da família, seja em casamento ou em união estável ou em qualquer família que o *de cuius* tenha exercido o papel de pai (enteado); e f) qualquer outra pessoa não incluída nas letras anteriores que, imediatamente antes da morte do autor da herança, vinha sendo por ele mantido, total ou parcialmente (um dependente).³¹⁷⁻³¹⁸

Há outros fatores levados em consideração pelo Judiciário inglês ao decidir o caso concreto, como, por exemplo, o tempo do casamento ou da coabitação; ou pleitos feitos pelo enteado ou dependente em que será analisado o grau de responsabilidade assumido pelo falecido em vida.³¹⁹

Segundo Gustavo Henrique Baptista Andrade³²⁰ há dois padrões de provisão

comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 82.

³¹⁶ ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.278-1.279, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>.

Acesso em: 17 jan. 2020. *En todo caso, en aras de otorgar o no la provisión, el juez debe tener en cuenta la capacidad económica presente y futura del solicitante, de los restantes solicitantes y de los beneficiarios; las obligaciones y responsabilidades que gravan el caudal relicto; la incapacidad física o mental del solicitante o de cualquier otro beneficiario, así como cualquier otro dato que el juez pueda estimar relevante, como puede ser la conducta del solicitante hacia el premuerto.*

³¹⁷ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63/2014-10-01?view=plain+extent>>. Acesso em: 22 set. 2019.

³¹⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 86.

³¹⁹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 86.

³²⁰ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 86-87.

previstos no Ato de 1975 (Seção 1 – Subseção 1B):

Um para o cônjuge sobrevivente e outro, de caráter geral, chamado padrão de manutenção. A provisão para o cônjuge sobrevivente abrange também o companheiro e é designada como “uma provisão financeira considerada razoável, levando-se em conta todas as circunstâncias do caso”, para o cônjuge ou companheiro receber, seja ou não dita provisão requerida para sua manutenção. Uma regra peculiar para fixação dessa provisão inclui o cálculo daquilo que receberia o cônjuge ou companheiro no caso de divórcio. A provisão para manutenção se destina a todos os demais peticionários e representa “uma provisão financeira considerada razoável, de acordo com as circunstâncias do caso”, com vistas à manutenção do peticionário. O conceito de manutenção é indicado na mesma Seção com a finalidade de definir quem pode ser considerado dependente do falecido e corresponde a “uma substancial contribuição em dinheiro ou equivalente para as necessidades daquela pessoa”. Na prática, o Tribunal deverá analisar, objetivamente se o testamento e/ou as regras de Direito Sucessório torna razoável a provisão financeira para a manutenção do requerente [...].

Observa-se a preocupação do legislador inglês em respeitar a solidariedade entre os parentes e os dependentes do falecido. Ao mesmo tempo em abarcar um rol bem amplo de pessoas aptas a pleitearem recursos financeiros deixados pelo falecido.

Ao conceder a provisão, o juiz irá verificar qual é a melhor para o caso que está julgando. Sendo assim:

Se um ou mais requerentes obtiverem a ordem de manutenção, esta poderá se dar de distintas formas, que vai desde a fixação de uma pensão periódica até o pagamento de uma quantia fixa, a nomeação de um administrador ou a transmissão de propriedade, seja permanentemente, seja para sua alienação.³²¹ (Tradução nossa)

O Ato de 1975, na Seção 2, prevê hipóteses em que o peticionário foi beneficiado pela provisão por meio de testamento ou pelas regras da sucessão *ab intestato*, mas não foi razoável. Quando isso ocorre o Tribunal deverá percorrer duas etapas:

Primeiro é decidido se a herança, tal como disposta em testamento ou na forma da lei, é suficiente para provisões financeiras razoáveis ao requerente, tomando-se por medida os padrões de provisão para o cônjuge e o de manutenção. O pedido não prossegue caso o Tribunal chegue à conclusão de que a herança é suficiente para a provisão requerida. Caso contrário, tem vez a segunda etapa, quando a Corte decidirá se o peticionário tem direito à provisão e em que medida.³²²

³²¹ ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.280-1.281, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>. Acesso em: 17 jan. 2020. *Si alguno o algunos de los solicitantes obtienen la orden de manutención, ésta puede adoptar distintas formas, que van desde la fijación de una pensión periódica hasta el pago de una cantidad alzada, pasando por el establecimiento de un trust o bien por la transmisión de propiedad, ya sea de manera definitiva, ya sea para su enajenación.*

³²² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo

É interessante observar que o sistema inglês não trabalha com um percentual predefinido. A legislação inglesa deixou em aberto para o Judiciário decidir caso a caso. Consequentemente, analisará a necessidade do peticionário *versus* possibilidade, ou seja, o *quantum* deixado pelo falecido, bem como o número de peticionários e o patrimônio deixado. A obrigação assumida pelo *de cuius* em vida para com algum dependente ou enteado.

Para Aurelio Barrio Gallardo:³²³ “A provisão familiar tem a grande virtude de introduzir uma terceira via que, sem assumir uma exclusão geral da liberdade de testar, a atenuou, mas somente quando as circunstâncias do caso concreto se fazem estritamente necessário” (*sic*).

Uma situação jurídica conforme a atual legislação inglesa é que ela permite que o falecido deixe uma propriedade para o seu cuidador.³²⁴ Denota dessa informação o cuidado de a legislação beneficiar aquele que prestou assistência ao *de cuius* no final de sua vida e que não necessariamente será um parente.

É importante compreender que o Direito inglês trabalha com precedentes e não com fórmulas rígidas para solucionar as demandas judiciais. Sendo assim, René David, tratando dos precedentes ingleses, explica:

Esse princípio, também resultante do caráter jurisprudencial do direito inglês, é o seguinte: quando um juiz, para aplicá-la, afirma uma regra de direito, só pode fazê-lo em consideração às circunstâncias do caso que lhe é submetido e em relação com essas circunstâncias. A obrigação de seguir os precedentes pode ser proclamada com vigor, mas, de fato, combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções. O juiz seguramente levará em conta, em sua decisão, decisões judiciais anteriormente tomadas, nunca dirá que algumas dessas decisões (tomadas por jurisdições de nível superior ou simplesmente igual ao da sua) foram mal proferidas. Mas ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução “razoável” que ele requer.³²⁵

comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 88.

³²³ GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testa en Inglaterra y Aragón. **Revista de Derecho Civil Aragonés**, n. 17, p. 65, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4055686>>. Acesso em: 17 jan. 2020. *La pensión familiar tendría la gran virtud de introducir una tercera vía que, sin suponer una exclusión general de la libertad de testar, la atenuaba, pero sólo cuando las circunstancias del caso concreto lo hicieran estrictamente necesario.*

³²⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 89.

³²⁵ DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 14.

Ao abordar a forma como o Direito inglês é aplicado na prática, René David faz uma comparação com o Direito francês:

A técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir uma extrema rigidez. Para apreciar com realismo a situação, não esqueçamos que, logo após a codificação francesa, certos autores viram nessa codificação o perigo de um estancamento imposto à evolução de nosso direito. Doutrina e jurisprudência souberam evitar esse perigo, recorrendo a fórmulas variadas, flexíveis, de interpretação dos textos. Graças à técnica das distinções que lhes é própria, os juristas ingleses podem conviver com a regra do precedente rígida em tese.

Interpretação de um lado, distinções do outro, são as técnicas que manifestam uma certa oposição entre direito francês e direito inglês. O direito francês se apresenta como um “sistema fechado”, em que tudo, em tese, foi previsto pelo legislador. Nossas jurisdições sempre justificam suas decisões por textos, mas sabemos que essas jurisdições podem, ocasionalmente, ser originais em sua interpretação dos textos e renovar nosso direito. Já o direito inglês representa um “sistema aberto”; seus juristas reconhecem com franqueza que ele está sempre em via de elaboração, que é inacabado. No entanto, as distinções pelas quais pretende-se aperfeiçoá-lo muitas vezes têm como efeito modificá-lo: o princípio de que se partiu pode, depois de algum tempo, encontrar-se submerso sob a torrente de distinções que levam, no fim das contas, a consagrar o princípio inverso.³²⁶

A partir das observações feitas acima, verifica-se que não há um engessamento do Direito inglês. Pelo contrário, é um sistema vivo em constante transformação para que seja possível acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade inglesa. Via de consequência, com as novas configurações familiares a liberdade testamentária inglesa permite ao testador deixar o seu patrimônio não só para quem entender que é merecido, como também, se for o caso, repartir a quantia entre os seus herdeiros da forma que lhe parecer mais justa.

Ademais, a possibilidade de o juiz inglês decidir caso a caso o permite julgar cada demanda com as peculiaridades existentes em cada uma. Principalmente, quando a questão tratada se refere ao Direito Sucessório. Cada família tem a sua configuração; o patrimônio do falecido amealhado durante a sua vida; a sua própria história.

Há uma norma geral estabelecendo quem são as pessoas aptas a pleitearem uma provisão e as circunstâncias constantes na Seção 3 do Ato de 1975 (acima descritas) que servirão de embasamento para o julgamento do caso. Com essas duas normas os julgadores possuem um caminho preestabelecido que deverão percorrer.

³²⁶ DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 14-15.

Então, há, sim, regras predefinidas, mas ao mesmo tempo há mais discricionariedade na decisão que consegue acompanhar as peculiaridades do caso comparado com os sistemas codificados.

Logo, o sistema sucessório inglês permite ao falecido dispor de seu patrimônio com uma considerável margem de liberdade, mas, concomitantemente, respeita o princípio da solidariedade familiar.

Ademais, Cristiano Pretto³²⁷ ressalta que a tendência é aumentar a liberdade de testar: “a) aumento da parte livre para disposição; b) ampliação da possibilidade de pagamento em dinheiro da legítima, figurando em muitos casos, como direito de crédito, inclusive com provisão de pagamento parcelado”. E, acrescenta:³²⁸ “[...] c) especial preocupação por manter a continuidade da empresa familiar; e d) permissão da *negociação* da herança, por meio de pactos sucessórios”.

No começo, o Direito Romano aceitava uma ampla liberdade de testar, o que foi mantido até a Idade Moderna (Codificações), quando a preocupação com a igualdade optou por limitar a autonomia do testador por meio da legítima.³²⁹ Por fim, Cristiano Pretto argumenta:³³⁰ “Hoje, com relações familiares mais estreitas e propriedade privada *funcionalizada*, entre outras variáveis, importa repensar a finalidade do testamento, para abarcar a real autonomia testamentária, num mundo bastante distinto daquele no qual surgiram as ideias de legítima e herdeiros necessários”.

Nesse sentido, o Direito inglês, ao permitir uma maior liberdade testamentária, remonta ao período romano. A história é cíclica.

Pelo exposto, verifica-se que o sistema anglo-saxão sofreu várias reformas ao longo de sua história, culminando no ponto de não haver mais a legítima. O que soaria um absurdo para um brasileiro. Contudo, com o decorrer do tempo a legislação inglesa foi-se aperfeiçoando.

Há o direito de reivindicar alimentos caso o requerente comprove a sua necessidade. Como dito anteriormente, não existe um percentual predefinido

³²⁷ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 69.

³²⁸ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 69. (Grifo do original)

³²⁹ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 69.

³³⁰ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 69. (Grifo do original)

possibilitando aos julgadores analisarem caso a caso com mais equidade. Uma lei que já impusesse um percentual predefinido não abarcaria todas as hipóteses reais do cotidiano. Aqui, há um equilíbrio entre o binômio necessidade *versus* possibilidade. Esta última, referente, é claro, ao montante do patrimônio deixado pelo falecido. Enquanto, necessidade diz respeito à dependência econômica do requerente em relação ao *de cuius* para que possa manter o seu padrão de vida.

Curioso é constatar que uma legislação aparentemente tão distinta da brasileira consegue atender de forma satisfatória muitas situações concretas nas quais no Brasil não seria possível. O legislador inglês conciliou a autonomia privada do testador com o dever de mútua assistência entre os familiares.

Inquietações já começam a aparecer na doutrina acerca da problemática da legítima e sua consequência no Direito Sucessório. Por isso, no próximo capítulo será discutida a questão da autonomia privada do falecido e a sua liberdade de dispor de seu patrimônio da melhor forma que lhe convier.

4 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

4.1 Construção e influência do conteúdo da autonomia da vontade no direito sucessório a partir da filosofia kantiana

Para responder à pergunta: “pode o Estado impor a obrigatoriedade da legítima?”, deve-se, antes, compreender a evolução do princípio da autonomia da vontade.

Para que isso ocorra tem-se o ponto inicial em Kant. De acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves:³³¹ “Talvez, se possa, mesmo, atribuir a Kant a primeira teorização acerca da autonomia ou, ao menos, a primeira teoria de autonomia a se elevar a um patamar pragmático, como justificativa para elaboração doutrinária e aplicação jurídica”.

“Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo”, segundo Norberto Bobbio.³³² Prosseguindo a respeito da autonomia conforme Kant, Norberto Bobbio:

[...] uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia.³³³

Ao tratar do princípio da autonomia da vontade, esse trabalho tem como ponto de partida a filosofia kantiana. Para Kant, o princípio universal do Direito:

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.

Se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este

³³¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 51.

³³² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 69.

³³³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 69.

obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.

Disso também resulta que não se pode requerer que esse princípio de todas as máximas³³⁴ seja ele próprio, por sua vez, minha máxima, isto é, não pode ser exigido que eu dele faça a máxima de minha ação, pois qualquer um pode ser livre enquanto eu não prejudicar sua liberdade mediante minha ação externa, ainda que eu seja inteiramente indiferente à sua liberdade ou quisesse de coração violá-la. Que eu constitua como minha máxima *agir justamente* é uma exigência que ética me impõe.

Assim, a lei universal do direito, qual seja, *age externamente de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros; e ela o diz como postulado não suscetível de prova adicional. Quando o objetivo de alguém não é ensinar a virtude, mas somente expor o que é o direito, não é permissível e nem deveríamos representar aquela lei do direito como ela mesma sendo o motivo da ação.³³⁵ (Grifos do original).

Para Kant, o Estado deve ser liberal, ou seja, que haja uma intervenção mínima por parte do ente estatal na vida dos indivíduos. E a moral é um critério exterior ao direito. Para ele, o Direito deve regulamentar pouco. Via de consequência, surge o questionamento: qual é o critério desse pouco? O critério é a moral – imperativo categórico – posso fazer tudo que não interfira na liberdade do outro – uma lei universal. O Direito deve regulamentar. A dificuldade está em estabelecer o que deve ser legislado dentro dessa pequena margem.

No momento em que ocorre a violação da liberdade universal a coerção é utilizada para restaurar o *status quo* anterior. Portanto, “a justiça realiza-se por intermédio do Direito, na medida em que esse permite a liberdade. E ele o faz por meio da coação, na medida proporcional ao arbítrio daquele que violou a liberdade de outrem”.³³⁶

³³⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 56: “Máxima é o princípio subjetivo da vontade. Vale apenas para aquele que a propõe. Já os imperativos têm uma pretensão de universalidade. Eles expressam a necessidade objetiva de ação e podem ser divididos em duas classes: imperativos hipotéticos e imperativos categóricos. Os imperativos hipotéticos consideram sempre uma hipótese, uma condição de se atingir certo fim. [...] Os imperativos categóricos, por sua vez, não se voltam para determinado fim, eles valem incondicionalmente de seus objetivos. Trata-se de uma prescrição, *a priori*, da vontade. Somente os imperativos categóricos são leis morais, universais e necessários”.

³³⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e nota Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 76-77. (Série Clássicos Edipro).

³³⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 61.

Ao tratar da autonomia da vontade, da filosofia moral, Kant entende que essas não são absolutas, pois há um limite que é a lei universal. Em termos de conteúdo o Direito deve conter a moral.

Tratando do direito à liberdade, Norberto Bobbio faz o seguinte questionamento:

Bastará recordar que muito direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais – fundamentais somente na opinião de quem os defendia-, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem. Para dar um exemplo: ardeu por muito tempo entre os jusnaturalistas a disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens (o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto devia ser preferida num sistema que aceitava como justo o que se fundava na natureza. Podiam disputar por muito tempo: com efeito, todas as três soluções são perfeitamente compatíveis com a natureza do homem, conforme se considere este último como membro de uma comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende), como pai de família (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens). Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chamava de “inatos”) a apenas um: a liberdade. Mas o que é a liberdade?³³⁷

Ao discorrer sobre a árdua tarefa de fundamentar os direitos do homem, Norberto Bobbio traz a seguinte reflexão:

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis* – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.³³⁸ (Grifo do original)

Dessa forma, pode-se dizer que um direito fundamental como a liberdade e no caso aqui proposto o direito de dispor de seu próprio patrimônio somente poderá ser concretizado a partir do momento em que a legislação brasileira assim o permitir.

Nesse sentido, como fica a liberdade testamentária? Quais seriam as condições necessárias para que tal direito fosse implementado? Qual é a questão a

³³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.36-37.

³³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43-44.

ser investigada? Se é legítimo por parte do Estado limitar ou não um percentual testamentário. É exatamente essa questão que se procura responder.

Diogo Luna Moureira explica que Kant, em suas obras, preocupou-se em fundamentar a liberdade humana:

Ao contrário do método analítico do conhecimento em que se adota um juízo necessário e universal, partindo da totalidade para a individualidade, o método Kantiano percorre caminho oposto, eis que se parte do indivíduo para a totalidade num verdadeiro reconhecimento de *experiências possíveis*, revelando a importância da subjetividade e autonomia humanas nos projetos filosóficos da modernidade.³³⁹ (Grifo do original).

Prosseguindo as explicações a respeito de Kant: “Se uma ação livre é aquela que não possui nenhuma causa externa a si mesma, uma ação livre seria aquela cuja causa fosse a própria Razão”.³⁴⁰

Retornando ao tema da liberdade testamentária por analogia ao pensamento kantiano: para que haja total liberdade testamentária não poderia o testador estar sujeito a uma restrição legislativa (causa externa) e, sim, que pudesse dispor da forma como a sua consciência assim o desejasse (Razão). Reafirmando a explicação anterior: “Se a causa da ação for o desejo de felicidade ou o receio da coação, a ação não será tida por livre (porque a Razão não será a causa da sua própria ação). A ação livre, ao contrário, é aquela cujo *motivo é o respeito pelo dever* representado pela própria Razão”.³⁴¹

Para Kant, há dois conceitos de liberdade. O primeiro é no sentido negativo ou prático que deve ser compreendido como não submissão. O termo liberdade deve ser entendido conforme foi conceituado por Rousseau, ou seja, como sinônimo de autonomia.³⁴² A palavra autonomia significa governar a si próprio. Logo, o segundo é no sentido positivo ou transcendental: “Portanto, o ser livre é aquele que age

³³⁹ MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 67.

³⁴⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78.

³⁴¹ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 79. (Grifo do original).

³⁴² GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80: “ A palavra liberdade pode ser tomada como um sinônimo de autonomia, como fazia Rousseau, que em passagem célebre de sua obra *O Contrato Social* fornece a intuição essencial da filosofia prática kantiana (apesar de trabalhar o conceito de “liberdade” mais do ponto de vista da Filosofia Política do que, propriamente, da Filosofia Moral, como fará Kant).

autonomamente, ou seja, segundo as normas morais que a Razão se lhe representa”.³⁴³ Já “a Razão é autônoma, uma vez que é autora de suas próprias leis morais, ou seja, uma vez que representa seu próprio dever”.³⁴⁴

A respeito de Kant: “Com a filosofia de Kant, que teve definitiva influência, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1796) [...]”.³⁴⁵

Bruno Torquato de Oliveira Naves acrescenta:

Ao eleger a vontade como foco de suas pesquisas, Kant serviu para fundamentar a noção de autossuficiência que o liberalismo atribui à autonomia. Esses conceitos serviram para isolar o Estado, demarcando o seu campo de atuação. Dessa forma, por muito tempo, trabalhou-se no Direito a ideia da vontade, por si só como fonte do Direito. O Estado só viria reconhecer o que já havia se aperfeiçoado.³⁴⁶

Ricardo Luis Lorenzetti discorre: “[...] o exercício da liberdade deriva em uma regra de autonomia que importa a possibilidade de decidir sem condicionamentos externos. Não se trata de decidir sem limites, já que estes existem [...]”.³⁴⁷ E, prossegue: “[...] e são derivados dos direitos dos outros e dos bens públicos. Trata-se que dentro do espaço de autonomia concedido pelo ordenamento jurídico o sujeito possa decidir por si mesmo”.³⁴⁸

Ao discorrer a respeito do direito geral de liberdade ele continua:

Assim mesmo, é de grande utilidade o imperativo categórico kantiano: ‘Aja de tal forma que a máxima de tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de uma legislação universal’. Julgamos que esta máxima conserva um valor crucial para resolver colisões entre direitos individuais. Neste jogo há limites. O reconhecimento de uma regra geral de liberdade leva à conclusão de que toda limitação deve ser provada e justificada, devendo-se aplicar esta regra à carga demonstrativa.

³⁴³ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

³⁴⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 80.

³⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

³⁴⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 62.

³⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 502.

³⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 502.

Igualmente, o tipo de argumentos permitido não pode concluir na supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdade (art. 29, Convenção Americana sobre Direitos Humanos). De maneira que se requer uma comprovação do resultado final do ato imperativo.³⁴⁹

Ademais, a imposição legal em restringir a liberdade testamentária “altera e pode vir a violar o projeto de vida da pessoa em sua plenitude de dignidade e liberdade, já aquele, mesmo tendo reflexo na família e no patrimônio, é uma escolha da pessoa no exercício de sua autonomia existencial”.³⁵⁰

De acordo com o ensinamento kantiano, o testador deve ter a plena liberdade testamentária. Contudo, ao dispor de seus bens deverá agir conforme o princípio de uma legislação universal, ou seja, agraciar aqueles que verdadeiramente necessitam de um patrimônio para viver dignamente. E, ao mesmo tempo, proceder da forma como gostaria que terceiros agissem com o próprio testador.

A sociedade moderna tem-se tornado a cada dia mais complexa. E, para acompanhar as transformações, o Direito e suas discussões giram em torno de temas necessários à sociedade e que deem respostas práticas aos seus problemas.

Por isso, no próximo tópico será feito um contraponto à teoria kantiana. O objetivo é demonstrar que a discussão em torno do tema da autonomia mereça que seja feita uma abordagem por outro ângulo. Consequência dos avanços sociais dos últimos tempos.

4.2 Um passo à frente da teoria kantiana

São inegáveis a influência e a importância do pensamento kantiano na filosofia ocidental e, via de consequência, o seu impacto no mundo jurídico. Por meio de seus argumentos, Kant modificou o modo de pensar jurídico. Guido Fassó acrescenta:

O tratamento Kantiano do Direito tem o seu início, como vimos, apesar de sua distinção da moral em sua forma mais rigorosa que nunca se havia realizado. Mas o Direito, a organização jurídica da sociedade, constitui com tudo isso para Kant um dever moral. A saída do estado de natureza e a constituição de uma sociedade civil juridicamente organizada constitui um imperativo moral para os indivíduos. E, ao mesmo tempo, a saída desse estado de natureza que está constituído pelas atuais relações entre os Estados e uma organização jurídica universal dos mesmos é um dever supremo da Humanidade. O Direito, ainda que distinto e diverso da moral e fora das exigências e fins éticos, reflete ainda sim na moral e se situa como

³⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 505.

³⁵⁰ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.105.

fim ético dele mesmo.³⁵¹ (Tradução nossa).

Complementando, “Manuel Kant faleceu em 1804, quando os princípios do jusnaturalismo já haviam triunfado no terreno político, realizando sua obra renovadora do Direito, da sociedade e do Estado”.³⁵² A sociedade na qual se vive hoje é muito mais complexa da experimentada por Kant.

O pensamento binário certo ou errado não é suficiente para se enquadrar nas atuais decisões e atitudes que cada de um de nós se vê obrigado a tomar no cotidiano. É muito mais árduo. Há sempre a necessidade de se analisar o contexto antes de se decidir o melhor caminho a percorrer.

As interações humanas vivenciadas, atualmente, são multifacetadas. Consequência do desenvolvimento da autonomia privada que, em certo grau, permite ao ser humano desenvolver e exercer a sua personalidade extrapatrimonial.

Por isso, será necessário ir um pouco mais à frente. Segundo Dwight Furrow: “O utilitarismo e a deontologia focalizam quais ações são certas e erradas. Eles definem uma boa pessoa como aquela que realiza ações corretas e evita as erradas, mas dirigem sua atenção à definição do que seja uma ação correta”.³⁵³ Ele prossegue: “No entanto, a ética do cuidado começou a mudar esta discussão, porque ações corretas são definidas como ações que surgem de certos motivos, particularmente daqueles que demonstram cuidado”.³⁵⁴ E, conclui: “Assim, na ética do cuidado, a ideia de cuidar de uma pessoa é primordial e da qual se derivam as concepções de ações corretas ou erradas”.³⁵⁵

Dwight Furrow explica em que consiste a ética do cuidado:

³⁵¹ FASSÓ, Guido. **História de la filosofía del derecho**. La edad moderna. Trad. José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1982, v. 2, p. 279: “*El tratamiento Kantiano del Derecho tiene su inicio, como hemos visto, a propósito de su distinción de la moral en la forma más rigurosa que nunca se había realizado. Pero el Derecho, la organización jurídica de la sociedad, constituye con todo eso para Kant un deber moral. La salida del estado de naturaleza y la constitución de una sociedad civil jurídicamente organizada constituyen un imperativo moral para los individuos. Y, al mismo tiempo, la salida de aquel estado de naturaleza que está constituido por las actuales relaciones entre los estados y una organización jurídica universal de los mismos es el deber supremo de la Humanidad. El Derecho, aun distinto y diverso de la moral y extraño a las exigencias y finalidades éticas, refluye de este modo en la moral y se sitúa como fin ético de él mismo*”.

³⁵² FASSÓ, Guido. **História de la filosofía del derecho**. La edad moderna. Trad. José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1982, v. 2, p. 280: “*Manuel Kant murió en 1804, cuando los principios del iusnaturalismo habían ya triunfado en el terreno político, llevando a cabo su obra renovadora del Derecho, de la sociedad y el Estado*”.

³⁵³ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 141.

³⁵⁴ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 141.

³⁵⁵ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 141.

A ética do cuidado está, portanto, estreitamente relacionada com o que veio a ser conhecido como a ética da virtude. Ao invés de focar em ações, a ética da virtude busca orientação moral por intermédio do desenvolvimento de um modelo de uma boa pessoa e dos traços de caráter que compõem uma boa pessoa. Tais traços são chamados de virtudes ou qualidades de caráter. Em vista das limitações do utilitarismo e da deontologia, a ética da virtude, cuja inspiração e *insight* vêm dos antigos filósofos gregos e helênicos, recebeu muita atenção recentemente. A abordagem das virtudes é atraente, porque nos é importante a avaliação geral do caráter. Não avaliamos as pessoas simplesmente ao ver suas ações; olhamos igualmente para seus motivos, e uma pessoa que faz a coisa certa, mas pelos motivos errados está sujeita à crítica. Além disso, como visto em capítulos anteriores,³⁵⁶ muitas qualidades de caráter e as ações delas decorrentes não são geradas por uma obrigação. Uma pessoa pode ser cautelosa, vibrante, cooperadora, sincera, comprometida, amistosa, cortês, compassiva, cheia de gratidão sem ser obrigada a fazer o que quer que seja. Uma moralidade baseada em obrigações não consegue cobrir uma vasta área de nossas vidas morais.³⁵⁷

Ademais, Dwight Furrow afirma: “Eu duvido que possamos conceituar a liberdade e autonomia sem alguma referência a desejos, objetivos e propósitos de ordem superior”.³⁵⁸ E, continua: “A liberdade nos é importante, porque nos interessa ser suficientemente livres para realizar nossos projetos pessoais e nossas concepções de felicidade”.³⁵⁹ Ele conclui: “Consequentemente, o tipo de liberdade que é essencial para a nossa pessoalidade é a liberdade de agir de acordo com os nossos valores mais profundos, e não a liberdade para colocar de lado tais valores e profundos engajamentos para fazer julgamentos imparciais”.³⁶⁰

É extremamente pessoal a escolha para quem deixar e quanto destinar de patrimônio para uma determinada pessoa. Não é possível dissociar essa decisão que sempre estará permeada dos valores mais íntimos de quem testou.

Simplesmente, a lei impor de forma generalizada, por exemplo, que um descendente é herdeiro necessário sem analisar o contexto em que cada família (de forma individualizada) está inserida, não atende de forma satisfatória as necessidades

³⁵⁶ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 97: “[...] a teoria de Kant coloca a obrigação no centro da experiência. Lembre-se de que Kant argumentava que para que possamos dar sentido às nossas vidas, devemos assumir que somos livres”.

³⁵⁷ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p.140-141.

³⁵⁸ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 98.

³⁵⁹ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 98.

³⁶⁰ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 98.

de seus membros.

É claro que a legislação é fundamental para a segurança jurídica. O que se defende é que a lei tal qual existe hoje deve ser aplicada para os casos em que não houver testamento. No entanto, para as situações em que o testamento for feito é importante que o testador possa dispor conforme a sua conexão relacional com os beneficiados construída ao longo de sua vida.

É a manutenção ou não dos relacionamentos com o seu cônjuge, familiares, amigos que, com certeza, irão influenciar no modo como será feita a sua tomada de decisão, ou seja, o testamento.

O cuidado responsável nas relações afetivas (dentro da família ou fora dela, por exemplo em relação a um amigo) também perpassa pela preocupação para após a morte do testador. Por isso, é legítima a preocupação em poder deixar seu próprio patrimônio para aqueles que realmente se preocuparam com o falecido ainda em vida.

É interessante observar que há até mesmo diferença na forma de pensar entre homens e mulheres. Carol Gilligan menciona: “A sensibilidade para com as necessidades dos outros e o facto de assumir a responsabilidade de tomar conta de outros levam a mulher a escutar outras vozes além da sua e a incluir, nos seus juízos, outros pontos de vista”.³⁶¹ Mais à frente, Carol Gilligan, reafirma a diferença de pensar entre os sexos:

A pesquisa feita por Norma Haan (1975) sobre estudantes universitários e aquela que Constance Holstein (1976) fez durante três anos sobre adolescentes e seus pais indicam que os julgamentos morais feitos pelas mulheres diferem daqueles que os homens fazem, em grande parte porque os julgamentos vindos das mulheres estão ligados a sentimentos de empatia e compaixão e estão empenhados na resolução no campo real mais do que em dilemas hipotéticos.³⁶²

Se homens e mulheres muitas vezes pensam diferente sobre assuntos diversos é natural que, eventualmente, ocorra divergência quanto à questão patrimonial. Mais difícil ainda é o legislador conseguir por meio de uma só norma padronizar o comportamento de atuação de todos os seus cidadãos. O Estado deve permitir a liberdade de agir de cada um conforme o seu foro mais íntimo. Isso sim, é permitir a efetivação e concretização dos direitos da personalidade.

³⁶¹ GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 33.

³⁶² GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 113.

É interessante verificar que o Código Civil de 1916, assim como o Código Civil de 2002, foram elaborados predominantemente por homens. Conforme já dito anteriormente, o Código Civil de 2002 praticamente manteve as regras e normas no que tange ao Direito Sucessório. Os homens tendem a ver a moralidade dos direitos apoiados na igualdade e na compreensão da justiça, enquanto as mulheres se preocupam em manter os relacionamentos, em cuidar do outro e em atender às diferentes necessidades de quem lhes são próximos.³⁶³

Se fosse o contrário, elaborado predominantemente por mulheres, não se sabe dizer se as disposições seriam diferentes. Contudo, é fato que:

A elaboração do problema moral, feita pelas mulheres, apresentando-o mais como um problema de preocupação com os outros e de responsabilidade nas relações do que como um problema de direitos e regras, liga o desenvolvimento do seu pensamento moral a mudanças no seu entendimento de responsabilidade e relacionamento, tal como os conceitos de moralidade, como justiça, ligam o desenvolvimento à lógica da igualdade e da reciprocidade. Logo, a lógica subjacente a uma ética de preocupação com os outros é uma psicologia de relações, em contraste com a lógica formal de honestidade que é uma lógica de regras de justiça.³⁶⁴

É importante registrar que a diferença existente entre o olhar masculino e o feminino, um não é mais relevante que o outro. Na verdade, as diferentes visões se complementam. Devem ser vistas e analisadas em conjunto. Uma não deve excluir a outra.

Kant trouxe as suas premissas baseadas na visão masculina, segundo Carol Gilligan: “Para os homens, o imperativo moral aparece mais como uma ordem para respeitar os direitos dos outros e assim proteger de interferência os direitos à vida e à realização pessoal”.³⁶⁵ Por isso, é importante contrabalançar com a visão feminina: “O imperativo moral que aparece repetidamente nas entrevistas com mulheres é uma ordem para cuidar dos outros, uma responsabilidade de discernir e aliviar ‘os problemas reais e reconhecíveis’ deste mundo”.³⁶⁶ Chega-se ao ponto de equilíbrio com os dois lados.

Em decorrência do que foi mencionado *supra* é necessário realizar uma leitura

³⁶³ GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 225.

³⁶⁴ GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 119.

³⁶⁵ GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 158.

³⁶⁶ GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 158.

da liberdade e autonomia em conjunto com desejos, objetivos e propósitos. Eles caminham juntos. Não é possível separá-los. Esses sentimentos influenciam diretamente a ação humana mesmo que ocorram dentro dos limites legais impostos pela autonomia privada.

Ademais, não se pode olvidar que homens e mulheres exercem múltiplos papéis perante a sociedade. Nesse sentido:

[...] Ele é um ser que se multiplica através de vários “eu” e várias “vozes”. De um lado, ele é interesses e papéis diversificados muitas vezes dicotômicos: pai/filho, trabalhador/patrão, professor/aluno, cidadão, dentre outros que se diversificam em termos de habilidades, qualificações, capacidades e responsabilidades. De outro, ele é identidade que se multiplica e se expande segundo sua nação, cultura, família, seu gênero e raça, sua filiação religiosa ou política. Ele não só se diversifica como ser. São múltiplas suas relações discursivas: grupos diferentes de pessoas interagem com sua identidade heterogênea. Finalmente, esse ser complexo comunica-se através de mais de uma linguagem moral, ou seja, ele estrutura sua individualidade através de valores e princípios diversificados. Seus ideais, pela própria natureza complexa de seus papéis e de suas identidades, multiplicam-se indefinidamente em sua condição de ser múltiplo que, contraditoriamente, tem sido geralmente concebido segundo uma unidade material que corresponde a seu corpo físico.

Os critérios normativos para sua inclusão no mundo social deverão considerar, portanto, suas várias autonomias como entidade complexa que se emancipa através de uma discursividade que não se restringe a um “eu” isolado e que lhe possibilita não só uma capacidade de autocrítica como um alto nível de ansiedades e de incertezas em relação à tutela dos inumeráveis papéis que deverá representar em sua comunidade imediata e mediata.³⁶⁷

Sendo assim, em uma sociedade cada vez mais complexa, com diferentes tipos de interações humanas, por exemplo, famílias recompostas, assunto que será tratado logo adiante, o querer de cada um de dispor de seu próprio patrimônio deve ser levado em consideração. Exatamente para que ocorra a concretização de uma das faces do direito da personalidade.

Aliás, não se pode olvidar que: “A imparcialidade, assim como outros aspectos de nossas vidas morais, é, em parte, produto dos tipos de relacionamentos que desenvolvemos”.³⁶⁸

O ser humano é constantemente influenciado pelos contatos desenvolvidos no curso de sua vida. Os desejos, as emoções, os objetivos decorrem em grande parte de como o sujeito vivenciou e elaborou para si as

³⁶⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 221.

³⁶⁸ FURROW, Dwight. **Ética:** conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 161.

suas experiências.

Dwight Furrow ressalta que não existe imparcialidade. Contudo, pode-se aceitar a existência do preconceito e, a partir dessa análise, eliminá-lo na medida do possível.³⁶⁹

Sendo assim, a difícil decisão em fazer um testamento a princípio deveria ser isenta de preconceitos que permeiam as nossas relações. Deve-se ser justo na medida do possível. Contudo, é importante compreender que a imparcialidade absoluta não é real para os falíveis seres humanos. Além do mais, como exposto *supra*, entre homens e mulheres é nítida a diferença na forma de pensar.

A legislação brasileira, ao impor o instituto da legítima, não leva em consideração a realidade fática de cada sujeito que, conseqüentemente, está permeada por sentimentos que ao legislador não é possível regulamentar caso a caso.

Justamente pelo fato de ser impossível a imparcialidade absoluta, bem como a falibilidade humana é real em situações específicas, entende-se que caberia um pedido de revisão do testamento em determinadas situações. Assunto esse que será tratado no próximo Capítulo.

Ao se tratar de autonomia há que se mencionar a sua influência no desenvolvimento da personalidade do sujeito. Tema que será discutido no próximo item.

4.3 A contínua construção da autonomia e sua influência na personalidade

Para a compreensão do termo autonomia é necessário refletir a respeito do que sejam as necessidades humanas. Assim, como a autonomia, as necessidades humanas são sempre definidas dentro do contexto histórico em que estão inseridas. Pode-se dizer que são mutáveis no decorrer do tempo.

Miracy B. S. Gustin³⁷⁰ distingue necessidades humanas básicas dos interesses e desejos: “Enquanto as necessidades parecem referir-se aos constrangimentos à obtenção ou ao atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais, os interesses e desejos dizem respeito à esfera

³⁶⁹ FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 61.

³⁷⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.

precípua da volição”. Ela conclui: “Portanto, justificam-se em razão de fins individuais, contrariamente às necessidades que são generalizáveis”. A autora resume:

As necessidades, consideradas genericamente, são de natureza social e cultural. Por isso são historicamente determinadas. Isso não impede, contudo, que existam necessidades humanas básicas generalizáveis não só aos membros de determinado grupo social, mas a todo ser humano dotado de uma *potencialidade de atividade criativa e interativa*. Através da atividade criativa a pessoa humana (e a sociedade) tornar-se-ia capaz de superar os variados constrangimentos histórico-culturais que se lhe antepõe, distinguindo-se, assim, dos demais seres vivos.³⁷¹ (Grifo do original).

Mais à frente, Miracy B. S. Gustin menciona o panorama sobre: “[...] a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção da necessidade como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre *ser e dever ser*”.³⁷² Ela prossegue: “Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e a justeza das coisas e dos fatos. Portanto sobre sua legitimidade”.³⁷³

Ao tratar da autonomia, discorre: “E esse indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e em sua autonomia, no sentido de que, frente ao direito é *dono* de seus atos e de suas decisões”.³⁷⁴ E conclui: “O campo do direito identifica a *pessoa* como portadora de responsabilidade pessoal e social e, por conseguinte, de deveres. Essa atribuição de responsabilidade já supõe, portanto, autonomia”.³⁷⁵

O tema é bastante complexo, pois, para que o sujeito seja plenamente capaz de ser “dono de seus atos e de suas decisões” é necessário que seja dado a ele, ao longo de sua vida, instrumentos necessários para a sua formação, como, por exemplo, acesso à educação, informações cotidianas, meios materiais mínimos para uma existência digna.

Sendo assim: “Entende-se, outrossim, que o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesmo, de sua cultura e das relações interativas que é capaz de

³⁷¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.

³⁷² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30.

³⁷³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30.

³⁷⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30.

³⁷⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30. (Grifo do original).

estabelecer com os demais é uma variável que afeta positiva, ou negativamente, seu limite de autonomia”.³⁷⁶ Observa-se a importância do indivíduo em compreender os fatos e acontecimentos que ocorrem ao seu redor.

Ademais: “Essa é a esfera da autonomia crítica, que não se refere somente ao poder de ação de um indivíduo, mas também e principalmente, a seu poder de apreender e de ordenar conceptualmente seu mundo, sua pessoa e suas interações e de deliberar de forma consciente sobre sua forma de vida”.³⁷⁷ Por fim: “As categorias da *autonomia de ação* e da *autonomia crítica* são inseparáveis: há uma interação entre elas que inviabiliza qualquer tentativa de análise parcelada”.³⁷⁸

Nesse sentido: “O epicentro da autonomia, sob o olhar Kantiano, é a *crítica*. Ela deve ser exercida em todas as situações da vida: é o processo de saída da imaturidade, ou seja, a repulsa a autoridades em áreas que clamam pelo uso da razão”.³⁷⁹ Para Kant, o exercício da crítica significa: ser capaz de pensar por si só.

O ser humano sempre está em constante transformação na esfera subjetiva. Com o avançar dos anos é normal que haja mais maturidade, assim como faz parte da vida assumir responsabilidades que decorrem dos fatos naturais da vida. O que é importante hoje pode não ser mais amanhã. Os valores são incessantemente modificados.

Brunello Stancioli afirma: “Os direitos da personalidade, como valores constitutivos dotados de cogência, podem ser hierarquizados pelas diversas pessoas afetadas, na busca de sua própria realização pessoal e interpessoal”.³⁸⁰ Sendo assim: “O conteúdo valorativo que informa a condição de “ser pessoa”, dotada de significância para cada um, pode mudar – e, efetivamente, muda”.³⁸¹

Pode-se dizer que: “Ser pessoa significa ser um fluxo de valores em eterna mudança [...]”.³⁸² Consequentemente: “Isso afeta toda sociedade de pessoas capazes

³⁷⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

³⁷⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

³⁷⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.31. (Grifos do original)

³⁷⁹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 89.

³⁸⁰ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 157.

³⁸¹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 157.

³⁸² STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 157.

de ação, pois a intersubjetividade pode (e deve) ampliar as fronteiras do que significa voltar-se ao Bem, e viver, efetivamente, segundo a própria noção de Bem, de vida boa, de felicidade, de realização”.³⁸³ Por esse ângulo, “Os diversos valores constitutivos da pessoa e os diversos direitos da personalidade estão em constante expansão”.³⁸⁴

O Código Civil trata do direito das pessoas assim como dos direitos da personalidade. O artigo 1º, do Código Civil, menciona: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, e o artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A respeito desses dois artigos, Miguel Reale afirma: “Esses dois preceitos formam o pórtico da legislação civil dos povos modernos. Representam eles o resultado da uma longa e trabalhosa evolução histórica”.³⁸⁵ Prossequindo: “Dizer que todos os homens, via de regra, sem distinção de nacionalidade, são titulares de direitos e obrigações na ordem civil é afirmar uma conquista da civilização”.³⁸⁶ Resultado de uma lenta evolução histórica. Em síntese:

[...] Basta nos limitarmos ao mundo classico para verificarmos que nem todos os homens eram classificados como titulares de direitos. Havia grande distância em ser escravo ou homem livre. O certo é que a ideia de Liberdade civil, que a nós é tão clara e natural, possuía valor secundário, e era resultado de uma situação política. Só os cidadãos de Roma ou de Atenas eram livres, mas não por serem homens, e sim por serem cidadãos. Somente aquele que tinha poderes para deliberar politicamente, votando e resolvendo problemas em nome da *polis* é que podia exercer direitos na ordem privada. O *status libertatis* era uma decorrência do *status civitatis*.³⁸⁷ (Grifos do original).

A própria emancipação do ser humano decorreu de um lento processo. Na família romana apenas o pai podia livremente constituir, progredir e dispor de seu próprio patrimônio. O filho não fazia jus a tal direito. Somente após um longo período, permitiu-se ao filho de possuir alguns bens.³⁸⁸ Este exemplo: “É um processo que nós poderemos chamar de *integração social*, graças ao qual se operam,

³⁸³ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 158.

³⁸⁴ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.158.

³⁸⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228.

³⁸⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228.

³⁸⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 3.

³⁸⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 229.

concomitantemente, dois fenômenos complementares”.³⁸⁹ São eles: “[...] a atribuição progressiva de *poderes autônomos e iguais* aos indivíduos como tais; e a constituição de uma estrutura jurídica superior capaz de *garantir* essa autonomia”.³⁹⁰

Ademais, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá afirmam: “Para o Direito, capacidade implica ter direitos (capacidade de gozo) e exercê-los por si só”.³⁹¹ Elas ressaltam: “A capacidade de gozo não é negada a nenhum ser humano; a de exercício é reconhecida aos seres humanos que têm discernimento para tomar decisões e suportar as consequências dessas”. Logo, o ser humano que é capaz de agir com autonomia e discernimento deve obrigatoriamente assumir a repercussão de seus atos.

Todavia, volta-se à discussão do artigo 1º do Código Civil, em que a norma dirige-se, primordialmente, ao ser humano, que é quem tem capacidade de direitos e obrigações. Ou seja, a norma protege apenas o homem. Embora pareça um pouco óbvio para os dias de hoje, nem sempre foi assim. “Já houve tempo em que se atribuíram direitos aos animais, mesmo sem falar no episódio ridículo de Calígula garantindo situações excepcionais a seu cavalo [...]”.³⁹²

Logo, é importante esclarecer que ao se mencionar sujeito de direito está se referindo à pessoa. Miguel Reale explica a origem da palavra pessoa:

[...] Também a palavra “pessoa” guarda o segredo de seu significado. *Persona* era a máscara usada pelos artistas no teatro romano – do qual, por sinal, não participavam as mulheres – a fim de configurar e caracterizar os tipos ou “personagens” e, ao mesmo tempo, dar maior ressonância à voz. O símile é feliz, pois a “pessoa” é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o “presenta” e projeta na sociedade, para que ele possa ser, de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual. Pessoa é, por outras palavras, a dimensão atributiva do ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços éticos-jurídicos, tendo o Código Civil de 2002 todo um Capítulo dedicado aos *direitos da personalidade* (arts. 11 a 21).³⁹³ (Grifo do original)

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá afirmam: “Somente mais tarde é que o termo pessoa passou a representar o significado técnico

³⁸⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 229. (Grifo do original)

³⁹⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 229. (Grifo do original)

³⁹¹ LIMA, T. M. M.; SA, M. F. F. Autonomia privada e internação não consentida. *Revista Síntese. Direito de Família*, v. 63, p. 152-165, 2011.p.160.

³⁹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 230.

³⁹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 231.

de ser humano com aptidão para ser sujeito em situações e relações jurídicas”.³⁹⁴

Gustavo Tepedino explica a personalidade sob dois ângulos: “Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas”.³⁹⁵ Ele ressalta: “É o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas”.³⁹⁶

Por outro lado, “[...] tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção do ordenamento jurídico”.³⁹⁷ Sendo assim, “A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*”.³⁹⁸ Os direitos da personalidade são atributos inerentes ao ser humano. É um valor que irradia para todo o ordenamento jurídico.

No que diz respeito aos direitos da personalidade, para que sejam realmente efetivados e viabilizada a sua existência, Brunello Stancioli define três dimensões da pessoa natural:

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 da 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 auto-realização*. Não se devem buscar normas que imponham, aos indivíduos, uma dignidade pré-estatuída.³⁹⁹ (Grifo do original).

No entanto, é importante distinguir: a) direitos da personalidade; b) direitos

³⁹⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.9.

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

³⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

³⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

³⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

³⁹⁹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.114-115.

humanos; e c) direitos fundamentais. O primeiro: “Os direitos da personalidade condicionam a própria identidade do ser humano, não enquanto ente político, mas como indivíduo único, considerado em sua intimidade”.⁴⁰⁰ O segundo: “A expressão ‘direitos humanos’ referia-se à proteção do indivíduo frente às arbitrariedades do Estado e, frequentemente, regula-se por normas de abrangência internacional”.⁴⁰¹ O terceiro: “[...] os direitos fundamentais voltam-se à seara interna, sendo estabelecidos constitucionalmente a partir de opções que definem a própria identidade do Estado”.⁴⁰²

Os direitos da personalidade estão inseridos dentro da categoria dos direitos privados exatamente pelo motivo que satisfazem as aspirações e necessidades inerentes ao ser humano. Ao seu lado encontram-se os direitos subjetivos públicos, também conhecidos como direitos civis, os quais são de extrema importância, pois protegem o sujeito de eventual arbitrariedade estatal.⁴⁰³

Deve-se diferenciar autonomia privada e autonomia pública. Essa distinção não pode passar despercebida. Nesse sentido, salientam Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá:

As diferenças entre autonomia privada e autonomia pública são determinantes na fundamentação jurídica, porquanto agem sobre agentes distintos e permitem liberdades de ação diferenciada. Adverte-se, entretanto, que o exercício da autonomia privada só se faz quando garantidos ao cidadão meios de autolegislação, o que, por sua vez, só é possível concebendo-se a autonomia pública.⁴⁰⁴

Logo, conclui-se: “[...] os direitos da personalidade são expressões da autonomia privada, enquanto possibilidade de autodeterminação”.⁴⁰⁵ Contudo, “[...] a autonomia privada é dependente da autonomia pública, que só se perfaz no exercício de autonomies privadas”.⁴⁰⁶

No que toca ao direito público subjetivo, a Constituição da República, em seu artigo 5º, § 1º, determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias

⁴⁰⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.12.

⁴⁰¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.12.

⁴⁰² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 12.

⁴⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 32.

⁴⁰⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 15.

⁴⁰⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 14.

⁴⁰⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 15.

fundamentais têm aplicação imediata”. O ser humano passa a ser o centro do ordenamento jurídico e todas as normas passam a ser aplicadas para servi-lo e não o contrário.

Brunello Stancioli admite que: “[...] a aplicação imediata de direitos fundamentais na esfera privada não será feita, sob o ponto de vista da aplicação, da mesma forma, quando da efetivação dos direitos fundamentais como comando para o Estado”.⁴⁰⁷

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.

[...] os direitos fundamentais são exatamente garantias à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade. Já a autonomia privada é constitutiva da autonomia pública. Esta, por sua vez, é a própria condição da legitimidade da normatização e do caráter cogente de direitos fundamentais. *Autonomias pública e privada são co-originárias*.⁴⁰⁸ (Grifos do original)

Ademais, “[...] as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações”.⁴⁰⁹ Constata-se a complexidade normativa em abarcar os direitos inerentes ao exercício da personalidade, fundamentais e humanos em todas suas dimensões. Por isso, a leitura da norma jurídica deve ser realizada com uma visão global e teleológica sempre visando a proteção integral do ser humano.

Deve-se observar que a lei, ao ser elaborada e aplicada, deve permitir um mínimo que seja de atuação do sujeito ao qual ela se dirige. Para que possamos manter o Estado Democrático de Direito é necessário que os cidadãos façam parte do processo de elaboração das normas, mas também se sintam conectados com as regras impostas. Se o Estado simplesmente emite ordens sem verificar a real necessidade de seu povo provavelmente se tornará um Estado autoritário.

Nesse sentido, Miracy B. S. Gustin menciona: “[...] não somente a institucionalização isolada de direitos civis é suficiente; também a participação política e a influência dos cidadãos sobre o processo de tomada de decisão governamental

⁴⁰⁷ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.42.

⁴⁰⁸ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.42-43.

⁴⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37.

são fatores importantes para o processo de satisfação de necessidades”.⁴¹⁰ Ela comenta: “De grande valor é, ainda, a capacidade dos grupos e indivíduos de pensarem as necessidades e de realizarem um movimento que permita a mudança da estrutura normativa e de poder de sua forma específica de vida”.⁴¹¹

Dentro do contexto do Direito Sucessório é necessário que a legislação atenda às reais necessidades da sociedade brasileira. A estrutura familiar mudou, vários fatores sociais já não são mais os mesmos de quando as normas foram elaboradas, assunto que será discutido mais à frente. Por isso, a norma para que seja eficaz precisa externar a realidade de quem ela se dirige.

Outrossim, dentro desse contexto, é necessário que o sujeito se realize como pessoa. Assim, “[...] a personalidade é a possibilidade do indivíduo se construir pessoa, assumir uma identidade e, assim, agir na busca por reconhecimento”.⁴¹² Para que isso seja efetivado, o Direito, por meio de seus instrumentos, como, por exemplo, a liberdade, assegurará a cada um a construção de sua própria personalidade. Via de consequência, o âmbito de atuação será assegurado por meio da autonomia privada regulamentada pelo Estado.

Logo, pode-se dizer que:

[...] ser pessoa em um contexto jurídico tem duplo viés: significa tanto os atributos normativos de algo ou alguém a quem o Direito concede a possibilidade de agir em situações jurídicas e assim, ter personalidade jurídica, quanto os atributos de uma personalidade, construída livre e intersubjetivamente por alguém.⁴¹³

O grande desafio é possibilitar a real efetivação dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Eles são complementares entre si. Ao tratar do exercício da autonomia privada entende-se que ela é um dos instrumentos de concretização desses direitos.

Dentro da esfera do direito privado, por meio das normas jurídicas, o sujeito pode exercer a sua autonomia. Ao exercê-la, o indivíduo concretiza a sua personalidade sempre dentro do que é permitido pelo ordenamento jurídico. Os direitos

⁴¹⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.134.

⁴¹¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 134.

⁴¹² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 19.

⁴¹³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 19.

fundamentais e os direitos humanos passam a ser complementares aos direitos da personalidade.

É importante mencionar que Habermas relaciona a necessidade de legitimação das normas por meio da efetivação de duas garantias:⁴¹⁴ “[...] de um lado, o direito deve assegurar a *autonomia privada* dos indivíduos em relação à busca de sucesso e de felicidade pessoais; do outro, o direito deve assegurar, ainda, a consecução de sua própria legitimidade, a *autonomia pública* daqueles a ele submetidos”.⁴¹⁵

Deve-se, portanto, conciliar a autonomia privada com a pública. Ademais, segundo Miracy B. S. Gustin: “[...] um privado que se realiza no público, este último construído a partir de uma concepção de cidadania ativa e de sociedade civil que se expande além das fronteiras locais ou nacionais”.⁴¹⁶

Por isso, não só a participação da sociedade no processo de elaboração das leis é importante, mas também que a legislação reflita os interesses e o momento social, cultural, econômico pela qual ela está passando.

Entretanto, se o Estado passa a interferir excessivamente na regulamentação dos comportamentos de seus cidadãos haverá uma considerável redução da autonomia privada. Por conseguinte, as tão importantes necessidades não serão atendidas.

Por isso, cita-se, mais uma vez, que é fundamental a legislação jurídica de um país refletir os anseios da sociedade. De nada adianta normas que não são efetivas por não representarem as reais necessidades da sociedade na qual foi elaborada e promulgada. Ressalta-se a urgência de se repensar as normas sucessórias do Direito brasileiro com o objetivo de adequá-las às inúmeras mudanças ocorridas no país nas últimas décadas.

4.4 Autonomia privada na contemporaneidade

É importante compreender o significado atual empregado aos termos

⁴¹⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.190.

⁴¹⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 190. (Grifos do original)

⁴¹⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 210.

autonomia da vontade e autonomia privada, embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos. Para diferenciá-los é necessário analisar o cenário histórico que remonta à origem do uso dessas nomenclaturas.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá:

A expressão 'autonomia da vontade' tem sua memória ligada ao liberalismo. Com a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos, possibilitando dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal.⁴¹⁷

Historicamente, abrange os direitos referidos nas revoluções americana e francesa. Foram os primeiros direitos a serem positivados, por isso chamados de *primeira geração*.⁴¹⁸⁻⁴¹⁹ A finalidade da implementação desses direitos pelo Estado:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. [...] São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. [...] A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes.⁴²⁰

Miguel Reale aborda a questão da teoria do direito público subjetivo:

A teoria do direito público subjetivo é, pois, uma teoria fundamental, porquanto implica a afirmação de que o indivíduo possui uma esfera de ação inviolável, em cujo o Poder público não pode penetrar. Não foi, pois, por mera coincidência que, no processo liberal do século XVIII e no individualismo que prevaleceu na Revolução Francesa, essas ideias tenham começado a adquirir contornos mais nítidos. É que, no fundo, todos os direitos públicos subjetivos pressupõem o *direito fundamental de liberdade*, entendida em sua dupla valência, como poder autônomo de ser e agir na esfera privada (*liberdade civil*) e na esfera pública (*liberdade política*).⁴²¹ (Grifos do original).

⁴¹⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 43.

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.135.

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.136: "A visão dos direitos fundamentais em termos de geração indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão".

⁴²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.135.

⁴²¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268.

É nesse contexto que surge a autonomia da vontade carregada de conotação subjetiva em que o sujeito age conforme o seu interesse, a sua conveniência.

Com o passar do tempo e a expansão urbana, consequência do desenvolvimento industrial, crescimento demográfico e desigualdade social, o Estado foi forçado a adotar políticas mais ativas perante a sociedade. Sendo assim, “o ideal absenteísta do Estado Liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento”.⁴²²

Como é de costume na história da humanidade, o homem sempre tende a ir de um extremo a outro para depois encontrar o ponto de equilíbrio. Então, não mais sendo satisfatório o Estado absenteísta migrou-se para o Estado Social na tentativa de atender aos anseios da sociedade.

Indo ao outro extremo, surgiu o Estado Social. Nascem, assim, os direitos de segunda geração, forçando o Estado a prestações positivas “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”.⁴²³ No que toca ao princípio da igualdade: “[...] de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve”.⁴²⁴

“Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual”,⁴²⁵ conforme afirma Norberto Bobbio. Sendo assim:

Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro.⁴²⁶

O princípio da igualdade deve ser analisado sob duas perspectivas: a igualdade formal e a igualdade material. A primeira descreve a norma em que homens e mulheres são iguais perante a lei, possuem direitos e deveres iguais. Segundo Thiago

⁴²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.135.

⁴²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.135.

⁴²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.135.

⁴²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 85.

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 85.

Penido Martins,⁴²⁷ “o princípio da igualdade não é uma norma que ordena sempre que se realize um tratamento igual ou que sempre proíbe o tratamento desigual, haja vista reconhecer a natural desigualdade existente entre as pessoas”. Ele prossegue: “[...] a garantia da igualdade formal se torna insuficiente se não for acompanhada de uma igualdade traduzida no conteúdo da lei, denominada de igualdade material”.⁴²⁸ Sendo assim, “a igualdade é um conceito relacional, cuja delimitação de seu conteúdo depende necessariamente de um processo comparativo, bem como da análise das finalidades ou objetivos que pretendem alcançar com os tratamentos diferenciados dispensados aos indivíduos”.⁴²⁹

Diante desse cenário, no que se refere à autonomia:

[...] a visão de autonomia precisou ser novamente trabalhada e, com isso, uma nova concepção que primava pela proteção dos interesses coletivos foi sendo delineada. Foram estabelecidos limites à livre atuação dos indivíduos e da sociedade como um todo por meio da ideia de função social. Mais uma vez, a concepção de autonomia aliou-se a uma ideia extremista, recorrendo ao excesso – desta vez não de abstenção, mas, sim, de intervenção – como meio de reequilibrar a permissividade da atuação individual de outrora.⁴³⁰

O excesso de intervenção estatal decorreu da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Nesse momento, “grupos nacionalistas mais radicais, especialmente os da extrema-direita, passaram a utilizar a crise econômica como desculpa para atacarem todo o sistema liberal-capitalista e para exigirem políticas ‘nacionais’ mais positivas [...]”.⁴³¹ Em decorrência da crise de 1929, os Estados compreenderam que era necessária uma maior intervenção estatal na economia e tudo isso, é claro, refletiu no direito privado e no instituto da autonomia.

O momento histórico que definiu a mudança na ótica da autonomia privada teve início com a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo na década de 1930. Constatou-se a necessidade do Estado intervir na economia, o mercado não se auto-regulamentaria como fora previsto.

⁴²⁷ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 129.

⁴²⁸ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 129.

⁴²⁹ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 129.

⁴³⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 44.

⁴³¹ MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. **História: das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997, p. 478.

Adentrou-se na época do dirigismo contratual, no qual prevaleciam os interesses coletivos sobre os particulares. Evidenciou-se a existência da desigualdade entre as partes, posto existir sempre uma parte mais vulnerável em um dos polos do contrato. Diante de tal constatação, era impossível não assumir que a igualdade formal já não bastava. Fez-se premente a busca pela igualdade material.⁴³²

Conceitos como liberdade, igualdade estão em constante transição, variando conforme o momento em que o homem está inserido e por corolário altera a noção de autonomia privada.⁴³³ Em igual sentido, Thiago Penido Martins⁴³⁴ diz que “A historicidade da condição humana torna o conteúdo do princípio da igualdade mutável no tempo, a partir das concepções de justiça adotadas pela sociedade”.

Resumindo a origem da autonomia privada, Francisco Amaral ressalta:

Nessa perspectiva econômica, uma breve revisão histórica mostra-nos que o dogma da vontade nasce também do direito de propriedade. Na Idade Média, a fonte principal da riqueza e produção era a terra, e o direito principal, a propriedade. A evolução política e econômica torna, porém, distinta a propriedade da terra da dos demais bens de produção, estes a base do comércio e da indústria, de que eram titulares os construtores da economia capitalista, os burgueses, interessados no desenvolvimento do intercâmbio comercial. Esse processo leva à juridicização das relações de troca, isto é, sujeitos, na dinâmica do próprio sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente, o poder da vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de atuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos liberdade de iniciativa econômica.

[...]

A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica.⁴³⁵

Encontrando um ponto de equilíbrio ente o Estado Liberal e o Estado Social nasce o Estado Democrático de Direito, no Brasil, em 1988, com a Constituição da República:

Ao inserir a dignidade da pessoa humana como princípio republicano o constituinte contribuiu de forma ímpar para a repersonalização das relações

⁴³² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93.

⁴³³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93.

⁴³⁴ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 130.

⁴³⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 358-359.

jurídicas, ampliando o lastro protetivo conferido aos indivíduos, bem como promovendo a reinterpretação das relações jurídicas, preteritamente analisadas apenas sob o prisma patrimonialista e individualista, ínsito às codificações oitocentistas e da ideologia liberal burguesa que permeou os movimentos constitucionais do século XVIII. Em razão, a abertura semântica e fluidez de seu preceito normativo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido amplamente interpretado e seu conteúdo tem sido desenvolvido por estudiosos e órgãos jurisdicionais, desempenhando relevante papel para a revelação de novos direitos, não expressamente assegurados pelo texto constitucional.⁴³⁶

É no Estado de Direito que o indivíduo tem não só direitos privados, mas também direitos públicos.⁴³⁷

Acompanhando a evolução histórica, a autonomia privada deve ser compreendida dentro do contexto no qual está inserida. Nesse sentido:

Dessa forma, era preciso um equilíbrio, uma concepção que salvaguardasse a individualidade e sua manifestação sem, contudo, desconsiderar a esfera pública sobre a qual se atua e os reflexos advindos de sua materialização junto a iguais liberdades que convivem num mesmo cenário. A autonomia não poderia mais ser estudada e protegida senão diante do outro, numa perspectiva de relacionalidade, pressupondo um reconhecimento recíproco da condição de sujeito, pois não há que se conceber atuação individual isolada do meio social. O ser humano está em constante interação e sua liberdade de atuação só pode ser de todo protegida se não invade o igual espaço de autodeterminação alheio.⁴³⁸

Embora, intimamente conectada a autonomia privada com a propriedade, a primeira não se refere apenas às situações patrimoniais. Há diversos momentos em que engloba os direitos da personalidade em que incide claramente a autonomia privada como corolário dos princípios da igualdade e da liberdade.

Quando o objetivo é elucidar questões pertinentes aos direitos da personalidade, diz-se que são situações extrapatrimoniais.⁴³⁹ Exemplificando: “O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de

⁴³⁶ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 148.

⁴³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 78.

⁴³⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 45.

⁴³⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93.

privacidade, intimidade, de livre exercício da vida privada”.⁴⁴⁰ Continuando: “Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”.⁴⁴¹

A autonomia privada irradia para além do direito patrimonial. Não está restrita ao campo dos contratos, do direito obrigacional, está além e atinge outras esferas:

Os diversos direitos subjetivos do homem são assegurados no momento em que respeita a autodeterminação estabelecida pelo próprio ser humano, quando se pretende que a autoridade pública não intervenha ilegítimamente na esfera privada do sujeito. O princípio da autonomia privada, que atribui ao particular o poder de estabelecer suas próprias normas, revela, nesse momento, seu caráter extrapatrimonial. Não está delimitado pela noção de propriedade. O que se busca regulamentar não é o direito de alienar seus bens materiais. Pretende-se, dentro dessa ótica, fornecer instrumentos que permitam o exercício da vontade humana, consubstanciado no princípio da liberdade.⁴⁴²

Para se chegar ao ponto acima descrito houve muitos percalços até a compreensão do caráter extrapatrimonial da autonomia privada. Bruno Torquato de Oliveira Naves resume:

Os direitos da personalidade, como categoria autônoma, são cronologicamente mais recentes no Direito Privado do que a personalidade, que, assim como a capacidade, teve seu nascedouro íntima relação com o patrimônio. Os direitos da personalidade, por outro lado, voltam-se exatamente para os aspectos extrapatrimoniais da pessoa; aqueles que a definem e garantem sua dignidade. São construções do Estado Social, como forma de reduzir os abusos praticados em nome da autonomia da vontade do Estado Liberal.⁴⁴³

Era necessário valorizar a vontade do indivíduo. Não se aceitava mais a desigualdade entre os dois polos da relação contratual e para isso era preciso igualar ou, pelo menos, fornecer meios para diminuir a hipossuficiência de umas das partes. As pessoas passavam por um momento em que desacreditavam do mercado econômico vigente à época e isso despertou para as situações extrapatrimoniais

⁴⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

⁴⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

⁴⁴² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93.

⁴⁴³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 92.

presentes em seu dia a dia. Com o escopo de esclarecer questões subjetivas do cotidiano adotou-se o princípio da autonomia privada, em seu viés despatrimonializado.⁴⁴⁴

Diga-se, de passagem, que o conceito de autonomia da vontade difere da autonomia privada. Qual é exatamente essa distinção? Bruno Torquato de Oliveira Naves questiona: “Não é tarefa fácil buscar posições coincidentes na conceituação de autonomia privada, e ainda mais controvertida a delimitação conceitual entre esta e a autonomia da vontade. Mas há mesmo diferença entre elas?”⁴⁴⁵ Ele prossegue:

Para alguns, autonomia da vontade seria gênero, do qual se constituiriam espécies a autonomia pública e a autonomia privada. Seriam variações em razão do sujeito que assume o poder de determinar o ato, se ente particular ou ente público. Entretanto, ambas vincular-se-iam diretamente à vontade, revitalizando a posição de que a vontade é a mãe do Estado, gerado a partir de um somatório de vontades convergentes para o contrato social e recolando o negócio jurídico como fonte principal de Direito, no qual os próprios agentes, segundo a liberdade individual, regulariam suas condutas.⁴⁴⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, Francisco Amaral também faz essa diferenciação:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.⁴⁴⁷

Entretanto, há autores, como, por exemplo, Enzo Roppo, que não faz essa distinção: “[...] no conceito de autonomia privada compreendem-se de facto, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato, também o

⁴⁴⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 94.

⁴⁴⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 93.

⁴⁴⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 93.

⁴⁴⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-348.

poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o de escolher com quem contratar; o de escolher com quem não contratar[...]”.⁴⁴⁸

Atualmente, a terminologia autonomia privada compreende a noção de limites impostos pelo ente estatal, enquanto autonomia da vontade carrega uma conotação subjetiva. Para Bruno Torquato de Oliveira Naves: “A denominação autonomia privada veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade”.⁴⁴⁹

Sintetizando:

A denominação autonomia privada veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí a justificativa pela expressão autonomia privada.⁴⁵⁰

Francisco Amaral complementa:

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediamente, a concepção de que a pessoa é causa do sistema social e jurídico e de que a sua vontade livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça. Corolário dessa concepção é o negócio jurídico como fonte principal de obrigações⁴⁵¹.

[...]

A *liberdade*, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, que se concretiza em duas manifestações fundamentais, uma *subjetiva*, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, *objetiva*, que é a normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica – uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações; a outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de direito.⁴⁵² (Grifos do original).

Portanto, a autonomia privada é entendida como a margem de atuação em que o Estado permite ao particular agir em suas relações privadas da forma como lhe for mais conveniente, mas sempre dentro dos limites previamente estabelecidos pela lei.

Sendo assim, o legislador, ao impor a obrigatoriedade ao testador em deixar

⁴⁴⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 132.

⁴⁴⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 94.

⁴⁵⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 94.

⁴⁵¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 351.

⁴⁵² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352.

um percentual de 50% para os herdeiros necessários, permite que ele exerça sua autonomia privada em apenas 50% do seu patrimônio. Nesse sentido:

A determinação dos interesses privado e público constituem um jogo de interativo com avanços e recuos. Ora atribui-se autonomia ao particular, desde que em harmonia com o interesse público. E ora tomam-se medidas de interesse público, desde que respeitadas as diferenças dos particulares, permitindo-lhes reger a sua vida com liberdade e responsabilidade.⁴⁵³

Ressalta-se que, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é a autonomia privada que tem efetividade jurídica e não a autonomia da vontade. Em decorrência da carga subjetiva, como explicado acima por Francisco Amaral, a autonomia da vontade, na prática, não acarreta consequências no mundo jurídico. Ela permanece dentro do intelecto do indivíduo. Enquanto a autonomia privada é efetivamente externada pelos atos praticados pelo sujeito.

No que diz respeito ao Direito Sucessório, a autonomia privada concretiza-se no testamento quando o testador dispõe de seu patrimônio para após a sua morte.⁴⁵⁴

Da evolução do termo autonomia da vontade nasceu a autonomia privada. Necessário se faz conceituá-lo.

A palavra autonomia vem do grego e é a “faculdade de governar por si mesmo”.⁴⁵⁵ Complementando: “‘Autonomia’ é uma palavra cuja origem está na composição do termo grego *autos*, que significa próprio, individual, pessoal, e do verbo *nomía*, que denota conhecer, administrar”.⁴⁵⁶

Miracy B. S. Gustin explica:⁴⁵⁷

Na antiguidade grega o termo *autonomia* foi aplicado, inicialmente, às cidades-estados”. Como a própria etimologia do termo (*autos*: a si; *nomos*: regra ou lei), a cidade teria autonomia quando seus cidadãos gozassem, efetivamente, da capacidade de se atribuírem leis próprias, situação que se oporia, obviamente, à condição de espaço dominado ou sob controle estrangeiro”. O próprio termo, em sentido etimológico estrito apresenta a

⁴⁵³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 117.

⁴⁵⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 349.

⁴⁵⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 236.

⁴⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 42.

⁴⁵⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 44.

complexidade e as ambigüidades do termo. “*Ser governado por sua própria lei*” pode sugerir tanto a simbolização do individualismo liberal exacerbado quanto o respeito pelo desenvolvimento da pessoa na e através do contexto complexo de relações com outros. O sentido literal da palavra, no entanto, lembra a capacidade de viver em harmonia com suas próprias leis, e isso tem enorme significado para a análise da evolução do termo. (Grifos do original)

Pietro Perlingieri afirma: “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”.⁴⁵⁸ Acrescenta: “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”.⁴⁵⁹ Ao tentar defini-la:

Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou grupo, de determinar as vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.⁴⁶⁰

Francisco Amaral explica: “A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis”.⁴⁶¹ E, prossegue: “A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica”.⁴⁶² Por fim, termina com as seguintes palavras: “[...] os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses”.⁴⁶³ Ninguém melhor que o próprio indivíduo para decidir no caso concreto a melhor decisão a ser tomada. É ele conhecedor de quais são os reais interesses envolvidos.

Miracy B. S. Gustin sugere “[...] que a condição de autonomia é transcultural e independe da inserção em categorias sociais localizadas e parciais”.⁴⁶⁴ Ressalta que

⁴⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

⁴⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

⁴⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

⁴⁶¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

⁴⁶² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

⁴⁶³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

⁴⁶⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de**

“Ainda em termos preliminares, considera-se o ser autônomo como aquele que é capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los”.⁴⁶⁵ Conclui: “Em termos mais restritivos, o limite de autonomia equivaleria à capacidade de ação e de intervenção da pessoa ou do grupo sobre as condições de sua forma de vida. Esse limite definiria a capacidade indispensável e mínima para a atribuição de responsabilidade às pessoas”.⁴⁶⁶

Em resumo:

Não se pode entender o conceito de autonomia com uma natureza única ao longo do tempo e através dos teóricos que se dedicaram a reflexões sobre o assunto. A autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento Kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo. Apesar das diferenças – às vezes como equivalente de liberdade, outras como de autogoverno ou soberania e ainda outras como de liberdade, vontade, individualidade, independência e auto-suficiência –, não resta dúvida que a noção de autonomia tem desempenhado papel importante na filosofia moral aplicada e nas filosofias normativas em geral.⁴⁶⁷

Nesse sentido, Francisco Amaral⁴⁶⁸ complementa: “O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de várias naturezas, nomeadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para a sua configuração histórica, até se consubstanciarem no princípio fundamental da ordem jurídica privada”.

Constata-se que o conceito do termo autonomia é mutável no tempo. A sua definição está atrelada ao contexto histórico, no qual é feita a sua conceituação. É natural essa mutação conceitual, pois o homem é fruto da época em que vive. Para que seja efetivamente exercida é necessário a capacidade de discernimento, assunto que será tratado mais à frente.

Pelo exposto, pode-se dizer que autonomia privada consiste no pequeno espaço em que o Estado nos permite atuar sem a sua interferência, mas sempre dentro dos parâmetros legais. Fazendo uma analogia com o livre arbítrio é quando se

sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

⁴⁶⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

⁴⁶⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

⁴⁶⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 34.

⁴⁶⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 217, 1989.

pode agir conforme a consciência individual de cada um dentro dessa margem de atuação em que é permitido, ou, como um rio em que é livre para nadar (representa a autonomia), mas limitado por sua margem que representa a lei.

Neste Capítulo, pretendeu-se realizar um panorama da evolução do termo autonomia da vontade para autonomia privada. Ademais, para que o sujeito possa se constituir como pessoa é necessário que ele possa, efetivamente, exercer sua autonomia.

No que diz respeito à liberdade testamentária, defende-se a liberdade testamentária com algumas atenuações. A principal delas é a solidariedade familiar. Por isso, no próximo Capítulo será discutido em que consiste o princípio da solidariedade familiar.

5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 Crítica aos fundamentos sobre a obrigatoriedade do instituto da legítima no direito sucessório

Qual é a fundamentação utilizada no Direito Sucessório para a perpetuidade do instituto da legítima? Com o intuito de responder tal questionamento buscou-se em um primeiro momento trazer os argumentos dos doutrinadores a respeito do assunto.

Carlos Roberto Gonçalves explica:

O fundamento da transmissão sucessória, ou seja, a razão pela qual se defere a uma pessoa indicada por lei, ou pela vontade manifestada em vida pelo autor da herança, o acervo de direitos e obrigações que até então a este pertencia, apresenta variações conforme o momento histórico que se esteja a analisar e a corrente de pensamento a que se queira filiar.

O primeiro fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. A propriedade era familiar e a família chefiada pelo varão mais velho, que tomava o lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico, como já mencionado.⁴⁶⁹

Para Carlos Roberto Gonçalves, a partir do momento em que a propriedade se tornou individual, o fundamento da sucessão se volta para a necessidade de se conservar o bem dentro de um determinado núcleo, no caso era representado pela família. Por corolário, o período medieval trouxe o direito de primogenitura em que se é dado a discussão filosófica sobre o tema.⁴⁷⁰

No que diz respeito à discussão filosófica, Calânico Sobrinho Rios trata do assunto: “[...] uma possibilidade de se fundamentar, filosoficamente, o Direito das Sucessões, estriba-se na dimensão axiológica de que a herança permitiria a sequência do findo (titular do bens hereditários), a projetar-se na pessoa do herdeiro”.⁴⁷¹ Mais à frente, ele reafirma: “Um dos possíveis fundamentos para o direito à herança resulta, em certa medida, do pensamento ficto, alicerçado no corpo social, de que o falecido (titular do bens hereditários) continuaria, isto é, teria sequência ou

⁴⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p. 25.

⁴⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p. 25.

⁴⁷¹ RIOS, Calânico Sobrinho. As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito. *In*: DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; ZANETTI, Matheus Felipe Moreira (Org.). **Reflexões de direito civil contemporâneo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, v. I, p. 193.

se projetaria na pessoa do herdeiro”.⁴⁷²

Sílvio de Salvo Venosa esclarece: “[...] se hoje o direito moderno só vê a sucessão *causa mortis* sob o ponto de vista material, sua origem histórica foi essencialmente extrapatrimonial. Inobstante, (*sic*) hoje a ideia de que o successor continua as relações jurídicas da pessoa falecida permanece viva”.⁴⁷³

Carlos Maximiliano argumenta:

As normas de Direito Hereditário decorrem das relações de *família*, tanto que o Estado Determina, em falta de um ato declaratório de última vontade, uma ordem de sucessão que presumivelmente seria a adotada por um homem sensato e afetuoso a favor dos seus parentes; por outro lado, a sucessão testamentária é desdobramento dos direitos *patrimoniais*: ampliados estes, resulta para cada um a plena faculdade de dispor dos seus bens como entender. Harmonizam-se as duas tendências, à primeira vista, antagônicas, e baseadas em fundamentos diversos, com permitir testar, reservada, porém, a legítima dos herdeiros necessários.⁴⁷⁴

Carlos Roberto Gonçalves comenta o trecho acima:

Para alguns autores, como CIMBALI, D’AGUANO E CARLOS MAXIMILIANO, o fundamento do direito das sucessões repousa na continuidade da vida humana, através das várias gerações. Há no direito hereditário, afirmam, uma sequência da hereditariedade biopsicológica entre ascendentes e descendentes, não só das características genéticas como também das características psicológicas. A lei, ao permitir a transmissão patrimonial, o faz em homenagem a tal continuidade biopsíquica, bem como à afeição e unidade familiar.⁴⁷⁵

Washington de Barros Monteiro rebate os fundamentos trazidos por Carlos Maximiliano com propriedade:

Tais concepções pecam pela sua manifesta fragilidade. A sequência da vida humana não depende da sucessão, ela subsiste sem esse instituto, porque se subordina precipuamente ao instinto sexual. Aliás, tal doutrina explicaria apenas a transmissão da herança entre ascendentes e descendentes, jamais a sucessão entre cônjuges, entre colaterais e entre o *de cuius* e o Estado. O verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito de propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança conjugando ou não com o direito de família.⁴⁷⁶

⁴⁷² RIOS, Calânico Sobrinho. As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito. In: DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; ZANETTI, Matheus Felipe Moreira (Org.). **Reflexões de direito civil contemporâneo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, v. I, p. 205.

⁴⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 556.

⁴⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1952, v. I, p. 31.

⁴⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7, p. 25-26.

⁴⁷⁶ MONTEIRO, Wasghinton de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7.

No decurso da história, houve a tentativa por parte dos regimes socialistas de abolirem a herança. Fato esse que não foi bem-sucedido e como consequência foram obrigados a voltar atrás. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comentam:

Ainda na perspectiva histórica, é possível se afirmar que o pensamento socialista partia de uma premissa contrária ao Direito Sucessório, na firme crença de que a transmissibilidade da herança iria de encontro aos fundamentos do Estado que pretendiam implementar.

[...]

Em outras palavras, do ponto de vista ideológico, entende-se que a supressão do Direito Sucessório implicaria a negação da própria propriedade privada, na medida em que se trata de institutos umbilicalmente conectados, senão simbióticos.

Nesse contexto, o esfacelamento dos ideais comunistas mais radicais, mormente na segunda metade do século XX, culminaria com o banimento desta ideia supressiva e aniquiladora do Direito Hereditário e, inegavelmente, com uma aproximação ainda maior da propriedade privada.

É então forçoso convir que os sistemas jurídicos que consagram a propriedade privada como um fundamento, acabam, por via oblíqua, justificando a existência do direito hereditário, como projeção *post mortem* do próprio instituto jurídico tutelado.⁴⁷⁷

Sílvio de Salvo Venosa trata da questão da propriedade no Direito Sucessório:

Outra noção central no direito das sucessões é a que decorre da ideia de propriedade. Só se transferem bens e direitos pertencentes a alguém. A ideia central da sucessão deriva, portanto, da conceituação da propriedade e, como tal, sendo dela um reflexo, depende do tratamento legislativo da propriedade. Assim, tanto mais amplo será o direito sucessório quanto maior for o âmbito da propriedade privada no sistema legislativo. E vice-versa, tanto mais restrita será a transmissão sucessória quanto mais restrito for o tratamento da propriedade privada na lei.

Daí por que só se pode falar em direito das sucessões quando a sociedade passa a conhecer a propriedade privada. Enquanto, no curso da civilização, a propriedade for coletiva, pertencente a um grupo social, não haverá sucessão individual.⁴⁷⁸

Qual é o limite da intervenção estatal dentro do Direito Sucessório? Muito se discute a respeito da interferência do Estado no Direito de Família, de propriedade, mas pouco ou quase nada é debatido na seara sucessória.

É fundamental esclarecer que a tese aqui defendida não é no sentido de abolir o direito à herança. Pelo contrário. Entende-se que ela é fundamental para a vida em sociedade. Argumenta-se que o testador deva ter plena liberdade (com algumas restrições) em deixar seus bens para quem entender de direito.

⁴⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 7, p. 43.

⁴⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família e sucessões. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 557.

Ressalta-se que a possibilidade em se deixar a herança para quem quer que seja é fundamental para que o homem se sinta motivado a exercer o seu trabalho e a querer sempre melhorar de vida. Almejar melhorias é essencial ao ser humano. Suprimir tal direito seria um desastre para a sociedade. Cita-se o exemplo da Rússia,⁴⁷⁹ que tentou retirar tal direito do ordenamento jurídico e, posteriormente, voltou atrás em sua decisão.

Supondo que existisse a plena liberdade testamentária com algumas atenuações, que será tratada mais abaixo, o direito à propriedade persistiria. Logo, constata-se que os fundamentos que obrigam o instituto da legítima no Direito brasileiro não tem consistência jurídica.

Ao tratar da questão da propriedade, Caio Mário da Silva Pereira afirma que ela decorre do princípio da solidariedade:

No direito moderno, a propriedade, posto que individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, à transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.⁴⁸⁰

Além do mais, se um dos estímulos para que o homem trabalhe, economize ao longo de sua vida e adquira bens é exatamente pela possibilidade de ele deixar o seu patrimônio para seus filhos, pais ou cônjuge ou dispor da metade dele para quem entender devido. Este incentivo ao labor estaria ainda mais presente na hipótese de plena liberdade testamentária, pois seus bens, após a morte do testador, seriam destinados para a(s) pessoa(s) que ele entendeu que mereciam recebê-los.

⁴⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1952, v. I, p. 34 cita o Código Civil da República Socialista Federativa dos Soviets da Rússia, art 416 (Trad. francesa de Patouillet e Dufour): “Na Rússia, o próprio comunismo triunfante rendeu-se à necessidade de transigir, após dolorosa experiência. A princípio, admitiu a sucessão até dez mil rublos ouro”. MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1952, v. I, p. 34 cita BOURBOUSSON – Du Mariage, des Régimens matrimonioux, des Successions dans les Cinq Parties du Monde, 1934, n. 2.494-503: “Já se afastava, assim, dos postulados doutrinários. A realidade é a mais implacável arrasadora de utopias. Todos os povos precisam de capitais, e é melhor tê-los em casa que pedir aos vizinhos. O país empobrecia; comerciantes e industriais nada empreendiam, receosos do confisco e da partilha com o Estado; os camponeses reduziam a produção e ocultavam as economias. Sentiram-se os poderes públicos obrigados a recuar muito mais; o Decreto de 29 de janeiro de 1926 suprimiu a mencionada limitação ao direito de transmitir *causa mortis*; concomitantemente instituiu imposto progressivo sobre heranças e legados, que existe nos países capitalistas”.

⁴⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. VI, p. 20.

Ademais, a lei, em algumas situações, não permite o exercício pleno do princípio da solidariedade quando obriga, previamente, que metade dos bens do falecido seja direcionada a determinadas pessoas sem analisar se elas necessitam ou não desse recurso. Justamente, pelo fato da obrigatoriedade do instituto da legítima.

O Direito de Família, atualmente, tem como um de seus princípios o da solidariedade familiar. Assim, como no Direito Sucessório, embora neste ramo não seja tão mencionado de forma enfática como o é dentro do Direito de Família.

O princípio da solidariedade deve nortear não somente os legisladores, mas também direcionar a conduta dos cidadãos. Caminha dentro do Direito de Família e nas relações de uns com os outros, assim como no Direito Sucessório no momento em que o testador dispõe de seus bens. Exatamente por ser tão importante será discutido no próximo tópico a sua origem e desdobramentos.

5.2 Origem do termo solidariedade

Faz-se necessário, primeiramente, definir em que consiste o termo solidariedade. De acordo com o *Dicionário Caldas Aulete*:

Qualidade do que é solidário; responsabilidade ou dependência mútua que se estabelece entre duas ou mais pessoas; estado de duas ou de muitas pessoas obrigadas umas pelas outras e cada uma por todas. [...] Laço ou ligação mútua entre duas ou muitas coisas dependentes umas das outras. Laço fraternal, sentimento de duas ou mais pessoas ligadas, unidas pelos mesmos interesses e que por isso se ajudam e se apóiam umas às outras; compartilha das mesmas tristezas e alegrias, interesses: Dêste estado de concepções positivas nasceu um novo sentimento, o da *solidariedade* humana, manifestado pela palavra humanidade. (Teóf. Braga., *Sist. de Sociologia*, p.16, ed. 1884).⁴⁸¹⁻⁴⁸²

Constata-se que a palavra solidariedade possui vários significados. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

A solidariedade pode, então, ser compreendida sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro *eu próprio*”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para

⁴⁸¹ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Ed. atual., rev. e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. V, p. 4.740.

⁴⁸² A grafia está exatamente como no dicionário.

delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais.⁴⁸³

Paulo Lôbo afirma que: “No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a idéia (*sic*) de direito subjetivo”.⁴⁸⁴

Nesse sentido:

Apenas havia, no direito privado, o conceito de solidariedade vindo do Corpus Juris Civilis e inteiramente distinto do ora empregado – subsumido à espécie de obrigação, quando um dos credores pode receber do devedor a totalidade da dívida (solidariedade ativa), ou quando um dos devedores pode ser obrigado a pagar a dívida integralmente (solidariedade passiva), o que significa individualização do crédito ou débito plurais. Desde os antigos, se utiliza a locução latina *in solidum*, com o significado de soma do todo. Mas, tem sido afirmado que o termo “solidariedade” apenas aparece na linguagem jurídica no início do século XVII, daí passando para a linguagem comum. Esse sentido estrito não é o mesmo do princípio fundamental da solidariedade no mundo contemporâneo, que se consolidou nas Constituições sociais do século XX, e cuja elaboração doutrinária (jurídica) é relativamente recente.⁴⁸⁵

O conceito de solidariedade como o conhecemos hoje é relativamente recente na história. Nesta perspectiva, José Fernando de Castro Farias afirma: “No fim do século XIX e início do século XX, a tese da solidariedade, como um fato objetivo, científico e moral ganha terreno”.⁴⁸⁶ Ele acrescenta: “Na medida em que a solidariedade era apresentada como um *direito* e um *dever*, era preciso traduzi-la no plano jurídico”.⁴⁸⁷

Não se pode negar que com o advento do Estado liberal trouxe muitos benefícios para a sociedade da época, apesar das muitas críticas que vieram posteriormente. Segundo Dalmo de Abreu Dallari: “O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado [...]”.⁴⁸⁸ Ele prossegue: “[...] despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*,

⁴⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar: 2010, p. 247.

⁴⁸⁴ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 1.

⁴⁸⁵ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 1.

⁴⁸⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221.

⁴⁸⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221. (Grifo do original)

⁴⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

surgindo e impondo-se a ideia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*".⁴⁸⁹

Por outro lado, o próprio Estado liberal propiciou as condições para que ele deixasse de existir. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari:

Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultraindividualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.⁴⁹⁰ (Grifos do autor)

No entanto, esse modelo econômico entrou em colapso em decorrência da crise política e econômica pela qual passou o continente europeu em decorrência das duas guerras mundiais. Nesse período histórico em decorrência das guerras, fez-se necessária a ocorrência do intervencionismo estatal. O Estado passou a prestar serviços essenciais aos cidadãos e ampliou sua esfera de atuação.⁴⁹¹ Era necessário: "[...] restauração dos meios de produção, na reconstrução das cidades, na readaptação das pessoas à vida social, bem como no financiamento de estudos e projetos, sugeridos pelo desenvolvimento técnico e científico registrado durante a guerra".⁴⁹²

Nesse contexto de adversidade, surgiu o solidarismo:

O aparecimento do discurso solidarista foi profundamente condicionado pela crise do modelo liberal, provocada pelas transformações econômicas e sociais a partir da segunda metade do século XIX. O liberalismo econômico passava a agir contra ele mesmo a partir do momento em que servia à concentração dos grandes monopólios, negando os próprios mecanismos de livre concorrência. A concentração dos bens nas mãos de uma classe privilegiada contradizia a retórica do interesse geral, do progresso e da felicidade. O liberalismo não podia mais salvar as aparências e a ideologia liberal era desmascarada como ilusão.⁴⁹³

⁴⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273. (Grifo do original).

⁴⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

⁴⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275.

⁴⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275.

⁴⁹³ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro:

Por corolário, passa-se a buscar outro modelo que atenda às necessidades do mundo ocidental dentro desse contexto histórico. Como alternativa “[...] o Estado mínimo converte-se a intervencionista para corrigir as injustiças sociais herdadas, assumindo papel ativo de regulador da economia e provedor de prestações positivas de caráter social emergenciais”.⁴⁹⁴

A solidariedade surge no plano jurídico no momento em que o direito positivado se encontra em crise.⁴⁹⁵ Passa a ter valor jurídico. Após um longo caminhar, “[...] a solidariedade passa de dever moral para a qualificação de um dever jurídico, no ambiente de família desponta sua ambivalência [...]”.⁴⁹⁶ Sendo a primeira, “no espaço de intimidade, o dever de cooperação[...]”⁴⁹⁷ e a segunda a “[...] mútua assistência caracterizam uma solidariedade natural, inerente aos voluntários integrantes da família”.⁴⁹⁸

Para Sérgio Massaru Tokoi: “Nos sistemas de proteção social criados pelos Estados modernos é que vislumbramos a gênese da teoria da solidariedade, ou do solidarismo, não exprimindo apenas um sentimento de benevolência ou favor, mas verdadeiro dever jurídico em prol do coletivo”.⁴⁹⁹

Nesse sentido, exemplifica-se por meio do voto de Herman Benjamin:

Na raiz dessa discussão está a fórmula da solidariedade, abraçada expressamente pela Constituição de 1988 (art. 3º, I), como "objetivo" da República Federativa do Brasil. O comportamento solidário que se espera do empregador não é sinônimo de caridade e de fraternidade (no sentido empregado pela Revolução Francesa). Seu conteúdo é de índole político-jurídica, trazendo a si a perspectiva social dos acidentes de trabalho, que deixam de ser um simples incidente solitário de trabalho para se transformarem em um evento de interesse coletivo, que a todos importa, atinge e aflige.

No início do Século XX, Léon Bourgeois, um dos primeiros a estudar o tema

Renovar, 2008, p. 196.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

⁴⁹⁵ OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014, p. 46.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47.

⁴⁹⁷ OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47.

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47.

⁴⁹⁹ TOKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 298, jan./mar. 2009.

da solidariedade, lembrava que *"hoje, a expressão solidariedade está em toda parte"*. A partir do sentido etimológico da palavra (*solidus*), logo se percebe que tal noção leva o indivíduo para além de sua individualidade, o empregador para além das cláusulas expressas e frias do contrato de trabalho. No caso específico da proteção da saúde e segurança do trabalhador, a solidariedade exprime um sentido de dever, que recai sobre o empregador, *mas que aproveita a este e a toda a sociedade. Dever apenas ético no passado, dever juridicizado na atualidade (constitucionalizado, entre nós), "mais definido, mais rigoroso, mais estritamente obrigatório que o dever de caridade", numa palavra, "uma verdadeira obrigação social"* (Léon Bourgeois, *Essai d'une Philosophie de la Solidarité*, Paris, Félix Alcan, 1902, p. 2).⁵⁰⁰ (Grifos nossos)

Ressalta-se que “A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, apenas com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico”.⁵⁰¹ O sujeito passa a ter responsabilidade perante o outro também. Deixa o seu individualismo, egoísmo para trás. Começa a compreender que o seu comportamento tem deveres e obrigações não só dentro da sua família, mas na sociedade também. Assim, como dito logo acima.

Ademais, o emprego da solidariedade na sociedade é muito mais amplo do que pode aparentar à primeira vista. Envolve também a questão ética e sua aplicação prática. Nesse contexto, Osvaldo Della Gustina argumenta:

Do ponto de vista ético, os fundamentos propostos para viabilizar a organização social pós-tecnologia se resumem na *participação* e na *solidariedade*, que se contrapõe, à exclusão e à competição, marcas e consequências da organização que ainda se impõe à sociedade, apesar da Revolução tecnológica. A participação e a solidariedade resumem as aspirações universais pela justiça, pela paz, pela fraternidade e pela superação da concentração sem limites, a que gera exclusão. A participação e a solidariedade permitem estabelecer a coerência entre as aspirações pela prevalência do amor universal às pessoas, à humanidade e à natureza, expressando, portanto, o conteúdo essencial da massa de consciência em crescimento. Como componentes éticos da nova sociedade, a participação e a solidariedade significam a repulsa à prepotência e ao egocentrismo, ao conflito e à guerra – tudo o que representa a herança destrutiva do homem e gera os desequilíbrios, os desvios e a insustentabilidade do processo.

Do ponto de vista prático, ou operacional, esses conceitos éticos se viabilizam através dos mecanismos capazes de promover a *desconcentração* em todos os campos de estrutura e das relações sociais. A identificação, o desenvolvimento e o emprego destes conceitos devem inspirar o planejamento, orientar os investimentos e organizações da sociedade, trazendo-os para perto das pessoas, condição para o acesso e a inclusão. Simultaneamente, os mesmos conceitos éticos devem inspirar o mecanismo prático da *cooperação*, que viabiliza uma nova forma de relacionamento

⁵⁰⁰ BRASIL. STJ. **REsp 171927/SC**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Data do Julgamento: 06/07/2007. Data da publicação: 19/12/2007. p. 1189. Recurso Especial: 1998/0029750-2. (Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021).

⁵⁰¹ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 1.

humano, participativo e solidário, substituindo a competição, concentradora e excludente.⁵⁰² (Grifos nossos)

Logo, constata-se que o princípio da solidariedade se irradia para vários campos como, por exemplo, o do Direito de Família, o das Sucessões, o da ética, entre outros.

Por consequência, a sua aplicação deve pautar o “planejamento, orientar os investimentos e organização da sociedade”⁵⁰³. Ao mencionar planejamento não se pode olvidar a inserção desse princípio no momento da elaboração e aplicação das leis. Assim como a conduta do sujeito deverá sempre ser conduzida pela solidariedade dentro e fora de sua família. Bem como, no momento de elaboração de seu testamento.

A solidariedade ganha contornos amplos e passa a ser imposta na conduta dos indivíduos. Entretanto, deve-se fazer algumas ressalvas a respeito. “Em relação ao conceito de solidariedade, pode-se fazer um paralelo entre o que ocorre hoje e o que, em épocas remotas, ocorria em relação ao conceito de justiça. A justiça constituía um preceito ligado mais à virtude do que ao direito, ou à lei.”⁵⁰⁴

Nesse sentido, “O cidadão era obrigado a ser justo. O mais forte podia oprimir, escravizar, até matar o mais fraco. Os códigos, em geral, admitiam isto, o que hoje seria inadmissível: a lei e o direito do mais forte prevalecendo sobre o mais fraco, ou sobre a noção da justiça”.⁵⁰⁵

Por essa ótica, “[...] a justiça era uma virtude, e o homem justo era reconhecido como virtuoso, respeitado por isto – por ser virtuoso, por sua comunidade”.⁵⁰⁶

Por corolário, “Esta concepção da justiça, de então, equivalia, de certa forma à concepção que se tem hoje da solidariedade. A solidariedade, mais do que objeto da lei, é considerada virtude”.⁵⁰⁷ Logo, “A lei não obriga ninguém a ser solidário, embora, às vezes, decisões judiciais invoquem o dever de solidariedade como exigência

⁵⁰² DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p.132-133.

⁵⁰³ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p.132-133.

⁵⁰⁴ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵⁰⁵ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵⁰⁶ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵⁰⁷ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

inerente à plenitude da justiça”.⁵⁰⁸

Portanto, “Não basta, entretanto, que o cidadão solidário, como outrora o justo, seja considerado virtuoso e possa ser louvado por sua virtude”.⁵⁰⁹

Sendo assim, “É preciso que a solidariedade se imponha como norma jurídica, envolvendo as relações das pessoas, das organizações e dos países, porque nas condições do absoluto poder da tecnologia, capaz de concentrar tudo, só a solidariedade permitirá realizar justiça”.⁵¹⁰

Tendo em vista o desenvolvimento alcançado pela sociedade brasileira, faz-se necessário incluir o princípio da solidariedade como norma legislativa norteadora das condutas e das relações jurídicas pelos motivos expostos acima. Passa-se, a seguir, a discutir o princípio da solidariedade dentro da Constituição da República de 1988.

5.3 Princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição da República emana seus princípios, regras e normas para todo o ordenamento jurídico. Ela se encontra no ápice da pirâmide. “No Estado de Direito, a principal instituição responsável por moldar o indivíduo, além da micro-esfera familiar, é a lei, em especial a Constituição Federal, ordenamento supremo, responsável, também, pela organização do Estado e de seus princípios/diretrizes fundamentais.”⁵¹¹

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, III, trouxe como fundamento a dignidade da pessoa humana. Por corolário, “a dignidade é o elemento estruturante do Estado Democrático de Direito porque dá efetividade aos direitos fundamentais. O ser humano passa a ser fonte, fundamento e fim do ordenamento jurídico”.⁵¹²

É importante mencionar que: “A Constituição, contudo, não encerra, sempre

⁵⁰⁸ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵⁰⁹ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵¹⁰ DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004, p. 181.

⁵¹¹ AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 244, out./dez. 2005.

⁵¹² RESENDE, Clayton Rosa de; SILVA, Marina Lisa Cruz. Pluralismo familiar: um princípio sem limites. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 148.

em si os mesmos valores e diretrizes. Quer-se dizer, o seu conteúdo não é sempre o mesmo: atemporal e imutável. Em regra, suas normas refletirão os anseios e vontade daquela sociedade que encabeçará”.⁵¹³

Sendo assim, pode-se dizer que o ser humano é mutável não só no tempo, mas também na medida em que vivência novas experiências. O contexto histórico, econômico, social e outros influenciam diretamente em sua formação e por corolário em seu modo de pensar. Logo, a dignidade humana deve ser compreendida como:

[...] atitude de autoconhecimento (“conhece-te a ti mesmo”) e como caminho para a compreensão do eu e atalho para o entendimento do outro, de suas querências e direitos (com a mesma dignidade que eu vejo em mim mesmo), bem como da sociedade, de sua mecânica e finalidade, converge para a construção e afirmação do princípio da solidariedade.⁵¹⁴

Pelo fato de o ser humano se modificar constantemente é inevitável que ocorram mudanças no modo de constituição da família. Lugar esse em que a pessoa exerce com maior autonomia a sua personalidade. Com a Constituição de 1988 a família passa a ter um novo significado jurídico:

Impende ainda registrar que a Carta Magna Federal de 1988 consolida profunda mudança operada no Direito de Família ao longo do século XX, não só pelo reconhecimento de outras formas de família (união estável e família monoparental), mas principalmente pela alteração do seu perfil, já que a entidade familiar passa a ser encarada como uma comunidade de afeto e entreajuda, meio de realização pessoal de cada um dos seus integrantes, local de desenvolvimento da dignidade humana, enfim destaca-se o seu caráter *eudemonista*.⁵¹⁵ (Grifo do original).

Deve-se registrar que o texto constitucional simplesmente refletiu os anseios da sociedade da época em que foi promulgada. “Há que se prezar pelo *ser pessoa* em detrimento de outras situações que ocasionem certa instrumentalização humana. E é nessa perspectiva que se deve entender o conceito de família”,⁵¹⁶ afirmam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior.

Constata-se que o ordenamento jurídico, a partir desse momento em diante,

⁵¹³ AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 244, out./dez. 2005.

⁵¹⁴ TOKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 300, jan./mar. 2009.

⁵¹⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A autonomia privada no direito de família. *In*: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CESAR FILHO, Michael (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 201.

⁵¹⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

passa a interpretar suas normas tendo como núcleo central o ser humano. Sendo assim, a visão patrimonialista perde o foco central da hermenêutica. O espaço para a realização dos valores extrapatrimoniais do indivíduo é a família. Esta é a que propicia ao sujeito desenvolver sua personalidade e se afirmar como pessoa.

Para Paulo Lôbo:⁵¹⁷ “A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável⁵¹⁸ e entidade monoparental),⁵¹⁹ além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas”.

Por meio do artigo 226, da CR: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O legislador visa proteger os vários modelos familiares e não apenas o matrimonializado que se efetiva por meio do casamento.

Assim, a pluralidade familiar passa a receber a proteção estatal em situação de igualdade com o modelo tradicional. “Defende-se a família enquanto espaço colaborador para o exercício dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, como meio de preservação das situações jurídicas mais íntimas dos seus membros.”⁵²⁰

Acompanhando esse entendimento, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.513, dispõe: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Resta nítida a intenção do legislador em propiciar autonomia aos indivíduos.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal⁵²¹ reconheceu a união estável para casais homoafetivos.

O Relator Ministro Ayres Britto argumentou:

[...] a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo,

⁵¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁵¹⁸ Artigo 1.723, do Código Civil: É reconhecida 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.

⁵¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88: “A família monoparental recebeu tutela explícita da Constituição. Define-se como a entidade familiar integrada por um dos pais e seus filhos menores. Pode ter causa em ato de vontade ou de desejo pessoal, que é o caso padrão da mãe solteira”.

⁵²⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60-61.

⁵²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 8 mar. 2020.

família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico).

[...] nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.⁵²²

Mais à frente, em seu voto, ao mencionar o conceito de família nos termos da Constituição da República de 1988, Ayres Britto escreve: “[...] a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”.⁵²³

Verifica-se a preocupação do julgador em retratar a realidade brasileira em seu voto. Em não permanecer preso à literalidade gramatical da Constituição. O texto constitucional permaneceu o mesmo. Na realidade, houve uma mutação constitucional: “[...] por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro”.⁵²⁴ Desse modo, a norma continuou inalterada. No entanto, o seu significado foi ampliado para efetivar o princípio da dignidade humana em que cada um tem autonomia de constituir a sua família conforme a sua esfera íntima.

Pietro Perlingieri afirma:

[...] cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras.⁵²⁵

Como exemplos de entidade familiar⁵²⁶ tem-se o casamento, que era requisito essencial para constituição de família do homem com a mulher; união estável, o casal

⁵²² BRASIL. STF. **Voto:** Ministro Ayres Britto (Relator), p. 31-32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2020.

⁵²³ BRASIL. STF. **Voto:** Ministro Ayres Britto (Relator), p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2020.

⁵²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.132.

⁵²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244.

⁵²⁶ Não é objetivo desse trabalho esgotar todas as formas de família e seus requisitos.

vive como se casados fossem, uma união configurada na convivência pública, contínua e duradoura, mas sem a formalidade do casamento; família monoparental é a relação do pai com os filhos ou da mãe com os filhos; família homoafetiva é aquela constituída de pessoas do mesmo sexo com a intenção de formar uma família; e família recomposta.

Nesse cenário, pode-se definir a família recomposta como:

Nesta feita, a família recomposta se dá ou quando a um núcleo monoparental vem agregar-se outrem na posição de cônjuge ou companheiro (a) e, por decorrência, ascendente; ou quando, dessa mesma forma, dois núcleos monoparentais se reúnem. Tal tipo de família se apresenta, assim, como o resultado do somatório de uma já realidade familiar unilateral a uma nova relação afetiva do ascendente, de conotação sexual, com *animus familiae*. Exemplificando, podem-se ter: (i) a mãe solteira que se casa e leva consigo o filho; (ii) o pai guardião divorciado que constitui união estável ou homoafetiva com outra pessoa, reunindo-se no mesmo lar o casal, ou par, e o menor sob a guarda paterna; (iii) ou, ainda, a junção dessas duas realidades unilineares, isto é, a mãe solteira e o pai divorciado que se casam ou constituem união estável e reúnem uns aos outros os seus filhos exclusivos.⁵²⁷

Em decorrência da aceitação e incorporação dos novos modelos familiares no ordenamento jurídico brasileiro não há mais espaço para o Direito Sucessório permanecer inerte às mudanças sociais. O Direito deve acompanhar as transformações da sociedade.

Acompanhando esse entendimento, Pietro Perlingieri:

A pluralidade de modelos familiares, o fato de que a sua organização não se esgote nas restritas formas de uma família nuclear, o fenômeno das reagregações de parentes (como resposta em termos de contatos humanos, educação e assistência dos menores, e de convivência econômica, a uma sociedade fortemente industrializada) não devem ser ignorados na análise jurídica.⁵²⁸

Nesse sentido, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli mencionam:

Diante dessa nova realidade, o constituinte precisou acompanhar a evolução social e o divisor águas se deu com o início da vigência do texto constitucional de 05 de outubro de 1988, o qual, conforme já explicitado, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre os cônjuges, as liberdades e

⁵²⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

⁵²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250.

as garantias da mulher, até então inimagináveis, sendo, inclusive, elevadas à condição de cláusulas péticas.

A família, considerada a base da sociedade, recebeu, então, uma maior atenção Estatal e o constituinte procurou trazer a baila o casamento e a união estável como formadores do núcleo familiar, iniciando uma nova visão jurídica de família, reconhecendo, com isso, a realidade social fática da pluralidade familiar, já vivenciada pela sociedade pós-moderna, em virtude da notória existência das famílias monoparental, unipessoal, anaparental, dentre outra.⁵²⁹

Indaga-se: um homem divorciado e com dois filhos resolve se casar novamente com uma mulher também divorciada e mãe de três filhos. Os dois são servidores públicos e construíram um bom patrimônio ao longo da vida. Por que necessariamente um deverá ser herdeiro do outro? Por que não exercer a autonomia privada e deixar todo o seu patrimônio respectivamente para os seus filhos? Por que necessariamente deve haver a intervenção estatal? Essa decisão não deveria ser de ordem íntima como meio de realização da personalidade de cada um?

A Constituição da República, em seu artigo 3º, I, elenca a solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Para Pietro Perlingieri: “Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão”.⁵³⁰ O princípio da solidariedade se irradia não somente para o Direito de Família, assim como o Direito Sucessório e outros ramos do Direito.

Nesse sentido, a solidariedade é um princípio constitucional que não deve ser lido isoladamente, mas também aplicado em conjunto com todos os demais e com o próprio texto da Constituição da República. Pode-se citar o seguinte exemplo: “Há sem dúvida alguma uma intrínseca relação entre a solidariedade e a justiça social, que em um conceito amplo significa a justiça no meio social a favor da sociedade”.⁵³¹

Outra situação é “o princípio da igualdade constitucional, também é influenciado pela solidariedade, procurando o cumprimento irrestrito da isonomia material, com a colaboração não só do Estado, mas também dos próprios partícipes”.⁵³²

⁵²⁹ VIEGAS, C. M. A. R. ; POLI, L. M. **O Reconhecimento da família Poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia.** *Duc In Altum*, v. 07, p. 55-100, 2015.p. 62/63.

⁵³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil.** Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Ronovar, 2002, p. 37.

⁵³¹ TOKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 298, jan./mar. 2009.

⁵³² TOKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 298, jan./mar. 2009.

Assim como, “a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo”.⁵³³

No Direito de Família a solidariedade deve existir entre cônjuges, auxiliando-se mutuamente nas mais variadas questões do cotidiano. Dos pais para com os filhos, auxiliando-os, educando-os, provendo suas necessidades não só materiais, mas também existenciais. Ademais, os filhos têm a obrigação de prestar a solidariedade que se desdobra no dever de assistência aos pais quando estes se encontram na velhice.

Citam-se alguns dispositivos do Código Civil de 2002, em que o princípio da solidariedade se encontra presente: a) Artigo 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos; b) Artigo 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III – mútua assistência; c) Artigo 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Em breve síntese: “O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destacam, a saber, o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança”.⁵³⁴

Sendo assim, “Atualmente, o conceito de família está atrelado a uma função instrumentalizadora que seria a realização plena da personalidade, da felicidade, da dignidade daquele que faz parte de determinado grupo familiar”.⁵³⁵

Por corolário, “Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, [...]”⁵³⁶ Ademais, “[...] no plano da efetivação desses princípios e da responsabilidade, que presidem as relações de

⁵³³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

⁵³⁴ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 3.

⁵³⁵ VIEGAS, C. M. A. R. ; SILVA, M. S. ; POLI, L. M. **A sucessão legítima**: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador. REVISTA DOS TRIBUNAIS (SÃO PAULO. IMPRESSO), v. 1014, p. 69-86, 2020.p.74.

⁵³⁶ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 3.

família em nossa sociedade hodierna”.⁵³⁷

Ressalta-se que não somente no plano familiar deve vigorar o princípio da solidariedade familiar, mas também no âmbito sucessório. O testador, ao realizador suas disposições de última vontade, carece de contemplar aquele familiar que necessita de meios para uma sobrevivência digna. Assunto esse que será tratado a seguir.

5.3.1 Reflexão do direito fundamental de herança e o princípio da solidariedade no direito sucessório

No Direito Sucessório, o princípio da solidariedade também se faz presente. No momento em que o falecido deixa um bem, por exemplo, para um filho incapacitado para o trabalho, esse patrimônio poderá possibilitar que ele continue tendo uma vida digna. Se o ordenamento jurídico brasileiro permitisse a liberdade testamentária esse testador poderia destinar uma quantia maior para esse descendente incapacitado.

Ademais, não se pode olvidar que a configuração familiar mudou e, conseqüentemente, não há como negar o seu reflexo no Direito Sucessório. Sendo assim:

Uma maior autonomia do autor da herança na atualidade não parece contradizer a proteção familiar buscada no passado com a imposição da reserva da legítima. A proteção que se busca é a mesma, mas mudou a família. E a realização pessoal de cada um de seus componentes é o fio condutor da concretização, em seu âmbito, do princípio da dignidade da pessoa humana. Laços exclusivamente biológicos dão lugar à afetividade na criação de vínculos familiares e de solidariedade que não precisam se restringir, na seara do direito das sucessões, ao limitado espaço reservado às disposições de última vontade.⁵³⁸

As mais variadas configurações familiares na contemporaneidade não justificam a manutenção da legítima no Direito brasileiro. Gustavo Henrique Baptista Andrade afirma:

Em assim sendo, o direito das sucessões não deve desconsiderar as mudanças ocorridas no direito de família. A harmonia do sistema exige que a sucessão *mortis causa* se mostre sensível às modificações sofridas pela família, hoje multifacetária e não mais limitada a sua antiga formação, aquela que, oriunda do casamento, era a única que obtinha a chancela e a proteção

⁵³⁷ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 3.

⁵³⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

do Estado.⁵³⁹

É importante mencionar que a Constituição da República de 1988 garantiu o direito de herança que está inserido na parte dos direitos fundamentais. O direito fundamental à herança é um direito subjetivo, portanto, é essencial, primeiramente, compreendê-lo para depois passar para a discussão dos direitos fundamentais.

Miguel Reale ressalta:

Certo é, todavia, que o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, armados de garantias eficazes, constitui uma das características basilares do Estado de Direito, tendo eles como fundamento último o valor intangível da pessoa humana, o que demonstra que, como em todo problema relativo ao *fundamento* de um instituto jurídico, não podemos deixar de elevar-nos até o plano da *Filosofia*.⁵⁴⁰ (Grifos do original).

Paulo Lôbo enfatiza: “No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os aspectos privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos concretos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos”.⁵⁴¹

No Brasil, os direitos públicos subjetivos fundamentais estão expressos na Constituição da República de 1988. Os direitos públicos subjetivos são resultado do processo histórico-cultural, em que em um dado momento o legislador optou por eles e não por outros.

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁴² afirma: “O texto constitucional brasileiro confere proteção expressa ao direito de herança (art. 5º, XXX) como garantia institucional – é garantido o direito de herança – e também como direito subjetivo”.

Os direitos subjetivos possuem diversas classificações conforme o seu núcleo jurídico, por exemplo, obrigações positivas e negativas. Suzana de Toledo Barros menciona as competências:

Diversa é a estrutura dos direitos fundamentais que se apresentam sob forma de competências, porque não está em causa a permissão de certa conduta, nem tampouco a exigência de um comportamento de outrem, mas a capacidade de o indivíduo, por meio de uma ação, vir a modificar a posição jurídica de algo ou de alguém em relação àquela em seu estado natural. Desse modo, quando o indivíduo faz um testamento, no sentido técnico, ele

⁵³⁹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 103.

⁵⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 276.

⁵⁴¹ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021, p. 1.

⁵⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.

está usando uma competência que lhe foi atribuída e está transformando um ato de disposição de vontade para depois de sua morte em algo protegido juridicamente.⁵⁴³

As competências expressas como direito fundamental no texto constitucional e resguardadas por ela limitam a ação do legislador que não poderá suprimi-las.⁵⁴⁴

Desse modo:

De resto, como se disse, as competências não são imperativos de fazer ou não fazer, o que implica dizer que apenas conferem mais poderes aos indivíduos, na medida em que ampliam seu campo de ação, e, por conseguinte, da sua liberdade, requerendo do legislador não só que não dificulte o seu exercício pelos titulares, mas que também promova medidas tendentes a dar-lhes eficácia.⁵⁴⁵

Ademais, “a partir dessa noção de competência, torna-se clara a sua vinculação às garantias institucionais, aos direitos às ações negativa e positiva do Estado e à liberdade do indivíduo”.⁵⁴⁶

Nesse sentido, a Constituição, artigo 5º, XXX, garantiu o direito de herança. No entanto, em nenhum momento impôs a obrigatoriedade da legítima. Um direito não implica necessariamente no outro. São evidentemente distintos.

A leitura do inciso XXX, do artigo 5º, da CR, deve ser feito também sob a ótica de quem amealhou o seu próprio patrimônio durante toda a sua vida. Ou seja, a do testador. Deve ser interpretado sob o ponto de vista do falecido: ter o direito de dispor para quem julgar conveniente conforme o seu foro íntimo.⁵⁴⁷

Corroborando esse entendimento, Rolf Madaleno:

[...] a circunstância de a Carta Federal reconhecer o direito à herança não representa reconhecer constitucionalmente o seu destinatário, e tampouco quanto o herdeiro deve herdar, pois essas regras são determinadas pelo Código Civil, em cujo texto foi criado o instituto da legítima e, portanto, não seria inconstitucional suprimir a legítima.⁵⁴⁸

⁵⁴³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 144.

⁵⁴⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 144.

⁵⁴⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 145.

⁵⁴⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 145.

⁵⁴⁷ Mais à frente, será detalhado em qual(is) hipótese(s) deverá haver atenuações.

⁵⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 352.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,⁵⁴⁹ “[...] a restrição ao exercício constitucional de propriedade privada, para obrigar a transmissão compulsória de bens a pessoas maiores e capazes pelo simples fato de pertencerem a uma mesma família, constitui uma intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada”.

Deste modo, resta claro que cabe ao Estado garantir ao cidadão a sua liberdade de testar. Por um lado, é necessário que o legislador assegure ao indivíduo o exercício eficaz dessa garantia constitucional e ao mesmo tempo intervenha somente nas situações estritamente necessárias. Por outro, é importante garantir o direito individual à liberdade testamentária.

5.4 Princípio da solidariedade e o seu impacto no direito sucessório

Para tratar do instituto da liberdade sucessória é necessário discutir o princípio da solidariedade familiar e os seus desdobramentos jurídicos.

Discorrendo a respeito do princípio da solidariedade,⁵⁵⁰ Pietro Perlingieri⁵⁵¹ afirma: “Igualdade e solidariedade (art. 2º, CR) são aspectos de um mesmo valor que o legislador propõe atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.

Se a busca do ser humano, hoje, é procurar a felicidade, por isso o qualificativo eudemonista inserido em um contexto (a família) fomentador da liberdade individual, a solidariedade passa a ser entendida como um ente responsável pelo outro como decorrência da sua lógica.⁵⁵²

O primeiro núcleo que pelo menos teoricamente presta solidariedade ao ser humano é a família. Historicamente, “a concepção da família já foi muito mais forte do que nos dias de hoje e, no passado, as pessoas comumente viviam em largos aglomerados familiares. O cuidado aos mais idosos e incapacitados era incumbência dos mais jovens e aptos para o trabalho”.⁵⁵³

⁵⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 60.

⁵⁵⁰ Não serão exauridos todos os princípios pertencentes ao Direito de Família por não ser objeto dessa pesquisa.

⁵⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Ronovar, 2002, p. 46.

⁵⁵² ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

⁵⁵³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012,

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior abordam o princípio da solidariedade:

A solidariedade pode, assim, impor que se preste auxílio material ao outro. No entanto, salienta-se que, se o propósito é prestar o necessário para o estabelecimento da autonomia individual, a atitude solidária pautada no encargo patrimonial deve cessar quando a independência financeira do beneficiado se mostrar possível. [...]

Por fim, vale acrescentar uma nota distintiva entre solidariedade e afetividade. Ainda que ambas se insiram nas relações familiares, em geral, e que sejam condições elementares para a constituição subjetiva dos familiares, elas não se confundem. A decisiva diferença atine ao caráter normativo. Apenas a solidariedade é um princípio jurídico; somente ela, pois, é exequível e impositiva. A afetividade, por sua vez, não comporta qualquer vindicação ou cobrança. Se existe, carrega a franqueza e a naturalidade. Se não existe, o Direito é incapaz de criá-la pela ordem.⁵⁵⁴

Dessa forma, o princípio da solidariedade familiar é um instrumento que visa assegurar a efetivação de outro princípio que é o da dignidade humana. Por meio da obrigatoriedade do auxílio mútuo entre os membros de uma mesma família assegura a sobrevivência e manutenção daqueles que não possuem tal condição.

No que toca ao princípio da igualdade, consta expressamente na Constituição da República em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”; e o § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Nesse contexto, Isabela Farah Valadares e Walsir Edson Rodrigues Júnior refletem:

Conciliar a especial proteção do Estado à família, nos termos do art.226 da CR/88, e a liberdade que deve existir no seio das entidades familiares, não é tarefa fácil. A regulamentação e proteção excessivas poderão aniquilar a autonomia do sujeito, tão cara ao desenvolvimento da personalidade. Por outro, a falta de intervenção estatal poderá gerar injustiças, contrariando a especial proteção decantada no texto constitucional. A dificuldade está em identificar até onde é possível a intervenção estatal nas relações familiares, e a partir de quando essa intervenção passa a representar uma violação à autonomia privada dos sujeitos integrantes da família.⁵⁵⁵

p. 1.

⁵⁵⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

⁵⁵⁵ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 112.

É necessário refletir a respeito de alguns institutos de cunho protetivo:⁵⁵⁶ “Tomando por base essa premissa, evidencia-se que a imposição da legítima como norma de ordem pública, limitando a autonomia do testador-proprietário, deve ser repensada”.⁵⁵⁷ Prosseguindo: “Há outras formas eficazes de garantir a efetivação do princípio da solidariedade familiar sem, contudo mitigar a autonomia privada do testador”.⁵⁵⁸

O direito de disposição de seus próprios bens após a morte pode e deve ser conciliado com a autonomia privada. O dever de assistência mútua é decorrente do princípio da solidariedade. Ressalta-se que caso a legislação permita a liberdade testamentária o testador poderá destinar uma parte maior de seus bens, em relação ao que é permitido hoje, para essa pessoa. Por corolário, o princípio da solidariedade familiar estaria efetivamente presente.

No próximo tópico, serão discutidas situações em que há conciliação da autonomia privada com o princípio da solidariedade.

5.4.1 Aplicação do princípio da solidariedade pela jurisprudência no direito de família e sucessório

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em suas mais diversas decisões, aplica o princípio da solidariedade familiar principalmente no que tange às decisões de Direito de Família. Citam-se alguns exemplos:

Paulo de Tarso Sanseverino assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS À EX-COMPANHEIRA. FALECIMENTO DO ALIMENTANTE NO CURSO DO PROCESSO. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS DO "DE CUJUS" OU AO SEU ESPÓLIO.

⁵⁵⁶ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 112.

⁵⁵⁷ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 112.

⁵⁵⁸ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 112.

1. A obrigação de prestar alimentos, por ter natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida, ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada (REsp n.º 1354693/S, Rel. p/ o acórdão o Ministro Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014 DJe 20/02/2015).
2. Excepcionalmente e desde que o alimentado seja herdeiro do falecido, é admitida a transmissão da obrigação alimentar ao espólio, enquanto perdurar o inventário e nos limites da herança.
3. Possibilidade de ser pleiteada pela alimentanda ajuda alimentar de outros herdeiros ou demais parentes com base no dever de solidariedade decorrente da relação de parentesco, conforme preceitua o art. 1.694, do Código Civil, ou, ainda, de postular a sua habilitação no inventário e lá requerer a antecipação de recursos eventualmente necessários para a sua subsistência até ultimada a partilha, advindos da sua meação.
4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.⁵⁵⁹

Ricardo Villas Bôas Cueva também decidiu, pautado no princípio da solidariedade:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. INCAPACIDADE CIVIL. DOENÇA MENTAL. MAIORIDADE. CURSO SUPERIOR. EXONERAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA. SÚMULA Nº 358/STJ. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PARENTESCO. SOLIDARIEDADE. ARTIGOS 1.694 E 1.695 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA Nº 358/STJ. ATIVIDADE LABORAL IMPOSSIBILITADA. DOENÇA MENTAL. DISTÚRBIOS PSÍQUICOS. GRAVIDADE. DEVER DE SOLIDARIEDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a interrupção de obrigação alimentar a filho maior de idade portador de doença mental grave.
2. O alimentando tem desvios de conduta que destoam dos padrões normais, revelando a necessidade de constante acompanhamento da família e de profissionais da saúde para mantê-lo controlado e fora da zona limítrofe de insanidade.
3. Ausência do requisito da plena capacidade civil apto a romper o dever alimentar do recorrido em prol de seu filho incapaz, haja vista a declaração de interdição.
4. O direito discutido envolve o dever de solidariedade alimentar decorrente do parentesco (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil).
5. Não é automática a exoneração da obrigação de prestar alimentos em decorrência do advento da maioridade do alimentando impossibilitado de prover a própria subsistência em virtude de moléstia grave (Súmula nº 358/STJ).
6. Recurso especial provido.⁵⁶⁰

No Direito Sucessório, o princípio da solidariedade também é aplicado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES.

⁵⁵⁹ BRASIL. STJ. REsp 1835983/PR. Recurso Especial 2019/0262515-2. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. DJe 05/03/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁵⁶⁰ BRASIL. STJ. REsp 1431888/SP. Recurso Especial 2014/0016609-5. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data do julgamento: 19/05/2015. DJe 29/05/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. LEGITIMIDADE AUTORAL. AUSÊNCIA. PACTO NUPCIAL. REGIME DE BENS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. FILHO. FUNDAMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. DESCABIMENTO. ILEGITIMIDADE. QUESTÕES PROCESSUAIS E PREJUDICIAIS REMANESCENTES. PREJUDICIALIDADE. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO. VALOR DA CAUSA. RETIFICAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

[...]

4. A legitimidade para a sucessão hereditária não atribui ao demandante o direito potestativo para requerer a declaração de nulidade do pacto nupcial firmado por seu genitor.

4.1. Antes do evento morte, não existe, a rigor, direito de herança, mas, tão somente, mera expectativa pela aplicação do direito, e isso porque, em nosso ordenamento jurídico, a prole do de cujus compõe obrigatoriamente a linha sucessória. Mas daí não se conclui que exista um efetivo direito à herança, porque, inequivocamente, a ninguém se impõe a obrigação de deixar bens;

5. A solidariedade havida no seio familiar, mormente em relação à prole, nos impulsiona a, em alguma medida, resguardar parcela do patrimônio para que seja transmitida aos herdeiros após nossa morte, mas o direito de herança não é o mesmo que o direito a ter herança; [...]⁵⁶¹

Deve-se dizer, segundo Flávio Tartuce, “[...] que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica”.⁵⁶² Ele prossegue: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º, da CF/88) – o que consagra também a solidariedade social na ótica familiar”.⁵⁶³ Por fim, conclui: “[...] vale frisar que o princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família”.⁵⁶⁴

Constata-se que as decisões do Superior Tribunal de Justiça são proferidas pautadas no princípio da solidariedade. Ao proceder desse modo tem o objetivo de

⁵⁶¹ BRASIL. STJ. **AREsp 1727497**. Agravo em Recurso Especial n. 1727497 – DF (2020/0171356-5). Ministra Nancy Andrighi. Data da publicação: *DJe* 21/09/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁵⁶² TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: Temas atuais do Direito de Família, **Âmbito Jurídico**, seminário virtual de 9 a 11 de maio de 2006, 27 jun. 2007. (Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>;

<[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+(1))>. Acesso em: 29 maio 2021). Também participaram do evento os juristas Maria Berenice Dias (Brasil), Maria Lourdes Labaca Zabala (Espanha), Tassos Lycurgo (Brasil), Miguel Antonio Silveira Ramos (Brasil) e Breno Gren Koff (Brasil). O evento contou com 123 inscritos.

⁵⁶³ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: Temas atuais do Direito de Família, **Âmbito Jurídico**, seminário virtual de 9 a 11 de maio de 2006, 27 jun. 2007. (Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>;

<[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+(1))>. Acesso em: 29 maio 2021).

⁵⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: Temas atuais do Direito de Família, **Âmbito Jurídico**, seminário virtual de 9 a 11 de maio de 2006, 27 jun. 2007. (Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>;

<[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+(1))>. Acesso em: 29 maio 2021).

apaziguar as relações parentais. Por meio de seus ministros, o Estado exerce o seu papel de inibir a hostilidade entre os membros da família e com terceiros. É inegável a aplicação prática do princípio da solidariedade no direito e no cotidiano da sociedade.

5.4.2 Conjugando o princípio da autonomia privada com o princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro

Caso no Brasil fosse permitida a liberdade testamentária, assim como é hoje na Inglaterra, poder-se-ia dizer que a solidariedade verdadeiramente estaria presente no ordenamento jurídico sucessório brasileiro. Há situações jurídicas, atualmente, em que a legislação brasileira realmente concretiza o fundamento da solidariedade?

Em alguns casos, pode-se afirmar que sim. A exemplo da Lei n. 6.858/1980, em seu artigo 1º, que regulamenta o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebido em vida pelo titular serão pagos aos dependentes habilitados perante a Previdência Social. Aqui não se respeita a ordem de vocação hereditária e, sim, aos dependentes. Não há obrigatoriedade da legítima nesse caso. O fundamento é a solidariedade familiar e a presunção de necessidade.

Qual seria a fundamentação hoje do Direito Sucessório? Direito de propriedade e o princípio da solidariedade, que se desmembram em caráter assistencial e aspecto patrimonial. Entretanto, atualmente, a presunção é absoluta porque o Direito Sucessório é automático em decorrência do instituto da legítima.

Então, qual seria o procedimento a ser percorrido para pleitear uma provisão?

O artigo 1.694, do Código Civil dispõe: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Repare que o Código menciona condição social. Logo, o magistrado deverá analisar o caso concreto para arbitrar uma determinada quantia.

Por exemplo, um filho que não foi beneficiado na sucessão poderia requerer uma quantia que fosse necessária à sua subsistência digna. A obrigação seria patrimonial. Mais uma vez, ressalta-se que o magistrado fixaria o montante conforme o binômio necessidade x possibilidade. Este último seria analisado em consonância com o patrimônio deixado pelo falecido.

Sendo assim, a obrigação de prestar alimentos passaria aos herdeiros

devedores nos limites da força da transmissão de uma obrigação patrimonial /herança. Consoante o artigo 1.997 do Código Civil: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube”. Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior endossam:

Basta imaginar um casal, sem descendentes e ascendentes que, após trinta anos de casamento, na faixa dos sessenta anos, separa-se judicialmente e, em razão do regime de bens adotado, apenas um dos parceiros sai com um vasto patrimônio. Na dissolução da sociedade conjugal, respeitando o binômio necessidade/possibilidade, ficou estipulada a pensão alimentícia para aquele que saiu sem patrimônio do casamento. Um ano após a separação judicial, o detentor do vasto patrimônio morre, deixando apenas dois sobrinhos vivos. Nessa hipótese, admitir a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos de forma ampla significa garantir a sobrevivência de um ser humano. Caso contrário, o direito à vida ficará ameaçado por ter sido o patrimônio do autor da herança (alimentante) destinado a satisfazer interesses hereditários meramente patrimoniais dos dois sobrinhos.⁵⁶⁵

No entanto, diante da impossibilidade patrimonial por falta de recursos deixados pelo falecido/devedor e/ou término do estado de necessidade de quem recebe nesses casos não haverá o pagamento da prestação alimentícia.⁵⁶⁶

Pelo exposto, sintetizando, na hipótese de existência da liberdade testamentária no Brasil, os herdeiros menores de idade (ou até mesmo um descendente menor, como, por exemplo, um neto) teriam direito a uma quantia que fosse suficiente para a sua manutenção e uma vida digna conforme a sua condição social. Por meio de uma presunção relativa como mencionado acima. Para os demais (cônjuge, ascendentes ou descendentes maiores de idade) herdeiros provando a necessidade poderiam pleitear um valor razoável.

Nesse sentido, é também o entendimento de Pollyanna Thays Zanetti:

Se houver herdeiros menores e incapazes que dependem economicamente do de cujus, não há qualquer dúvida de que compete ao Estado protegê-los dos possíveis arbítrios do testador, resguardando-lhes uma parte da herança que atenda às suas necessidades. O que se questiona é a razoabilidade da extensão da legítima aos herdeiros que dela não necessitam, tendo em vista que esses herdeiros não possuem interesses legítimos capazes de serem opostos à liberdade de testar do

⁵⁶⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 401.

⁵⁶⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 402.

autor da herança.⁵⁶⁷

Sendo assim, caberia ao juiz analisar o caso concreto para que pudesse aplicar a melhor solução para cada situação que lhe for apresentada. Aos contemplados no testamento, mas não satisfeitos, poderiam ingressar com uma ação solicitando a elevação do valor, desde que comprovassem a real necessidade ou o direito a manter o mesmo padrão de vida.

O julgador deverá se pautar pelo princípio da solidariedade e pelo binômio necessidade *versus* possibilidade. Recordando que o menor de 18 anos ou incapacitado para o trabalho fará jus à presunção relativa de sua necessidade, entretanto, o ônus probatório de que ele não deve receber caberá aos outros herdeiros alegarem e comprovarem.

É inegável a necessidade de adequação do Direito Sucessório brasileiro com a realidade fática cada vez mais presente nas novas configurações familiares. O Direito que não acompanha as mudanças reais da sociedade não apazigua os conflitos sociais, principalmente, os de ordem familiar.

Aliás, volvendo sinteticamente a Kant, caberá sempre ao Estado uma intervenção mínima. Então, consoante ao seu pensamento, o testador poderá exercer, a princípio, a autonomia privada e deixar seus bens para quem ele entender que seja conveniente.

No entanto, o limite dessa intervenção estará fundamentado para as situações em que houver um filho menor ou incapacitado para o trabalho. Nessa hipótese, haverá presunção relativa de sua necessidade. Para os casos em que houver deixado filhos maiores, cônjuge e ascendentes, independentemente da idade, se comprovarem a sua necessidade, farão jus a pleitear o direito de receberem uma determinada quantia a ser arbitrada pelo juiz, consoante o caso concreto.

Nessas situações, por meio de um procedimento judicial, caberá a intervenção estatal para definir o montante de direito para aquele que não fora agraciado no testamento ou se o foi entende não ser um valor justo.

Desse modo, o critério utilizado será a lei universal do Direito de Kant: “[...] age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade

⁵⁶⁷ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ZanettiPT_1.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.

de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação”.⁵⁶⁸ E, ele ressalta: “[...] mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação”.⁵⁶⁹

Nesse sentido, observando o pensamento kantiano, o testador poderá dispor livremente. Entretanto, nas circunstâncias anteriormente relatadas, a parte interessada poderá, por meio do Poder Judiciário, pedir uma provisão financeira. Ao julgar, o Judiciário imporá um limite à atuação do testador, caso seja necessário rever alguma disposição. Encontrando o “ponto” ideal entre a intervenção mínima estatal e o instituto da autonomia privada testamentária.

Não é mais possível continuar de olhos vendados para o instituto da legítima permanecer tal como é hoje no Direito brasileiro. O exercício da autonomia privada, ao contrário do que pode parecer em um primeiro momento, se for bem utilizada pelo testador, será um eficiente mecanismo de concretização do princípio da solidariedade.

Sendo assim, deixar patrimônio, por exemplo, a um tio-avó, que não é herdeiro necessário em detrimento de um filho, pode parecer um absurdo à primeira vista. Contudo, ao se analisar o caso concreto, o filho é um advogado bem-sucedido e não precisa de ajuda financeira. Enquanto o tio-avó, em idade avançada, necessita de dispendiosos cuidados especiais. Nessa hipótese, o princípio da autonomia privada efetivará na prática o princípio da solidariedade familiar.

Por meio da liberdade testamentária, o testador exercerá a autonomia privada. E por meio do instituto da autonomia privada é possível efetivar o princípio da solidariedade familiar. Se deixará ou não patrimônio aos filhos ou a um parente ou a quem entender melhor, caberá a ele decidir e não ao legislador.

Salienta-se que, na Inglaterra, em 1938,⁵⁷⁰ quando ainda vigia o sistema da liberdade testamentária, apenas “6,5% dos bens deixados em testamento foram destinados para pessoas de fora da família”. Fato esse que comprova que o próprio testador é o primeiro a se preocupar com o princípio da solidariedade intergeracional

⁵⁶⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e nota Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 77. (Série Clássicos Edipro).

⁵⁶⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e nota Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 77. (Série Clássicos Edipro).

⁵⁷⁰ GOLD, J.; ROBSON, J.L.; KAHN-FREUND, O.; BRESLAUER, Y W. Freedom of Testation. The Inheritance (family provision) Bill. **Modern Law Review**, p. 297, march 1938. “Actually, even in England very little is left in this way. Wedgwood has calculated that lesse than 6 ½ per cento f the total property disposed of by will is bequeathed Away from the Family, and this figure covers both charitable and non-charitable gifts”.

e a resguardar os seus familiares.

No próximo e último capítulo, será discutida a conjugação do princípio da autonomia privada com o princípio da solidariedade familiar dentro do Direito Sucessório brasileiro por meio de uma visão atualizada dos fatos econômicos e sociais.

6 LEGÍTIMA, AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE FAMILIAR: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL

6.1 Livre disposição testamentária e a integração do princípio da solidariedade familiar e da autonomia privada

Tem-se para uma parte da doutrina que um dos principais fundamentos do instituto da legítima é o princípio da solidariedade familiar, o que acarreta, na prática, o cerceamento do exercício pleno da autonomia privada. Fato esse que não deveria acontecer em decorrência da possibilidade desses dois princípios poderem atuar em consonância.

Por isso, o objetivo é o emprego da solidariedade familiar em harmonia com a autonomia privada. Corroborando esse entendimento, Isabela Farah Valadares e Walsir Edson Rodrigues Júnior sintetizam:

Contudo, quando se discute a necessidade de manutenção da legítima, o princípio da solidariedade familiar pode e deve ser conformado com a autonomia privada do testador. Admitir, por exemplo, a instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor da herança, seria uma forma eficaz e proporcional de atender o dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar e, ao mesmo tempo, não limitar a autonomia do testador.⁵⁷¹

Mais uma vez, não se pode olvidar que o princípio da solidariedade é subsidiário no aspecto patrimonial. Dessa forma, o princípio da solidariedade é o meio em estabelecer a efetivação da dignidade humana.

Há que se dizer que não é só a herança no sentido de propriedade ou de bens materiais que um herdeiro recebe. Os herdeiros necessários, principalmente os descendentes, no decorrer de sua vida, recebem patrimônio de um modo geral ainda que seja imaterial. Cita-se o custo para a formação e educação de uma criança até que ela esteja apta para ingressar no mercado de trabalho.

Antoni Vaquer Aloy cita um estudo em que nos Estados Unidos, nas classes médias, a transmissão de riquezas não ocorre por meio de propriedades ou empresas,

⁵⁷¹ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 113.

mas sim no investimento (despesas) em conhecimento e formação realizados no decorrer da vida dos filhos e não no momento do falecimento dos genitores. Faz ainda, com as devidas ressalvas (em decorrência da distinta realidade da Espanha), uma comparação com o considerável gasto das famílias espanholas na formação de seus filhos.

No Brasil, não é diferente. O custo pode variar conforme a classe social. “Em uma família de classe média alta, com renda acima de R\$ 15 mil por mês, pode-se chegar a R\$ 2,08 milhões até o filho completar 23 anos.”⁵⁷² “No caso de uma família de classe B, com renda entre R\$ 5 mil e R\$ 15 mil, o custo total chega a R\$ 948 mil. Para a classe C, que recebe de R\$ 2 mil a R\$ 5 mil mensais, o total também não é pequeno: R\$ 407 mil.”⁵⁷³ Esse é o custo para a criação dos filhos.

No que diz respeito à formação dos pequenos, para Gustavo Cerbasi: “[...] os gastos com a escola geralmente representam entre 10% a 15% do orçamento da família”.⁵⁷⁴ E, faz uma ressalva: “Famílias de classe média, com ganhos totais entre R\$ 3.500 e R\$ 6.000, são as que mais gastam proporcionalmente com educação, pois a colocam como prioridade e vão sofrer muito mais para educar o seu filho do que uma família de baixa renda, que matricula o filho na escola pública”.⁵⁷⁵

Infere-se que os brasileiros, de um modo geral, também investem e muito na formação de seus filhos. São quantias relevantes proporcionalmente ao ganho familiar. E, mesmo após todo esse investimento, não permitir que o testador disponha de seu patrimônio da forma que lhe convier não faz sentido!

⁵⁷²

Disponível

em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/11/19/internas_economia,641903/custo-da-criacao-de-um-filho-pode-chegar-a-r-2-milhoes.shtml>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁷³

Disponível

em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/11/19/internas_economia,641903/custo-da-criacao-de-um-filho-pode-chegar-a-r-2-milhoes.shtml>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁷⁴ CERBASI, Gustavo. *In*: CAMARGO, Sophia. **Qual porcentagem da renda familiar deve ser gasta com a escola dos filhos?** UOL, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2015/11/12/qual-porcentagem-da-renda-familiar-deve-ser-gasta-com-a-escola-dos-filhos.htm>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁷⁵ CERBASI, Gustavo. *In*: CAMARGO, Sophia. **Qual porcentagem da renda familiar deve ser gasta com a escola dos filhos?** UOL, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2015/11/12/qual-porcentagem-da-renda-familiar-deve-ser-gasta-com-a-escola-dos-filhos.htm>>. Acesso em: 21 maio 2021.

6.2 Modo de organização da família contemporânea e a efetivação do princípio da solidariedade intergeracional

É a família o primeiro núcleo, de um modo geral, que promove a solidariedade entre os seus membros. É ela que proporciona, em um primeiro momento, a formação de seus membros nos mais variados aspectos. Sendo assim, deve-se compreender como está ocorrendo a constituição e o modo de relacionamento entre os membros desse núcleo tão importante na atualidade. Ana Alexandre Fernandes argumenta:

A família é o lugar primordial das trocas intergeracionais. É aí que as gerações se encontram e interagem de forma intensa. É o lugar do *don*, da troca, da entreatjada incondicional. As solidariedades familiares são uma fonte inesgotável de entreatjada, apesar de se encontrarem expostas às perturbações sociodemográficas das sociedades modernas. O alongamento da vida e a co-longevidade das gerações que daí resulta, a diminuição da fecundidade e a duração da procriação produziram novas estruturas de parentela e uma nova matriz latente de inter-relações das quais apenas uma parte é efetivamente activada. Aumenta o número de famílias trigeracionais, com desenvolvimento e reforço do topo, chegando a haver mais avós do que netos. Esta estrutura familiar multigeracional implica, não somente uma maior longevidade, mas também distâncias geracionais.⁵⁷⁶

É interessante se questionar como efetivamente ocorre a solidariedade entre pais, filhos e netos dentro do contexto da autonomia dos grupos domésticos?⁵⁷⁷ Pode-se dizer que “As famílias modernas organizam-se em torno de laços de parentesco, construindo redes de relações através das quais circulam ajudas, bens e afectos. O conceito de parentesco foi assim restituído aos estudos sobre a família contemporânea”.⁵⁷⁸

Por corolário, deve-se arguir como efetivamente acontece as trocas intergeracionais. De acordo com Ana Alexandre Fernandes: “[...] as trocas intergeracionais, fruto da solidariedade familiar, não ocorrem igualmente entre os membros da família”.⁵⁷⁹ Ela continua:

⁵⁷⁶ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁷⁷ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁷⁸ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁷⁹ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

Segundo J. Kellerhals (1988), a densidade média de activação da rede de entreaajuda não ultrapassa os 25% dos membros da família e constitui-se como espécie de carapaça em torno da família nuclear⁵⁸⁰. Ao final menciona: “Esta rede é estruturada em linha vertical, isto é, entre pais e filhos, situando-se, preferencialmente, na linhagem matrilateral”.⁵⁸¹

Embora as mulheres, nos últimos anos, tenham ingressado no mercado de trabalho, são elas que, na maioria das vezes, garantem o apoio familiar e necessitam conciliar a vida profissional.⁵⁸²

Partindo do pressuposto que a solidariedade entre os membros de uma mesma família, como, por exemplo, do cônjuge, integra a colaboração conjugal na formação do patrimônio familiar do falecido se faz necessário comprovar com dados estatísticos se há relação entre a idade provável em que irá receber a herança tem relação com a legítima.⁵⁸³

Quais ações práticas materializam o princípio da solidariedade familiar? Nesse sentido:

As trocas intergeracionais continuam a ser um aspecto primordial das relações familiares nas sociedades modernas e pós-modernas. O conteúdo e a intensidade, o sentido dos fluxos são alguns dos aspectos a considerar na reconstituição das relações entre as gerações. De modo geral, as trocas concretizam-se em torno do domínio afectivo, da ajuda financeira, da guarda das crianças e dos cuidados gerais em caso de doença ou incapacidade. “Dá-se” e “recebe-se” tempo de convívio e atenção, serviços de vária ordem e, talvez o que mais facilmente se consegue contabilizar, ajudas financeiras e presentes.⁵⁸⁴

Por outro lado, as novas configurações familiares vêm modificando o modo como os membros se relacionam entre si. Sílvio de Salvo Venosa argumenta: “A sociedade deve ser compreendida em todos os seus fenômenos”.⁵⁸⁵ Exatamente pela necessidade de compreensão e inserção dos mais variados modelos familiares na

⁵⁸⁰ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁸¹ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁸² FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁸³ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, p. 8, 2007.

⁵⁸⁴ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

⁵⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 57.

sociedade brasileira é que o Direito Sucessório precisa atender e abarcar as diversidades existentes.

Antoni Vaquer Aloy reitera:

Em qualquer caso, já é uma afirmação generalizada entre a civilística que as condições sociais atuais são pouco parecidas com as existentes ao tempo da codificação civil [...].⁵⁸⁶ Ele prossegue: “[...] desmembramento da unidade familiar, cada vez mais concentrada na família nuclear, que por sua vez pode se tratar de uma família recomposta; as mudanças na composição do patrimônio, com progressiva perda do significado da *casa*; e um maior peso que se concede a liberdade individual, etc [...]”.⁵⁸⁷ (Tradução nossa)

A afetividade continua presente, mas a maneira como exercem as trocas de entreajudas ocorrem de modo diferente da que era conhecida nas sociedades tradicionais.⁵⁸⁸

É indiscutível que a população brasileira vem envelhecendo. Tal fato acarretará a necessidade de políticas públicas adequadas, como também uma legislação sucessória que atenda à nova realidade.

Ao envelhecer, esse sujeito necessitará de cuidados. Pelo exposto, constata-se que na maioria das vezes quem exerce tal tarefa são as mulheres. Muitas vezes para cumprirem tal encargo necessitarão de diminuir o número de horas formais trabalhadas. Provavelmente, terão uma renda menor em comparação aos homens.

Conseqüentemente, questiona-se se não é justo que o testador destine todo o seu patrimônio para a pessoa que deixou de trabalhar ou diminuiu o seu labor para cuidar dele.

A legislação sucessória brasileira é pautada em um modelo obsoleto que não atende às diversas configurações familiares existentes na sociedade. A norma vigente foi elaborada tendo como referência a família tradicional. E são exatamente os princípios da solidariedade e da autonomia privada que, em conjunto, atenderão às

⁵⁸⁶ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, p. 8, 2007.

⁵⁸⁷ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, p. 8, 2007: “*En cualquier caso, es ya una afirmación generalizada entre la civilística que las condiciones sociales actuales poco tienen que ver con las existentes al tiempo de la codificación civil: desmembramiento de la unidad familiar, cada vez más concentrada en la familia nuclear, que a su vez puede tratarse de una familia recompuesta; los cambios en la composición del patrimonio, con progresiva pérdida de significado de la casa; el mayor peso que se otorga a la libertad individual, etc*”.

⁵⁸⁸ FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (on-line), n. 36, p. 39-52, 2001.

necessidades jurídicas das novas configurações.

Nesse contexto, entende-se que obrigatoriedade do instituto da legítima cerceia a autonomia privada em desrespeito à solidariedade familiar, pois o atual modelo vigente não foi pensado e elaborado para as mais diversas formações familiares existentes na atualidade.

É inegável que primeiro as transformações ocorrem na sociedade. Tornam-se concretas e só depois de um período ou de um tempo considerável que o Direito muitas vezes, com fortes resistências pelos mais variados motivos, é que se adequa juridicamente à realidade.

Com o Direito Sucessório, infelizmente, não há de ser diferente. Permanecemos por mais de um século com a obrigatoriedade do instituto da legítima repetindo os mesmos argumentos sem nos questionar os seus fundamentos.

Não há como fechar os olhos para as novas formas de relacionamento existentes entre os indivíduos da sociedade brasileira. Fato esse que já é há alguns anos. Necessariamente, o Direito terá que se adequar. Episódio que já ocorre no Direito de Família, principalmente quando se trata da doutrina e jurisprudência. Alguns desses ramos também já foram modificados. Com certeza, o Direito Sucessório não ficará de fora de tais acontecimentos. Assim como será revista a obrigatoriedade do instituto da legítima.

No próximo tópico, será discutido, por meio de dados estatísticos, a realidade econômica e social das famílias brasileiras e a sua constituição. Conseqüentemente, o seu impacto em suas finanças e por corolário na disposição de seu patrimônio.

6.3 A realidade econômica e social brasileira por meio de dados estatísticos e seu real impacto no instituto da legítima

Faz-se necessário citar alguns dados para se compreender o contexto da transformação social que o Brasil atravessou no decorrer de um século. Em 1940, a taxa de fecundidade no país, que era de 6,16 filhos por mulher, caiu para 1,57 filhos em 2014, ou seja, houve uma mudança significativa em pouco mais de sete décadas.⁵⁸⁹

Por outro lado, a expectativa de vida da população brasileira aumentou em 41,7 anos, em apenas 114 anos, aproximadamente. Em 1900, alguns anos antes da edição do primeiro Código Civil brasileiro, a expectativa de vida era de 33,7 anos, enquanto em 2014 passou para 75,4 anos. Logo, em pouco mais de 11 décadas houve um aumento considerável na expectativa de vida do brasileiro.⁵⁹⁰

Logo em seguida, em 2018, a expectativa de vida dos brasileiros passou para 76,3 anos,⁵⁹¹ para as mulheres espera-se 79,9 anos e para os homens 72,8.⁵⁹² É comum a expectativa de vida das mulheres ser bem maior que a dos homens.

Segundo um estudo realizado pelo projeto Saúde Urbana na América Latina (Salurbal), que conta com a participação da Faculdade de Medicina, da Universidade Federal de Minas Gerais: “Em média, mulheres vivem bem mais do que homens em seis metrópoles latino-americanas – Buenos Aires (Argentina), Santiago (Chile), Cidade do México (México), Cidade do Panamá (Panamá), São José (Costa Rica) e Belo Horizonte (Brasil)”.⁵⁹³ O estudo afirma que essa diferença está diretamente relacionada com o nível de escolaridade e socioeconômico.⁵⁹⁴

Para a Professora Waleska Caiafa: “Em relação às outras metrópoles do estudo, Belo Horizonte está bem situada, porque a diferença entre a expectativa de

⁵⁸⁹ Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumentou-mais-de-75-anos-em-11>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹⁰ Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-08/ibge-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumentou-mais-de-75-anos-em-11>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹¹ Disponível em: <<https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018.html>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹² Disponível em: <<https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018.html>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹³ Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-disparidades-na-expectativa-de-vida-de-homens-e-mulheres-em-metropoles-da-al>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹⁴ Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-disparidades-na-expectativa-de-vida-de-homens-e-mulheres-em-metropoles-da-al>>. Acesso em: 21 maio 2021.

vida do homem e da mulher (média de cinco anos) é menor do que em quase todas as outras cidades analisadas”.⁵⁹⁵

Ela conclui: “Isso significa que os homens estão morrendo muito mais cedo, e isso representa um sério problema demográfico. Sem contar que há muitos casos em que só eles trabalham. Portanto, essas mortes precoces comprometem a renda da família”.⁵⁹⁶ Mais uma vez, constata-se a necessidade de se repensar o modo como a legislação brasileira determina a divisão do patrimônio após a morte.

Prosseguindo com os dados estatísticos, em 2018, o maior número de mulheres que tiveram filhos ocorreu na faixa etária entre 35-39 anos, representando 56% do número de nascimentos, enquanto em 1900 a expectativa de vida era de apenas 33,7 anos.⁵⁹⁷

Thomas Piketty afirma:

Em suma, sem dúvida herda-se cada vez mais tarde numa sociedade que envelhece, mas, como a riqueza também envelhece, o efeito tende a ser compensado. Nesse sentido, uma sociedade em que se morre cada vez mais velho é muito diferente de uma sociedade em que não se morre mais, onde a herança de fato desapareceria. O prolongamento da duração da vida desloca os acontecimentos da vida para um pouco mais tarde – estudamos por mais tempo, começamos a trabalhar mais tarde, e o mesmo vale para a herança, a aposentadoria e a idade de óbito –, mas não modifica necessariamente a importância relativa da herança e da renda do trabalho, ou o faz muito menos do que esperamos. O fato de receber a herança mais tardiamente pode obrigar mais pessoas do que antes a escolherem uma profissão. Contudo, isso é compensado pelos maiores montantes herdados, tão superiores que podem tomar a forma de doações antecipadas. Em todo caso, é mais uma diferença de grau do que a ruptura civilizacional que muitos imaginam.⁵⁹⁸

Esses fatos, obviamente, devem ser levados em consideração por nosso

⁵⁹⁵ CAIAFA, Waleska. *In: Estudo mostra disparidade na expectativa de vida de homens e mulheres na AL* – Diferença em BH é de cinco anos a favor das mulheres, indica levantamento que contou com participação da UFMG. Universidade Federal de Minas Gerais – Centro de Comunicação Social da Faculdade de Medicina, 6 jan. 2020. Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-disparidades-na-expectativa-de-vida-de-homens-e-mulheres-em-metropoles-da-al>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹⁶ CAIAFA, Waleska. *In: Estudo mostra disparidade na expectativa de vida de homens e mulheres na AL* – Diferença em BH é de cinco anos a favor das mulheres, indica levantamento que contou com participação da UFMG. Universidade Federal de Minas Gerais – Centro de Comunicação Social da Faculdade de Medicina, 6 jan. 2020. Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-disparidades-na-expectativa-de-vida-de-homens-e-mulheres-em-metropoles-da-al>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹⁷ Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/04/brasileiras-tem-filhos-mais-tarde-mas-430-mil-mulheres-ate-19-anos-deram-a-luz-em-2018-mostra-ibge.ghtml>>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁵⁹⁸ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 381.

legislador, principalmente no que toca à obrigatoriedade do instituto da legítima.

Com essas informações, pode-se concluir: com o aumento expressivo da expectativa de vida na maioria dos casos, quando o testador falecer provavelmente já não terá mais ascendentes vivos ou se tiver estarão em uma idade muito avançada.⁵⁹⁹ Enquanto seus descendentes terão uma idade média de 36 anos (pressupondo uma expectativa de vida de 75,4 anos e que a mulher engravidou aos 39 anos). Nessa hipótese, os filhos estarão em plena capacidade produtiva.

Questiona-se: faz sentido continuar afirmando que o fundamento da legítima observa o princípio da solidariedade intergeracional? Não há um paradoxo aqui?

Em decorrência do que foi mencionado acima, faz-se necessário questionar se o argumento do fundamento da legítima, com base no princípio da solidariedade intergeracional, não é contraditório, quando, estatisticamente, o sujeito, na maioria das vezes, recebe a herança exatamente na fase de plena capacidade produtiva (por volta dos 36 anos, aproximadamente).⁶⁰⁰

Antes, no início do século XX, até mais da metade, era comum o homem ser o provedor da casa e, conseqüentemente, a mulher e seus filhos eram dependentes economicamente. Era rotineiro a morte precoce do pai e, às vezes, até mesmo da mãe. Fato esse plausível para o legislador impor o instituto da legítima que garantia a sobrevivência dos descendentes.

Hoje, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, com o aumento da expectativa de vida, na maior parte dos casos quando ocorre o falecimento do pai ou da mãe o filho já goza de independência econômica.

Ademais, mesmo com a menor expectativa de vida dos homens, se o falecido for segurado da Previdência Social ou for servidor público, a viúva e os seus dependentes farão jus à pensão por morte. Caso não houvesse a legítima, por exemplo, o homem poderia agraciar sua mulher com todo o seu patrimônio e vice-versa.

Portanto, indaga-se: “O que dizer do jovem casal que construiu uma vida em comum e amealhou patrimônio e, no caso de morte de um dos dois, o perde para ascendentes que, muitas vezes, têm situação financeira e capacidade econômica

⁵⁹⁹ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, p. 9, 2007.

⁶⁰⁰ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, p. 10, 2007.

capazes de sustentá-los até a velhice?”.⁶⁰¹ Por outra ótica: “[...], como deixar de apontar o que aconteceria se a regra previse o afastamento dos ascendentes, que não raras vezes se tornam necessitados quando em idade avançada?”.⁶⁰²

Tem-se a resposta: “Uma maior autonomia do testador haveria de corrigir muitas distorções, desde que seja garantido, nos moldes do direito inglês, o sustento provisório ou permanente – a depender das circunstâncias – das pessoas próximas ao autor da herança”.⁶⁰³

Por fim, é importante mencionar um artigo jurídico escrito em 1938,⁶⁰⁴ época em que a liberdade de testar ainda era total na Inglaterra: “[...] menos de 6,5% do total dos bens deixados em testamento ingleses eram destinados para pessoas de fora da família incluindo presentes que eram ou não referentes à caridade”.

É óbvio que o mundo mudou significativamente desde 1938 em inúmeros contextos. Entretanto, essa informação ilustra bem que, mesmo inserido em um sistema jurídico em que há total liberdade de disposição testamentária, o testador, na maioria das vezes, destina o seu patrimônio para os entes mais próximos.

Constata-se, pois, que na maior parte dos casos o próprio testador se preocupa em deixar bens aos familiares: seja para que mantenham o mesmo padrão de vida, seja por afetividade ou merecimento. A razão de ordem íntima não importa ao Direito, embora o influencie diretamente.

Entretanto, verifica-se fortemente presente o princípio da solidariedade intergeracional em mais de 90% dos testamentos deixados na Inglaterra, quando era vigente a plena liberdade de testar.

No Brasil, em decorrência da obrigatoriedade do instituto da legítima não é possível averiguar, hoje, qual seria o percentual do patrimônio do autor da herança deixado para pessoas de fora da família.

No entanto, a afirmação acima demonstra que mesmo com a possibilidade jurídica em permitir a disposição total de seus bens, há, sim, preocupação, na maioria dos casos, do testador em beneficiar seus entes mais próximos.

⁶⁰¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.108.

⁶⁰² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.108.

⁶⁰³ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.108.

⁶⁰⁴ GOLD, J.; ROBSON, J. L.; KAHN-FREUND, O.; BRESLAUER, Y W. Freedom of Testation. The Inheritance (family provision) Bill. **Modern Law Review**, p. 297, march 1938.

6.4 Aplicação prática do princípio da solidariedade familiar e da autonomia privada em consonância com a liberdade testamentária

Ao tratar da solidariedade deve-se compreendê-la da seguinte forma: “A solidariedade pode assim, impor que se preste auxílio material ao outro”.⁶⁰⁵ Sendo assim, “[...] saliente-se que, se o propósito é prestar o necessário para o estabelecimento da autonomia individual, a atitude solidária pautada no encargo patrimonial deve cessar quando a independência financeira do beneficiado se mostrar possível”.⁶⁰⁶

Sugere-se a aplicação de um sistema parecido com o que hoje existe no Direito inglês. Ressalta-se próximo ao que já existe, mas não igual. No Direito inglês, atualmente, não somente os chamados herdeiros necessários possuem o direito a pedir uma provisão, mas qualquer parente ou pessoa próxima ao falecido que, de alguma forma, era auxiliado financeiramente de modo contínuo por ele. No Direito inglês, ocorre da seguinte forma:

O sistema, criado nitidamente sob a força motriz da solidariedade, intenta proteger parentes e pessoas que conviveram com o falecido ou por ele eram mantidas e que não foram contempladas em testamento ou, em não havendo disposição de última vontade, também não possam ser beneficiados pelas regras da sucessão *ab intestato*. Dita proteção se dá através de uma decisão judicial que outorga ao peticionário uma espécie de provisão financeira para a sua subsistência.⁶⁰⁷

No sistema brasileiro, entende-se que somente os herdeiros necessários e parentes próximos ao falecido deveriam ter o direito de pleitear uma provisão caso não fossem contemplados no testamento ou se valor deixado não fosse suficiente para uma existência digna conforme os padrões anteriormente mantidos quando o *de cuius* ainda era vivo.

Ao citar parentes próximos ao testador exemplifica-se a hipótese em que a mãe do falecido era sustentada por ele e deixou de ser herdeira necessária em decorrência do nascimento de um neto.

⁶⁰⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

⁶⁰⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

⁶⁰⁷ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 83.

Assim, como nas situações em que o falecido tenha deixado filhos maiores, cônjuge e ascendentes, caberá a eles comprovarem a necessidade de receberem uma determinada quantia da herança ou de pleitearem uma majoração no valor deixado caso entendam que necessitam majorar a quantia para a manutenção de uma vida digna.

Para os filhos menores ou filhos com deficiência⁶⁰⁸ ou incapacitados para o trabalho haverá presunção relativa de sua necessidade. A princípio, eles terão o direito a receber uma provisão suficiente para a sua subsistência e manutenção de seu padrão de vida proporcional ao patrimônio deixado. Será ônus probatório dos herdeiros agraciados pelo testamento, se for o caso, comprovar que não fazem jus.

Por esse ângulo: “[...] a definição daqueles que serão de alguma forma protegidos se baseia no dever de mútua assistência decorrente do vínculo familiar [...] e na dependência econômica, ou seja, a eventual verba a ser suportada pela herança possui caráter assistencial”.⁶⁰⁹

Em resumo, pode-se dizer que: “A concepção teórica da autonomia privada é produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo”.⁶¹⁰

Francisco dos Santos Amaral Neto discorre a respeito do fundamento da autonomia privada:

Seu fundamento básico é a liberdade como poder jurídico, e sua função se deduz das condições econômicas e sociais em que se firmou como poder jurídico. Importante, pois, para explicitar-se tal função, não é propriamente a ideologia individualista do jusnaturalismo, mas o processo econômico em que nasceu e se desenvolveu o princípio da liberdade, ou melhor, do poder individual como fonte normativa.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Entende-se por pessoa com deficiência: “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, conforme conceituado no artigo 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

⁶⁰⁹ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 112.

⁶¹⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 221, 1989.

⁶¹¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 221, 1989.

Mais à frente, Francisco dos Santos Amaral Neto relata as consequências jurídicas da inserção do princípio da autonomia privada no sistema jurídico:

Consequências imediatas da aceitação da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no campo contratual, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. *No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento.* E para os que aceitam a vontade como poder jurídico (autonomia privada), a concepção normativa do negócio jurídico, a consideração do negócio como fonte de normas jurídicas.⁶¹² (Grifo nosso)

Ademais, não se pode olvidar que “A autonomia privada manifesta-se e realiza-se no campo das relações jurídicas patrimoniais, que é o setor por excelência da esfera de soberania individual, compreendendo as relações jurídicas obrigacionais e as reais”.⁶¹³ Além disso, “Seu instrumento é o negócio jurídico, fonte por excelência das obrigações, incluindo os contratantes, as declarações unilaterais de vontade e, no campo das sucessões, o testamento, manifestação volitiva com que a pessoa dispõe de seus bens para depois da sua morte”.⁶¹⁴

Ao tratar do princípio da solidariedade e da autonomia privada, deve-se mencionar que “[...] o direito civil produto histórico de uma larga experiência jurídica, tanto no seu aspecto normativo quanto no de sua própria elaboração científica, a sua dogmática atual reflete as profundas mudanças que a revolução industrial e tecnológica têm causado na sociedade [...]”.⁶¹⁵ Consequentemente, “[...] tornando mais complexas as suas relações e mais específica e assistemática a sua disciplina jurídica”.⁶¹⁶

⁶¹² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 222, 1989.

⁶¹³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 223, 1989 .

⁶¹⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 223, 1989.

⁶¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 225, 1989.

⁶¹⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem

Embora as afirmações acima a respeito da autonomia privada sejam atuais, Francisco dos Santos Amaral Neto fez essas observações em 1989. De lá para cá, o mundo se tornou muito mais complexo em decorrência do desenvolvimento exponencial da tecnologia e outros fatores.

Ademais, houve um incremento da ingerência estatal na vida privada dos particulares. De 1989 aos dias de hoje, essa intromissão só aumentou, principalmente dentro do Direito de Família. Neste ramo, o estado regulamenta, inclusive, decisões de foro íntimo, como, por exemplo, as regras que regem a união estável.

No que toca ao Direito Sucessório também há intromissão estatal. Cita-se, aqui, o assunto debatido ao longo de todos os capítulos. A partir do momento em que há imposição estatal na obrigatoriedade de dispor 50% dos bens do falecido para os herdeiros necessários.

Como dito no início deste item, repete-se aqui: “Admitir, por exemplo, a instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor da herança, seria uma forma eficaz e proporcional de atender o dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar e, ao mesmo tempo, não limitar a autonomia do testador”.⁶¹⁷

É exatamente nesse sentido que se defende a aplicação, em conjunto, da solidariedade familiar com a autonomia privada. Assim, como é feito, hoje, no Direito inglês. Neste sistema, aquele que entende fazer jus a uma parte da herança e não foi beneficiado ou se compreende que o valor é aquém do que necessita, poderá ingressar perante o Poder Judiciário com uma ação de provisão financeira.

O sistema inglês respeita a autonomia privada do testador, ao mesmo tempo em que observa a solidariedade familiar a partir do momento em que permite ao testador destinar o seu patrimônio para quem entende que merece e necessita.

Ademais, no Direito inglês, não há um percentual previamente estipulado pela lei. Cabe ao Poder Judiciário decidir caso a caso por meio do binômio: necessidade do peticionário *versus* possibilidade, ou seja, o *quantum* deixado pelo testador. Desse modo, possibilita o não engessamento das complexas relações familiares. Por

jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, p. 225, 1989.

⁶¹⁷ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 113.

corolário, aproxima as decisões da realidade cotidiana da população inglesa.

Nesse sentido, quando um parente questionar o ato de disposição, entende-se que poderia ingressar com uma ação de provisão solicitando a majoração da quantia ou recebimento de uma quota-parte que não lhe foi destinada, caso a legislação brasileira fosse modificada para se adaptar a essa nova realidade.

No que diz respeito ao Direito brasileiro, deve-se observar algumas atenuações para a aplicação da liberdade testamentária. Caso os herdeiros necessários não sejam beneficiados ou se necessitarem majorar a quantia destinada a eles poderão ingressar com um pedido de provisão, assim como no Direito inglês. Isso para a hipótese em que necessitarem para a manutenção de uma existência digna e a comprovação de que o falecido os auxiliava financeiramente. Nessa situação, caberá a eles comprovarem a necessidade do recebimento do montante pleiteado.

Além disso, para os filhos menores ou com deficiência,⁶¹⁸ ou incapacitado ao trabalho por qualquer motivo, haveria presunção relativa de sua necessidade. A princípio eles teriam direito a receber uma provisão suficiente para a sua subsistência e manutenção de seu padrão de vida proporcional ao patrimônio deixado. Seria ônus probatório dos herdeiros agraciados, se for o caso, comprovar que não fazem jus ao importe requerido.

Além disso, para os filhos menores ou da pessoa com deficiência ou incapacitado ao trabalho entende-se que, a princípio, o menor tem, sim, necessidade aos alimentos. Porquanto, o ônus de provar que o menor não fará jus será de quem tem o interesse em alegar tal fato.

Deste modo, não faz sentido generalizar, principalmente, em um País de dimensão continental como o Brasil. O filho menor, por exemplo, pode ser um ator famoso ou ter recebido uma vultosa herança. É claro, sabe-se que essa não é a regra da sociedade brasileira. Por isso, defende-se aqui uma presunção de necessidade do menor ou da pessoa com deficiência ou incapacitado ao trabalho, mas com a possibilidade de se provar o contrário.

As normas de Direito Privado devem resguardar o interesse e a liberdade dos particulares, mas cabe ao Estado regulamentar a forma como esses atos serão

⁶¹⁸ Entende-se por pessoa com deficiência: “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, conforme conceituado no artigo 2º, *caput*, da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

efetivados no plano jurídico. É papel do ente estatal assegurar que aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade tenham os seus direitos resguardados.

No entanto, não faz sentido permanecer com a norma que exige a obrigatoriedade da legítima em 50% do patrimônio do testador, que foi elaborada e publicada em 1916 e permanece a mesma em 2021. Na época, pensava-se para o modelo da família tradicional e patriarcal.

Como já mencionando anteriormente, o Brasil passou por profundas transformações durante esse período. Não só no sentido econômico e social, demonstrado acima por meio de dados estatísticos, como também jurídico.

Houve a reconfiguração familiar, permitindo-se a existência e convivência de vários modelos familiares, além do ingresso da mulher no mercado de trabalho e muitas outras mudanças já tratadas ao longo dessa discussão. Todos esses avanços ocorridos demonstram a necessidade de cada um ter o poder de decidir a respeito do seu próprio destino.

Se é permitido ao indivíduo escolher qual tipo de configuração familiar deseja formar e, conseqüentemente, assumir as responsabilidades daí decorrentes, pergunta-se: por que o sujeito não tem a autonomia para destinar o seu próprio patrimônio para quem entender de direito? Não seria uma excessiva intervenção estatal?

É no seio familiar que o indivíduo concretiza os seus projetos mais íntimos de vida. Hoje, a concepção de família é a eudemonista. Por outro lado, o Estado deve exercer a tutela e garantir a autonomia de seus membros. Por isso, justamente por se defender um caminho equilibrado e justo, entende-se que a liberdade testamentária deve ser permitida no ordenamento jurídico brasileiro com algumas atenuações. Abrandamentos esses tratados no decorrer desse tópico.

Logo, conclui-se a necessidade de uma reforma legislativa para que se garanta ao máximo o exercício da autonomia privada (com algumas atenuações, conforme já mencionado) sem se descuidar do princípio da solidariedade familiar. Assim, haverá também a conformação desses dois princípios com as novas configurações familiares que já são realidade há muito tempo na sociedade brasileira.

Nesse sentido, a limitação imposta pelo legislador seria para as situações em que o autor da herança não contemplasse em seu testamento: filhos menores ou com deficiência ou inabilitados para o trabalho ou cônjuge e/ou ascendentes que comprovassem a dependência econômica ou incapacitados para o trabalho.

Recordando que para o descendente menor de idade ou incapacitado para o trabalho haveria a presunção a seu favor.

7 CONCLUSÃO

Os argumentos debatidos no decorrer dessa pesquisa possibilitam caminhar por novos rumos. O primeiro é a necessidade de adequação do Direito Sucessório à realidade fática das famílias brasileiras às novas configurações.

Deve-se retornar ao início da história para que se possa compreender o motivo pelo qual a legislação de hoje é aplicada dessa forma e não de outra. Nesse sentido, o Direito Romano exerceu enorme influência nos períodos posteriores que lhe sucederam. Muitas normas romanas, simplesmente, foram repetidas ou adaptadas em épocas posteriores sem grandes inovações.

O mundo passou por grandes transformações no período da Baixa Idade Média e Época Moderna, em que houve grande desenvolvimento das sociedades europeias com aumento significativo da circulação de riquezas, gerando maior preocupação com o patrimônio e seu destino. Com a ascensão dos Estados Modernos (séculos XVIII-XIX) a sucessão ganhou novos contornos, principalmente com a Revolução Francesa, que impôs a igualdade dos sexos no Direito Sucessório.

No que tange ao Brasil, o Direito português exerceu diretamente influência no ordenamento jurídico. A ordem de vocação hereditária portuguesa de 1867 foi compilada por Teixeira de Freitas, permanecendo no ordenamento jurídico brasileiro até o ano de 1907.

Após a publicação da Lei Feliciano Pena, importantes debates ocorreram no Congresso Nacional a respeito da liberdade testamentária, embora seja escassa a divulgação dos argumentos debatidos no período da tramitação do projeto do primeiro Código Civil brasileiro. Somente em 1916, tínhamos o primeiro Código Civil brasileiro, que teve vigência até a edição do Código Civil de 2002.

Percorrer o Direito Sucessório francês, cubano e inglês permitiu ampliar o olhar para diferentes realidades e possibilidades aparentemente bem distantes da brasileira.

Percebe-se uma comum preocupação das leis dos países citados em resguardar os direitos daqueles que são vulneráveis ou dependam economicamente do falecido em congruência com o princípio da solidariedade. Há uma presunção em comum dos legisladores em resguardar os entes mais próximos. Estudar outros ordenamentos jurídicos possibilitou compará-los e discuti-los.

É curioso concluir que o Direito inglês, pertencente à família denominada

liberal, em um primeiro momento parece totalmente distante da realidade brasileira.

No entanto, ao examiná-lo com mais propriedade, verifica-se que o princípio da solidariedade se faz muito mais presente do que em outros sistemas. Ele privilegia de forma mais acentuada o cônjuge, bem como os parentes e os dependentes economicamente do falecido e até mesmo pessoas próximas ao falecido mesmo que não sejam parentes.

O Direito inglês não tem um percentual previamente estipulado pela lei. Cabe ao Poder Judiciário solucionar cada caso que lhe for proposto. Desse modo, permite que a decisão seja a mais justa possível para a situação apresentada.

Conseqüentemente, abarca um rol consideravelmente amplo de pessoas que se enquadram na possibilidade de pleitearem recursos financeiros deixados pelo falecido, algo inexistente, até então, no Direito brasileiro.

Atualmente, no Brasil, o testador que possui herdeiros necessários somente pode dispor da metade de seu patrimônio. Essa exigência existe no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1907, com a Lei Feliciano Pena e permaneceu da mesma forma no Código Civil de 2002.

É indiscutível que o país passou por profundas transformações, sociais, políticas, econômicas, culturais, dentre outras nesses mais de cem anos da edição do Código Civil de 1916.

A Constituição da República de 1988 representou um marco histórico de mudança paradigma e, conseqüentemente o ser humano passou a ser o centro do ordenamento jurídico. Ou seja, a única razão de ser das leis é que elas sirvam aos seres humanos e não o contrário.

Ao acompanhar as transformações pelas quais a sociedade brasileira passou e passa a forma de organização familiar também se modificou. O modelo deixou de ser unicamente matrimonializado e patriarcalista com o aparecimento de novas configurações.

Sendo assim, o sujeito exerce sua liberdade ao escolher qual o tipo de família deseja constituir conforme o seu projeto de vida. Se no Direito de Família há espaço para exercer a autonomia é necessário que o Direito Sucessório acompanhe, para que haja inclusive coerência jurídica.

É importante dizer que há e deve existir limitadores para o exercício da autonomia privada. As limitações são concretizadas por meio da lei. De acordo com a filosofia kantiana, o Estado deve intervir, mas sempre o mínimo possível.

Nesse sentido, o mínimo possível se concretiza na limitação imposta pelo legislador para as situações em que o autor da herança não contemplasse em seu testamento: filhos menores ou portadores de deficiência ou inabilitados para o trabalho ou cônjuge e/ou ascendentes que comprovassem a dependência econômica ou incapacitados para o trabalho. Recordando que para o descendente menor de idade ou incapacitado para o trabalho haveria a presunção a seu favor.

Logo, é possível conciliar o princípio da autonomia privada com o princípio da solidariedade familiar. O testador teria ampla liberdade testamentária, mas haveria a restrição em caso de herdeiros necessários incapacitados ou impossibilitados de exercerem uma atividade econômica.

Ao impor essa restrição a obrigatoriedade de uma mínima assistência mútua entre os herdeiros necessários estaria garantida. É necessário que ocorra a efetivação do princípio da solidariedade familiar por meio da exigibilidade de amparo entre os parentes próximos. Ao mesmo tempo, ao impor uma restrição mínima na disposição testamentária a autonomia privada estará garantida em harmonia com a solidariedade familiar.

Ao legislador, não é possível prever os interesses, desejos, necessidades de cuidado que irá influenciar o modo como cada sujeito escolhe em dispor de seu próprio patrimônio.

No entanto, esgotar todos os argumentos seria uma utopia inalcançável. Contudo, estimular o debate é o objetivo. Por isso, propõe-se uma alteração legislativa do Código Civil brasileiro para que haja adequação do instituto da legítima com a autonomia privada do testador e a solidariedade familiar. Assim, como um ajuste à realidade fática das famílias brasileiras.

O brasileiro, por uma questão cultural, evita constantemente abordar o tema da morte. Curiosamente, é a única certeza que se tem na vida. Um testamento pode evitar muitos conflitos posteriores. Além disso, pode servir como mecanismo de manutenção da própria família, que se manterá unida sem as indetermináveis discussões.

Por fim, infelizmente, de todos os ramos do Direito, o Sucessório é o mais estático e também é o que sofre mais resistência por mudanças. Realidade essa que necessita urgentemente ser modificada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A autonomia privada no direito de família. *In*: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CESAR FILHO, Michael (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 26, n. 102, 1989.

ANDERSON, Miriam. Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. Estudios monográficos. **Anuario de Derecho Civil**, fascículo 3, p. 1.243-1.282, 2006. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2006-30124301282>. Acesso em: 17 jan. 2020.

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

ARIAS RAMOS, José. **Derecho romano: apuntes didacticos para um curso**. 4. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, [19-].

ARIAS RAMOS, José. **Derecho romano**. 8. ed. Madri: Revista de Derecho Privado, 1966, v. II.

ASSAD DE PAZ, Masuma. **La herencia en el Islam**. UMMA – Union de mujeres musulmanas argentinas. 29 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.umma.org.ar/?p=23>>. Acesso em: 1º maio 2019.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Ed. atual., rev. e aum. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. V.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 227-269, out./dez. 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919, v. VI.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais. Brasília: Senado, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**: convocação extraordinaria de 2 de abril de 1913, appendice: projeto n. 2, de 1913, emendas do Senado ao projeto da Camara n. 1, de 1902: Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1913, v. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/pr118093.PC991012089000/Downloads/anais_parlamento_1963.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil. BARROSO JUNIOR, Sabino. **Projecto do Código Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. I. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil; BARROSO JUNIOR, Sabino. **Projecto do Código Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. v. VI. (Discussão da parte especial – arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907 – Republicação. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 8/1/1908, p. 264 Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1º ago. 2018.

BRASIL. STF. **Voto**: Ministro Ayres Britto (Relator), p. 31-32, 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2020.

BRASIL. STJ. **Seção uniformiza entendimento sobre sucessão em regime de comunhão parcial de bens**. Brasília: STJ, 26 maio 2015. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias antigas/2015/2015-05-26_09-06_Secao-uniformiza-entendimento-sobre-sucessao-em-regime-de-comunhao-parcial-de-bens.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias%20antigas/2015/2015-05-26_09-06_Secao-uniformiza-entendimento-sobre-sucessao-em-regime-de-comunhao-parcial-de-bens.aspx). Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. STJ. **REsp 171927/SC**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Data do Julgamento: 06/07/2007. Data da publicação: 19/12/2007. p. 1189. Recurso Especial: 1998/0029750-2. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. STJ. **REsp 1835983/PR**. Recurso Especial 2019/0262515-2. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. *DJe* 05/03/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. STJ. **REsp 1431888/SP**. Recurso Especial 2014/0016609-5. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data do julgamento: 19/05/2015. *DJe* 29/05/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. STJ. **AREsp 1727497**. Agravo em Recurso Especial n. 1727497 – DF (2020/0171356-5). Ministra Nancy Andrighi. Data da publicação: *DJe* 21/09/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 29 maio 2021.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAIAFA, Waleska. *In*: **Estudo mostra disparidade na expectativa de vida de homens e mulheres na AL** - Diferença em BH é de cinco anos a favor das mulheres, indica levantamento que contou com participação da UFMG. Universidade Federal de Minas Gerais - Centro de Comunicação Social da Faculdade de Medicina, 6 jan. 2020.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Origem da posição do cônjuge na terceira ordem de vocação hereditária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 17, p. 187-217, 2018.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das sucessões**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CERBASI, Gustavo. *In*: CAMARGO, Sophia. **Qual porcentagem da renda familiar deve ser gasta com a escola dos filhos?** UOL, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2015/11/12/qual-porcentagem-da-renda-familiar-deve-ser-gasta-com-a-escola-dos-filhos.htm>. Acesso em: 21 maio 2021.

CODIGO CIVIL Portuguez. Aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867. Segunda edição oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Versão oficial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: https://www.google.com/search?rlz=1C1BLWB_enBR545BR551&ei=GUSqXJKXJ92_5OUPhPug6Ao&q=c%C3%B3digo+civil+portugu%C3%AAs+de+1867&oq=c%C3%B3digo+civil+port&gs_l=psy-ab.1.3.0I7j0i22i30j0i22i10i30j0i22i30.18871.27590.294990.0..3.173.2978.0j24.....0....1..gws-wiz.....0..0i71j0i10j0i10i30j0i131.5Z-3GmSFk4o. Acesso em: 7 abr. 2019.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

COULLAUT, Ramón Villota. **La evolución jurídica en el Islam**. Disponível em: <https://www.libertaddigital.com/otros/revista/articulos/31042247.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Santa Catarina/Tubarão: Unisul, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:**

sucessões. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FASSÓ, Guido. **História de la filosofía del derecho**. La edad moderna. Trad. José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1982, v. 2.

FERNANDES, Ana Alexandre. Velhice, Solidariedade Familiares e Política Social – Itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida. **Sociologia, Problemas e Práticas** (*on-line*), n. 36, p. 39-52, 2001.

FERNÁNDEZ-DÍAZ; Ignacio Garrote. **Sucesiones internacionales y orden público constitucional**: la sucesión *mortis causa* em españa cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islâmica. Universidad Autónoma de Madrid. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3150251.pdf>>. Acesso em: 16 de maio de 2019>.

FÉRNANDEZ-HIERRO, Maria; FÉRNANDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de La libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, maio 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCISCO, José Cahali; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FURROW, Dwight. **Ética**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Fernando José F. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção “A Obra Prima de cada Autor”).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 7.

GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testa en Inglaterra y Aragón. **Revista de Derecho Civil Aragonés**, n. 17, p. 45-92, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4055686>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Familia y herencia en los albores del siglo XXI**. Lima: Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, 2013.

GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Código Civil** – Ley n. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado). Cuba: ONMC, 2019.

GALLARDO, Leonardo B. Pérez. **Estudios sobre la legítima asistencial**. Lima: Griley, 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAMA, Affonso Dionysio. **Tratado theorico e pratico de testamentos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GILLIGAN, Carol. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Trad. Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

GOFFMAN, Erwing. **A representação do eu na vida cotidiana**. Trad. Maria Célia Santos Raposo. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GOLD, J.; ROBSON, J. L.; KAHN-FREUND, O.; BRESLAUER, Y W. Freedom of Testation. The Inheritance (family provision) Bill. **Modern Law Review**, p. 297, march 1938.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 4.

GRIMALDI, Michel. **Droit des successions**. 7. ed. Paris: LexisNexis, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HOUSIER, Jérémy. **Droit des successions et des libéralités**. Paris: Dalloz, 2018. (Coleção Les Mémentos. Série Droit Privé).

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção A Obra-Prima de cada Autor).

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e nota Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008. (Série Clássicos Edipro).

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa/pesquisa bibliográfica/teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 8. ed., 4. reimp., São Paulo: Atlas, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 1º abril 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1952, v. I.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Wasghinton de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. **História: das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 7.ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 7.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Trad. Silvana Viera. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: Atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? **Revista IBDFAM**: família e sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 25, p. 77-94, jan./fev. 2018.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, v.1.

NOTÍCIAS. BBC.Brasil.com. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2003/030407_religiaoislamismo.shtml>. Acesso em: 29 mar. 2019.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil Brasileiro (Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916). 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936, v. 1.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limond, 1952, v. 1.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de família e princípio da solidariedade**: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. VI.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Ronovar, 2002.

PEW RESEARCH Center. Muslims and Islam: Key findings in the U.S. and around the world. 9 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/08/09/muslims-and-islam-key-findings-in-the-u-s-and-around-the-world/>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Orgs.). **Código civil comparado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, t. LV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado dos testamentos: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, v. I.

PORTUGAL. **Código Civil de 1867**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESENDE, Clayton Rosa de; SILVA, Marina Lisa Cruz. Pluralismo familiar: um princípio sem limites. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

REVISTA Exame, 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-numeros-do-islamismo-a-religiao-que-mais-cresce-no-mundo/>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

RIOS, Calânico Sobrinho. As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito. *In*: DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; ZANETTI, Matheus Felipe Moreira (Org.). **Reflexões de direito civil contemporâneo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, v. I, p. 9-236.

RIOS, Calânico Sobrinho; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Os conviventes da união estável são herdeiros necessários? *In*: RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, Gabriela Mascarenhas; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson (Coord.). **Direito de família e das sucessões: reflexões, críticas e desafios**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, p. 18.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- 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 JÚNIOR, Walsir Edson (Coord.). **Temas atuais de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: RTM, 2014.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fredera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito de família. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: Temas atuais do Direito de Família, **Âmbito Jurídico**, seminário virtual de 9 a 11 de maio de 2006, 27 jun. 2007. (Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>; <[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1))>. Acesso em: 29 maio 2021).
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; Ribeiro, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 293-310, jan./mar. 2009.
- VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Coord.). XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Direito de Família e Sucessões I. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de le legítima. Barcelona: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 6, p. 389-394. (Coleção Direito Civil).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ZanettiPT_1.pdf. Acesso em: 09 set. 2021.