

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

Elgen Leite de Castro Costa Júnior

**AUTONOMIA PRIVADA E JUSTA CAUSA NA CLAUSULAÇÃO
RESTRITIVA DA LEGÍTIMA: uma análise da obrigatoriedade da justa causa
sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar**

Belo Horizonte
2024

Elgen Leite de Castro Costa Júnior

**AUTONOMIA PRIVADA E JUSTA CAUSA NA CLAUSULAÇÃO
RESTRITIVA DA LEGÍTIMA: uma análise da obrigatoriedade da justa causa
sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar**

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

Orientadora: Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

**Belo Horizonte
2024**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837a Costa Júnior, Elgen Leite de Castro
Autonomia privada e justa causa na clausulação restritiva da legítima: uma análise da obrigatoriedade da justa causa sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar / Elgen Leite de Castro Costa Júnior. Belo Horizonte, 2024.
203 f.: il.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Sucessão testamentária. 2. Sucessão legítima. 3. Impenhorabilidade. 4. Inalienabilidade. 5. Incomunicabilidade. 6. Autonomia privada. 7. Direito das sucessões. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 331.16

Elgen Leite de Castro Costa Júnior

**AUTONOMIA PRIVADA E JUSTA CAUSA NA CLAUSULAÇÃO
RESTRITIVA DA LEGÍTIMA: uma análise da obrigatoriedade da justa causa
sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar**

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

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

Prof. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas (Orientadora)

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

Prof. Dra. Gabriela Oliveira Freitas - FUMEC (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 25 de abril de 2024.

Dedico este trabalho ao meu amigo-irmão David Leite, vulgo Negão (in memoriam), que tão precocemente nos deixou no início de 2023. A falta que você faz nunca será preenchida.

AGRADECIMENTOS

Tecer agradecimento é tarefa das mais difíceis, pelo menos para mim. São tantas pessoas importantes que passam por nossas vidas, marcando-nos, cada qual a seu modo. Espero não me esquecer de ninguém importante, sabedor que sou que, inevitavelmente, isso irá acontecer, motivo pelo qual antecipadamente eu me desculpo pelo eventual lapso.

Primeiramente, os agradecimentos são devidos aos meus pais, que sempre me apoiaram e fizeram mais do que podiam para que eu estudasse em boas escolas. Espero que o fruto de tanto esforço tenha sido minimamente recompensado. Devo tudo isso a vocês, pai e mãe. Não posso deixar de agradecer, também, ao meu padrasto que, em conjunto com o meu pai, desde a minha adolescência vem exercendo, com um rigor incrível (rsrs), a função de educar. Obrigado pelos puxões de orelha providenciais, você também é responsável por eu ter chegado até aqui.

Ao meu irmão, que sempre me apoiou e que faz de tudo para que todos ao seu redor sejam mais felizes, inclusive este irmão mal-humorado que vos fala. Obrigado, meu irmão. Você é luz na vida de todos nós, sem o seu carinho e admiração, eu certamente não teria conseguido. Ao meu querido afilhado, que constantemente me faz elogios muito generosos.

À minha esposa, certamente a pessoa mais afetada pela desmedida dedicação que tive a este mestrado. Você que foi tão privada do meu convívio – nas palavras dela, ficou “viúva de marido vivo” nos últimos meses - e, ainda assim, manteve seu apoio incondicional à continuidade dos meus estudos, me consolando nos momentos difíceis e, especialmente, motivando, cobrando e incentivando a finalizar essa feliz, mas árdua, etapa acadêmica. Amo você, sem seu apoio, não teria sido possível.

À minha querida orientadora, Professora Dra. Taisa, por tanta compreensão e tanta sabedoria transmitida ao longo desse percurso. A senhora é uma inspiração e uma referência acadêmica, não apenas para mim, mas para todos os alunos e professores. Sua generosidade, carinho e educação cativam todos a sua volta. Obrigado por ter sido a melhor orientadora que eu poderia ter.

Aos demais professores da linha de pesquisa, em especial, ao Professor Dr. Walsir Edson, Dr. Leonardo Poli e Dra. Maria de Fátima. É a dedicação de vocês que faz este programa de pós-graduação tão especial. Obrigado por tanto!

RESUMO

Este trabalho realizou um estudo detalhado da justa causa testamentária, esta analisada à luz dos princípios da autonomia privada e da liberdade de testar. Seu principal objetivo foi verificar se, atualmente e à luz da legislação vigente e sob o enfoque da autonomia privada e da solidariedade familiar, a exigência de declaração de justa causa para a imposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade é legal. Para isso, foi estudada a evolução do Direito das Sucessões, desde o Império Romano, demonstrando a origem dos institutos e os fundamentos utilizados para a sua criação. Na sequência, foram apresentados os contornos essenciais sobre a sucessão legítima e testamentária no Brasil, apontando, nesse contexto, algumas das principais críticas direcionadas à legítima. Na sequência, realizou-se um estudo sobre a autonomia privada, sua evolução e seus contornos atuais, demonstrando-se, ao final, que se trata de um direito e garantia fundamental do testador. Ao final, foi analisada a questão da justa causa testamentária, relacionando-a com todos os demais institutos previamente estudados, apontando-se, ao final, a premente necessidade de reforma na legislação.

Palavras-chave: Sucessões. Legítima. Autonomia Privada. Solidariedade Familiar. Justa Causa.

ABSTRACT

This work carried out a detailed study of testamentary fair cause, which was analyzed in light of the principles of private autonomy and freedom to test. Its main objective was to verify whether, currently and in light of current legislation and from the perspective of private autonomy and family solidarity, the requirement for a declaration of fair cause for the imposition of inalienability, unseizability and incommunicability clauses is legal. To this end, the evolution of Succession Law since the Roman Empire was studied, demonstrating the origin of the institutes and the foundations used for their creation. Next, the essential contours of legitimate and testamentary succession in Brazil were presented, pointing out, in this context, some of the main reviews directed at the legitimate. Subsequently, a study was carried out on private autonomy, its evolution and its current contours, demonstrating, in the end, that it is a fundamental right and guarantee of the testator. In the end, the issue of fair testamentary cause was analyzed, relating it to all other institutes previously studied, pointing out, in the end, the pressing need for reform in legislation.

Keywords: Successions. Legitimate. Private Autonomy. Family Solidarity. Fair Cause.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	19
2. BREVE ESTUDO HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES	21
2.1. Direito Romano e Germânico.....	23
2.2. Direito Português.....	40
2.2.1. Código Visigótico	40
2.2.2. Ordenações Afonsinas	42
2.2.3. Ordenações Manuelinas, Filipinas e Código Civil de 1867	43
2.3. Direito Sucessório no Brasil	46
3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA	57
3.1. Considerações preliminares	57
3.2. A ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002	60
3.2.1. Fundamentos e apontamentos preliminares.....	60
3.2.2. Os descendentes.....	66
3.2.3. Os ascendentes.....	69
3.2.4. O cônjuge	70
3.2.5. O companheiro	77
3.2.6. Os colaterais.....	82
3.3. O Direito à legítima: conceito e fundamento da legítima no ordenamento brasileiro	87
3.3.1. O direito à legítima à luz da adequada conceituação de solidariedade familiar em matéria sucessória: principais críticas ao atual formato de legítima no ordenamento jurídico brasileiro	91
3.4. Breves contornos dos sistemas sucessórios na legislação estrangeira e sua relação com a legítima	105
4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	109
4.1. Testamento e codicilo: capacidade, conceito, considerações relevantes, formas e principais características	111
4.2. Limitações à liberdade de testar.....	125
4.3. O direito de propriedade e a clausulação restritiva da legítima	126
4.3.1. Inalienabilidade	138
4.3.2. Impenhorabilidade	141
4.3.3. Incomunicabilidade.....	144

5. AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE TESTAR	147
5.1. Autonomia privada: evolução e conceito.....	147
5.2. Autonomia privada, liberdade de testar, legítima e solidariedade familiar: uma possível e necessária conciliação entre institutos aparentemente antagônicos	156
6. A JUSTA CAUSA NA CLAUSULAÇÃO RESTRITIVA DA LEGÍTIMA.....	162
6.1. Breve retrospecto histórico. A inclusão da “justa causa” no ordenamento jurídico brasileiro	162
6.2. O problema da conceituação da justa causa e o posicionamento de alguns tribunais	168
6.3. A justa causa sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar: uma análise à luz do suposto antagonismo entre a vontade do testador e o direito de herança	176
7. CONCLUSÃO.....	187
REFERÊNCIAS.....	191

1. INTRODUÇÃO

O Direito das Sucessões é o ramo das ciências jurídicas que se propõe a solucionar o problema da continuidade do patrimônio da pessoa após o seu falecimento. Dentro dessa perspectiva, vários são os problemas jurídicos que envolvem esse ramo do Direito, e o presente trabalho tentará trazer alguns apontamentos relevantes sobre um dos mais intrigantes, a questão envolvendo a necessidade de declaração de justa causa para a imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens que compõem a legítima.

Para tanto, parte-se de uma análise histórica do Direito das Sucessões, trazendo a sua evolução desde o Direito Romano. O marco temporal foi definido nessa época em razão de boa parte dos institutos que conhecemos hoje terem sido criados nessa época, não se mostrando necessária uma regressão temporal ainda maior.

Após o estudo histórico, serão apresentados os principais aspectos da chamada sucessão legítima, ou, em outras palavras, da sucessão aplicável às hipóteses em que o autor da herança não deixa testamento. No caso do Brasil, a grande maioria das sucessões segue essas regras, em razão de não sermos um país com tradição na elaboração de testamentos.

Dentro do estudo da sucessão legítima, serão apresentadas críticas severas à quota legítima, porção da herança que, por força de lei, pertence de pleno direito aos chamados herdeiros necessários. A apresentação dessas críticas é fundamental para o presente estudo, uma vez que as questões ligadas à justa causa testamentária estão umbilicalmente vinculadas à legítima dos herdeiros e à sua proteção.

Passado este ponto, serão apresentados os principais temas envolvendo a sucessão testamentária. A importância desse estudo no presente trabalho se dá por um motivo óbvio: é por meio do testamento que o autor da herança manifesta a sua autonomia e exerce a liberdade de testar.

Feito o estudo sobre o direito sucessório testamentário, será apresentada a evolução da autonomia privada no Brasil, explicando adequadamente o conceito contemporâneo dado à locução e os problemas envolvendo seu estudo, em especial, a sua relação com outros institutos importantes como a solidariedade familiar, a legítima e o direito de herança.

Na sequência, chega-se ao tema central do presente trabalho, tendo os conceitos indispensáveis sido apresentados previamente. Nesse ponto, é apresentado um breve

histórico sobre a incorporação da justa causa no Direito brasileiro. Apresenta-se, também, o conceito de justa causa e toda a problemática que o envolve para, por fim, ser apresentada a análise conjunta da justa causa, da autonomia privada, da liberdade testar, da solidariedade familiar e do direito de herança, relacionando todos esses institutos à luz do atual estágio de desenvolvimento do Direito Privado.

Por fim, apresenta-se uma conclusão com base em todo o conteúdo apresentado, com apontamentos relevantes sobre a premente necessidade de reforma no livro de Direito das Sucessões do Código Civil, uma vez que, como será demonstrado, este encontra-se absolutamente atrasado e destoante da realidade hoje vivenciada no Brasil e no mundo.

2. BREVE ESTUDO HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Etimologicamente, a palavra sucessão deriva do termo latino *sucessio*, que decorre do verbo *succedere*. Para Pontes de Miranda¹ “succeder é vir depois, colocar-se após. Após no Espaço ou após no Tempo. No Direito, suceder é pospôr-se no Tempo”.

Para Carlos Roberto Gonçalves², “a palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

Em sentido objetivo, direito das sucessões é, nas palavras de Carlos Maximiliano³, “o conjunto das normas regulamentadoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte”. De forma concisa e esclarecedora, José Carlos Moreira Alves⁴ afirma que a sucessão “consiste na substituição de uma pessoa por outra em determinada relação jurídica”.

Caio Mario da Silva Pereira pontua, por sua vez, que a palavra suceder “tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos ‘uns depois dos outros’ (sub + cedere)”⁵.

O Direito Sucessório vem sendo aperfeiçoado, muito lentamente, desde a antiguidade, mas sempre esteve “ligado à ideia de continuidade da religião e da família”⁶.

Apesar de o termo sucessão ser empregado, em sentido amplo, também nas relações *inter vivos*, a exemplo do que ocorre com o cessionário que sucede o cedente, o presente estudo restringe-se ao Direito das Sucessões em sentido estrito, ou seja, ao direito que nasce com a morte de alguém, a sucessão *causa mortis*.

A propriedade individual não era conhecida na época do homem primitivo. Todos os bens eram de propriedade comum, excepcionados alguns poucos. Não se admitia, portanto, a sucessão *causa mortis* no formato que a conhecemos hoje.

José Francisco Cahali ensina que:

No início da socialização dos indivíduos, em tempos remotos, não existindo a propriedade individual, mas coletiva, em que grupos ou núcleos sociais eram

¹ 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).

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 19.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 21.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 701.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 21.

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 patrimônio⁷.

Ponto central para o surgimento da sucessão *causa mortis* foi o advento da propriedade privada. Apenas após o surgimento da propriedade privada e individual é que se pôde falar, efetivamente, em sucessão *causa mortis*. Clóvis Beviláqua⁸ afirma que os “povos primitivos desconheciam o direito sucessório no sentido moderno da expressão. Vivendo os grupos familiares em comunhão de bens, todos os membros desses grupos eram proprietários comunistas”.

Caio Mário da Silva pereira explica que:

Originariamente, não se cogitou de herança ou de sucessão causa mortis. Pertencendo os bens ao grupo e não ao indivíduo, a morte de uma pessoa não lhe alterava o status jurídico.

Com o caráter *familiae* da propriedade, desenvolveu-se a ideia de continuação (sucessão) do novo chefe do grupo nos bens que se achavam sob a direção do chefe premorto. A ideia de sucessão somente veio a ganhar corpo com a propriedade individual. E é necessariamente correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga⁹.

Ainda sobre a evolução do Direito Sucessório em seus primórdios, elucida Carlos Maximiliano:

Primitivamente só o grupo social, exíguo, embrionário (a tribo, o clã, a gens) era sujeito de direito, e, como o grupo não morre, não havia lugar para a sucessão (2). Reinava comunismo integral.

Do grupo se passou à família: propriedade comum, a princípio; o chefe era simples guarda e continuador; não havia herança no sentido moderno do vocábulo (3).

Os primeiros bens individuais (armas e adornos), não se transmitiam a ninguém, eram enterrados com o dono; a gruta onde morava, produtos de caça e de pesca, revertiam à família (4). De 22obre22 com a organização desta assegurou-se às pessoas o domínio 22obre rebanhos e, afinal, 22obre a terra: o Direito das Sucessões é o coroamento necessário do das Coisas e em conexão íntima com o de Família (5).

Um fator de progresso, embora com vantagens materiais para si, foi a igreja: em toda parte onde penetrou e converteu, forcejou por substituir a propriedade comunal pela privada e introduzir a faculdade de testar (6)¹⁰.

⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 22-23.

⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 67.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 4.

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 25.

No princípio, o matriarcado exsurgiu como núcleo familiar primitivo. Naquele tempo, os bens passavam de geração em geração sempre pelo lado materno. Como bem ensina 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 homem, cabiam às irmãs e a descendentes ou ascendentes destas (7). 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 (8)¹¹.

A importância do Direito Sucessório é indiscutível, pois as consequências jurídicas decorrentes do patrimônio deixado pelo autor da herança não se interrompem com a sua morte. Em outras palavras, a pessoa morre, mas a repercussão jurídica dos ativos e passivos deixados, não. Estas remanescem e necessitam, portanto, de formas jurídicas de tratamento. Eis a indispensabilidade do Direito Sucessório.

2.1. Direito Romano e Germânico

No século VIII antes de Cristo surgiu uma pequena comunidade rural que, de acordo com John Gilissen¹², tornou-se um vasto império que perdurou até o século XV depois de Cristo. Esta é, de acordo com os estudiosos da área, a referência histórica do surgimento de Roma. Segundo o autor, os Romanos “foram os grandes juristas da antiguidade. Conseguiram realizar um sistema jurídico notável, tanto no domínio do direito privado como no do direito público”¹³.

O sistema jurídico em Roma alcançou complexidade até então pouco vista no ocidente. Considerando que a história do Direito Romano possui aproximadamente 22 séculos, seria impossível e escaparia do objeto de estudo desta dissertação a exposição de todos os pormenores que envolvem a sucessão no Direito Romano ao longo de toda a sua história.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 25-26.

¹² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 80.

¹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 18.

Em termos de estrutura política, Roma se dividiu em três grandes períodos: a Realeza; a República; e o Império. Este último, por sua vez, subdivide-se em dois subperíodos, sendo o Alto Império e Baixo Império.

A divisão política, contudo, não corresponde exatamente aos períodos de evolução do Direito Romano. Este, por sua vez, subdivide-se em Direito Arcaico, que perdurou até meados do século II antes de Cristo; Direito Clássico, que permaneceu aproximadamente entre o ano 150 antes de Cristo até o ano 284 depois de Cristo, e o período do Direito Pós-Clássico, este, permanecendo entre os anos 305 depois de Cristo até a morte de Justiniano, havida no ano 565 depois de Cristo¹⁴. John Gilissen delimita de forma clara e resumida as peculiaridades do direito em cada um desses períodos:

Esta periodificação, baseada na forma de governo, não corresponde à periodificação habitual da evolução do direito. Distingue-se em relação a este:

- uma época antiga, até meados do século II a.C., período do «direito romano muito antigo», direito de tipo arcaico, primitivo, direito duma sociedade rural baseada sobre a solidariedade clânica;
- uma época clássica (de cerca de 150 a.C. a 284 d.C.), a do «direito romano clássico», direito duma sociedade evoluída, individualista, direito fixado por juristas numa ciência jurídica coerente e racional;
- a época do *Baixo Império*, direito nascido da tripla crise do século III, política, económica e religiosa, direito dominado pelo absolutismo imperial, pela actividade legislativa dos imperadores, pelo Cristianismo¹⁵.

Em razão de o direito sucessório brasileiro ser de matriz romano-germânica, é relevante o breve estudo da sua evolução desde a Roma antiga, sem, contudo, esgotar o estudo histórico sobre o tema, que é explorado por renomados historiadores do Direito há séculos.

Na sociedade romana primitiva adotava-se a religião doméstica, na qual o culto era indissociável da sucessão. Desse modo, o herdeiro recebia a incumbência de manter sempre aceso o fogo sagrado e de dar continuidade ao culto, realizando os seus rituais em honra dos antepassados, seus deuses à época. A herança, apesar de usualmente representar um bônus, trazia consigo o pesado ônus de manter tais tradições.

Em relação à palavra herança, José Carlos Moreira Alves apresenta interessante distinção entre os seus sentidos objetivo e subjetivo:

¹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 81.

¹⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 81.

Quanto à palavra *herança* (*hereditas*), além de designar o fato simplesmente da sucessão universal *mortis causa*, pode ser empregada em dois sentidos:

- a) no objetivo, designando o patrimônio de uma pessoa que faleceu – *hereditas*, ao menos nos direitos pós-clássico e justinianeus, se usa, nessa acepção, como *universitas iuris* (universalidade de direito); ou
- b) no subjetivo, significando o direito subjetivo de que alguém (*heres* – o herdeiro) é titular com relação a esse patrimônio; *hereditas*, nesse sentido, se utiliza como *ius successiones* (direito de sucessão)¹⁶.

A ideia de herança atual pode criar a falsa ilusão de que, naquela época, o herdeiro recebia tão somente os bônus proporcionados pelo patrimônio que lhe era deixado. Ocorre que, naquele tempo, herdavam-se os bens mas, com eles, o pesado e irrecusável ônus de conservação das práticas religiosas, ônus estes que eram muito dispendiosos. Nas palavras de Carlos Maximiliano:

Do exposto se conclui que o culto obrigatório se não rendia aos deuses supremos do Olimpo, nem aos heróis, e, sim, aos mortos, a divindade tutelares da casa e da família, ao antenato, do sexo masculino, sendo masculino, também o adorador (4). Daí a sucessão por via masculina: o filho varão recolhia os bens paternos e com 25les o dever peremptório de conservar as práticas religiosas domésticas (5). Era obrigatório receber a herança, embora onerada pelo culto, em Atenas e em Roma primitiva; só esta introduziu, com o transcorrer do tempo, a aceitação a benefício de inventário e a recusa (6)¹⁷.

Sobre a indissociabilidade entre o culto e a propriedade na família romana antiga, ensina Fustel de Coulanges:

O direito de propriedade tendo sido estabelecido para a realização de um culto hereditário, não era possível que esse direito fosse extinto após a curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto permanece; o fogo sagrado não deve se apagar, nem o túmulo ser abandonado. A religião doméstica perseverando, o direito de propriedade deve perseverar com ela.

Duas coisas estão estreitamente ligadas tanto nas crenças como nas leis dos antigos: o culto de uma família e a propriedade dessa família. Além disso era uma regra sem exceção, no direito grego assim como no direito romano, que não se pudesse adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade. (...)

Em decorrência desse princípio, vieram todas as regras do direito de sucessão entre os antigos. A primeira é que a religião doméstica sendo, como já vimos, hereditária pela linha masculina, a propriedade também o é. Como o filho é o continuador natural e obrigatório do culto, ele também herda os bens. Dessa forma é encontrada a regra da hereditariedade; ela não é o resultado de uma simples convenção feita entre os homens, mas deriva de suas crenças, de sua religião, do que existe de mais poderoso em suas almas. O que faz que o filho herde não é a vontade pessoal do pai. O pai não tem necessidade de fazer um testamento; o filho herda de pleno direito, *ipso jure heres existit* (...). Ele não tem nem que aceitar nem que recusar a herança. A continuidade da

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 704.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 26-27.

propriedade, assim como a do culto, é para ele uma obrigação tanto quanto um direito. Quer ele deseje ou não, a sucessão é sua incumbência, qualquer que ela seja, mesmo com seus encargos e suas dívidas.¹⁸

Percebe-se que se fala em herdeiro no masculino. No citado estágio de evolução do Direito Romano, a obrigação de ser mantido o culto era transmitida de varão para varão e, como a regra hereditária era diretamente ligada e decorrente da religião, somente o filho homem herdava. Nesse sentido, Carlos Maximiliano:

Pelo mesmo motivo religioso, era parente o que tinha o mesmo culto; na falta de filhos, sucediam netos e colaterais, da linha masculina todos: filho de filho ou de irmão; nunca de filha ou de irmã. Não havendo irmãos nem sobrinhos, chamavam-se os ascendentes homens; se êstes não existiam, descia-se do ascendente até encontrar um sucessor, na linha masculina sempre. Assim, acontecia na Índia, na Grécia e na antiga Roma (5)¹⁹.

Por não ser a filha mulher, portanto, herdeira do culto aos antepassados da família, estava peremptoriamente fora da sucessão de seu falecido pai, ainda que fosse filha única. Para esses casos, a herança era passada ao herdeiro mais próximo, que era obrigado a se casar com a filha sobrevivente. Importante fazer a ressalva de que, caso a filha sobrevivente já fosse casada ao tempo do falecimento do seu pai, esta nada herdava, uma vez que, com o casamento, esta aderira ao culto dos antepassados do seu marido²⁰.

Como bem pontua Fustel de Coulanges, apesar de atualmente essas disposições parecerem absurdas, injustas e completamente desvinculadas da realidade, elas são fruto das crenças da época:

É aqui que as leis antigas, à primeira vista. Parecem bizarras e injustas. Experimenta-se alguma surpresa quando se vê, no direito romano, que a filha não herda do pai, se ela for casada; e no direito grego, que ela não herda em nenhum caso. (...). É que todas essas leis decorrem não da lógica e da razão, não do sentimento de 26quidade, mas das crenças e da religião que reinava sobre as almas.

A regra para o culto é o que se transmite de homem para homem, a regra para a herança é o que acompanha o culto. A mulher não está apta a continuar a religião paterna, já que ela se casa e que, ao se casar, ela renuncia ao culto do pai, para adotar o do esposo: portanto. Ela não possui nenhum direito à herança. Se acontecesse que um pai deixasse seus bens para sua filha, a propriedade seria separada do culto, o que não é admissível. A filha não poderia nem mesmo cumprir com o primeiro dever do herdeiro, que é o de continuar a série de repastos fúnebres, já que é aos ancestrais do seu marido que ela oferece os sacrifícios. A religião lhe proíbe, pois, de herdar do seu pai. (...)

“Após a morte do pai – diz o código de Manu – que os irmãos se partilhem entre eles o patrimônio”; e o legislador acrescenta que ele recomenda aos

¹⁸ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 1ª ed. 3ª tir. Curitiba, 2006, p. 67.

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 28.

²⁰ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 1ª ed. 3ª tir. Curitiba, 2006, p. 67

irmãos dotar suas irmãs, o que acaba de demonstrar que estas não possuem, por elas mesmas, nenhum direito à sucessão paterna²¹.

Com o passar do tempo, os romanos perceberam a necessidade de serem criados mecanismos para que os bens do falecido pudessem ser transmitidos às filhas. Nesse sentido, explica Raphael Furtado Carminate²² que poderia haver uma autorização para que, por exemplo, a filha “se casasse com um irmão, desde que unilateral por parte de pai que, se casado, deveria se divorciar para cumprir o preceituado pelo Direito Costumeiro”.

Sobre as alternativas desenvolvidas em outras culturas para possibilitar a transmissão dos bens do falecido à filha, ensina Carlos Maximiliano:

Em certa época, na Índia, em Atenas e na Europa Ocidental, quem não tinha filho varão, designava uma filha casada para lhe dar sucessor, e o menino era considerado filho do avó, e não do pai, que, em geral, se desgostava, por precisar também do rapaz e pelos mesmos motivos — para o culto e herança. Por isso, muitos evitavam desposar filha de homem sem descendente do sexo masculino²³.

Como todo direito arcaico, o antigo Direito Romano foi essencialmente consuetudinário, tratando basicamente dos costumes de cada clã, de cada família. Na República, surgiram os chamados costumes da cidade, aos quais os costumes das famílias estavam subordinados. Naquele tempo, religião e Direito não eram diferenciados, não havendo, pois, diferença entre o direito sagrado e o direito secular. Esse Direito Romano arcaico é pouco conhecido em razão de as suas normas não terem sido reduzidas a termo²⁴.

Parece ter sido durante o período político da República que a lei surgiu como fonte do Direito Romano em concorrência direta com os costumes²⁵, tendo sido formulada, na época, talvez a mais emblemática e certamente uma das mais importantes leis romanas, a Lei das XII Tábuas. Antes do surgimento dessa emblemática lei, surgiu a figura do testamento, ainda de forma incipiente e básica, em razão da possibilidade de o falecido não possuir filhos. Sobre o tema, explica John Gilissen:

²¹ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 1ª ed. 3ª tir. Curitiba, 2006, p. 68.

²² 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. 14.

²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 27.

²⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 85.

²⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 85.

Parece não ter havido actividade legislativa na época da realeza, nem no começo da República. A escrita era pouco conhecida. As leis reais (*leges regiae*) que a tradição atribui a reis tais como Rômulo e Numa, o «rei legislador», são mais decisões de carácter religioso tomadas pelo rei na qualidade de chefe religioso.

Além do ritual dos sacrifícios, conteriam regras de direito privado e de direito penal, mas de incidência religiosa. Não são leis, mas sobretudo costumes, talvez redigidos somente numa época tardia (século I a.C.) mas atribuídas aos reis lendários.

Sob a República, a lei começa a entrar em concorrência com o costume como fonte de direito. O termo *lex* é empregado num sentido bastante próximo da noção actual de lei²⁶.

Como já pontuado, a importância e a necessidade de perpetuação do culto da família levaram à busca por soluções mais abrangentes. Clóvis Beviláqua aponta que o testamento surgiu dessa necessidade de ser nomeada uma pessoa para dar continuidade àquela família que, em razão da não existência de parentes, via-se ameaçada de extinção²⁷. Nessa hipótese, seria admissível chamar um terceiro de fora para receber a herança.

Não existe um consenso entre os historiadores do Direito Romano quanto ao exato aparecimento do testamento. Luiz Antônio Vieira da Silva, por exemplo, defende que antes da Lei das XII Tábuas não se conhecia outra sucessão entre os romanos senão a *ab intestado*²⁸. Outros, como Luis Cabral de Moncada, apontam, em sentido diametralmente oposto, indícios e traços da existência do testamento antes da entrada em vigor da Lei Decenviral²⁹. Pontes de Miranda³⁰ foi categórico ao afirmar que “em todos os povos a herança testamentária é posterior à legítima”.

A liberdade de testar vem se modificando ao longo do tempo, sendo sempre reativa às alterações no direito de propriedade e às mudanças na família. O estudo, ainda que breve, desses modelos históricos antigos, ajuda a explicar a razão de haver tamanha limitação ao direito de disposição testamentária dos bens no Direito Sucessório brasileiro. Sobre esse ponto, explica John Gilissen:

²⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 85.

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

²⁸ SILVA, Luiz Antônio Vieira da. **História interna do Direito Romano Privado até Justiniano**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1854, p. 265.

²⁹ MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 93.

³⁰ 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.

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 contemporâneo³¹.

Outra importante divergência entre os romanistas é em relação à liberdade testamentária. Parte da doutrina defende que, no princípio, a liberdade de testar era praticamente ilimitada, irrestrita, prevalecendo, para estes, uma elevada valorização do individualismo e da vontade do falecido. Nesse sentido, explica Fritz Schultz:

A lei do Sólon permitia o testamento, somente na ausência de filhos legítimos. Essa restrição não foi adotada pelos legisladores romanos, mas a liberdade do testador estava contida em limites flexíveis. O testamento romano original era o *testamentum colatis comitiis*. Este testamento só poderia ser emitido quando o *pontifex maximus* formulasse a proposta correspondente perante os comitês e, conseqüentemente (sic), quando o *pontifex* não aprovasse o conteúdo do testamento, poderia recusar a formulação da proposta necessária perante as comissões. Mas essas restrições desapareceram muito em breve e a partir do terceiro século a. de J. C., o cidadão romano gozava de liberdade ilimitada para dispor, por testamento, de seu patrimônio. O costume romano impôs ao bom *pater familias* a necessidade de fazer uso dessa liberdade e de não viver apenas um dia depois de ter atingido a idade da puberdade sem fazer um testamento. Os juristas sempre se esforçaram para manter as vontades em vigor (*favor testamenti*). A ideia preponderante era substituir a sucessão intestada, sempre que possível pela sucessão testamentária e isto porque a primeira era inevitavelmente esquemática e rígida, enquanto a última poderia levar em conta as circunstâncias que concorriam em cada caso concreto³².

Em sentido contrário, parte da doutrina explica que, desde as origens, houve sim restrições à liberdade de testar. Segundo esta corrente, essa lógica individualista contradiz o comunitarismo do sistema jurídico romano da época. Havia, como já pontuado

³¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.674.

³² Tradução do Original: “El derecho solónico permitía el testamento, unicamente en defecto de hijos legítimos. Esta restricción no fué adoptada por los legisladores romanos, pero la libertad del testador fué contenida dentro de limites flexibles. El testamento romano original fué el *testamentum colatis comitiis*. Este testamento podia outorgarse solamente, cuando el *pontifex maximus* formulaba la correspondiente propuesta ante los comitia y, por consiguiente, cuando el *pontifex* no aprobaba el contenido del testamento, podia rehusar la formulación de la necesaria propuesta ante los comícios. Pero estas restricciones desaparecieron muy pronto y a parti del siglo terceiro a. de J.C., el ciudadano romano, gozaba de una libertad ilimitada para disponer, por testamento, de supatrimonio. La costumbre romana imponía al buen *pater familias* la necesidad de hacer uso de esta libertad y a no vivir um solo día después de haber alcanzado la edad de la pubertad sin otorgar testamento. Los juristas se esforzaron siempre en mantener em vigor los testamentos (*favor testamenti*). La idea preponderante fué la de substituir la sucesión intestada, siempre que fuera posible por la sucesión testamentaria y ello porque la primera era inevitablemente esquemática y rígida, mientras que ésta ultima podia tener em cuenta las circunstancias que concurrían em cada caso concreto”. (SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Casa Editora, 1960, p. 195)

anteriormente, a necessidade de perpetuação da família para a manutenção do culto doméstico. O testamento surge, então, como alternativa para o *pater* que não tivesse filhos, permitindo, assim, a continuidade do culto aos seus ancestrais e, em última análise, da sua família.

Nesse sentido, explica Luis Cabral de Moncada:

Esta instituição, que à primeira vista poderia fazer crer na existência de uma tendência do mais antigo direito romano para o individualismo, em contradição com a índole comunitária das restantes instituições jurídicas, não deve ser assim interpretada. Com efeito, a estrutura da família e tudo que sabemos da organização econômica e social da antiga Roma exclui inteiramente a hipótese de uma liberdade de testar exercendo-se em prejuízo do grupo dos *sui heredes* e dos agnados. [...] O testamento serviria, com efeito, as mais das vezes ao *paterfamilias*, romano – tudo o faz crer – para provêr à continuação da família e do culto, no caso de não existência de filhos, ou para regular a sucessão entre eles, evitando assim um excessivo desmembramento do património e da família no caso de existirem³³.

Entrando mais especificamente no sistema da Lei das XII Tábuas, este previa três classes distintas de herdeiros, os *heredes sui et necessarii*, os *agnados* e os *gentiles*. Sobre essas classes e os seus respectivos integrantes, bem esclarece Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira:

163. A SUCESSÃO LEGÍTIMA. — A sucessão legítima era devolvida, pelo código decenviral das XII tábuas, a três classes de herdeiros: *heredes sui et necessarii*, *agnados* e *gentiles*.

I – Os *sui heredes* são 30ngênuos que se achavam sob a 30ngênu potestas do de cujus, por ocasião do falecimento deste, inclusive a mulher *in manu*, que se achava *in loco filiae*, e os descendentes que nasceram depois – *posthumi* – uma vez procriados antes da abertura da sucessão.

II – Os agnados — constituem a segunda classe eram chamados na falta dos *sui heredes*. A sucessão em relação aos agnados, era devolvida tendo em atenção a proximidade de parentesco para com o de cujus, sendo os mais remotos excluídos pelos mais próximos, recebendo porções viris. Nesta classe, eram, também, chamados à sucessão mútua os filhos, cujos pais já não existissem, e as mães ou madrastas como agnadas, quando estas estivessem *in manu*, isto é, *in loco filiae* do de cujus, pois eram consideradas *soror consanguinea* dos filhos ou enteados; de sorte que as mulheres *ultra consanguinatis gradum* não eram chamadas à sucessão. A sucessão das mulheres agnadas foi, depois, restringida pela *lex Voconia*, e daí vem o ter a 30ngênuo 30ativo *prudentium* aplicado à sucessão *ab intestato* os fundamentos dessa lei, estabelecendo na praxe que, quando mesmo nos *sui heredes et consanguinei* 30ngênuo compreendias mulheres, por agnados só se deveriam entender os homens.

III — Os *gentiles* são os membros da mesma *gens* e pertenciam à terceira classe dos sucessíveis, chamados na falta dos agnados. As *gentes* eram os agregados de famílias descendentes de origem sempre 30ngênuos e que usavam dos mesmos nomes e dos mesmos sacrifícios – *nominia et sacra gentilitia* — e de

³³ MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 93-94

que faziam partes os respectivos *clientes* e *libertos*, que compreendiam não só os *manutenidos*, como também os filhos emancipados e a mulher casada. Do mesmo modo que os agnados, entre os *gentiles* precediam os mais próximos aos mais remotos³⁴.

Como se vê, neste período os ascendentes não constam do rol dos sucessíveis, o que, considerada a lógica do sistema jurídico da época, não causa qualquer estranheza, já que somente os homens que não possuísem ascendentes varões teriam algum direito à propriedade.

Como bem pontuado por Raphael Carminate³⁵, para além do estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária, “foi a Lei das XII Tábuas que permitiu a disposição por morte, dos bens, sem qualquer intervenção do povo, fazendo com que caíssem em desuso as formas primitivas de testamento”. Referido apontamento é relevante, pois, nas formas primitivas de testamento, estes deveriam ser apresentados ao colégio dos pontífices, que poderiam ou não aprovar o seu texto.

O sistema pretoriano alterou significativamente a forma de suceder até então vivenciada em Roma, chamando à sucessão os *agnados* e os *cognados*. Explica Itabaiana de Oliveira³⁶ em relação à ordem dos sucessíveis, que “Este direito admitiu quatro ordens de sucessíveis: os *liberi*, os *legitimi*, os *cognati* e o cônjuge sobrevivente (*vir et uxor*), que se baseavam na *bonorum possessio*”. Vê-se, portanto, significativa mudança no sistema, pois foram chamados à sucessão o cônjuge sobrevivente e os colaterais.

Sobre o tema, explica John Gilissen que:

Os pretores supriram as insuficiências e o rigor do sistema da lei das XII Tábuas, atribuindo a posse dos bens (*bonorum possessio*) a diversas categorias de pessoas que para além dos *heredes sui* e do agnado: os filhos emancipados, os cognados até ao 6º ou 7º grau, o cônjuge sobrevivente, etc³⁷.

No período do Direito Pretoriano inexistia a possibilidade de coexistência entre a sucessão *ab intestato* e a testamentária. Em verdade, naquele período houve verdadeira

³⁴ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 127-128.

³⁵ 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. 16.

³⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 129.

³⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.675.

preponderância da sucessão testamentária em detrimento da sucessão legal, que lhe era supletiva (*sucessio ab intestado*)³⁸.

Segundo Lafuente³⁹, nesse período fora vivenciada a maior liberdade testamentária vista no Direito Romano, em razão, especialmente, do grande poder que detinha o *pater familias* e do quão retrógrado havia se tornado a legislação romana, que, assim como nos dias atuais, não consegue acompanhar a contento as rápidas evoluções dos sistemas familiares.

Mesmo diante de tamanha liberdade, essa não era irrestrita e absoluta. Os *sui heredes* do sexo masculino, por exemplo, deviam necessariamente ser nomeados como herdeiros ou expressamente deserdados pelo *pater familias*. Foi dessa incipiente e discreta forma de proteção aos herdeiros que surgiu a expressão sucessão legítima formal, considerando-se esse período, ainda, como berço do que hoje conhecemos como herança necessária (ou legítima).

Sobre o tema, bem explica José Carlos Moreira Alves:

No direito clássico, a sucessão *mortis causa*, no âmbito do *ius civile*, apresenta as seguintes características que não mais se verificam no direito moderno:

- a) entre as duas espécies de delação da herança — a testamentária e a *ab intestato* (vide os Capítulos LII e LIII) — observa-se acentuada prevalência da primeira, havendo entre os autores, controvérsia sobre se esse fenômeno existe, ou não, desde as origens de Roma;
- h) em face dessa prevalência, os *sui heredes* (vide nº 323) são tratados, com relação aos outros herdeiros, de modo especial, pois, desde épocas remotas, se houver testamento, os *sui heredes* têm de constar dele ou na posição de herdeiros instituídos ou como deserdados; e, mais tarde, passam a ter direito a uma quota (a *portio debita* ou *legítima*) da herança (vide nº 330);
- c) as duas espécies de delação da herança — a testamentária e a *ab intestato* — são inconciliáveis, o que se traduz no brocardo *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (ninguém pode falecer em parte *testatus*, e, em parte, *intestatus*)⁴⁰.

Tão interessante quanto a regra em si são as consequências delas decorrentes, como bem explica o autor:

- se o testador instituir Tício herdeiro, por exemplo, de dois terços da herança, e nada dispuser sobre a terça parte restante, esta não será recolhida pelos herdeiros legítimos do testador, mas, sim, por Tício (o herdeiro instituído no testamento);
- quando o testador institui herdeiro apenas para uma coisa determinada (ex re certa), este receberá todo o restante da herança;

³⁸ LAFUENTE, Francisco Espinar. **La herencia legal y el testamento**. Barcelona: Bosch, 1956, p. 14.

³⁹ LAFUENTE, Francisco Espinar. **La herencia legal y el testamento**. Barcelona: Bosch, 1956, p. 14.

⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 708.

— havendo co-herdeiros, se um (ou alguns) deles renuncia à sua quota hereditária, a ela não são chamados os herdeiros legítimos do testador, mas ela acresce às quotas dos demais co-herdeiros, ainda que estes não o queiram, ou o testador tenha declarado o contrário;

— o herdeiro não pode aceitar uma parte da herança e renunciar outra; há, pois, impossibilidade de aceitação parcial (pro parte); e

— se alguém é instituído herdeiro sob condição resolutiva ou a termo resolutivo, pelo rigor da lógica deveria perder a qualidade de herdeiro quando ocorresse a condição ou o termo, abrindo-se, então, a sucessão *ab intestato*; isso, no entanto, não é admitido no direito romano, em virtude da regra *33emel heres semper heres* [uma vez herdeiro, sempre herdeiro], por essa razão, e para que o testamento não fique ineficaz, considera-se a disposição que contém a condição resolutiva ou o termo resolutivo como *non scripta* (não escrita); portanto, as consequências do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* são, por vezes, frontalmente colidentes com a vontade do testador⁴¹.

Em razão de vários abusos decorrentes dessa grande liberdade testamentária, surgiram algumas legislações com o objetivo de limitar a liberdade do testador, garantindo, ao mesmo tempo, certa segurança sucessória àqueles que, já naquele tempo, eram obrigatoriamente chamados à sucessão.

A primeira dessas leis com natureza claramente protetiva foi a *Lex Furia testamentaria*, publicada entre o ano 204 e 169 antes de Cristo. Posteriormente, surgiu a *Lex Voconia*, no ano 169 antes de Cristo. Por último, no ano 40 antes de Cristo, surgiu a *Lex Falcidia*. Sobre as principais características de cada uma delas, ensina José Carlos Moreira Alves:

A primeira dessas leis foi a *Lex Furia* (que surge entre 204 e 169 a.C.), pela qual ninguém, com exceção dos parentes cognados até o sexto grau (e até o sétimo, numa única hipótese: a de o pai do cognado e o *de cuius* serem netos de irmãos, ou de irmãs, ou de irmão e irmã), podia receber de outrem legado superior a 1.000 (mil) asses, sob pena de ter de restituir o quádruplo do valor recebido. Mas a *Lei Furia* não acabou com o inconveniente que vinha da Lei das XII Tábuas, porquanto o testador podia continuar a absorver praticamente todo o ativo do seu patrimônio, fazendo vários legados inferiores, cada um, a 1.000 (mil) asses.

Seguiu-se a *Lex Voconia*, de 169 a.C., que determinou que nenhum legatário podia receber mais do que o herdeiro testamentário. Mesmo assim, não se extinguiu, de todo, o aludido inconveniente: o testador podia, ainda, reduzir ao mínimo a quota da herança cabível ao herdeiro, deixando, em favor de várias pessoas, legados de valor diminuto.

Surgiu, finalmente, em 40 a.C., a *Lex Falcidia*, que permaneceu em vigor mesmo 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 não ultrapassasse aquele limite. Para o cálculo da *quarta Falcidia* era levado em consideração o valor

⁴¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 708.

líquido da herança no momento da morte do testador (excluídas, portanto, as dívidas, as despesas de funeral, os escravos manumitidos no testamento) e imputado, nessa quarta parte, tudo aquilo que o herdeiro recebera do testador com a determinação de que integrasse a *quarta Falcidia* (assim, por exemplo, doações que o testador, em vida, lhe fizera)⁴².

Como se observa, a ideia de legítima, da forma como a conhecemos hoje, surgiu ainda no período clássico do Direito Romano, e assim permaneceu até o período de Justiniano, quando sofreu algumas pequenas adaptações. Ocorre que a limitação à liberdade de testar atacava tão somente os aspectos formais e, em determinado momento histórico, essa limitação meramente formal não foi mais suficiente para garantir efetivamente os direitos dos herdeiros necessários.

Esclareça-se, conforme bem pontua Flávia Lages de Castro, que “a princípio, em Roma, somente o sucessor do pater famílias 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”⁴³.

Isso porque, segundo Carlos Eduardo Poletto⁴⁴, começa a surgir a ideia da *officium pietatis*, ou, em outras palavras, a ideia de que há um dever de afeição, tanto moral quanto jurídico, entre o autor da herança e alguns parentes que lhe eram próximos. Em razão da necessidade de imposição de restrições também no aspecto material, surgiu a *querela inofficiosi testamenti*, que nada mais era que uma forma de impugnar a validade do testamento quando os herdeiros previstos na lei não fossem contemplados com pelo menos um quarto dos bens deixados pelo autor da herança.

Chega-se, então, ao período do sistema de Justiniano que, a princípio, encerrou de vez a distinção entre os *agnados* e os *cognados* e, mudando sensivelmente o fundamento sucessório até então vigente, passou a considerar a afeição do defunto como critério e fundamento da sucessão legítima.

Criou-se, então, a distinção entre herdeiros regulares e irregulares, estando nessa primeira classe os descendentes, os ascendentes em conjunto com irmãos bilaterais do *de cujus*, os irmãos unilaterais e os demais colaterais. Na classe dos herdeiros irregulares encontravam-se o cônjuge sobrevivente, os filhos naturais, a concubina, o pai natural, a cúria e, finalmente, o fisco.

⁴² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 809-810.

⁴³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 107.

⁴⁴ POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Itabaiana de Oliveira detalha essa alteração de fundamento do direito das sucessões da época justiniana e explica, um a um, as classes de herdeiros da época:

172. JUSTINIANO. – Justiniano, chamando à sucessão todos os parentes, sem distinção de agnados e cognados, e tendo estabelecido, unicamente, como fundamento da sucessão legítima, ou ab intestato, a afeição presumida do defunto, firmou, com as novelas 118 e 127, a classe dos herdeiros regulares e irregulares.

173. HERDEIROS REGULARES. – Compreendia a classe dos herdeiros regulares quatro ordens de sucessíveis: os descendentes, os ascendentes conjuntamente com os irmãos bilaterais do *de cujus*, os irmãos unilaterais, e os outros colaterais

I — A *primeira ordem* – compreendia todos os descendentes, quer *in 35o* *potestate*, quer não; quer na linha masculina, quer na feminina; o sucediam, então, por cabeça os descendentes do primeiro grau, e por estirpes os outros descendentes.

II — A *segunda ordem* – compreendia os ascendentes, os irmãos e irmãs germanos, os sobrinhos e sobrinhas germanos. Os ascendentes mais próximos, sem atenção a linha paterna ou materna, excluía os mais afastados; notando-se, porém, que, quando os ascendentes de ambas as linhas se achavam no mesmo grau, herdavam conjuntamente.

III — A *terceira ordem* – compreendia os irmãos e irmãs unilaterais, quer consanguíneos quer uterinos, bem como os sobrinhos e sobrinhas, filhos de irmão ou irmã do *de cujus*.

IV — A *quarta ordem* – compreendia todos os demais colaterais, segundo a proximidade de grau de parentesco, indo a sucessão até o infinito – se se tratasse de agnados, e 35o até o 7.º grau – se se tratasse de cognados, segundo o direito pretoriano.

174. HERDEIROS IRREGULARES. – Os herdeiros irregulares eram: o cônjuge sobrevivente, os filhos naturais, a concubina, o pai natural, a cúria e, finalmente, o fisco. No caso, porém, que o cônjuge sobrevivente fosse a mulher e ficasse pobre e se, dotes, poderia então, concorrer com os herdeiros regulares do marido, a fim de que se lhe entregasse uma quarta parte dos bens da herança, que se denominava *quota uxória*⁴⁵.

Sem ignorar as importantes alterações trazidas pelo direito da época, algumas das características mais relevantes foram mantidas, como, por exemplo, a impossibilidade de coexistência da sucessão legítima e testamentária. Importante alteração operada pelas Novelas 118 e 127 foi o encerramento definitivo da existência conjunta de dois sistemas sucessórios absolutamente distintos, o civil e o pretoriano, criando-se, a partir de então, um sistema unificado. Esse novo regime também inovou trazendo, como se viu na transcrição acima, a igualdade sucessória entre homens e mulheres.

Como bem pontua Giordano Bruno Soares Roberto, ainda que não existisse grandes preocupações sistemáticas, foi por ordem de Justiniano que se realizou a

⁴⁵ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 132.

compilação de textos de épocas anteriores, que deram origem a um dos mais conhecidos monumentos legislativos de que se tem notícia, o *Corpus iuris civilis*⁴⁶.

John Gilissen⁴⁷ cita que, “por falta de textos, a história do direito germânico é muito mal conhecida”. Ao final da antiguidade, por volta do século IV depois de Cristo, dividia-se o império Romano em dois: o Império do Ocidente, sediado em Roma; e o Império do Oriente, baseado em Constantinopla, hoje Istambul.

O declínio e ulterior queda do Império Romano, especialmente no Ocidente, decorreu não apenas da sua enorme extensão territorial, mas também e especialmente em razão das grandes pressões que vinha sofrendo, desde o século III, dos povos germânicos. Sobre esse relevante momento histórico, explica Giordano Bruno Soares⁴⁸:

A pressão dos povos germânicos já se fazia sentir desde o século III. No século V, dá-se a invasão do Império do Ocidente e o estabelecimento de uma série de reinos germânicos. O ano de 746 é apontado como o da queda de Roma e o fim do Império Ocidental.

O Império Romano do Oriente resistiu por muito tempo à pressão dos povos germânicos, chegando ao fim somente em 1453, com a queda de Constantinopla.

É interessante notar que uma das mais conhecidas divisões da história mundial toma esses eventos como referência. A queda de Roma, em 476, marca o fim da Antiguidade e o início da Idade Média. A queda de Constantinopla, em 1453, marca o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna.

A extensão territorial e conquista de povos com os mais diversos costumes e práticas tornavam cada vez mais insustentável a manutenção da unidade de todo o império. Para José Reinaldo de Lima Lopes⁴⁹ esse período de invasões:

Foi um período de crise social, econômica, 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.

Importante pontuar que no direito germânico da época não havia uma unidade. Os povos bárbaros que ocuparam a Europa eram muitos. No período, o Direito Germânico

⁴⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 8.

⁴⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.677.

⁴⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 9-10.

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

era basicamente consuetudinário e transmitido oralmente de pai para filho. O seu estágio de evolução cultural e jurídica eram muito atrasados em relação ao desenvolvido pelo Império Romano, sendo que cada tribo invasora manteve vigente o seu próprio Direito. Após as invasões, contudo, houve uma combinação entre o Direito Romano vigente e os costumes de cada povo invasor, o que acabou levando à inevitável evolução desses sistemas. A esse fenômeno, que será melhor explicado adiante, deu-se o nome de “pessoalidade das leis”.

José Reinaldo de Lima Lopes explica a dificuldade decorrente desse primeiro encontro de culturas em estágios tão distantes de evolução jurídica e legislativa:

Surge então um primeiro problema a ser superado: quem deverá viver segundo que lei? Não ocorre de pronto uma fusão de romanos e bárbaros. Vivem lado a lado, sem se misturar. Esta separação é reforçada por proibições de casamentos inter-raciais: estas proibições derivavam também de diferenças de caráter religioso. Ou os bárbaros ainda não se haviam convertido ao cristianismo, ou quando se convertiam nem sempre aceitavam o catolicismo romano⁵⁰.

Relevante diferenciação de períodos se faz necessária: o direito germânico anterior à invasão do Império Romano, e o posterior à invasão. Tem-se pouquíssimos registros e informações sobre a primeira fase, como já pontuado.

Desde cedo, começaram os Germanos a adoptar alguns institutos e conceitos jurídicos de origem romana, desconhecidos do respectivo sistema ou mais perfeitos – designadamente, no âmbito privatístico, por exemplo, sobre a propriedade imobiliária e os contratos; em contrapartida, o direito romano vulgar ia também assimilando um ou outro princípio germânico. Operou-se como que um segundo processo de “vulgarização”, caracterizado por soluções empíricas. Sublinhemos que se assistiu, muitas vezes, a uma evolução concorrente de ambos os sistemas jurídicos⁵¹.

Ensina José Reinaldo Lima Lopes que:

Com o advento dos reinos bárbaros, crê-se que houve uma progressiva “pessoalidade das leis”. Isto significa que a lei se aplicava conforme a etnia. Assim, no mesmo espaço do reino dos francos sobrevivem comunidades de galo-romanos. A eles se aplica o direito romano, seu direito. Aos francos se aplicava o direito franco, seus costumes, sua tradição. A Igreja, dada sua pretensão de universalidade (ecúmene, ou comunidade universal cristã) tenderá a alinhar-se ao princípio da territorialidade, unificando o direito de todos os que aderem a um rei bárbaro que se converte ao catolicismo. Embora

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 52.

⁵¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 108.

se discuta sobre o alcance da pessoalidade das leis bárbaras, tudo leva a crer que realmente esta fosse a sua forma de vigência⁵².

A primeira conclusão possível é a de que o Direito Romano não deixou de ser aplicado após as invasões bárbaras, e continuou influenciando a Europa Ocidental. Flávia Lages de Castro explica que 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”⁵³.

Em um período de desenvolvimento bastante arcaico do direito germânico, não existia sequer indício da sucessão testamentária. Esta era regida, como bem assinala John Gilissen, basicamente pelos costumes. Nesse estágio, assim como ocorria com a maior parte dos povos antigos, os mortos eram enterrados ou mesmo queimados com seus próprios pertences. A questão da sucessão, então, não está presente como no Direito Romano⁵⁴.

Entretanto, em certa época, indeterminável, segundo Gilissen, os povos se deram conta das grandes perdas decorrentes desses costumes primitivos, que remonta à época paleolítica:

Foi assim que, 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 um terço 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 cremação⁵⁵.

Por ser precipuamente consuetudinário, em razão da existência de várias tribos invasoras, não é possível se falar em unidade de costumes e práticas. Em alguns casos eles eram sim semelhantes, mas raramente eram idênticos. Não havia, como no Direito escrito Romano, uma padronização. De toda forma, várias foram as tentativas de se estabelecer quais eram, de fato, os direitos dos herdeiros.

Para John Gilissen, algumas regras podem ser estabelecidas a partir de alguns documentos tardios:

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

⁵³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 135.

⁵⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.677.

⁵⁵ *Idem, ibidem*.

Foram elaboradas numerosas hipóteses para tentar estabelecer, a partir alguns documentos tardios, quais eram os direitos dos herdeiros. Continua a ser difícil defini-los, sendo aparentes, todavia, certas regras: parece que o regime de devolução sucessória no direito germânico deriva de um sistema de parentelas. A primeira parentela é constituída pelo defunto e pelos seus descendentes; a segunda é formada pelos seu pai e mãe e seus descendentes diferentes dos da primeira parentela; a terceira é integrada pelos avós paternos e maternos do morto e pelos seus descendentes, excluídos os das duas parentelas precedentes; e assim por diante. A devolução sucessória opera-se por parentelas, chamadas sucessivamente na falta das anteriores⁵⁶.

Nota-se uma interessante característica nesse sistema sucessório, que o difere do sistema Romano antigo: a sucessão faz-se nas linhas materna e paterna. O direito de primogenitura também não é conhecido pelo sistema jurídico germânico, excetuando-se um único povo, os Tencteros⁵⁷. Da mesma forma, segundo Gilissen, o direito do filho mais novo também não estava presente entre os povos germânicos.

Em relação ao privilégio da masculinidade, ensina Gilissen:

Apenas parece ter existido o privilégio de masculinidade: as filhas teriam sido excluídas da sucessão, salvo para certos bens especificamente femininos, tal como as vestes e os ornamentos da mãe. Tácito nada diz a este respeito, mas encontram-se vestígios de privilégio de masculinidade na maior parte dos direitos dos povos arcaicos de regime patriarcal (China, Egípto, Rússia, Arábia); ele aparece ainda em algumas (*Lex salica*, *Ewa ad amorem*, *Lex thuringorum*)⁵⁸.

Segundo Pollyanna Zanetti, a ideia de um direito de herança em sentido próprio somente surge entre os povos germânicos mais tarde:

O direito de herança em sentido próprio aparece entre esses povos apenas mais tarde, quando se passou a considerar que o chefe era o titular individual dos bens antes pertencentes à família. Nesse aspecto, o direito de copropriedade dos herdeiros é substituído por uma expectativa de receber (*Wartrecht*), com a morte do *de cuius*, a parte que lhes cabia. Eram detentores do *Wartrecht* os parentes consanguíneos mais próximos do falecido: descendentes, ascendentes e irmãos.

Segundo a tradição germânica, só existiam os herdeiros legítimos, ou seja, os parentes de sangue do falecido, uma vez que, sendo o testamento figura completamente estranha entre aqueles povos, não era possível a instituição de herdeiro como ocorria no Direito Romano. A aquisição da herança se dava *ipso iure*, ou seja, no exato momento da morte do *de cuius*⁵⁹.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 678.

⁵⁸ *Idem, ibidem*.

⁵⁹ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 40.

Observa-se, portanto, que nesse período não era conhecida entre os povos germânicos a figura do testamento. Quando não havia os herdeiros citados acima, os bens do *de cujus* eram divididos entre outros parentes que, por não terem o *Wartrecht*, somente herdavam de forma subsidiária.

Em razão da já explicada pessoalidade das leis, foi possível a coexistência, de forma relativamente harmônica, do Direito Romano e do Direito de cada povo invasor. Esse fator, inclusive, foi importantíssimo para que esses povos conseguissem se manter no poder.

O testamento somente surgiu entre os povos germânicos em período mais adiantado da Idade Média, mais precisamente no final do século XI e no século XII. Segundo John Gilissen, várias foram as causas para o ressurgimento do testamento:

O testamento tinha desaparecido praticamente do Ocidente nas épocas carolíngia e feudal. Em contrapartida, as doações eram numerosas; mas enquanto que o testamento é, por essência, revogável, as doações eram irrevogáveis (...).

O testamento reapareceu nos finais do séc. XI e sobretudo, no século XII; a partir do século XIII encontram-se muitos testamentos nas cidades e, mais tarde, no campo.

As causas do renascimento do testamento são múltiplas: desenvolvimento de uma sociedade mais individualista, rompendo com os quadros rígidos da solidariedade familiar do feudalismo; desenvolvimento de uma riqueza mobiliária entre mercadores das cidades nascentes; influência das cruzadas; influência do direito canônico⁶⁰.

Feito o breve apanhado histórico do Direito Romano e do Direito Romano, passa-se, adiante, à análise histórica do Direito português.

2.2. Direito Português

2.2.1. Código Visigótico

Segundo aponta Raphael Carminate, Portugal foi criado do desmembramento do Reino de Leão e, em razão disso, nos primórdios de sua independência, algumas das

⁶⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.691.

normas desse antigo reino vigiram no território português⁶¹. O país surgiu de fato, como nação, no ano de 1.140 depois de Cristo.

Por volta do ano 654 depois de Cristo foi promulgado o Código Visigótico (Wisigothico). Na Península Ibérica, esse código foi a lei geral e a base do Direito Civil. Nas palavras de Luiz Carlos de Azevedo⁶², referido código foi “*a mais importante compilação de leis dos visigodos, que reúne tanto os antigos costumes germânicos quanto as disposições oriundas do Direito Romano e Canônico*”. Segundo Mario Júlio de Almeida Costa⁶³, o Código Visigótico permaneceu vigente em Portugal durante todo o século XII.

Nesse período de aplicação do “direito Visigótico”, dois sistemas sucessórios vigoraram simultaneamente, sendo um de inspiração romana, aplicável às populações hispano-romanas, e outro de matriz germânica, aplicável aos Godos. Sobre o tema, explica John Gilissen:

No período visigótico confrontaram-se dois sistemas sucessórios, um de inspiração romana (pré-justinianeia), aplicável às populações hispano-romanas, outro de raiz germânica, aplicável aos Godos. O primeiro, era de recorte individualista, com larga margem para a sucessão testamentária e com a legítima reduzida a $\frac{1}{4}$ (*Cod. Theodosianus*, V, I, 4, 3). O segundo compartilhava das características do direito germânico, subvalorizando o testamento e reduzindo muito a quota disponível (quase nada, antes dos meados do séc. VII, v. doc. 4, p. 6; um quinto, no Código de Recesvindo, IV, 5, 1, que institui também a possibilidade de melhoras os descendentes no montante de $\frac{1}{10}$ da legítima, que mais tarde Ervígio eleva para $\frac{1}{3}$; v. doc. 5, p. 698). Na sucessão legítima, o direito visigótico adoptava o sistema das classes (ou parentelas): descendentes, ascendentes, colaterais (até o 7.º grau), cônjuge (IV, 2, 11) e finalmente, o fisco. Vigorava a igualdade sucessória dos sexos (v. texto 6.4, p. 699), o direito de representação (IV, 28, 8) e o direito de troncalidade (*regra materna maternis...*) na sucessão a favor dos avós do *de cujus*, mas apenas sobre os bens próprios (*res que ab avis vel parentibus habuit* – IV, 2, 6)⁶⁴.

A ordem de vocação hereditária que foi nele estabelecida permaneceu praticamente inalterada mesmo após a promulgação das Ordenações Manuelinas e

⁶¹ 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. 21.

⁶² AZEVEDO, Luiz Carlos de. O Direito Visigótico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 3-16, 2001, p. 7.

⁶³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 183.

⁶⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

Filipinas, vigendo inclusive no Brasil, até a promulgação da Lei n.º 1.839 de 1.907⁶⁵. O citado código estabeleceu a seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes, até o infinito; ascendentes até o infinito; colaterais até o décimo grau por direito civil; cônjuge sobrevivente; e o fisco.

O Código Visigótico trouxe em seu texto apenas quatro espécies de testamento. Segundo Clóvis Bevilacqua⁶⁶, estes poderiam ser: “*a) o subscripto pelo proprio testador e pelas testemunhas; b) o que é somente authenticado pelo signal do testador e subscripto pelas testemunhas; c) o que é escripto e assignado por outrem, a rogo do testador; d) e o nuncipativo, feito instante periculo*”.

2.2.2. Ordenações Afonsinas

De acordo com Walter Vieira do Nascimento, os portugueses pouco produziram enquanto nação independente até o ano de 1.210 depois de Cristo. Nesse ano, publicou-se as Leis Gerais que seriam aplicáveis em todo o território português⁶⁷. Apenas durante o reinado de Afonso V, nos anos de 1.446 e 1.447 depois de Cristo, foi aprovada a primeira compilação legislativa efetivamente portuguesa, nascendo, assim, as Ordenações Afonsinas.

Nas palavras de Mário Júlio de Almeida Costa⁶⁸, as Ordenações Afonsinas “constituem a síntese do trajecto que desde a fundação da nacionalidade, ou, mais aceleradamente, a partir de Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular”.

Como pontuado acima, somente se pode falar em uma legislação eminentemente portuguesa a partir das Ordenações Afonsinas, daí a sua importância histórica. As ordenações foram divididas em cinco livros, estando a disciplina do Direito das Sucessões inserta no quarto livro, destinado também ao Direito Civil geral e ao Direito Comercial. O livro I, contemplou o Direito Administrativo e a Organização Judiciária; no livro II, o

⁶⁵ 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. 21.

⁶⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 182.

⁶⁷ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 12ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 224.

⁶⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 278.

Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; no livro III, contemplou-se o Processo Civil; e no livro V, o Direito e o Processo Penal.

Em matéria sucessória, as Ordenações Afonsinas mantiveram a ordem de vocação hereditária nos exatos termos daquela já prevista no Código Visigótico, chamando à sucessão os descendentes, até o infinito, os ascendentes, até o infinito, os colaterais até o décimo grau, o cônjuge sobrevivente e, por último, o fisco.

Explica John Gilissen que:

Apenas merece destaque o facto de que as Ord., 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 (...). 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)⁶⁹.

Vale mencionar, em relação às citadas ordenações, que no Título 97 do Livro IV existe a previsão da *terça*, que é a única parte da herança da qual o pai ou a mãe poderiam dispor livremente, resguardando-se os outros dois terços aos filhos. No mesmo título estão presentes, ainda, os quatro tipos de testamentos que seriam, no futuro, mantidas pelas ordenações seguintes, sendo: o testamento aberto (público); o cerrado; o particular (ológrafo); e o nuncupativo.

A importância das Ordenações Afonsinas para o Direito Português é incontestável e sempre reforçada pelos estudiosos de época, como Mário Júlio de Almeida Costa⁷⁰, para quem “as Ordenações ulteriores, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina”.

2.2.3. Ordenações Manuelinas, Filipinas e Código Civil de 1867

Em 1514 depois de Cristo, após poucos anos de vigência, houve a substituição das Ordenações Afonsinas pelas Ordenações Manuelinas, que não trouxeram, para o Direito das Sucessões, nenhuma modificação significativa. As Ordenações Manuelinas, com algumas diferenças de conteúdo, mantiveram a estrutura de divisão em cinco livros. As

⁶⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 695.

⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 279.

Ordenações Manuelinas tiveram sua vigência concomitante com outras várias leis extravagantes que foram sendo publicadas ao longo dos anos, o que acabou por tornar o sistema jurídico da época complexo e não uniforme. A premente necessidade de uniformidade acabou ensejando a elaboração, em determinado momento, da Coleção das Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão⁷¹.

Assim como as Ordenações Manuelinas nada trouxeram de relevante para o Direito das Sucessões, as Ordenações Filipinas também pouco inovaram, tendo sido mantida, por exemplo, a mesma ordem de vocação hereditária que remonta, ainda, ao Código Visigótico. Embora tenha sido aprovada ainda no ano de 1583 depois de Cristo, as Ordenações Filipinas somente iniciaram sua vigência em 1603, já durante o reinado de Filipe II de Portugal.

Como bem aponta Raphael Carminate⁷², é interessante “observar que, apesar de fortemente influenciadas pelo direito romano, as Ordenações não seguiram a ordem de vocação hereditária estabelecida por Justiniano, tendo sido adotada a ordem estabelecida no código visigótico”.

As Ordenações Filipinas foram o diploma legal com vigência mais longa na história de Portugal, tendo vigido naquele país até o ano de 1867, quando houve a publicação do Código Civil Português. Não obstante tenha havido, em 07 de setembro de 1822, a independência do Brasil em relação aos seus colonizadores, assim como o encerramento da vigência das Ordenações Filipinas em Portugal em 1867, por aqui as ordenações permaneceram vigentes até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, havida tão somente em 1º de janeiro do ano seguinte, 1917. Sobre essa interessante passagem da nossa história, explica Giordano Bruno Soares:

A vigência provisória da legislação portuguesa, determinada pela lei de 1823, em se tratando de direito civil, estendeu-se por longo período. Não deixa de ser curioso, inclusive, o fato de as Ordenações Filipinas, de 1603, terem permanecido em vigor por muito mais tempo no Brasil que em Portugal. Lá, foram substituídas por um código civil em 1867, aqui, somente em 1916. Tiveram, portanto, mais de três séculos de vigência no território brasileiro⁷³.

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 285.

⁷² 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. 23.

⁷³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 50.

De mais relevante em matéria sucessória, segundo aponta a doutrina especializada, foram as inovações operadas nos séculos XVIII e XIX em Portugal. Em 1.769 houve a publicação da lei 9.9.1769 que, diferentemente do que vinha ocorrendo nos últimos séculos na região, era expressamente contrária à prevalência da sucessão testamentária. Essa lei trouxe uma ferrenha defesa à solidariedade natural entre os familiares, trazendo consigo algumas características muito próprias do Direito Romano mais antigo. Como bem explica John Gilissen, a lei determinou, por exemplo que “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”⁷⁴.

Após o conturbado período de vigência da citada lei, esta foi suspensa, tendo as Ordenações Filipinas retomado a sua vigência até a edição do Código Civil de 1867. Referido código trouxe em seu bojo, no art. 1969.º, a seguinte ordem de vocação hereditária: “1.º Aos descendentes; 2.º Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236.º; 3.º Aos irmãos e seus descendentes; 4.º Ao cônjuge sobrevivente; 5.º Aos transversaes não compreendidos no n.º 3.º, até o decimo grau; 6.º À fazenda nacional”⁷⁵.

Interessante inovação trazida pelo citado código foi a alteração do rol de herdeiros legítimos⁷⁶. O art. 1784º limitou a qualidade dos herdeiros legítimos apenas aos descendentes e ascendentes, tendo, inclusive, fixado a porção dos bens que não estavam disponíveis à livre vontade do testador, que variava conforme existissem ou não de outros ascendentes:

Artigo 1784.º - Legítima é a porção de bens, de que o testador não póde dispor, por ser aplicada pela lei aos herdeiros em linha reeta ascendente ou descendente.

§ único. Esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a disposição do artigo 1787.º

(...)

Artigo 1787.º - Se o testador tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae, ou mãe, consistirá a legítima deles em metade dos bens da herança⁷⁷.

⁷⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

⁷⁵ PORTUGAL. **Código Civil Português de 1867**. Lisboa: Imprensa da Universidade, 1868. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2023.

⁷⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

⁷⁷ PORTUGAL. **Código Civil Português de 1867**. Lisboa: Imprensa da Universidade, 1868. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2023.

Importante pontuar que, nos termos do art. 1786.º do citado código, “se o testador, ao tempo da sua morte, não tiver filhos, mas tiver pae, ou mãe vivos, consistirá a legítima dos paes nos dous terços da herança”⁷⁸.

Na sequência das alterações legislativas promovidas naquele tempo, o Decreto 31.10.1910 inseriu o cônjuge sobrevivente em posição prioritária na ordem de vocação hereditária em relação aos irmãos do autor da herança, tendo ainda alterado a parte disponível da herança para metade ou dois terços. Referida alteração durou apenas 20 anos, em razão da ulterior retomada do sistema original do Código Civil de 1867⁷⁹.

2.3. Direito Sucessório no Brasil

Como brevemente pontuado neste capítulo, a independência do Brasil em 1822 não permitiu que, de plano, fosse elaborado um novo Código Civil puramente nacional. Em verdade, isso somente ocorreria quase um século mais tarde, tendo as Ordenações Filipinas - também vigentes em Portugal na época da independência do Brasil – por força da lei de 20 de outubro de 1823, vigido no Brasil durante todo o século XIX, até a organização e publicação de um novo código⁸⁰. Nas palavras de Giordano Bruno Soares:

Tornando ainda mais evidente o desejo de ter códigos nacionais, a Constituição do Império, de 1824, continua a seguinte declaração: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. (art. 179, XVIII).

Várias leis, alvarás e resoluções foram sendo promulgadas ao longo dos anos, na ineficaz e trabalhosa tentativa de se adequar as ordenações à realidade brasileira. Francisco Ignácio Carvalho Moreira, então presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, sabidamente preocupado com a legislação brasileira que, segundo ele, era esparsa, antinômica, desordenada e numerosa, apresentou em 1845 um documento intitulado *Da Revisão geral e Codificação das leis civis e do processo no Brasil*, defendendo, com ele, a imediata codificação⁸¹.

⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁷⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 696.

⁸⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 51.

Não obstante houvesse outras tentativas menos representativas de aprimorar a legislação civil brasileira, optou-se pela realização da consolidação do direito então vigente, tarefa esta que, dada a sua notável e inquestionável importância, foi incumbida a Augusto Teixeira de Freitas em 1855, tendo sido concluída pelo jurista em 1857, por meio da publicação da Consolidação das Leis Civis. Para o autor de tão trabalhosa obra:

É a última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil emprehendêra o Governo Imperial. Examinadas as Leis de nossa extensa collecção, distribuídas em duas divisões naturaes, explorou-se particularmente a classe das – *Leis Civis* –, e delas se apresenta um extracto fiel. É um trabalho de simplificação, que, destinado à grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória⁸².

A matéria afeta ao Direito das Sucessões se inicia no artigo 959 pela sucessão legítima, que se finda no art. 992. Está no Título III da Consolidação das Leis Civis, que se inicia no Capítulo I, *Da Herança*, tendo sido denominada por Teixeira de Freitas como “*Da sucessão á intestado*”. Na citada consolidação, a herança era deferida, em primeiro lugar, aos descendentes; na sua falta, aos ascendentes; na falta de ambos, aos colaterais até o décimo grau por Direito Civil; não havendo parentes sucessíveis, ao cônjuge sobrevivente; e, por fim, ao Estado.

A sucessão testamentária, por sua vez, encontra-se a partir do artigo 993, no Capítulo II, e termina no art. 1.267. Inovação trazida em relação às Ordenações Filipinas é o tratamento da capacidade e da incapacidade testamentária passiva, prevista entre os artigos 999 e 1007 da Consolidação. Destaque-se, por fim, que a Consolidação das Leis Civis não fez qualquer alteração em matéria sucessória, eis que, como apontado no início do tópico, tratou-se de uma compilação, organizada e sistematizada, das leis até então vigentes no Império⁸³.

Os esforços para uma nova codificação não pararam na consolidação de Teixeira de Freitas. A ela seguiram-se outras tentativas, algumas com mais força, outras com menos. Giordano Bruno Soares cita, exemplificativamente, que Nabuco de Araújo foi,

⁸² FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Vol. 1. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XXIX.

⁸³ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 46.

em 1872, encarregado de elaborar um projeto de Código Civil. Sua empreitada foi interrompida, contudo, em razão do seu falecimento⁸⁴.

É a partir de 1907 que se pode falar, verdadeiramente, em um tratamento brasileiro à matéria sucessória. Em 31 de dezembro daquele ano, foi promulgado o Decreto nº 1.839, também conhecido como *Lei Feliciano Pena*. O decreto em questão alterou sensivelmente o sistema sucessório, tendo como principal mudança uma importante alteração na ordem de vocação hereditária: a inversão entre o cônjuge sobrevivente e os colaterais na ordem dos sucessíveis *ab intestado*. Pontue-se, também, que o artigo segundo do Decreto nº 1.839 manteve apenas os descendentes e os ascendentes na condição de herdeiros necessários.

Nas palavras de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira:

177. A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. – Assim, a ordem de vocação hereditária que, como direito pátrio, vigorou até 31 de dezembro de 1907, quando foi promulgada a Lei n.º 1.839, era a seguinte:

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

178. MODIFICAÇÕES SOFRIDAS. – Com a promulgação, porém, a Lei n.º 1.839, de 31 de dezembro de 1907, sofreu o direito nacional grandes modificações, ficando a ordem de vocação hereditária constituída da seguinte maneira:

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

179. NOVA ORDEM DE SUCESSÍVEIS. – A Lei de 1907, estabelecendo nova ordem de sucessíveis no direito pátrio, modificou o sistema do Código Filipino, já passando o cônjuge sobrevivente para a terceira classe, então ocupada pelos colaterais, que passaram a fazer parte da quarta classe, já reduzindo a sucessão destes ao 6.º grau, quando anteriormente ia até o 10.º, além de firmar a sucessão do fisco, deferindo-a à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, conforme o domicílio do *de cujus* pertencer às respectivas circunscrições ou a território não incorporado a qualquer delas⁸⁵.

Essa importante alteração na ordem dos sucessíveis, trazida pelo decreto de 1907, merece ser mais profundamente detalhada, para que se dê os créditos a quem aparentemente a desenvolveu. Foi nos *Apontamentos* desenvolvidos por Joaquim Felício

⁸⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55.

⁸⁵ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 135.

dos Santos, em 1881, que se apresentou pela primeira vez a ordem de vocação hereditária com o cônjuge sobrevivente em posição anterior aos colaterais.

Por ser a ordem de vocação hereditária a suposta vontade presumida do *de cujus* que não deixa testamento, Joaquim Felício dos Santos propôs que os herdeiros fossem chamados à sucessão na seguinte ordem: descendentes; ascendentes; cônjuge sobrevivente; colaterais; e, por fim, o Estado.

Como se vê, aparentemente advém dos *Apontamentos* de Joaquim Felício dos Santos a inspiração para a alteração posterior, efetivamente realizada por meio do Decreto 1.839 de 1907. Outra alteração relevante trazida pela Lei Feliciano Pena, conforme apontado Itabaiana de Oliveira, foi a limitação da sucessão aos colaterais de sexto grau de consanguinidade, em detrimento do décimo grau até então vigente.

Itabaiana de Oliveira aponta, ainda, outras alterações importantes introduzidas no direito brasileiro pela Lei Feliciano Pena:

180. MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 1.839, DE 1907. – O Cód. Civil, promulgado pela Lei n. 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e novamente publicado com as correções ordenadas pela Lei n.º 3.725, de 15 de janeiro de 1919, manteve, não só a ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei n.º 1.839, de 1907, como também outras modificações introduzidas por esta última lei, a respeito da legítima dos herdeiros necessários, tais como: a) o aumento da quota disponível, que passou a ser metade dos bens, quando, antes, era a terça parte; b) a conversão da legítima em outras espécies diferentes das deixadas pelo *de cujus*; c) a incomunicabilidade da legítima e sua livre administração por parte da filha herdeira, embora casada; d) a inalienabilidade temporária ou vitalícia da legítima de qualquer herdeiro necessário⁸⁶.

Para melhor ilustrar e sedimentar o que até aqui fora apresentado, transcreve-se abaixo os dispositivos da Lei Feliciano Pena:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue 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 á 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 do 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

⁸⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 136.

constituírem 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 legitimos, desembaraçados de qualquer onus ⁸⁷.

Eis que, em 1916, surge o primeiro Código Civil brasileiro. Não sem polêmicas e críticas dos mais variados tipos, o então presidente Campos Sales escolheu, em 1898, o jovem jurista Clóvis Beviláqua, então professor da Faculdade do Recife, para elaborar o projeto do novo código civil, o primeiro desde a independência do país.

Como bem aponta Giordano Bruno Soares, a indicação foi alvo de inúmeras críticas por parte dos juristas brasileiros, sendo a mais contundente aquela elaborada por Ruy Barbosa. Beviláqua iniciou seus trabalhos em abril de 1899, e concluiu a elaboração da primeira versão do texto em outubro daquele mesmo ano. Após a nomeação de uma comissão para revisão do texto do projeto e de 51 reuniões realizadas, o texto sofreu várias modificações, tendo os trabalhos da comissão perdurado até o mês de agosto de 1900⁸⁸.

Após vários debates e novas modificações na Câmara, o projeto foi aprovado naquela casa em 1902, tendo sido remetido, na sequência, ao Senado, onde encontrou a oposição de Ruy Barbosa, que se limitou, basicamente, a realizar severas críticas à linguagem utilizada por Beviláqua no texto do projeto⁸⁹.

O projeto do código somente foi aprovado após alguns anos, nascendo, assim, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e com *vacatio legis* de um ano, vigendo, portanto, apenas a partir de 1º de janeiro de 1917.

O Código Civil de 1916 tratou do Direito das Sucessões entre os artigos 1.572 e 1.807. A ordem de vocação hereditária apresentada, anteriormente, pela Lei Feliciano Pena, fora integralmente mantida na sua redação (art. 1.603), tendo se conservado, ainda, apenas os descendentes e ascendentes na qualidade de herdeiros necessários (art. 1.721), mantendo-se a quota legítima nos mesmos cinquenta por cento previstos na legislação anterior.

O Código Civil de 1916 contém duas partes principais: a Parte Geral e a Parte Especial. A Parte Especial, por sua vez, foi subdividida em livros: Família, Coisas,

⁸⁷ BRASIL, **Decreto n. 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 11 de julho de 2023.

⁸⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 56-57.

⁸⁹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 58.

Obrigações e Sucessões. O Livro IV, destinado ao Direito das Sucessões, subdividiu-se em quatro títulos: Sucessão em Geral, Sucessão Legítima, Sucessão Testamentária, Inventário e Partilha.

Apesar de o código ter mantido a sucessão dos colaterais até o sexto grau, conforme alteração realizada pela Lei Feliciano pena, em 15 de julho de 1946 o Decreto-Lei nº 9.461 reduziu a sucessão dessa classe para o quarto grau, opção mantida pelo Código Civil de 2002:

Art. 1º O art. 1.612 do Código Civil passa a vigorar com a seguinte redação:
 “Art. 1.612 Se não houver cônjuge sobrevivente, ou êle incorrer na incapacidade do artigo 1.611 serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”⁹⁰.

Os direitos sucessórios do cônjuge sofreram, após a promulgação do Código de 1916, sensíveis e importantes alterações. Em 1949, o art. 3º da Lei nº 883⁹¹ concedeu o direito à metade da herança ao cônjuge casado sob o regime da separação de bens, caso concorresse com filho ilegítimo do falecido, na forma da lei.

A Lei nº 4.121 de 1962, também conhecida como Estatuto da Mulher Casada, promoveu importantes alterações nos direitos sucessórios da mulher. Foram acrescentados os parágrafos 1º e 2º ao art. 1.611 do Código Civil, prevendo, respectivamente, o usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido, que variava conforme houvesse ou não filho do falecido ou do casal (§1º), e o direito real de habitação, conforme fossem casados, ou não, pelo regime da comunhão universal de bens (§2º):

Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

“Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 9.461**, de 15 de julho de 1946. Dá nova redação ao art. 1.612, do Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De19461.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023).

⁹¹ Art. 3º. Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei. (BRASIL. **Lei n.º 883** de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10883.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023).

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”⁹².

A Lei do Divórcio também trouxe significativas alterações para os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. O artigo 50 da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alterou novamente a redação do art. 1.611 do Código Civil, tendo reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente nos casos em que, quando da morte do *de cujus*, a sociedade conjugal não estivesse dissolvida. Pontue-se que a mera separação de fato não teve o condão de afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão.

Art. 50 – São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes:

9) “Art. 1.611 – A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”⁹³.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou de maneira decisiva o direito sucessório. Pela primeira, o direito de herança alcançou patamar constitucional, conforme redação do art. 5º, inciso XXX:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXX – é garantido o direito de herança⁹⁴;

A constituição também inovou ao proibir discriminações entre os filhos, garantindo a todos eles os mesmos direitos e qualificações, independentemente da origem, tendo revogado o §2º do art. 1.605 do Código Civil de 1916, que previa expressamente que “ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”⁹⁵. Trouxe,

⁹² BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

também, importante alteração ao reconhecer, de forma expressa, a união estável como entidade familiar, nos exatos termos do seu §3º do art. 226⁹⁶.

Em razão da inexistência de uma legislação destinada à regulamentação desse novo arranjo de família reconhecido pela constituição, foi promulgada em 1994 a necessária alteração legislativa, que disciplinou o direito dos companheiros à sucessão e aos alimentos. Trata-se da Lei nº 8.971. Em síntese, a nova lei concedeu ao companheiro o usufruto viual dos bens deixados pelo autor da herança, tendo sido concedida, também, toda a herança no caso de ausência de descendentes ou de ascendentes pelo falecido.

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

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

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

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

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

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens⁹⁷.

Na sequência das inovações legislativas que buscaram adequar a já defasada codificação civil de 1916 à nova realidade, foi promulgada a Lei nº 9.278 de 1996. Referida lei ampliou significativamente os direitos sucessórios dos companheiros, que passaram a ter garantido o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

⁹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023).

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família⁹⁸.

Referida previsão inaugurou flagrante tratamento sucessório díspar entre os cônjuges e os companheiros. Isso porque, como se observa, o companheiro passou a ter direito, cumulativamente, ao usufruto viual e ao direito real de habitação. De modo diverso, por força do art. 1.611 do Código Civil de 1916, às pessoas casadas somente se deferia o direito real de habitação nos casos de o casamento ter adotado o regime da comunhão universal de bens, sendo que, caso o regime de casamento fosse qualquer outro, aplicava-se tão somente o usufruto viual⁹⁹.

Após acaloradas discussões doutrinárias, a matéria finalmente chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial nº 821.660/DF¹⁰⁰. O tribunal, em defesa da existência de um sistema isonômico entre cônjuges e companheiros, conferiu também ao cônjuge, por interpretação extensiva do §2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, o direito real de habitação, independentemente do regime de casamento.

Após quase 90 anos de vigência, foi promulgada, em 10 de janeiro de 2002, a Lei nº 10.406 de 2002, que revogou o Código Civil de 1916 e instituiu o (não tão) atual Código Civil, vigente até os dias de hoje.

Como será detalhado nos capítulos seguintes, o Código Civil de 2002 trouxe significativas inovações em matéria sucessória. Dentre as várias inovações incorporadas ao novo código, uma delas é parte fundamental do objeto deste trabalho: a necessidade de justa causa para a clausulação dos bens que compõem a legítima, disposição prevista no art. 1.848 do código vigente:

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima¹⁰¹.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm >. Acesso em: 11 de julho de 2023.

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm >. Acesso em: 11 de julho de 2023.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 821.660/DF. Relator: Min. Sidnei Benediti. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 17 junho 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1069469&n_um_registro=200600380972&data=20110617&formato=PDF >. Acesso em: 11 de julho de 2023.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm >. Acesso em: 11 de julho de 2023.

Traçado, portanto, o panorama histórico que explica, em certa medida, as razões para o atual estágio de desenvolvimento legislativo no Brasil em matéria sucessória. No próximo capítulo, será analisada a sucessão legítima e alguns temas que lhe são correlatos.

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA

3.1. Considerações preliminares

“A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”¹⁰². Essa é a disposição contida no artigo 1.786 do Código Civil de 2002 que, nota-se, manteve a mesma ideia presente no Código de 1916¹⁰³, preservando, portanto, a coexistência da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

Ao autor da herança são facultadas, portanto, duas possibilidades: determinar, por meio de ato próprio, a disposição dos seus bens, valendo-se, nesta hipótese, da sucessão testamentária; ou deixar que os bens sejam destinados aos herdeiros conforme determina a lei, hipótese em que vigorarão as regras da sucessão legítima (*ab intestato*).

Clóvis Beviláqua¹⁰⁴ pontua que a “vocação hereditária resulta da disposição da lei ou da vontade humana. No primeiro caso, temos a sucessão legítima, e, no segundo, a testamentária ou contratual”.

Como aponta o título do presente capítulo, este destina-se ao estudo da sucessão legítima, que se subdivide, por sua vez, em dois tipos: a sucessão legítima geral (não necessária), que engloba todas as classes sucessíveis previstas no artigo 1.829 do Código Civil, ou seja, os descendentes (inciso I), os ascendentes (inciso II), o cônjuge (inciso III) e os colaterais (inciso IV); e a sucessão legítima necessária, que ocorre nas hipótese em que o autor da herança possui os chamados herdeiros necessários, devidamente elencados no artigo 1.845 do Código Civil (descendentes, ascendentes e cônjuge).

Neste momento, por questões de didática e melhor apresentação do texto, não serão abordadas as questões envolvendo o companheiro, que serão detalhadas adiante, nos tópicos próprios.

Como se observa, apesar de integrar os herdeiros legítimos, os colaterais não fazem parte daqueles denominados herdeiros necessários. Em outras palavras, mesmo que o autor da herança possua parentes da classe dos colaterais, não estará obrigado a

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹⁰³ Art. 1.573. A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei. (BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023).

¹⁰⁴ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 19.

reservar a eles nenhuma quota do seu patrimônio, como ocorre na hipótese de existirem herdeiros necessários, a quem a lei garante a denominada quota legítima, que será adequadamente estudada em momento oportuno.

Para Carlos Maximiliano:

Sucessão legítima é a que, na falta de disposição expressa e válida do *de cujus* relativa a todo o acervo hereditário, a lei defere, com atender ao vínculo familiar e à vontade presumida do defunto. Tem as suas raízes na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade¹⁰⁵.

E continua:

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

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

Também se baseia a sucessão legítima no vínculo de família e de sangue; o homem é equiparado à mulher, para os efeitos hereditários, e o parentesco por via masculina ao que advém por via feminina: a tanto atingiu a evolução do Direito. Estende-se aos adotados; porque um ato espontâneo do *de cujus* os equiparou aos filhos¹⁰⁶.

Para Clóvis Beviláqua¹⁰⁷, sucessão legítima “é a deferida por determinação da lei, em atenção ao vínculo familiar ou, na falta dêste, ao vínculo político, existente entre a pessoa do sucedendo e a do sucessor”.

César Fiuza, após conceituar o instituto, explica em quais hipóteses ela ocorre:

Sucessão legítima ou legal é sucessão deferida por determinação da Lei, quando o sucedendo morre intestado, ou seja, sem deixar testamento.

Na verdade, a sucessão legítima se dá em quatro momentos:

- a) quando o *de cuius* morrer sem testamento;
- b) quando o testamento for anulado ou caducar;
- c) quando o testador não dispuser da totalidade da herança, deixando parte sem destinação no testamento;
- d) quando houver herdeiros necessários, que restrinjam a liberdade de testar à parte disponível. Havendo descendentes, ascendentes ou cônjuge supérstite, ou seja, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá

¹⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 143.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 144-145.

¹⁰⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 51.

dispor da metade de seu patrimônio. A outra metade deverá obrigatoriamente ser deixada para os herdeiros necessários¹⁰⁸.

A existência das duas espécies de sucessão, legítima e testamentária, acaba por trazer consigo um debate sobre um suposto caráter supletivo da sucessão legítima. Para alguns autores esse caráter supletivo decorreria do fato de que essa espécie de sucessão somente se aplica nos casos de ausência de testamento. Essa posição vem sendo defendida muito antes do Código Civil de 2002, mas, atualmente, ainda é defendida por alguns autores, como é o caso de Gustavo Tepedino, Ana Luiza Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles:

A sucessão legítima tem lugar sempre que há herdeiros necessários, sendo designada, então, de sucessão legítima necessária ou legitimária. Nesse caso, a liberdade de testar é limitada à metade da herança (CC, art. 1.789). A outra metade pode vir a ser objeto de disposição testamentária, no todo ou em parte. A sucessão legítima tem, ainda, caráter supletivo, invocada sempre que falta a sucessão testamentária.

Desse modo, quando não há testamento ou quando suas disposições não abrangem todos os bens da herança, são chamados a suceder, quanto ao patrimônio não contemplado no ato de última vontade, os herdeiros legítimos ou legais (CC, arts. 1.788, 1.906 e 1.966). Da mesma forma, quando o testamento for julgado inválido, ou quando caducar, não produzindo efeitos, deflagra-se a sucessão legítima quando à parcela testamentária ineficaz (CC, art. 1.788)¹⁰⁹.

Respeitando, obviamente, a posição defendida por esta parte da doutrina, parece não haver essa subsidiariedade. Como bem explica Raphael Carminate:

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

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

Deste modo, como nem sempre tem o testador ampla liberdade de disposição de seu patrimônio para depois da sua morte, na existência de herdeiros necessários é impossível falar-se em caráter supletório da sucessão legítima, uma vez que a transmissão dos bens que compõem a legítima será, necessariamente, definida pela lei¹¹⁰.

¹⁰⁸ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 1039-1040.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 63-64.

¹¹⁰ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 33.

Pontue-se, por fim, que se aplica à sucessão a lei vigente à época da sua abertura, nos exatos termos do artigo 1.787 do Código Civil de 2002¹¹¹.

Apresentadas as considerações preliminares e gerais sobre a sucessão legítima, passa-se à análise da ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil de 2002, bem como do tratamento dado pelo Direito brasileiro a cada uma das classes dos sucessíveis.

3.2. A ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002

3.2.1. Fundamentos e apontamentos preliminares

O brasileiro não é, culturalmente, um cidadão que se preocupa com a elaboração de testamentos. Em razão disso, a sucessão legítima tem uma importância significativa para o tratamento das sucessões, eis que, como dito, a esmagadora maioria das sucessões será tratada conforme dispõe a lei. Esse cenário vem, ao longo dos anos, se alterando, tendo o Colégio Notarial do Brasil apontado um aumento de 35,5% entre os anos de 2012 e 2021, passando de 38.566 (trinta e oito mil quinhentos e sessenta e seis) para 52.275 (cinquenta e dois mil duzentos e setenta e cinco)¹¹².

Como apontado, a sucessão legítima “é a transmissão *causa mortis* deferida às pessoas indicadas na lei como herdeiros do autor da herança. Essa indicação é feita através da *ordem de vocação hereditária*”¹¹³. Trata-se, portanto, do rol de pessoas que são legalmente habilitadas à sucessão de determinado indivíduo. Trata-se, como bem pontua Carlos Roberto Gonçalves, de uma “relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária”¹¹⁴.

¹¹¹ Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023).

¹¹² “De acordo com um levantamento efetuado pelo Colégio Notarial do Brasil, o número de registros de testamentos no país passou de 38.566 em 2012 para 52.275 em 2021, um crescimento de 35,5%. O mesmo estudo demonstra, ainda, que mais de 16 mil testamentos foram registrados no Brasil somente neste ano de 2023, até o dia 13 de junho”. (Dispara o número de testamentos no Brasil nos últimos anos. **Migalhas**, São Paulo, 21 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/390294/dispara-o-numero-de-testamentos-no-brasil-nos-ultimos-anos>. Acesso em 16 de agosto de 2023).

¹¹³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145.

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 158.

Assim dispõe o artigo 1.829¹¹⁵ do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

- 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.

Por expressa disposição legal, o chamamento de uma classe de herdeiros exclui a outra, sendo certo, também, que dentro de uma mesma classe, o herdeiro com parentesco mais próximo em grau, exclui o de grau mais distante. Essa constatação se dá por meio da simples leitura do artigo 1.829 do Código Civil, em consonância com os artigos 1.836, que determina que “na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”¹¹⁶, bem como dos artigos 1.838 e 1.839, que determinam que a sucessão será deferida integralmente ao cônjuge, na falta de descendentes e ascendentes, e ao colateral até o quarto grau, na falta de qualquer herdeiro das classes anteriores¹¹⁷.

Tratando sobre a ordem de vocação hereditária e trazendo apontamentos sobre a sua evolução e seus fundamentos principais, ensina Itabaiana de Oliveira:

228. PEDRA ANGULAR DA SUCESSÃO LEGÍTIMA. – A ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima, tem passado, desde a legislação dos romanos, por fases diversas, atenda à sua magna importância, por dizer respeito, intimamente, aos laços de família, cujos direitos têm preocupado, sempre, a todos os legisladores, e por ser o modo regulador da distribuição dos sucessíveis em classes, das quais umas preferem às outras na adição da herança.

229. LAÇOS DE FAMÍLIA. – Assim, dependendo a organização destas classes dos laços de família, como toda a sucessão legítima, exceção feita do *fisco*, êstes laços são reduzidos ao vínculo do casamento e do parentesco, aos quais devemos atender para a coordenação preferencial dos grupos sucessíveis.

230. A POSIÇÃO DOS INDIVÍDUOS. – O motivo porque a ordem de vocação hereditária tem variado tanto no correr dos séculos, é consequência lógica dos vários modos porque os diversos povos têm concebido e organizado o instituto familiar; sendo de notar que a posição dos indivíduos, em referência

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*.

às classes dos sucessíveis, se origina do matrimônio, dos laços de sangue e da adoção¹¹⁸.

Também em relação aos fundamentos da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, Carlos Maximiliano pontua:

O fato da geração leva consigo a responsabilidade genésica. O que põe no mundo um ente, está obrigado a velar pelo seu futuro, pela sua felicidade; a ninguém assiste o direito de aumentar voluntariamente o número de revoltados. É justo, pois, que o filho seja o herdeiro forçado do pai. O neto reclama o que deveria caber ao seu progenitor; a lei e a moral lhe asseguram preferência no afeto e na riqueza dêste e dos antepassados respectivos. Também herdamos os ascendentes e colaterais próximos, pessoas estas com íntima afinidade de sangue, afeição oriunda da convivência pelo menos durante a meninice; é de supor que o hereditando os contemplasse, se resolvesse testar. Não menos afeto inspira o cônjuge, companheiro dedicado nos bons e nos maus tempos, colaborador da fortuna.

O interesse mútuo aperta e solidifica o vínculo familiar. O filho trabalha para todos, e indiretamente para si; uns e outros se apóiam, animam, estimulam e consolam mutuamente nas provocações, dificuldades e desastres. Nada mais justo do que participarem todos da riqueza, para a qual contribuíram quando se lhes ofereceu oportunidade e na medida das próprias forças: um laborando, outro economizando, êste vigiando, aquêle aconselhando, repreendendo, providenciando¹¹⁹.

O autor conclui, na sequência, que a ordem de vocação hereditária é aquela em que “ficam os sucessores colocados em relação ao sucessível e conforme a classe a que pertencem. É determinada pelo *parentesco*, o qual se origina do matrimônio ou da consaguinidade”¹²⁰.

Apresentados os conceitos e fundamentos externados por alguns dos autores clássicos, que escreveram ainda sob a égide do Código Civil de 1916, apresentar-se-á, na sequência, alguns conceitos e fundamentos da ordem de vocação hereditária por parte da doutrina mais contemporânea, para que tenhamos, ao longo deste trabalho, uma base de comparação também cronológica, de modo a demonstrar se houve, de fato, alguma evolução de conceitos e fundamentos em matéria de sucessão legítima.

Para Rolf Madaleno:

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

¹¹⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 169.

¹¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 143-144.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 146.

legal se produz sempre até o quarto grau de parentesco e independe da existência de testamento, muito embora o testamento possa afetar os parentes da herança quando não forem herdeiros necessário e o testador tenha testado a totalidade de seus bens.

A vocação hereditária pode ser legítima, por ser proveniente da lei, ou testamentária, quando proveniente de testamento, cuja derradeira vontade sucessória foi manifestada em vida pelo testador, e haveria uma terceira espécie de vocação, chamada de legitimária, quando o testador ultrapassa a porção disponível e o herdeiro necessário promove uma ação em busca de sua legítima, ou quando um herdeiro filho, portanto, um herdeiro necessário, é desconhecido e promove ação de investigação de paternidade com petição de herança e redução de disposição testamentária, ou quando a cláusula testamentária de deserdação de um herdeiro necessário foi judicialmente declarada injusta¹²¹.

Sobre o tema, Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Essa ordem procura responder à questão de como se determinam os parentes do falecido que devem participar da sucessão, pois, em regra, a família é constituída pelo companheiro de vida em comum, cônjuge ou convivente, e pelos parentes, assim definidos segundo os critérios com base nos quais se origina o vínculo de parentesco.¹²²

Nota-se, portanto, que o fundamento da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária permanecem praticamente inalterados, demonstrando claramente o quão defasado está o direito civil brasileiro em matéria sucessória. Isso porque, observa-se, o fundamento de proteção à família não acompanhou, de fato, as alterações operadas nas famílias contemporâneas e mesmo no Direito de Família, ramo que evoluiu sensivelmente melhor do que o Direito das Sucessões.

Continuando seus apontamentos e trazendo a ideia para a atualidade, Mairan Gonçalves Maia Júnior descreve:

Hoje, acrescentar-se-iam os vínculos fáticos afetivos constituidores da união estável e da filiação socioafetiva e a vontade, nos casos de utilização de técnica de reprodução humana assistida com material heterólogo, material biológico de terceiros, ou com o uso da gestação por substituição.

A ordem de vocação hereditária procura privilegiar os integrantes da família nuclear, cônjuge ou convivente e descendentes, em virtude da maior intimidade desses com o falecido, e dos sentimentos, quase instintivos, que os pais nutrem por seus filhos e vice-versa¹²³.

¹²¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99-100.

¹²² MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 395.

¹²³ *Idem, ibidem*.

A ordem de vocação adotada pelos códigos do Brasil privilegia os ascendentes em relação aos colaterais, sendo esta uma clara herança que data das Ordenações Filipinas. Mairan Gonçalves Maia Júnior denomina esta característica de “sistema de três linhas (*Dreiliniensystem*)”:

O sistema de definição da ordem de vocação hereditária é fundado, de modo puro, nas linhas de parentesco verticais, descendentes e ascendentes, e na linha colateral ou transversal, sendo, por essa razão, denominado sistema das três linhas. Diferencia-se, dessa forma, do sistema parental (*parentelic system*), o qual conservou com maior fidelidade o sistema de Justiniano, e definiu a ordem de vocação hereditária com base na conjugação concomitante das linhas e graus de parentesco.

Explica-se. Segundo o sistema das três linhas, são chamados a suceder, em primeiro lugar, os descendentes. Ausentes os descendentes, são convocados os ascendentes do falecido, e apenas na falta de descendentes e ascendentes, os colaterais sucedem, observando-se o grau de parentesco com o falecido, pois chamados, consoante o art. 1.839 do CC02, os colaterais até o quarto grau, inclusive ¹²⁴.

Diferentemente do sistema das três linhas, o sistema parental (*parentelic system*) prestigia não apenas as linhas de parentesco, mas também o grau, este último considerado para determiná-la. Esse sistema de definição da ordem de vocação hereditária é adotado na Alemanha e na maior parte dos países da Europa, como bem explica o citado autor: ¹²⁵

Assim, como no sistema das três linhas, os descendentes são chamados em primeiro lugar (§ 1.924 do BGB). Ausentes os descendentes, seguem-se, na segunda classe sucessória, os ascendentes de primeiro grau e seus descendentes (§ 1.925 do BGB), portanto, os pais e irmão do falecido. Na falta de sucessíveis dessa classe, sucedem os da terceira classe, os ascendentes de segundo grau e seus descendentes (§ 1.926), ou seja, os avós e tios. A classe subsequente, quarta classe é formada pelos ascendentes de terceiro grau e seus descendentes, bisavós e tios-avós (§ 1.928). herdeiros legítimos de quinta classe são os trisavós mais remotos e os descendentes deles (§ 1.929).

Como se percebe, não há prioridade absoluta da linha ascendente, pois os colaterais de grau mais próximo precedem aos ascendentes de grau mais remoto. O sistema prestigia os parentes que, em regra, tem maior intimidade com o falecido, como os irmãos em detrimento dos avós, o que não se verifica com o sistema das três linhas, adotado no Brasil, em que ascendentes de grau mais distante, como os bisavós, parentes de terceiro grau, precedem aos irmãos, parentes de segundo grau ¹²⁶.

Apesar de não ser o objeto último deste trabalho, a reflexão sobre a aplicação do sistema parental é muito interessante, eis que aparentemente privilegia, de maneira mais

¹²⁴ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 397.

¹²⁵ *Idem, ibidem*.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 397-398.

acertada, não apenas os parentes mais próximos, aproximando-se da ideia de proteção à família nuclear, mas também, objetiva transmitir a herança às gerações mais novas, o que garante uma maior perenidade e estabilidade ao direito de propriedade.

Não obstante haja esse aparente objetivo de proteger os membros da família, da forma como prevista no Código Civil de 2002, a ordem de vocação hereditária parece não atender mais ao atual estágio de desenvolvimento e evolução das famílias, cada mais restrito ao pequeno núcleo (pais e filhos).

Ademais, apenas adiantando brevemente uma crítica que será elaborada adequadamente em outro capítulo, essa divisão em classes, sem qualquer apego à avaliação de quaisquer peculiaridades, ou mesmo de aferição da real necessidade de cada sucessível ou da existência de relações afetivas (não sanguíneas), parece não mais se adequar à realidade contemporânea. Como bem pontua Raphael Carminate:

De acordo com a ordem vigente, um filho deficiente mental e um filho juiz de direito concorrem em igualdade de condições na herança de seu pai.¹²⁷ Um ascendente enfermo, com aposentadoria mensal no valor de um salário mínimo, recebe quinhão hereditário idêntico ao deferido ao outro, saudável, com aposentadoria fixada em dez salários mínimos mensais. “Tais herdeiros recebem pelo simples fato de pertencerem àquela entidade familiar, não havendo quaisquer circunstâncias especiais em atenção aos aspectos pessoais dos sucessores”. (NEVARES, 2004, p. 73)

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

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

Observa-se, assim, que a ordem de vocação hereditária, para respeitar a solidariedade familiar e conferir à família proteção integral, além de ter de ser elaborada em observância à pessoa dos sucessores, deve também respeitar a situação do autor da herança, considerando as relações de afeto efetivamente estabelecidas entre ele e seus herdeiros legítimos.¹²⁷

Assim, é inegável que houve evolução da atual ordem de vocação hereditária em relação àquela prevista no código anterior, como se constata após a leitura sistemática do capítulo destinado à história das sucessões e do presente item. Um dos pontos de inegável evolução foi a valorização do cônjuge e do companheiro, que concorre com os

¹²⁷ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 37.

descendentes e ascendentes. A pergunta que deve ser feita, contudo, é a seguinte: essa evolução é suficiente para tutelar a família contemporânea? A resposta certamente é negativa, como será estudado ao longo deste trabalho, ainda que, como apontado, este não seja o seu objeto último.

Feito o estudo da ordem de vocação hereditária, passa-se à análise das classes dos sucessíveis, individualmente. Pontue-se, antecipadamente, que não serão abordadas todas as discussões envolvendo cada classe, eis que o presente trabalho não tem esse objetivo. Contudo, serão apresentadas as características gerais e algumas das principais discussões que envolvem a matéria, especialmente aquelas que guardem alguma relação com o objetivo deste texto.

3.2.2. Os descendentes

Os descendentes integram a primeira classe na ordem de vocação hereditária, como já destacado nos tópicos anteriores. Uma vez chamados à sucessão, seguindo a regra prevista no Código Civil, as demais classes são excluídas, ressalvadas, contudo, as hipóteses de concorrência com o cônjuge e companheiro. Não havendo cônjuge ou companheiro à época da abertura da sucessão, os filhos receberão a herança em quotas iguais.

Relevante alteração trazida pela ordem constitucional vigente diz respeito ao encerramento de quaisquer discriminações entre os filhos, sendo certo que, com a promulgação da Constituição da República de 1988, todos os filhos passaram a gozar de igual tratamento perante a lei. Nesses termos:

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

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação¹²⁸.

¹²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

Depreende-se, portanto, que o direito sucessório é resguardado a todos os filhos, independentemente da origem. Os herdeiros são chamados, na classe dos descendentes, levando-se em conta a sua proximidade com o autor da herança, integrando os filhos, portanto, a primeira classe, os netos a segunda e assim sucessivamente. Sobre as espécies de filiação e sua participação na classe dos descendentes, esclarece Maria Berenice Dias:

Este conceito de descendente abriga todas as espécies de filiação: (a) consaguínea ou natural, que tem origem na verdade biológica; (b) civil, quando decorre da adoção; (c) socioafetiva, que se constitui a partir da posse de estado de filho; e (d) social, quando decorrente de técnicas de reprodução assistida e a concepção ocorre *in vitro*, inclusive com o uso de material genético de outra pessoa. Todos são parentes em linha reta do autor da herança e, portanto, seus herdeiros necessários (CC 1.845)¹²⁹.

Considerando a menção à filiação socioafetiva, sem pretensão de esgotamento do tema, apenas pontue-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux quando da análise da Repercussão Geral 622, em 2016, “pela equivalência da filiação socioafetiva, descartando qualquer prevalência entre os vínculos de filiação biológico e socioafetivo”¹³⁰, de modo que a partilha entre os filhos deve ser realizada igualmente, por cabeça.

Nos termos do artigo 1.833 do Código Civil, entre os descendentes, “os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”¹³¹.

Pontue-se, também seguindo a regra legal¹³², que os filhos herdam por cabeça, sendo certo que os demais descendentes o fazem ou por cabeça ou por estirpe, a depender de encontrarem-se no mesmo grau ou não em relação ao *de cujus*. Assim, por exemplo, caso o autor da herança tenha deixado dois filhos, sendo um deles vivo e dois netos, filhos do seu filho pré-morto, o seu filho vivo receberá metade da herança, e cada um dos seus netos receberá um quarto dela. Caso, contudo, fossem os dois filhos pré-mortos, sendo que um deles possuía um filho e o outro dois, cada neto receberá um terço da herança, eis

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

¹³⁰ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 281.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹³² Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023).

que, na classe dos descendentes, todos se encontram no mesmo grau em relação ao autor da herança.

Assim, considerando que a sucessão na linha reta descendente vai ao infinito, em razão da inexistência de limitação quanto aos graus de parentesco – ressalvada a limitação natural, que usualmente não ultrapassa três ou quatro gerações -, a sucessão se dará por cabeça na hipótese de todos os descendentes estarem no mesmo grau de parentesco em relação ao autor da herança, ou por cabeça e estirpe, caso os parentes estejam em diferentes graus (filhos e netos, por exemplo), herdando os de grau mais distante, portanto, por direito de representação.

A preferência dos descendentes em relação aos demais parentes sucessíveis data do império romano. Essa característica manteve-se durante os séculos que se seguiram, sendo verificada no Código Visigótico, nas Ordenações, tanto nas Afonsinas quanto nas Manuelinas e Filipinas, assim como na Lei Feliciano Pena e nos códigos de 1916 e de 2002.

Para Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Sua conservação, ao longo desses mais de 2.000 anos, demonstra a correção da eleição dos descendentes como primeira classe na ordem de vocação hereditária. Além do aspecto afetivo e da forte carga de tradição, reforça a preferência dos descendentes na sucessão, a presumida intenção do falecido. A responsabilidade pelo sustento e bem-estar da família como também a preocupação com o desenvolvimento dos descendentes podem ser apontadas como concausas para a definição dos descendentes como classe preferencial na sucessão. Ademais, nenhum outro parente representa tão bem a ideia de continuidade, inerente à sucessão, como os descendentes¹³³.

A escolha dos descendentes como herdeiros primários na sucessão legítima decorre, especialmente, da própria ordem natural. Para Rolf Madaleno, a classe dos descendentes constitui a “categoria fundamental dentre todos os que podem suceder ao morto”¹³⁴. Os descendentes, de modo geral, são aqueles por quem os ascendentes nutrem o maior afeto, carinho e cuidado. Nas fases tenras da vida, os descendentes demandam cuidados em tempo integral, e esse laço afetivo sem dúvida serviu de parâmetro para o estabelecimento dessa prioridade na sucessão.

Não se pode negligenciar também o caráter econômico dessa escolha legislativa, já que a escolha dos descendentes como classe preferencial garante maior estabilidade às

¹³³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 401.

¹³⁴ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 280.

relações jurídicas sucessórias, reforçando, por conseguinte, a segurança jurídica, uma vez que otimiza os efeitos econômicos decorrentes dessa transmissão de patrimônio, reduzindo os custos dessas transações e dos impostos incidentes¹³⁵.

Como bem pontuou João Manuel Carvalho Santos, “o amor primeiro desce, depois sobe, e em seguida dilata-se”¹³⁶. Trazendo a célebre frase para a ordem de vocação hereditária vigente, a herança defere-se aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge ou companheiro e aos colaterais, sucessivamente.

Sabe-se, contudo, que os descendentes podem herdar em concorrência com o cônjuge ou companheiro, a depender de algumas hipóteses que, por uma questão de didática e melhor apresentação do texto, serão tratadas quando for abordada a sucessão desses parentes.

3.2.3. Os ascendentes

Nas palavras de Rolf Madaleno, “ascendentes são aquelas pessoas que deram origem a outras pessoas e, na linha reta evolutiva, situam-se acima delas”¹³⁷. Nos termos do artigo 1.836 do Código Civil de 2002, “na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”¹³⁸.

Como bem pontua Pollyanna Zanetti:

Se houver cônjuge (ou companheiro), o inciso II do artigo 1.829 do Código Civil impõe a concorrência sucessória entre ele e os ascendentes. Nesse caso, independentemente do direito de meação, ao cônjuge (ou companheiro) caberá: (I) um terço da herança quando o *de cujus* houver deixado ambos os pais; (II) metade da herança caso o falecido tenha deixado apenas um dos pais ou o grau do parente sobrevivente seja maior (avós, bisavós, etc.)¹³⁹.

¹³⁵ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 401.

¹³⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado – principalmente do ponto de vista prático**. Vol. XXII – **Direito das sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 247.

¹³⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 282.

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹³⁹ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 65.

Os ascendentes formam duas linhas, uma paterna e uma materna, conforme se infere do artigo 1.836, §2º do Código Civil. Havendo herdeiros no mesmo grau em relação ao falecido, a herança defere-se por linha, sendo a metade da herança para cada uma.

Por expressa vedação do artigo 1.852¹⁴⁰, bem como nos termos do artigo 1.836, §1, ambos do Código Civil de 2002, não há direito de representação na classe dos ascendentes, eis que “o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas”¹⁴¹. Assim, conforme ensina Rolf Madaleno:

Na classe dos ascendentes não existe o direito de representação (CC, art. 1.836, §1ª), de modo que o ascendente de grau mais próximo de parentesco afasta o ascendente de grau parental mais remoto, sem distinção de linha. Desse modo, se não há prole, herdam os genitores do sucedido por linhas, em partes iguais e por direito próprio. Se apenas um dos ascendentes diretos está vivo, este recebe a totalidade da herança, ainda que estejam vivos os avós do sucedido, e se ambos os progenitores forem premortos herdarão os avós da linha paterna e da linha materna e na falta destes os bisavós e assim sucessivamente. De tal modo que os ascendentes de grau de parentesco mais distante só serão chamados se ausentes os de grau parental mais próximo, destarte, se o falecido deixa a mãe, na linha materna, e na linha paterna uma avó, a totalidade de seu acervo hereditário irá para a sua progenitora, por direito próprio, nada sendo destinado para a avó por direito sucessório legal, pois se ressente do direito de representação a classe dos ascendentes¹⁴².

Considerando a previsão legal da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes e ascendentes, passa-se à análise dessa classe de sucessíveis.

3.2.4. O cônjuge

Como já abordado no capítulo destinado ao estudo histórico, antes do Código Civil de 1916, o cônjuge integrava a quarta classe de herdeiros, vindo após os descendentes, os ascendentes e os colaterais de décimo grau, o que representava, na prática, a quase impossibilidade de a sucessão ser deferida ao viúvo ou viúva. Somente com o advento da Lei Feliciano Pena (Lei nº 1.839 de 1907) é que o cônjuge sobrevivente passou a integrar a terceira classe de herdeiros.

¹⁴⁰ Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023).

¹⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹⁴² MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 282.

Nesse sentido, explica Felipe Quintella Machado de Carvalho:

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 colaterais¹⁴³.

Essa alteração na ordem de vocação hereditária promovida pela Lei Feliciano Penna representou inegável evolução no Direito das Sucessões brasileiro, tendo Código Civil de 2002 evoluído desde então, como bem pontua Rolf Madaleno:

Alterado o direito sucessório do consorte no curso dos tempos, a ordem de sua vocação hereditária alcançou seu salto brasileiro de qualidade quando tomou a posição dos colaterais do falecido, e a legislação cuidou de responder a uma preferência lógica dos afetos do sucedido, ao ignorar por completo qualquer tipificação do regime patrimonial quando não existissem descendentes ou ascendentes, ou quando eles renunciassessem coletivamente, incidindo outros efeitos jurídicos quando o cônjuge sobrevivente concorre com herdeiros da primeira e da segunda classe de sucessores¹⁴⁴.

Por força do artigo 1.829, III do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente encontra-se na terceira classe dos herdeiros na sucessão legítima. Assim, independentemente do regime matrimonial de bens, na falta de quaisquer membros da primeira ou da segunda classe de sucessíveis, “será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”¹⁴⁵, desde que presentes os requisitos previstos no artigo 1.830 do mesmo diploma, ou seja, somente se concede a herança ao cônjuge 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”¹⁴⁶.

Assim, nota-se um importante requisito fático para a legitimação sucessória do cônjuge, a subsistência da sociedade conjugal. O artigo 1.829 do Código Civil, como se

¹⁴³ 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, p.1.

¹⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 424.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*.

nota, utiliza a locução *cônjuge sobrevivente*, sendo, portanto, inequívoca a exigência da manutenção da sociedade conjugal ao tempo do falecimento.

Maria Helena Diniz critica fortemente o artigo 1.830 do código, afirmando:

Tal prova será difícil de se obter, ante o fato de que um dos cônjuges já faleceu. Esse artigo é um retrocesso, afirma Rolf Madaleno, pois como seria possível comprovar culpa funerária ou culpa mortuária? Como perquirir a causa daquela separação, provando inocência do viúvo, se o autor da herança não mais está presente para defender--se das acusações que lhe serão feitas? Será preciso demonstrar que a ruptura fática da convivência conjugal não foi provocada, culposamente, pelo viúvo, pois se, p. ex., veio a abandonar o lar imotivadamente, inibido estará de suceder.

Além disso, não está descartada a hipótese de um separado de fato vir a constituir, antes do lapso temporal de dois anos, uma união estável e com seu óbito dar origem a um conflito sucessório, possibilitando, se ameahou bem durante o estado convivencial, a concorrência entre cônjuge e convivente com descendentes do de cujus. Outrora a separação de fato ou mesmo a medida judicial preliminar à separação -judicial, ou seja, a separação de corpos, não afastava o cônjuge da sucessão do outro se este morresse ab intestato e sem deixar herdeiro necessário. O art. 1.830 trará problemas ao reconhecer o direito sucessório a cônjuge sobrevivente separado de fato há menos de 2 anos, complicando, como diz Zeno Veloso, a situação, ainda mais, “se o de cujus — embora formalmente casado, mas separado de fato — constituiu união estável com outra pessoa, sabendo--se que, nos termos do art. 1.790 do novo Código Civil, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, pois surgiria a possibilidade de haver concorrência na herança tanto do cônjuge como do companheiro¹⁴⁷.

No mesmo sentido é o entendimento de Flávio Tartuce:

Entretanto, a culpa não pode repercutir na questão sucessória, em especial diante das dificuldades que gera a sua prova ou não. Como buscar a verdade se um dos envolvidos já não está mais presente entre nós? Por meio de prova psicografada? A jocosa indagação tem o fim de demonstrar a falta de sentido na menção a esse elemento subjetivo para perquirir a existência ou não do direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Sem falar no claro aumento do conflito, pois os demais descendentes lutarão ao máximo para afastar o direito do cônjuge. Eis mais um comando legal que incentiva a cultura da guerra, e não a cultura da paz, na contramão de uma tendência que tem ganhado cada vez mais adeptos no País¹⁴⁸.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6.** Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 16 ago. 2023.

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

Nota-se, portanto, que a doutrina contemporânea tece severas críticas à infeliz redação do artigo 1.830 do Código vigente, especialmente no que se refere ao prazo de dois anos de separação de fato e à apuração de culpa.

O cônjuge é, por força do artigo 1.845 do Código vigente, herdeiro necessário, cabendo a ele, assim como aos descendentes e aos ascendentes, à quota legítima da herança. Assim, “aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima (art. 1.846)”¹⁴⁹.

Não bastasse ostentar a qualidade de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente pode, a depender do regime de casamento adotado, concorrer com os descendentes e com os ascendentes do autor da herança. É o que se depreende da leitura do artigo 1.829, I do Código Civil, que determina expressamente:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares¹⁵⁰;

A primeira conclusão que decorre da leitura do dispositivo acima é que o regime de bens de casamento importa para a avaliação da concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes e ascendentes do autor da herança. Assim, pela leitura da lei, o cônjuge herda em concorrência caso o casamento tenha se dado pelo regime da comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares, no regime da participação final nos aquestos e no regime da separação convencional de bens (decorrente de pacto antenupcial).

Conforme prevê o artigo 1.832 quanto à concorrência sucessória, caso seja o cônjuge sobrevivente ascendente dos herdeiros com quem concorrer, caberá a ele “quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança”¹⁵¹.

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil: **Família e Sucessões**. v.5. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559773039. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

¹⁵¹ 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. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o

Esse notório afã legislativo de proteção ao cônjuge é aparentemente antagônico à própria ordem de vocação hereditária. Ora, se o legislador optou pela inserção dos descendentes na primeira classe dos sucessíveis, por qual razão o legislador beneficia o cônjuge em detrimento dos próprios filhos, nos casos em que o autor da herança possua quatro ou mais filhos com seu cônjuge? Nesse sentido, observa Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Admitir-se a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes, independentemente da origem, conjuntamente na primeira classe da ordem de vocação hereditária, representa o reconhecimento da necessidade de fortalecimento da posição do cônjuge na sucessão, pois, historicamente, os descendentes sempre figuraram de modo prioritário e preferencial na primeira classe da ordem de vocação sucessória na sucessão legítima¹⁵².

Em observação ao fenômeno da concorrência sucessória do cônjuge, ensina Rolf Madaleno:

A função social da herança deferida ao cônjuge ou convivente não está longe daquilo que o Direito de Família estrangeiro consagrou sob o pseudônimo de *alimentos compensatórios*, com os quais conservou recursos a serem aportados para o consorte carente de meios suficientes para a sua congrua sustentação, diante do seu estado de viuvez. Transpondo este princípio eminentemente protetivo para o Direito das Sucessões, ele acaba por guardar a mesma função dos *alimentos compensatórios* do direito familista, apenas que agora sob o enfoque sucessório, no mesmo escopo de compensar o desequilíbrio econômico surgido desta feita pela viuvez e aportando recursos oriundos dos bens deixados pelo defunto¹⁵³.

Esse fortalecimento da posição sucessória do cônjuge é uma tendência mundial, como afirma Mairan Gonçalves Maia Júnior, citando, exemplificativamente, as modificações operadas na França em 2001, que alterou os artigos 757, 757-1 e 757-2 do Código Civil, e na Holanda, em 2003¹⁵⁴. Sobre esse fortalecimento da posição do cônjuge na sucessão legítima, reforça o autor:

O CC02, é bem verdade, fortaleceu a posição do cônjuge na sucessão aberta. Inseriu-o conjuntamente com os descendentes, a depender do regime de bens, em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária; e concorrendo conjuntamente com os ascendentes, na ausência de descendentes, além de

Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2023).

¹⁵² MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 553.

¹⁵³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 424.

¹⁵⁴ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 517.

assegurar-lhe a totalidade da herança, não existindo ascendentes e descendentes, preferindo aos colaterais. Conferiu-lhe direito de propriedade em relação aos bens da herança nos quais concorre, e não somente o usufruto, como previsto pelo CC16. Assegurou-lhe, ademais, o direito real de habitação, em relação ao imóvel residencial do casal, independentemente do regime de bens, e sem prejuízo de sua participação na herança, desde que seja o único dessa natureza a inventariar, *ex vi* do art. 1.831 do CC02¹⁵⁵.

A questão que envolve a concorrência sucessória traz outros problemas para o Judiciário brasileiro, como, por exemplo, os casos em que há filiação híbrida, ou seja, nas hipóteses em que o cônjuge concorre não apenas com filhos comuns, mas também com filhos exclusivos do autor da herança. O problema reside justamente na lacuna legislativa, uma vez que o Código Civil simplesmente não abordou referida temática em seu texto.

No seguinte caso, prevalecem duas correntes doutrinárias. Para a primeira delas, aparentemente prevalente sobre a outra, não deve ser garantida a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge, privilegiando-se, assim, os descendentes (filhos), e não o cônjuge. A segunda, de forma oposta, prevê a que a existência de filho comum, por si, atrairia a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge.

É interessante notar que as duas correntes têm bons argumentos e são capitaneadas por doutrinadores verdadeiramente respeitados, como bem explica Flávio Tartuce:

Podem ser destacadas duas correntes fundamentais a respeito do dilema, retiradas da tabela Cahali. Aqui, há uma primeira corrente que prevalece de forma considerável sobre a outra, o que torna a questão mais tranquila no âmbito doutrinário.

Para a primeira vertente, majoritária, havendo sucessão híbrida, não se deve fazer a reserva da quarta parte ao cônjuge ou companheiro, tratando-se todos os descendentes como exclusivos do autor da herança. Nessa esteira posicionam-se Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso, além do presente autor. Em sua obra lançada no ano de 2014, a essa corrente se alinham Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo Curso..., 2014, v. 7, p. 234). Esse posicionamento prestigia os filhos em detrimento do cônjuge (ou convivente), sendo essa a opção constitucional, na minha visão. Adotando a premissa, na V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, aprovou-se o seguinte enunciado doutrinário, que confirma essa visão da maioria: “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” (Enunciado n. 527).

Para uma segunda corrente, havendo sucessão híbrida, deve ser feita a reserva da quarta parte ao cônjuge (ou companheiro), tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns. Assim pensam Francisco José Cahali,

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 516.

José Fernando Simão e Sílvia de Salvo Venosa. Sustenta-se que a existência de filhos comuns justifica a incidência da reserva, não importando que com eles existam filhos exclusivos do autor da herança. Para fundar tal forma de pensar, em edições anteriores deste livro, apontava José Fernando Simão o seguinte:

“Se a lei não exigiu que concorresse o cônjuge com a totalidade dos descendentes para ter o direito à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, basta que um descendente seja comum para que a reserva exista, ainda que o falecido tenha deixado outros descendentes exclusivos. Ademais, essa posição privilegia o cônjuge com relação aos descendentes e atende ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Toda a mudança legislativa teve por escopo a proteção do cônjuge, ainda que em detrimento da participação dos descendentes na sucessão. A reserva da quarta parte vem de encontro com o objetivo do legislador: o amparo ao cônjuge sobrevivente” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito...*, 2013, v. 6, p. 184).¹⁵⁶

Tecendo comentários sobre o tema espinhoso, Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Na verdade, as regras que se pretendem harmonizar, simplesmente não são compatíveis. Está em questão a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre os herdeiros de mesma classe, no caso os descendentes que, por força de preceito constitucional, hão de ser tratados de modo isonômico. Na sucessão significa que obrigatoriamente hão de receber o mesmo quinhão.

Porém, como compatibilizar o princípio da igualdade entre todos os descendentes com o preceito legal que determina a reserva de 25% (vinte e cinco por cento) ao cônjuge quando concorrer com descendentes seus?

A reserva da quota para o cônjuge constitui regra de aplicação especial pois, como já ressaltado, não atende ao princípio da igualdade entre os herdeiros chamados na mesma ordem de vocação sucessória. Por esse motivo, há de ser interpretada e aplicada como regra de exceção e, somente, na precisa hipótese abstratamente prevista pelo art. 1.832, ou seja, quando concorrer exclusivamente com descendentes comuns¹⁵⁷.

Como apontado pelo autor, durante a V Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado nº 527, que corrobora com a primeira posição doutrinária citada, no sentido de que “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”¹⁵⁸. Desde 2019, essa mesma interpretação vem sendo dada ao dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.167.501/RS¹⁵⁹).

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 17 ago. 2023.

¹⁵⁷ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 557.

¹⁵⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil.** Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/596>>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

¹⁵⁹ “A interpretação mais razoável do enunciado normativo do art. 1.832 do Código Civil é a de que a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança restringe-se à hipótese em que o cônjuge ou companheiro concorrem com os descendentes comuns. Enunciado 527 da Jornada de Direito Civil. A interpretação restritiva dessa

Não obstante a menção apenas às duas correntes principais, outras respeitáveis correntes existem, contudo, por não ser este tema específico o objeto último deste trabalho, as demais correntes não serão abordadas.

3.2.5. O companheiro

A sucessão do companheiro, diferentemente das classes de sucessíveis estudadas anteriormente, encontra-se disciplinada no artigo 1.790 do Código Civil, que assim dispõe:

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 nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 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 herança¹⁶⁰.

Nota-se, em primeiro lugar, que o Código Civil de 2002 optou por dar tratamento à sucessão do companheiro no seu Capítulo I, do Título I, do Livro V, que trata das disposições gerais da sucessão em geral, diferentemente do que ocorre com os demais herdeiros da chamada sucessão legítima, cujo tratamento foi dado no Título II do mesmo livro, a partir do artigo 1.829, já estudado, o que revela a flagrante falta de sistematização do Legislativo pátrio.

Em segundo lugar, percebe-se claramente que o Código Civil de 2002 tratou de forma muito desigual a sucessão do companheiro em relação à posição do cônjuge,

disposição legal assegura a igualdade entre os filhos, que dimana do Código Civil (art. 1.834 do CCB) e da própria Constituição Federal (art. 227, § 6.º, da CF), bem como o direito dos descendentes exclusivos não verem seu patrimônio injustificadamente reduzido mediante interpretação extensiva de norma. Não haverá falar em reserva quando a concorrência se estabelece entre o cônjuge/companheiro e os descendentes apenas do autor da herança ou, ainda, na hipótese de concorrência híbrida, ou seja, quando concorrem descendentes comuns e exclusivos do falecido. Especificamente na hipótese de concorrência híbrida o quinhão hereditário do consorte há de ser igual ao dos descendentes” (STJ, REsp 1.617.501/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.06.2019, DJe 1.º.07.2019). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97098037&num_registro=201602009126&data=20190906&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

colocando-o nitidamente em uma prateleira inferior. Nota-se, exemplificativamente e apenas no intuito de se demonstrar essa diferenciação, que houve a instituição de uma concorrência sucessória entre o companheiro e os colaterais, o que não ocorre no caso do cônjuge, que apenas concorre com descendentes e ascendentes.

Antes da promulgação da Constituição vigente, em 1988, a união estável não era reconhecida. Em razão da manutenção de uma ideia enraizada no Brasil desde as Ordenações, durante vários séculos, inclusive durante boa parte do século passado, apenas o matrimônio era considerado para a constituição de uma família. Desse modo, a doutrina atribuiu às famílias informais a preconceituosa pecha de concubinato.

Nas palavras de Francisco José Cahali e Giselda Hironaka, “o concubinato era visto com extrema reserva em nosso direito, que se dedicava a prestigiar a família *legítima* oriunda do matrimônio”¹⁶¹.

Como bem apontam Gustavo Tepedino e Ana Luiza Nevares:

A sucessão hereditária prevista no Código Civil de 1916 baseou-se no parentesco consanguíneo, privilegiando a grande família patriarcal, constituída exclusivamente pelo casamento e marcada pela autoridade marital. Nessa direção, os descendentes e ascendentes eram privilegiados em detrimento do cônjuge¹⁶².

No mesmo sentido, Mairan Gonçalves Maia Júnior afirma que não havia, no Brasil, nenhuma norma vigente que assegurasse quaisquer direitos sucessórios àquelas pessoas unidas exclusivamente por situações de fato e laços de afeto, mas sem registro civil ou religioso, ainda que não houvesse qualquer impedimento para o casamento, o denominado concubinato puro¹⁶³.

A evolução da família ao longo dos últimos séculos, em especial, anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, acabou por tornar o Código Civil de 1916 manifestamente obsoleto e insuficiente para regular as questões sucessórias da família brasileira, tanto o é que, ao longo dos anos, várias leis esparsas foram sendo publicadas, na infeliz tentativa de dar aplicabilidade prática a um código que não mais atendia às necessidades em matéria sucessória.

¹⁶¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 88.

¹⁶³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 565.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi “reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”¹⁶⁴, nos exatos termos do artigo 226, §3º. Não obstante o reconhecimento constitucional, o direito sucessório somente foi concedido ao companheiro alguns anos depois, por meio da Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994¹⁶⁵.

A edição da referida lei buscou solucionar algumas controvérsias doutrinárias que surgiram quando do reconhecimento da união estável como entidade familiar, especialmente em relação ao verdadeiro e real alcance da norma constitucional. A controvérsia girou em torno da equiparação ou não do casamento com a união estável pela Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, se seria necessária a regulamentação do inovador dispositivo constitucional. Em matéria sucessória, a promulgação da citada lei, em 1994, reduziu significativamente as discussões nesse sentido.

Em maio de 1996, foi promulgada a Lei 8.278¹⁶⁶ para regulamentar o citado artigo 226, §3º da Constituição Federal. Dentre as matérias trazidas, a lei abandonou o requisito de prazo mínimo para a configuração da união estável, definido pela legislação anterior em cinco anos, além de ter conferido ao companheiro sobrevivente, em algumas hipóteses, o direito real de habitação.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal não implicou apenas na cessação do uso da pejorativa terminologia de concubinato puro, mas sim, incentivou e continua incentivando o aprofundamento dos estudos doutrinários sobre o tema, especialmente em razão do aumento expressivo do número de pessoas que preferem constituir suas famílias sem um casamento formal, realidade esta que demanda um incansável trabalho da doutrina no sentido de desenvolver soluções adequadas e suficientes para o desenvolvimento de soluções jurídicas que atendam a essas famílias.

Nesse sentido, descreve Rolf Madanelo:

¹⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

¹⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

A lenta redenção do concubinato só encontrou sua carta de alforria com a Constituição Política de 1988, que cunhou a expressão *união estável*, nome doravante adotado para legitimar as uniões informais, que, em um primeiro momento, identificavam as relações afetivas entre um homem e uma mulher, conquanto não fossem relacionamentos adulterinos, tampouco incestuosos, com estabilidade e durabilidade, vivendo ou não sob o mesmo teto, embora na atualidade a coabitação seja a regra geral e a não coabitação a exceção, com a intenção de constituir família¹⁶⁷.

Entendimento semelhante está presente na obra de Francisco José Cahali e Giselda Hironaka:

Com a Constituição Federal de 1988 foi dado o grande passo, consistente na institucionalização da relação concubinária, elevando a *união estável*, nova designação desprovida do sentido pejorativo do concubinato, à categoria de *entidade familiar*, outorgando-lhe especial proteção do Estado (CF, art. 226, §3º)¹⁶⁸.

É importante consignar que a união estável está expressamente regulamentada pelo Código Civil de 2002, entre os artigos 1.723 a 1.727. Interessante passagem histórica é descrita por Zeno Veloso em uma de suas obras. Como bem relembra o autor, no Projeto de Código Civil de 1984, que foi aprovado com emendas, não havia nenhum artigo tratando a sucessão do companheiro. Contudo, quando estava tramitando pelo Senado, foi apresentada emenda ao citado Projeto, emenda esta que é anterior à própria Constituição de 1988. Após a apreciação do texto do Projeto pelas duas casas legislativas, a sucessão do companheiro foi, de fato, tratada no artigo 1.790 do Código Civil vigente¹⁶⁹.

A doutrina especializada sempre teceu severas críticas ao artigo 1.790 do Código Civil. A nítida desigualdade entre os direitos do cônjuge e do companheiro fizeram com que o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, declarasse a inconstitucionalidade do citado artigo nos autos do Recurso Extraordinário 878.694/MG¹⁷⁰, por maioria de votos, entendendo-se, na ocasião, pela equiparação entre o casamento e a união estável em matéria sucessória.

¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 456-457.

¹⁶⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.

¹⁶⁹ VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 230-231.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 878.694/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, **Diário de Justiça Eletrônico**, 06 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto 2023.

Destaque-se que no decorrer do julgamento, o Ministro Marco Aurélio incluiu, também, o Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, que versava sobre a sucessão de companheiro homoafetivo. Findo o julgamento, venceu a posição defendida pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Analisando de forma sucinta, porém clara, o voto do relator, explica Flávio Tartuce:

Em outra decisão de grande impacto, encerrada no ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que tratava dos direitos sucessórios do companheiro. Por maioria de votos, entendeu-se pela equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, para os fins de repercussão geral (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado no seu Informativo n. 864).

Nos termos do voto do relator, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”. No dia 31 de agosto de 2016, foram prolatados sete votos na linha do entendimento do Ministro Barroso (além do Relator, dos Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia)¹⁷¹.

E continua o autor:

Assim, o placar do julgamento do Tema 498 foi de 7 votos a 2, ausentes os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Conforme consta da publicação inserida no Informativo n. 864 da Corte:

“O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso”¹⁷².

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 17 ago. 2023

¹⁷² *Idem, ibidem.*

O julgamento, apesar de ter esclarecido alguns pontos, deixou vários outros sem resolução. Destaque-se, dentre eles, a questão envolvendo o reconhecimento ou não do companheiro como herdeiro necessário.

Mesmo tendo havido a oposição de Embargos de Declaração pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM para esclarecimento desse e de outros pontos, o Supremo decidiu pela ausência de vício na decisão, de modo que não houve o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário.

3.2.6. Os colaterais

Os chamados parentes colaterais ou em linha transversal são, nos termos do artigo 1.592 do Código Civil, “até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”¹⁷³.

Somente na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro é que os colaterais são chamados à sucessão. Diferentemente dos descendentes e ascendentes, cuja infinitude da distância em graus do autor da herança é a regra, no caso dos colaterais, existe a limitação legal ao quarto grau de parentesco. Contudo, nem sempre foi assim no Brasil, como bem explica Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Na vigência das Ordenações, os colaterais até o décimo grau eram chamados à suceder. Com o Decreto 1.839, de 31.12.1907, foi limitada ao sexto grau a convocação dos colaterais para suceder, reduzida para o quarto grau pelo artigo 1.1612 do Código Civil de 1916.

A posição na sucessão intestada dos colaterais foi novamente alterada pelo Decreto-Lei 1.907, de 26.12.1939, que estabeleceu em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Além dos casos previstos no Código Civil, considera-se jacente a herança se o falecido nacional ou estrangeiro, tiver sido solteiro ou viúvo e não houver deixado testamento nem ascendente, descendente ou irmãos herdeiros e sobreviventes, notoriamente conhecidos.

A finalidade da restrição aos colaterais de segundo grau da qualidade de sucessível revela-se claramente na própria norma: ampliar as causas de herança jacente, de modo a favorecer a posição do Estado, com a recolha dos bens hereditários nessas situações.

Posteriormente, o Decreto-Lei 8.207/45 alterou, uma vez mais, a posição dos colaterais na ordem de vocação sucessória, estendendo-a aos colaterais de terceiro grau. Em 1946, o Decreto-Lei 9.461 restabeleceu a limitação original do CC16, assegurando o direito dos colaterais até o quarto grau de participarem da sucessão *ab intestata*.

O art. 1.839 do CC02 manteve a mesma limitação, a qual se aplica independentemente de ser o parentesco oriundo da linhagem paterna ou materna, de decorrer de causa natural ou civil. São parentes colaterais

¹⁷³ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

sucessíveis: i) irmãos germanos ou unilaterais; ii) primos; iii) tios; iv) sobrinhos; v) tios-avós; vi) netos dos irmãos¹⁷⁴.

É importante ressaltar, como já pontuado brevemente no início do capítulo, que os colaterais, diferentemente das demais classes de herdeiros anteriores, não ostentam a qualificação de herdeiros necessários. Em outras palavras, os colaterais não têm direito à reserva legítima, e podem ser afastados da sucessão pelo *de cujus*, bastando, para tanto, que este faça um testamento dispondo de todo o seu patrimônio em favor de qualquer outra pessoa.

Assim, revela-se claramente que a posição dos colaterais é a menos favorecida dentre todos os herdeiros legítimos, isso porque, além da ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, os colaterais somente herdam caso não haja testamento, ou quando este não dispuser da integralidade dos bens da herança, quando o testamento for declarado nulo ou caducar, ou quando o herdeiro testamentário renunciar à herança¹⁷⁵.

Por força do artigo 1.840 do Código Civil, na sucessão dos colaterais, também vige a regra de que os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, ressalvado, contudo, o direito de representação concedido aos filhos de irmãos do autor da herança.

O artigo 1.841 do Código Civil traz, por sua vez, regra que gera severa controvérsia doutrinária, eis que prevê explicitamente que “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”¹⁷⁶.

Como bem ensina Rolf Madaleno:

Irmãos bilaterais ou germanos são aqueles que descendem do mesmo tronco materno e paterno, procedendo de duas linhas: a materna e a paterna. São filhos do mesmo pai e da mesma mãe, ao passo que os irmãos unilaterais descendem de uma só linha, a materna ou a paterna. São filhos do mesmo pai ou apenas da mesma progenitora e são irmãos porque têm a mesma mãe ou o mesmo pai, de modo que, se tiverem o mesmo pai são denominados *consaguíneos* e se tiverem a mesma mãe são denominados *uterinos*¹⁷⁷.

¹⁷⁴ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 622-623.

¹⁷⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 621.

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 470.

Antes de adentrarmos propriamente na controvérsia doutrinária, apresenta-se um pequeno retrospecto histórico trazido por Mairan Gonçalves Maia Júnior sobre este ponto específico, apenas para que se consiga verificar adequadamente como evoluiu o tema nos últimos séculos:

No direito romano pré-clássico e clássico (final da República e Principado) eram chamados à sucessão, à falta de descendentes, os parentes mais próximos *adgnatus proximus*, ou seja, os vinculados à linhagem paterna, que eram os irmãos e irmãs por parte de ambos os pais ou por parte somente de pai. Os irmãos por parte de mãe eram excluídos da sucessão.

A Novela 118 de Justiniano inseriu os irmãos germanos e unilaterais na terceira classe chamada a suceder. Entretanto, os irmãos unilaterais somente eram convocados a suceder na ausência de irmãos germanos, ou seja, a presença de irmãos germanos excluía da sucessão os irmãos unilaterais, fossem paternos ou maternos. É importante consignar ter Justiniano eliminado a distinção entre parentes da linha paterna (*adgnatus*) e da linha materna (*cognatus*), viabilizando a sucessão dos irmãos *uterini*, ou seja, dos irmãos unilaterais maternos.

A novela admitiu o direito de representação, por parte de filhos de irmão pré-morto, os quais eram chamados a substituir o pai ou a mãe na herança do *de cuius*. Existindo filhos de irmãos germanos convocados a suceder, por força do direito de representação, esses excluía os irmãos unilaterais da herança, que desse modo, nada recebiam¹⁷⁸.

Essa regra sucessória foi mantida durante a vigência das Ordenações, tendo permanecido vigente até o surgimento do Código Civil de 1916. Em outras palavras, caso existissem irmãos germanos, os irmãos unilaterais não eram chamados à sucessão. Assim, verifica-se que o advento do código de 1916 trouxe benefícios claros aos irmãos unilaterais, eis que o artigo 1.614 daquele código foi literalmente repetida pelo artigo 1.841 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”¹⁷⁹. Logo, pela regra atual, cada irmão unilateral herda a metade da quota hereditária a que faz jus o irmão germano¹⁸⁰.

Feito o breve retrospecto histórico, importa citar que a controvérsia doutrinária reside na discussão sobre a adequação da regra prevista no artigo 1.841 do Código Civil à ordem constitucional vigente, uma vez que o artigo 227, §6º da Constituição de 1988 prevê expressamente a igualdade entre os filhos.

¹⁷⁸ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 626.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹⁸⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 626-627.

Entre aqueles que alardeiam a inconstitucionalidade da norma, defende Paulo Lôbo:

Essa discriminação é incompatível com o princípio da Constituição que veda a desigualdade de direitos entre os filhos de qualquer origem, havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º). A vedação da discriminação entre filhos repercute necessariamente nos irmãos, pois a qualidade de irmãos vem do fato de essa relação de parentesco decorrer do estado de filiação. Não há parentesco colateral de irmãos que não tenha sido antecedido do parentesco em linha reta entre ascendente e descendente. Se os filhos do de cujus herdarem em igualdade, independentemente de serem comuns em relação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente (bilaterais), ou exclusivos dele (unilaterais), não há amparo constitucional para a sobrevivência da desigualdade entre os irmãos bilaterais e unilaterais. Assim, a norma do art. 1.841 é inconstitucional, devendo ser afastada pelo aplicador, para se garantir igual direito sucessório entre os irmãos, desconsiderando-se, consequentemente, as qualificações discriminatórias como unilaterais ou bilaterais.¹⁸¹

Acompanham Paulo Lôbo nesse posicionamento alguns outros renomados autores, tais como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cláudio Grande Júnior, Euclides de Oliveira, Maria Berenice Dias, Eduardo de Oliveira Leite, Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo, além de Clóvis Beviláqua, que já considerava injusta essa disposição.

Em sentido contrário, Mairan Gonçalves Maia Júnior:

Com efeito, o tratamento diferenciado guarda compatibilidade com as regras constitucionais, não violando o princípio da isonomia, pois fundado em critério que identifica situações jurídicas distintas entre os irmãos: dualidade ou unicidade da relação de parentesco¹⁸².

No mesmo sentido, Rolf Madaleno:

A despeito da polêmica que gera essa norma que indica que os irmãos de vínculo simples e, portanto, unilaterais, recebam a metade que os irmãos de duplo vínculo recebem quando concorrem entre si à sucessão de outro irmão, ela não tem merecido comentários de grande parcela dos autores sucessionistas brasileiros.

Isso em parte se explica porque o regramento já constava no art. 1.614 do Código Civil de 1916, quando imperava a plenos pulmões a mais completa discriminação entre os filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos. Se bem que não se trata de igualar sucessores de progenitor mas sim de irmão, o que desfigura a ideia de que haveria discriminação do legislador, e a partir dessa percepção emanam diferentes pronunciamentos doutrinários, sendo

¹⁸¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553628212. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628212/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

¹⁸² MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 627.

incontroverso que, ao tempo do Código Civil revogado, o tema não despertava maior interesse, tendo surgido justamente com a edição da Carta Política de 1988, quando diversos autores levantaram a inconstitucionalidade dos arts. 1.841 e 1.843 do Código Civil e outros nada disseram, permitindo conjecturar que concordem com a pertinência da aplicação do *privilegio do duplo sangue*, diante da constitucionalidade dos arts. 1.841 e 1.843 (...)¹⁸³.

Dentre os autores que se filiam à última corrente citada, ou seja, dentre aqueles que consideram os artigos constitucionais, destacam-se Arnaldo Rizzardo, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce, Giselda Maria Novaes Hironaka, Maria Helena Diniz, Nelson Rosenvald e Christiano Chaves de Faria, Orlando Gomes, Paulo Nader, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, Salomão de Araújo Cateb, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro e o saudoso Zeno Veloso.

Em decisão datada de 2013, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a constitucionalidade do artigo 1.841 nos autos do REsp 1.203.182/MG, cuja ementa segue abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL DOS ALUGUÉIS AUFERIDOS DE IMÓVEL DO ESPÓLIO. CONCORRÊNCIA DE IRMÃO BILATERAL COM IRMÃS UNILATERAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.841 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Controvérsia acerca do percentual da herança cabível em favor das irmãs unilaterais no inventário do “de cujus”, que também deixou um irmão bilateral a quem indicara em testamento como herdeiro único. 2. Discussão judicial acerca da validade do testamento. 3. Possibilidade de o irmão bilateral levantar a parte incontroversa dos aluguéis do imóvel deixado pelo “de cujus”. 4. Necessidade, porém, de depósito judicial da parcela controvertida. 5. Cálculo do valor a ser depositado em conformidade com o disposto no art. 1.841 do Código Civil (“Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”). 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.¹⁸⁴

Assim, não obstante os valiosos argumentos em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça manteve incólume o citado artigo, filiando-se, como se nota, ao segundo grupo de doutrinadores.

¹⁸³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 473.

¹⁸⁴ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31008419&num_registro=201001284482&data=20130924&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 16 de agosto de 2023.

3.3. O Direito à legítima: conceito e fundamento da legítima no ordenamento brasileiro

No presente item, será apresentado o breve estudo de um relevante instituto que vem sendo mantido ao longo dos séculos, a legítima. Entenda-se como legítima uma parcela dos bens do autor da herança que, por força de lei, não pode ser destinada livremente por ele, senão para os chamados herdeiros necessários, já estudados anteriormente, seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

No caso do atual Código Civil, seu regramento encontra-se no artigo 1.846, que prevê de forma expressa que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”¹⁸⁵.

Quando da incorporação desse instituto pelo Direito brasileiro, a manutenção dessa reserva legítima era plenamente plausível e justificável, especialmente em razão do contexto socioeconômico e do formato da família naquele tempo.

Não obstante a relevância do instituto no início do século passado, incorporado ao ordenamento brasileiro nesse formato atual, parte da doutrina especializada tem criticado duramente a manutenção irrefletida da legítima. Apesar de todas as mudanças às quais a sociedade foi submetida no último século, o instituto da legítima permanece praticamente intocado, tendo sofrido, ao longo de tantas décadas, poucas modificações.

Passando ao conceito de legítima, Clóvis Beviláqua o define como o “direito hereditário, que a lei assegura a determinadas pessoas sobre uma certa parte da herança”¹⁸⁶. Para Carlos Maximiliano, a legítima seria a “porção do patrimônio individual que por morte de qualquer pessoa obrigatoriamente cabe aos seus parentes assim privilegiados por lei”¹⁸⁷.

Por sua vez, Rolf Madaleno conceitua a legítima da seguinte forma:

A legítima representa no direito sucessório uma porção dos direitos hereditários, à qual a lei atribui especial reserva, como ordena o art. 1.846 do Código Civil, porquanto certa porção dos bens pertence aos herdeiros necessários do defunto, sendo deles a metade dos bens da herança, constituindo-se a legítima em uma expectativa dos herdeiros necessários¹⁸⁸.

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 03 de janeiro de 2024.

¹⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955, p. 230.

¹⁸⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 373.

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 272.

Cristiano Chave de Farias e Nelson Rosenvald, por sua vez, definem a legítima como sendo a “parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários, com uma clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio”¹⁸⁹.

Mairan Gonçalves Maia Júnior, de modo semelhante, conceitua nos seguintes termos a legítima:

Constitui a legítima em instrumento de tutela aos direitos hereditários dos sucessíveis, protegendo-os contra a prática de atos de liberalidade, *inter vivos* ou *mortis causa*, que possam reduzir significativamente ou mesmo eliminar o patrimônio hereditário¹⁹⁰.

Mário Luiz Delgado explica que “não há uma definição legal de legítima. Mas consiste basicamente em uma proteção especial que a lei confere aos herdeiros necessários, tendo por fundamento a solidariedade familiar”¹⁹¹. No mesmo sentido, Arnoldo Wald já informava que a legítima (herança necessária) buscava garantir uma solidariedade econômica entre os familiares¹⁹².

Assim, como concluem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Trata-se, pois, de uma restrição à liberdade de autodeterminação, impedindo que o titular do patrimônio que disponha de determinadas categorias de herdeiros (os chamados herdeiros necessários) possa dispor, a título de testamento, de mais da metade de seus bens, formando uma reserva decorrente de lei (a legítima)¹⁹³.

Expostos alguns conceitos de legítima, imperioso pontuar que a evolução das estruturas familiares e da própria sociedade sempre marcou e influenciou a liberdade de testar, que vagarosamente vem se modificando, sempre reativa às evoluções sociais.

Como apresentado resumidamente na parte destinada à história, apesar das significativas mudanças da estrutura e dos formatos familiares, nota-se sem grande esforço que o Direito das Sucessões pouco evoluiu. Especificamente em relação à legítima, objeto de estudo desse tópico, nota-se que, ressalvadas pequenas alterações em

¹⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, 67.

¹⁹⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 325.

¹⁹¹ DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023, p. 131.

¹⁹² WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, vol. V, p. 144.

¹⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, 69.

relação aos herdeiros legítimos e à quota disponível, o seu formato tem suas origens ainda nas Ordenações Afonsinas que, como se viu, foi inspirada pelo Código Visigótico.

A limitação à liberdade de testar surgiu como alternativa para se inibir práticas abusivas que vinham sendo implementadas pelos *pater* em detrimento daqueles que, naturalmente, seriam os seus herdeiros por direito. É nesse ponto que nasce o fundamento da legítima que, alimentado por outros fatores ao longo dos séculos, se viu robustecido por teorias mais elaboradas que, ainda hoje, tentam justificar a manutenção dessa parte do patrimônio do autor da herança em benefício dos herdeiros necessários.

Sobre o tema, explica Raphael Carminate:

Todavia, a ampla liberdade de testar, a partir da *lex Furia testamentaria* cedeu lugar à restrição parcial desta liberdade, que culminou na legítima, presente no ordenamento jurídico da grande maioria dos países cujo Direito é proveniente da tradição romano-germânica, dentre os quais o Brasil.

Esta restrição originou-se do aparente abuso dos romanos no ato de elaborar testamento que, movidos por paixões, simplesmente deixavam ao completo desamparo seus entes familiares.

[...]

Naquela sociedade, a limitação se justificou, pois as pessoas dependiam do patrimônio deixado por seus antepassados, especialmente da terra, para sobreviver, já que a mulher não era financeiramente independente e não havia sistema previdenciário que garantia ao cônjuge sobrevivente e aos descendentes menores pensão por morte. Além disso, a ideia de patrimônio familiar, apesar de inexistente no âmbito jurídico, não fora completamente superada por aquele povo.¹⁹⁴

Repisados pontualmente alguns contornos históricos sobre o surgimento da legítima – mas ignorada, nesse ponto, a sua evolução, devidamente tratada no primeiro capítulo -, após a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito de herança foi elevado ao patamar de direito e garantia fundamental, estando expressamente consignado no art. 5º, inciso XXX da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX – é garantido o direito de herança¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 135.

¹⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2023.

A elevação desse direito ao patamar de garantia fundamental buscou evitar que se tente suprimir a sucessão *causa mortis* do ordenamento jurídico brasileiro, evitando, assim, qualquer tentativa de apropriação, pelo Estado, dos bens deixados pelos cidadãos falecidos¹⁹⁶. Como bem explica Washington de Barros Monteiro, “sem herança, incompleto se tornaria o direito de propriedade”¹⁹⁷.

Rolf Madaleno apresenta importantes considerações sobre os fundamentos e origens da ideia de legítima:

Fato que marca o direito imperativo da legítima em prol dos herdeiros necessários é a solidariedade familiar, e sua existência vem da crença de ser injusto que os filhos ou demais descendentes, os ascendentes, ou outras pessoas afetivamente próximas do sucedido pudessem ser apartadas da sucessão, baseando-se sua concessão no argumento do *officium pietatis*, estando o testador moralmente obrigado a deixar para seus herdeiros próximos uma parte dos seus bens.

Desse modo, a legítima se justificaria: a) pela solidariedade familiar e b) pela proteção da família¹⁹⁸.

Pontue-se que existem sim autores que defendem a manutenção da legítima, tal como prevista atualmente, afirmando ser um importante instituto para a proteção da comunidade familiar. Nesse sentido:

Garantindo à família a metade dos bens do *de cuius*, efetiva-se a especial proteção que o Estado dispensa a referida entidade familiar, conforme os ditames do art. 226 da Carta Magna. Com a legítima a família não fica desamparada em virtude da morte do testador, pois, se lhe fosse permitido dispor de todo o patrimônio, poderia ocasionar, de uma hora para a outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar¹⁹⁹.

A proteção à família, por sua vez, encontra-se expressamente consignada no texto constitucional, mais especificamente no seu artigo 226, que determina que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”²⁰⁰. Não há problema algum em se instituir uma especial proteção à família. Pelo contrário, trata-se de verdadeira evolução revestir a família de proteção. Ocorre que o próprio conceito de família se modificou ao

¹⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

¹⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

¹⁹⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 356.

¹⁹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 162.

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2023.

longo dos anos. Atualmente, seu conceito está umbilicalmente vinculado a uma “função instrumentalizadora que seria a realização plena da personalidade, da felicidade, da dignidade daquele que faz parte de determinado grupo familiar. Assim, a família deixa de ser protegida pelo simples fato de ser família, mas pela função que exerce”²⁰¹.

Essa proteção se dá, hoje, por meio dos princípios da solidariedade familiar e da intangibilidade da legítima. Sobre este último princípio, Ana Luiza Maia Nevares reforça que a intangibilidade da legítima representaria uma premissa básica do direito sucessório²⁰². Para a autora, o instituto encontra sua justificativa nos princípios constitucionais da solidariedade familiar e proteção integral à família:

“[...] a legítima adquire especial relevo, pois, desempenha, para os membros da família, a função de instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”²⁰³.

Não obstante sejam os argumentos apresentados relevantes e enriquecedores para a discussão proposta, questiona-se, antecipando o que será tratado no próximo tópico, se esse instituto, da forma como previsto hoje, realmente se presta à sua pretensa função protetiva.

Esses são, na síntese do que é necessário para este trabalho, os principais fundamentos justificadores da manutenção da legítima.

3.3.1. O direito à legítima à luz da adequada conceituação de solidariedade familiar em matéria sucessória: principais críticas ao atual formato de legítima no ordenamento jurídico brasileiro

Apresentado o conceito e os principais fundamentos da legítima que, como foi visto, funda-se basicamente na solidariedade familiar e na proteção à família, questiona-

²⁰¹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo; SILVA, Mirelle Stéfani da. **A sucessão legítima: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador**. Revista dos Tribunais, n. 1014, p. 69-86, abr. 2020.

²⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Cecília Bodin de (Coordenadora). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 496.

²⁰³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O Princípio da Intangibilidade da Legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 544.

se: essa ideia de solidariedade familiar atualmente vigente revela-se, na essência, verdadeira solidariedade?

Sob o atual fundamento absolutamente genérico e abstrato da solidariedade familiar, e dentro da atual realidade do direito privado, é possível restringir a autonomia privada daquele que, com sua dedicação, suor e esforço, construiu um patrimônio e dele não pode livremente dispor pelo simples fato de possuir herdeiros necessários, sem qualquer outro critério qualificador mais objetivo, que leve em consideração, de fato, a real necessidade desses herdeiros, necessidade esta que, objetivamente e comprovadamente, justifique a solidariedade?

Paulo Lôbo apresenta algumas considerações breves sobre os contornos conceituais da solidariedade familiar:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º)²⁰⁴.

A Constituição da República de 1988, por sua vez, inseriu nas suas disposições a solidariedade como um dos objetivos da República. Assim, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] construir uma sociedade livre, justa e solidária”²⁰⁵.

Como ensinam Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, a inclusão desse princípio no corpo do texto constitucional foi um grande acerto:

Este foi um valioso acerto. Afinal, se o direito de todos à defesa de sua pessoa engloba, impreterivelmente, a necessidade de cooperação do outro, coerente se mostra conceder qualidade jurídica a esta última, tornando-a imperativa, obrigatória. Trata-se de mais um expediente a garantir a realização da tutela dos homens e de sua humanidade: ao lado do Estado, todos os integrantes da sociedade também são, a partir do imperativo constitucional, juridicamente responsáveis uns pelos outros²⁰⁶.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2023, p. 3.

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de janeiro de 2023.

²⁰⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023, p. 86.

A doutrina nacional vem tecendo, de forma tímida, mas contundente, duras críticas ao atual formato da legítima no Brasil. Por não ser objeto central deste trabalho, não seria possível, no limitado espaço de uma dissertação, abordar a totalidade dos autores e críticas direcionadas à legítima. Não obstante, por ser um tema de indiscutível importância para as conclusões almejadas com o trabalho, as críticas serão abordadas com a necessária profundidade e amplitude.

Desse modo, serão apresentadas, de maneira geral, algumas das principais críticas doutrinárias que, ressalvadas pequenas nuances, seguramente representam adequadamente o conjunto de manifestações doutrinárias contrárias à manutenção da codificação civil nos moldes atuais. Não serão abordadas, contudo, as críticas que, com o devido respeito, ignoram a opção do legislador brasileiro pela garantia fundamental da propriedade privada.

Para se evitar uma lacuna quanto a essas críticas, menciona-se que há quem defenda, por exemplo, a estatização dos bens do falecido, transferindo-os ao Poder Público para a implementação de políticas públicas visando à redução das desigualdades²⁰⁷. É louvável, na teoria, a iniciativa proposta. Parece, contudo, manifestamente inconstitucional a “solução” apresentada, sem mencionar o inegável questionamento quanto à capacidade do Estado para gerir e, de fato, redistribuir tais riquezas. Repita-se que, como demonstrado anteriormente, o direito de herança foi alçado à categoria de direito fundamental, sendo as propostas dessa natureza, portanto, essencialmente inconstitucionais.

Citando as críticas que não escapam à realidade constitucional e representam o cerne das contraposições construtivas direcionadas ao instituto, é notável a busca por uma visão funcionalizada da legítima, adequada e preparada para garantir a solidariedade àqueles que, por presunção legal ou comprovação, demonstrem a necessidade ou estejam em situação de vulnerabilidade que justifiquem, concretamente, a reserva de parte do patrimônio do falecido para garantir a sua dignidade. Este parece ser, seguramente, o caminho mais adequado a ser seguido.

Sobre a necessária revisão da legítima, Walsir Edson Rodrigues Júnior e Pollyanna Thays Zanetti trazem importante reflexão:

²⁰⁷ CATALAN, Marcos. **Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 44, out.-dez. 2010.

Por configurar um obstáculo à ampla liberdade testamentária e, consequentemente, ao livre desenvolvimento da personalidade, há uma tendência por parte da doutrina, nos países que adotam a sucessão necessária, no sentido de reduzi-la ou aboli-la, principalmente diante do atual contexto social em que o argumento da proteção da família através da instituição de uma quota indisponível da herança já não se sustenta²⁰⁸.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias também se mostram insatisfeitos com o atual formato de legítima:

Por derradeiro, cumpre aludir a uma questão nova e pujante. É que, apesar de minoritário o nosso entendimento, confessamos não ter simpatia pela restrição cega à liberdade de testar *sub oculis*.

Isso porque, ao nosso visio, a limitação imposta pela legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de sua proteção especial e integral. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular. Até porque o ofício de pai se impõe em razão do exercício do poder familiar – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes. Cuida-se de uma interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica²⁰⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, e já adentrando nas possíveis soluções para esse problema, pontuam Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas que o “primeiro desafio, portanto, consiste em estabelecer critérios funcionais de identificação dos herdeiros necessários, vale dizer, das pessoas cuja existência, no momento da abertura da sucessão, irá atrair a intangibilidade da legítima”²¹⁰.

Um dos principais fundamentos apresentados pela doutrina para justificar a necessária modificação da legítima é a sensível alteração da realidade das pessoas e das famílias. Quando da incorporação da legítima ao Direito brasileiro, a sociedade era essencialmente rural. Ademais, a expectativa de vida dos brasileiros mais do que dobrou desde que o instituto foi absorvido pelo nosso ordenamento civil.

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.

²⁰⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. **Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022, p. 95.

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, 73.

²¹⁰ SCHREIBER, Anderson. VIÉGAS, Francisco Assis. **Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, 2019, p. 211 – 250.

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. Logo em seguida, em 2018, a expectativa de vida dos brasileiros passou para 76,3 anos, para as mulheres espera-se 79,9 anos e para os homens 72,8²¹¹.

A incorporação da legítima fazia sentido na época em que foi feita, muito em razão de o falecimento do provedor da casa ocorrer, em média, aos 33,7 anos de idade. Consequentemente, quando do falecimento do *pater*, os filhos não raras vezes encontravam-se em tenra idade, não possuindo meios de sustentar a família. Assim, garantir aos familiares que dele dependiam uma fatia obrigatória do seu patrimônio fazia bastante sentido. Na maioria das vezes, as mulheres não trabalhavam fora de casa por imposição marital e, em razão disso, não auferiam renda. Assim, era por meio da legítima que se garantia, ainda que minimamente, o sustento da família.

Nas palavras de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Leonardo Macedo Poli e Mirelle Stéfani da Silva:

A legítima foi instituída com o intuito de dar proteção integral à família, visto que esta necessitava dessa proteção do Estado diante do contexto histórico, cultural, econômico e jurídico da época. De fato, sem a existência da legítima, para família patriarcal, caracterizada pela dependência econômica e social da mulher e dos filhos à figura paterna, bem como a inexistência de outros meios jurídicos de proteção, não receber herança significava a decadência e usurpação da dignidade da pessoa humana²¹².

Contudo, a realidade retratada acima não subsiste mais. Com o aumento da expectativa de vida, a tendência é de que, quando do falecimento dos pais, com mais de 70 anos, os filhos já estejam criados, em idade adulta e produtiva, não se podendo presumir, como regra e sem melhores critérios, a sua dependência ou necessidade apta a ensejar a obrigatoriedade de reserva da legítima.

Como bem apontam Walsir Edson Rodriguês Júnior e Renata Barbosa de Almeida, “o Brasil, de forma paulatina, vai deixando a estrutura eminentemente agrária e, por isso, perde espaço a grande família. Por outro lado, a própria justificativa

²¹¹ LASMAR, Gabriela Mascarenhas Lasmar. **Análise crítica do instituto da legítima no direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. 2021. 195f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2021, p. 169.

²¹² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo; SILVA, Mirelle Stéfani da. **A sucessão legítima: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador**. Revista dos Tribunais, n. 1014, p. 69-86, abr. 2020.

patrimonialista da formação familiar se enfraquece”²¹³, contudo, “mesmo após a democratização, urbanização, industrialização, emancipação da mulher, popularização do ensino técnico e superior, a legítima permanece imutável no direito brasileiro”²¹⁴.

Nesse exato sentido, diante da louvável luta das mulheres por uma igualdade material com os homens, muito se evoluiu nesse sentido nas últimas décadas. Assim, pelos mesmos fundamentos apresentados, não mais se justifica a presunção abstrata e desmedida de qualquer interdependência financeira entre os cônjuges – ou companheiros. O ingresso das mulheres no mercado e sua notória qualificação técnica afastam por completo qualquer presunção abstrata de dependência. Ademais, com a alteração dos regimes de casamento e prevalecendo, atualmente, a comunhão parcial, os cônjuges – e companheiros – têm direito à meação.

Sobre o tema, esclarece Raphael Carminate:

Apesar de a longevidade, seguridade social e emancipação feminina não serem argumentos suficientes para a abolição da legítima, estes evidenciam que este instituto, nos moldes estabelecidos pelo Código Civil vigente, viola a autonomia privada do testador. Como se viu, a justificativa para a limitação da liberdade de testar é a proteção integral à família. Na medida em que a legítima parte de presunção absoluta de necessidade dos herdeiros necessários, muitas vezes a autonomia do indivíduo é limitada sem qualquer justificativa, uma vez que aqueles que receberão os bens que compõem a legítima carecem de proteção do Estado, por terem condições de prover seu próprio sustento²¹⁵.

Reforçando os argumentos até aqui apresentados, destaca-se que Walsir Edson Rodrigues Júnior e Izabela Farah Valadares questionam qual seria a justificativa para a limitação da autonomia privada do testador na hipótese de os descendentes, ascendentes e cônjuge do autor da herança não necessitarem de auxílio financeiro, concluindo, acertadamente, que a legítima serviria apenas e tão somente para enriquecer os herdeiros necessários²¹⁶, o que se afasta claramente de qualquer ideia de solidariedade familiar.

²¹³ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023, p. 52.

²¹⁴ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 137.

²¹⁵ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 141.

²¹⁶ 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.

Nas palavras de Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, pode sim haver a imposição de um auxílio material ao outro, mas esse auxílio decorrente da solidariedade somente encontra espaço quando a necessidade realmente existir, ressaltando os autores, ainda, que este deve cessar tão logo se mostre possível a independência financeira e a autonomia desse beneficiado:

A solidariedade pode, assim, impor que se preste auxílio material ao outro. No entanto, 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. A solidariedade não pode se identificar com a dissolução da pessoa na sociedade. O coletivismo é incompatível com a defesa dos direitos fundamentais. O foco há de ser na sua autonomia²¹⁷.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor de Azevedo Almeida Júnior apresentam conclusão que também sintetiza, em parte, essas contundentes críticas:

É paradoxal a ampliação das escolhas nos arranjos familiares em contraposição à hostilidade e à autonomia no direito sucessório, insularizado em regras estáticas e arredo à maior liberdade da pessoa em dispor dos seus bens após a morte. A legítima, portanto, se transforma no símbolo da postura paternalista e neutra do direito sucessório, que, distante dos valores amalgamados pela Constituição, reserva metade dos bens do falecido para os herdeiros necessários, em severa e desarrazoada restrição à autonomia testamentária. Não se propõe, com isso, a extinção da legítima, mas uma interpretação que a preserve tão somente em benefício de possíveis herdeiros vulneráveis, tais como crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência, que não consigam, por trabalho próprio, suprir suas necessidades de subsistência. A conservação da legítima, desprendida de uma análise valorativa calcada no balanceamento entre liberdade individual e solidariedade familiar, em especial da tutela dos vulneráveis, descola-se das transformações do direito das famílias, preservando uma entidade familiar abstrata. Desse modo, a manutenção da legítima se justifica somente no caso de herdeiros economicamente vulneráveis, em que é deferida no percentual de 50% do patrimônio nos termos atualmente em vigor²¹⁸.

A única colocação apresentada pelos autores que, apesar de não destoar das demais críticas doutrinárias direcionadas à legítima, escapa do critério de funcionalização, diz respeito à manutenção de um percentual fixo de metade dos bens do sucedido. Sobre a total ausência de consideração de critérios concretos, tanto em relação ao autor da herança, quanto seus sucessores, explica Raphael Rego Borges Ribeiro:

²¹⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023, p. 87.

²¹⁸ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade**. *Revista Pensar*, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr.-jun. 2021, p. 11.

Ademais, o sistema sucessório, focado sobremaneira na garantia de igualdade formal, de modo geral desconsidera quaisquer elementos de concretude (as biografias reais e as particularidades) tanto do indivíduo a ser sucedido quanto dos sucessores. Na atual codificação civil brasileira, os sujeitos do fenômeno sucessório não “são”; o *de cujus* “tinha”, os sucessores “passam a ter”. O resultado é que o sistema sucessório do Código de 2002 pouco é mais do que as normas genéricas para uma grande operação aritmética, mera divisão do patrimônio deixado por entre aqueles que sobreviveram ao morto, se houver saldo após descontadas as dívidas. Não há efetiva preocupação em funcionalizar o fenômeno sucessório à promoção da dignidade dos sujeitos envolvidos; não se busca o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; não se cogita de promover a redução das desigualdades sociais²¹⁹.

Ao se inserir na lei um percentual fixo para a legítima, afasta-se novamente do critério de funcionalização à concretude de cada caso específico. Isso porque, apenas a título exemplificativo, no caso de um sucedido que deixa patrimônio de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cinco filhos, todos menores de dez anos, uma reserva legítima fixa de metade desse patrimônio de pouco serviria para um auxílio mais duradouro aos seus herdeiros, sendo que, certamente, a reserva da totalidade do seu patrimônio a eles, nesse caso concreto – funcionalização da legítima – certamente não ofenderia, de modo algum, o princípio da solidariedade familiar.

De modo diverso, um sucedido que deixa patrimônio de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para um único herdeiro, que ao tempo do falecimento do seu pai se encontra com vinte e três anos e cursando o último período da faculdade de medicina, certamente não necessita de metade do patrimônio do seu falecido pai a título de reserva legítima. São as diferentes situações concretas que devem nortear a busca por um formato de prestação que assegure àqueles realmente necessitados condições mínimas de dignidade.

Nas palavras de Raphael Rego Borges Ribeiro, “um dos graves anacronismos do Código de 2002 é a manutenção da falsa percepção de que os problemas concretos podem ser adequadamente resolvidos com a formulação de generalizações e soluções abstratas”²²⁰. É exatamente o que ocorre com a previsão generalizada e abstrata da legítima no ordenamento jurídico brasileiro, como explica Gabriela Mascarenhas Lasmar:

²¹⁹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021, p. 26. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 02 jan. 2024.

²²⁰ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021, p. 13. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 02 jan. 2024.

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 caso²²¹.

Raphael Carminate faz importante crítica à aparente vontade de ser suprimida a legítima do Direito brasileiro. Não é, de forma alguma, esse o objetivo das críticas aqui apresentadas. Em verdade, o que se busca é uma adequação do instituto à atual realidade socioeconômica e familiar, sem se afastar, contudo, de uma verdadeira solidariedade familiar, fundada em critérios reais e adequados à realidade de cada caso concreto:

Embora as críticas supra destacadas sejam pertinentes, convidando à reflexão, não se pode, simplesmente, acolhê-las e concluir ser necessária a usurpação da legítima do ordenamento jurídico brasileiro. Embora, de fato, a proteção à entidade familiar se faça presente através de outros meios, que não limitam direitos e garantias fundamentais de quem¹⁴¹ quer que seja, os argumentos apresentados generalizam situações que, no caso concreto, podem estar ausentes²²².

Sempre atendo à estagnação do Direito das Sucessões em relação às evoluções no Direito de Família, Rolf Madaleno apresenta relevantes reflexões sobre a legítima:

O Direito de Família e o Direito Sucessório têm entre eles uma indubitosa integração, não se mostrando adequado e atualizado que apenas o Direito de Família evolua e que o Direito das Sucessões permaneça absolutamente estático, como se a sociedade civil não tivesse passado por importantes mudanças ao longo das décadas transcorridas desde as Ordenações no Brasil, como se a autonomia privada só tivesse avançado no domínio do Direito de Família e sem nenhum avanço no campo das sucessões, em cuja ciência jurídica justamente significaria reconhecer uma maior liberdade de testar, não se afigurando acertado possam os casais transigir sobre as questões matrimoniais e não possam transigir sobre as questões sucessórias, como se nesta última seara ainda sobrevivesse um interesse absoluto de ordem pública e como se a família tivesse evoluído e estivesse em razão dessa evolução se privatizando apenas na constância do relacionamento estável ou conjugal e perdendo sua autonomia com a morte de qualquer dos cônjuges ou conviventes; e como se efeitos jurídicos projetados pelos cônjuges em seus pactos matrimoniais deixassem de ser negócios de família pelo evento morte, ou, dito de outra forma, como se a morte apagasse todos os interesses projetados para a constância e para a transcendência do relacionamento²²³.

²²¹ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 111.

²²² CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 140-141.

²²³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 357.

Interessante critério para a definição dos concretamente vulneráveis ou necessitados que teriam direito efetivo à legítima foi apresentado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas. Para as citadas autoras, “vulnerabilidade, no âmbito sucessório, é conceito que se refere às pessoas impossibilitadas de obter sustento próprio, seja em decorrência de idade ou de deficiência”²²⁴.

Seguindo as acertadas críticas ao instituto em comento, Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas apresentam sugestões fundamentadas que descortinam interessantes ponderações sobre a amplitude do debate que precisa ser feito em torno da revisão da legítima:

Nessa perspectiva, e em atenção à importância de se adotar sistema que preze igualmente pela segurança jurídica do sistema sucessório, afigura-se indispensável lançar mão de critérios objetivos para a identificação daqueles que devem merecer a proteção da legítima. [...]

Ponto sólido, nesse contexto, parece ser a necessidade de garantir aos filhos menores a qualificação de herdeiros necessários. Tal imposição decorre diretamente da Constituição e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que impõem à família o dever de assistência e amparo aos menores. Ademais, presume-se que tais filhos dependam economicamente dos pais – simplesmente porque é isso que acontece com mais frequência na realidade dos fatos –, sendo possível, ainda, cogitar-se de uma extensão da condição de herdeiro necessário até os 24 anos, em analogia ao que ocorre com alimentos. Aliás, as premissas acima traçadas aproximam, de modo geral, o Direito Sucessório da disciplina dos alimentos, essa sim transformada e retransformada ao longo das últimas décadas em atenção à efetiva realização de uma solidariedade familiar, fundada em assistência aos efetivamente necessitados.

Paralelamente, a funcionalização da legítima impõe a adoção de sistema que garanta a condição de herdeiro necessário aos filhos com deficiência. Também aqui há certa imposição normativa, que se extrai quer da disciplina da incapacidade no Código Civil [...], quer do Estatuto da Deficiência. Ademais, o estado de dependência econômica é presumido diante do que habitualmente acontece. [...]

Também os ascendentes idosos – maiores de 60 anos conforme a Lei 10.741, de 2003 [...] – atrairiam a condição de herdeiros necessários. É dever da família, conforme o art. 3º do Estatuto do Idoso assegurar a realização de seus direitos fundamentais e a manutenção de sua vida digna.

Chega-se, enfim, à situação do cônjuge e do companheiro, objeto das mais acesas controvérsias no direito brasileiro. Também aqui o critério da necessidade econômica se impõe, permitindo presumir a necessidade econômica do cônjuge que, não dispondo de remuneração capaz de sustentar padrão de vida digno, seja privado da meação ou da sucessão pelo regime de bens aplicável. O mesmo critério se aplica, por analogia, ao companheiro.

Ter-se-ia, em suma, o seguinte rol de herdeiros necessários: (a) filhos menores; (b) filhos maiores incapazes ou com deficiência; (c) ascendentes idosos; (d) cônjuge ou companheiro que não tenha condições econômicas de manter seu

²²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. **Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 84.

padrão de vida e não tenha sido contemplado com meação. Registre-se que tais personagens teriam direito sobre a legítima, mas não um direito absoluto, cabendo a qualquer outro herdeiro a faculdade de contestar sua pretensão, demonstrando a ausência de necessidade econômica, ou seja, desconstituindo a presunção legal de natureza relativa²²⁵.

Nota-se que os autores citados apresentam interessante analogia com os alimentos, que há muito consagraram a necessidade como um dos critérios norteadores para a sua definição. Apesar de funcionar em um país cujo sistema sucessório é de ampla liberdade de testar, é interessante apontar que essa solução análoga a dos alimentos é aplicada, há muito, na Inglaterra, respeitadas todas as enormes diferenças entre os países. A autonomia do testador, apesar de não ser absoluta, é a regra naquele país, existindo, pois, a figura do *family provision*.

Gustavo Henrique Baptista Andrade explica que não há herança forçada na Inglaterra, mas sim uma “previsão de normas que outorgam a determinadas categorias de legitimados” - não necessariamente herdeiros -, a possibilidade de ser pedido ao Judiciário uma espécie de alimentos, ou provisão para suprir as necessidades da pessoa que supostamente se encontra em situação de necessidade. Nota-se que, resguardadas as diferenças entre os sistemas jurídicos, o direito sucessório inglês conseguiu, de forma efetiva e valendo-se de critérios objetivos e vinculados à necessidade do postulante, valer-se de uma efetiva solidariedade²²⁶.

Desse modo, o sistema sucessório inglês privilegia a autonomia privada do sucedido, sem deixar de observar uma verdadeira solidariedade familiar. O fato de não se engessar um percentual previamente estabelecido permite ao Poder Judiciário daquele país apreciar, dentro das suas regras próprias, o binômio necessidade e possibilidade, ou seja, permite uma verdadeira funcionalização do direito sucessório à realidade concreta das partes envolvidas.

Nesse mesmo sentido, compatibilizando a ideia acima com a adequada ponderação entre solidariedade privada e autonomia privada, Isabela Farah Valadares e Walsir Edson Rodrigues Júnior apontam interessante sugestão:

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

²²⁵ SCHREIBER, Anderson. VIÉGAS, Francisco Assis. **Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 19, 2019.

²²⁶ 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. 107.

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 testador²²⁷.

Apesar da robustez das críticas doutrinárias, o Código Civil continua “equivocadamente presumindo, que a genérica proteção aos interesses da família do *de cujus* com a reserva de 50% do patrimônio hereditário será sempre suficiente para atender aos fundamentos e funções constitucionais da herança”²²⁸.

Sobre a relação entre autonomia privada e a efetiva solidariedade familiar, ensina Raphael Carminate:

Assim sendo, ao se fundar a legítima em presunções absolutas de necessidade por parte daqueles elencados como herdeiros necessários, não se está a respeitar a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este pode vir a sofrer limitações a sua liberdade de testar sem a correspondente justificativa na proteção aos membros de sua entidade familiar.

É possível, contudo, compatibilizar a legítima com a autonomia privada do testador. Para tanto, não se pode perder de vista o fato de que a autonomia, enquanto direito e garantia fundamental, somente poderá ser limitada para a realização de algum outro valor igualmente tutelado pela Constituição, que no caso concreto continuaria a ser a proteção integral à família. Proteção, esta, a ser conferida a quem, de fato, dela necessite.

Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários. Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.²²⁹

A legítima somente encontrará seu fundamento e razão de ser na necessária conciliação entre a autonomia privada do proprietário dos bens e a proteção à família²³⁰,

²²⁷ 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.

²²⁸ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. *civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021, p. 27. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 02 jan. 2024.

²²⁹ CARMINATE, Raphael Furtado. **A Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo**. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 141.

²³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

proteção essa que deve pautar-se, contudo, em critérios de necessidade efetivos e concretos. Nesse sentido:

É coerente, portanto, garantir a legítima como meio de proteção àqueles que precisam no caso concreto, e que assim possuem interesses legítimos capazes de serem opostos à liberdade de testar do autor da herança. É preciso, então, deixar de lado a presunção absoluta de que toda a família necessita de proteção, sem considerar as características pessoais dos que a compõe²³¹.

Assim, segundo os autores, somente seria possível a imposição de limites à autonomia privada quando estes fossem absolutamente “indispensáveis a garantir aos herdeiros necessários condições de sobrevivência com dignidade, compatibilizando, assim, a proteção à família e a autonomia privada do testador à luz dos preceitos atuais”²³².

Nas palavras de Raphael Rego Borges Ribeiro, “se reflexões profundas não são feitas, a norma ruim continua em vigor ou porque as pessoas não percebem que ela é inadequada, ou porque não visualizam possibilidades concretas de mudança”²³³.

No presente caso, a impressão percebida é de que falta um maior interesse do Legislativo em atender às críticas doutrinárias que, apesar de não serem unânimes ou mesmo majoritárias, direcionam-se cada vez mais no sentido de ser o atual sistema de legítima brasileiro totalmente inadequado e disfuncional.

Desse modo, como bem explica Gabriela Mascarenhas Lasmar, ao ser imposta a exigência de manter-se reservado 50% dos bens do autor da herança para os seus herdeiros necessários, o legislador “permite que ele exerça sua autonomia privada em apenas 50% do seu patrimônio”²³⁴, sem, contudo, trazer qualquer critério efetivo e legítimo baseado em uma verdadeira solidariedade familiar.

Sem critérios objetivos, não é lícita qualquer limitação à autonomia do testador, que se vê tolhido no seu direito à liberdade sem que, no mais das vezes, exista qualquer

²³¹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo; SILVA, Mirelle Stéfani da. **A sucessão legítima: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador**. Revista dos Tribunais, n. 1014, p. 69-86, abr. 2020.

²³² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo; SILVA, Mirelle Stéfani da. **A sucessão legítima: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador**. Revista dos Tribunais, n. 1014, p. 69-86, abr. 2020.

²³³ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021, p. 39. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 02 jan. 2024.

²³⁴ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 129.

necessidade concreta por parte dos seus sucessores necessários. Não parece condizente com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Privado, porém, que haja limitação à autonomia privada sem um motivo efetivamente relevante.

Destaque-se, por fim, que está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 3799/2019, de autoria da Senadora Soraya Thronicke. Referido projeto propõe algumas alterações no Direito das Sucessões. Em relação à legítima, a alteração não parece suficiente, apesar de representar, certamente, um primeiro passo no sentido de ser modernizado o Livro V do Código Civil.

No caso específico do tratamento dado à legítima, não há na citada proposta qualquer alteração do seu percentual, que permaneceria correspondendo à metade dos bens da herança. O que houve foi a criação de dois novos parágrafos para o artigo 1.846, prevendo, caso do primeiro parágrafo, a destinação de $\frac{1}{4}$ (um quarto) da legítima aos herdeiros com vulnerabilidade, está definida no segundo parágrafo. Pela redação proposta no Projeto de Lei, assim ficaria a redação completa do citado artigo:

Art. 1.846.
 § 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade.
 § 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas²³⁵.

Como se vê, apesar de representar um nítido avanço, eis que prevê destinação de parte da reserva legítima para os herdeiros vulneráveis e define, logo na sequência, quem seriam esses possíveis herdeiros, não houve, de fato, uma funcionalização adequada da legítima, eis que fora mantida a retrógrada e ineficiente previsão de um percentual fixo reservado aos herdeiros necessários.

Alteração elogiável, contudo, é a proposta de alteração dos herdeiros necessários. De acordo com o citado projeto, a redação do artigo 1.845 seria alterada, excluindo-se do

²³⁵ BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 3799, de 2019.** Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

seu rol o companheiro. Desse modo, permaneceriam como herdeiros “necessários os descendentes e os ascendentes”²³⁶.

Nesse mesmo sentido, em 2023 foi criada uma comissão de juristas responsável pela revisão e alteração do Código Civil. Referida comissão foi criada por meio de Ato do Presidente do Senado (ATS) nº 11, de 2023²³⁷.

Não obstante seja louvável a iniciativa, aparentemente as alterações propostas não atendem às críticas que vem sendo elaboradas pela doutrina mais especializada, de modo que, pela redação do Relatório Final dos trabalhos da comissão de juristas, manteve-se inalterado o percentual da legítima e, salvo pequenas alterações de redação, foi reproduzida, em parte, a ideia apresentada na redação proposta no Projeto de Lei nº 3799/2019. Segue a redação proposta pela comissão de juristas:

Art. 1.846.

Parágrafo único. O testador, se quiser, poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes²³⁸.

Nota-se, portanto, que as incursões doutrinárias sobre a matéria têm, ainda que a passos lentos, surtido algum efeito, de modo que o Congresso Nacional foi devidamente acionado para apreciar o citado projeto de lei que, atualmente, encontra-se aguardando a designação de um relator. Do mesmo modo, a comissão de juristas criada para revisar e atualizar o Código Civil de 2002 também propôs, como visto acima, tímida alteração em relação à legítima, restando aguardar, contudo, a apreciação do relatório pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, na esperança de que sejam incluídas alterações mais substanciais e condizentes com a atual realidade do Direito Privado.

3.4. Breves contornos dos sistemas sucessórios na legislação estrangeira e sua relação com a legítima

²³⁶ BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 3799, de 2019.** Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

²³⁷ BRASIL. **Senado Federal. Ato do Presidente do Senado nº 11, de 2023.** Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1713537885786&disposition=inline>>. Acesso em: 04 jan. 2024.

²³⁸ BRASIL. **Senado Federal. Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.** Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

Antes que apresentar os sistemas sucessórios que existem atualmente, algumas considerações preliminares precisam ser apresentadas. Sistemas sucessórios nada mais são do que as matrizes de interpretação e tratamento do Direito Sucessório, variando estas matrizes conforme o local da sua aplicação, sua forma de colonização, seu nível de desenvolvimento socioeducacional e os costumes desenvolvidos ao longo dos séculos.

É interessante apresentar realidades jurídicas existentes em outros países em matéria sucessória, até para que seja possível ter parâmetros de comparação e, também, um norte que pode ser seguido e, quem sabe, implementado no Brasil.

Feita a breve introdução, os três grandes sistemas sucessórios contemporâneos são: o sistema clássico; o sistema de ampla liberdade; e o sistema intermediário. É necessário ressaltar que esses sistemas sucessórios são abertos e variáveis. Em outras palavras, dois países distintos podem estar vinculados ao sistema sucessório clássico, mas ter diferenças significativas nas suas respectivas normas regulamentadoras.

O sistema clássico, primeiro citado, é marcado por uma rígida limitação à liberdade de testar, uma vez que determina de forma expressa e cogente que os herdeiros necessários têm direito a uma quota legítima, ou seja, parte do patrimônio do autor da herança está, obrigatoriamente, destinada a esses herdeiros especialmente classificados, independentemente da vontade do titular dos bens.

Como apontado, mesmo no sistema clássico existem significativas variações de país para país. A legítima em Portugal, por exemplo, existe, mas é variável a depender do número de filhos do autor da herança. No Brasil, como visto, a reserva legítima é sempre fixa e equivale à metade dos bens do *de cujus*, nos termos do art. 1.846²³⁹ do Código Civil.

Sobre o tema, explicam Walsir Edson Rodrigues Júnior e Pollyanna Thays Zanetti:

No sistema clássico, a liberdade de testar do indivíduo é limitada pela existência de herdeiros necessários a quem a lei resguarda uma porção da herança, a legítima. Nos países que adotam esse sistema sucessório clássico, a quota legítima poderá ser fixa – como é o caso do Brasil –, ou variável, a depender do número de filhos deixados pelo *de cujus*, como ocorre em Portugal. Ainda, em alguns sistemas decorrentes do direito espanhol, é possível verificar uma divisão da quota legítima entre legítima estrita e *mejora*, sendo a primeira a parte que deve ser igualmente dividida entre todos os legitimários,

²³⁹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 03 dez. 2023).

e a segunda a parte de que o testador poderá dispor livremente entre os herdeiros necessários²⁴⁰.

O segundo sistema é o que se manifesta por meio de uma ampla liberdade de testar. Nesse sistema vige uma ampla liberdade testamentária, podendo o autor da herança dispor de seus bens em favor de quem desejar. Nesse caso, percebe-se muito claramente a influência das ideias liberais, predominantemente capitaneadas pelo direito anglo-saxão, mas certamente não restritas a ele. A título de exemplo, além da Inglaterra, berço desse sistema de ampla liberdade, e dos Estados Unidos, seu maior expoente, outros países da América do Norte e da América Central adotam esse sistema, a exemplo do México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá²⁴¹.

Por ser informação indispensável, ressalta-se que foi utilizada a palavra “ampla”, e não “absoluta”. Isso porque, mesmo no sistema de ampla liberdade, em regra existe a possibilidade de serem instituídos alimentos em favor do cônjuge e de determinadas pessoas, não necessariamente parentes, desde que esses comprovem a necessidade²⁴².

Por fim, o último grande sistema sucessório contemporâneo é o denominado sistema intermediário. Como o próprio nome sugere, a ideia desse sistema é resguardar a mais ampla liberdade sucessória ao autor da herança, privilegiando, com isso, o pleno exercício da sua autonomia privada, mas, ainda assim, garantindo a determinados herdeiros, em caso de presunção ou comprovação de necessidade, o direito à quota legítima.

Vê-se, portanto, que o sistema intermediário tenta compatibilizar, na maior medida possível, a ampla liberdade de testar e a proteção de determinados parentes que, por qualquer motivo, possam se ver em situação de penúria em razão do falecimento do autor da herança, em razão, por exemplo, de uma idade muito avançada, de alguma deficiência física ou intelectual incapacitante, enfim, em razão de alguma vulnerabilidade que, em razão da sua gravidade, justifique a limitação à autonomia do *de cujos* em favor da sua proteção e dignidade humana.

²⁴⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. **Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022, p. 94-95.

²⁴¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. **Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022, p. 96.

²⁴² RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. **Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022, p. 96.

Todos os três sistemas sucessórios apresentados acima sofrem constantes críticas da doutrina. Nenhum sistema é perfeito, por mais que se esforce para atender plenamente aos anseios e necessidades dos seus jurisdicionados.

De todo modo, é perceptível que, dentro da atual ideia de respeito à autonomia privada, a funcionalização da legítima, proposta por parte da doutrina que critica o seu atual formato, parece bastante convergente com o que hoje é aplicado tanto nos países que valem-se do sistema clássico, quanto nos que aplicam o sistema intermediário, melhor refletindo, portanto, os anseios de que haja um equilíbrio entre a autonomia privada e as limitações à liberdade de testar, estas, somente possíveis em casos de presunção de vulnerabilidade ou comprovada necessidade.

4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O presente capítulo destina-se, como se infere pela leitura do seu título, ao estudo da sucessão testamentária. Antes de ser apresentado o conteúdo objeto deste capítulo, importa consignar, desde já, que o estudo sobre a sucessão testamentária não será exaurido, uma vez que apenas serão abordados os temas que guardam estrita conexão com o recorte temático proposto neste trabalho.

Como apontado anteriormente, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”²⁴³, conforme disposição expressa contida no artigo 1.786 do Código Civil de 2002. Há no ordenamento brasileiro, portanto, a coexistência da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

Depreende-se da leitura atenta do citado artigo que ao autor da herança são facultadas duas possibilidades: determinar, por meio de ato próprio, a disposição dos seus bens, valendo-se, nesta hipótese, da sucessão testamentária, tema que será adequadamente explorado neste capítulo; ou deixar que os bens sejam destinados aos herdeiros conforme determina a lei, hipótese em que vigorarão as regras da sucessão legítima (*ab intestato*), tema devidamente abordado no capítulo anterior. Como bem explicam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias²⁴⁴, o ordenamento brasileiro “reconhece uma duplicidade de possibilidades sucessórias. Procurando conciliar a *autonomia privada* e a *especial proteção da família* (CF, art. 226), consagra-se um sistema dual sucessório”.

Clóvis Beviláqua²⁴⁵ pontua que a “vocação hereditária resulta da disposição da lei ou da vontade humana. No primeiro caso, temos a sucessão legítima, e, no segundo, a testamentária ou contratual”.

Apresentando brevemente o que entende ser a sucessão testamentária, explica Zeno Veloso:

A sucessão testamentária (que, em última   n  lise, também    prevista em lei e nesse sentido, é igualmente legítima) toma por base as disposições de última vontade feitas em testamento pelo autor da herança. Não é, exatamente, como alguns dizem, a vontade de um morto que se vai cumprir. Morto não tem

²⁴³ BRASIL. **Lei n   10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9   ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.416.

²⁴⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5   ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 19.

vontade. Trata-se da vontade de um vivo, para depois da morte. A vontade foi do vivo; os efeitos ocorrem com o falecimento dele²⁴⁶.

Apesar de a denominação prevalente na doutrina ser sucessão testamentária, é importante pontuar que o testamento não é a única forma de manifestação das disposições de última vontade, estando presente em nosso ordenamento, também, o codicilo.

Caio Mário da Silva Pereira conceitua a sucessão testamentária nos seguintes termos, diferenciando-a e relacionando-a com a sucessão legítima:

Em linhas gerais, podemos remontar ao conceito acima enunciado (nº 438, *supra*), para definir a sucessão testamentária como aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo o instrumento (novo Código Civil, arts. 1.788 e 1.789). Em contraposição, diz-se legal ou legítima a sucessão que obedece exclusivamente ao imperativo da lei, seja por não haver, seja por não prevalecer o testamento. E como as duas modalidades podem coexistir, poderá uma sucessão ser legal na parte em que não existam ou não prevaleçam as disposições de última vontade, e testamentária na parte em que a estas obedece²⁴⁷.

No mesmo sentido, e incorporando em sua explicação a importante informação de que a disposição testamentária é corolário do direito de propriedade, explica Maria Helena Diniz:

A disposição de bens por testamento é um corolário do direito de propriedade, como assevera Silvio Rodrigues, pois a norma jurídica completa a extensão desse direito, permitindo a seu titular, com uma amplitude maior ou menor, ditar o destino de seus bens após o seu falecimento, sendo-lhe lícito: dispor de parte de seu patrimônio ou da sua totalidade, na falta de herdeiros necessários; instituir herdeiro ou distribuir os bens em legados; gravar os bens de cláusulas restritivas, mesmo quanto às legítimas; possibilitar a substituição do favorecido²⁴⁸.

Por fim, afirmam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias²⁴⁹ que “o fundamento essencial da *sucessão testamentária* é a *autonomia privada*, marca registrada

²⁴⁶ VELOSO, Zeno. Testamento – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONALA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das sucessões e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 117-179.

²⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

²⁴⁸ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

²⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.416.

dos negócios jurídicos como um todo, como decorrência inexorável da liberdade – que é núcleo duro da dignidade humana”.

4.1. Testamento e codicilo: capacidade, conceito, considerações relevantes, formas e principais características

O testamento é, nas palavras de Carlos Maximiliano²⁵⁰, “um ato unilateral, de última vontade, gratuito e solene, contendo disposições patrimoniais ou providências de caráter pessoal ou familiar, exequíveis depois da morte do prolator”.

A título de comparação, é importante mencionar que diferentemente do Código Civil de 1916, o atual código não trouxe em seu bojo o conceito de testamento, limitando-se a determinar em seu artigo 1.857 que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”²⁵¹.

Arnoldo Wald, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti e Marcus Vinícius Vita Ferreira apresentam o seguinte conceito de testamento:

Conceito: é “negócio jurídico *causa mortis* segundo o qual uma pessoa – denominada testador – dispõe sobre seu patrimônio, no todo ou em parte, para após a sua morte, e/ou realiza outras disposições de natureza não patrimonial com eficácia pendente de seu falecimento”²⁵².

Caio Mário da Silva, por sua vez, apresenta um conceito sucinto de testamento, elaborado ainda na vigência do Código Civil de 1916: “testamento é ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade”²⁵³.

Maria Helena Diniz, por sua vez, apresenta um conceito bastante amplo de testamento, elencando, para além das disposições patrimoniais, vários exemplos de disposições de caráter não patrimonial:

²⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p. 351-352.

²⁵¹ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁵² WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; FERREIRA, Marcus Vinícius Vita. **Direito das sucessões**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 144.

²⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177.

Testamento é o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, caput), do seu patrimônio, mas também faz estipulações: a) extrapatrimoniais (CC, art. 1.857, § 2º), tais como: reconhecimento de filhos não matrimoniais (CC, art. 1.609, III); nomeação de tutor para o filho menor (CC, arts. 1.634, IV, e 1.729, parágrafo único; ECA, art. 37, com redação da Lei n. 12.010/2009) ou de testamentário (CC, art. 1.976); disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC, art. 14); permissão ao filho órfão para convolar núpcias com o tutor (CC, art. 1.523, IV); reabilitação de indigno (CC, art. 1.818); deserdação de herdeiro (CC, art. 1.964); determinação sobre funeral; ou b) patrimoniais, como: recomendação sobre o cumprimento de obrigações do testador; constituição de renda (CC, art. 803); estabelecimento de condomínio por unidades autônomas (Lei n. 4.591/64, art. 7º); instituição de fundação (CC, art. 64); substituição de beneficiário na estipulação em favor de terceiro (CC, art. 438, parágrafo único); imposição de cláusulas restritivas (CC, art. 1.848). São, portanto, admitidas as disposições extrapatrimoniais de caráter pessoal e familiar, que podem vir juntamente com as patrimoniais sob a forma de cláusula, ou esgotar inteiramente a declaração do testador, hipótese em que o testamento terá apenas essa finalidade. Logo, serão também válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, mesmo que o testador apenas a elas se tenha limitado (CC, art. 1.857, § 2º)²⁵⁴.

Após apresentarem os conceitos trazidos por Clóvis Beviláqua, Roberto de Ruggiero e Maria Helena Diniz, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias trazem a seguinte conclusão conceitual:

A simples – e ainda que perfunctória – leitura das lições doutrinárias conduz, com mãos seguras, à conclusão de que o testamento é negócio jurídico (e, como tal, marcado pela revogabilidade) personalíssimo de manifestação da autonomia privada, pelo qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois do seu óbito e, por igual, declara outras vontades de natureza econômica ou não²⁵⁵.

Dentro dos conceitos apresentados, o ponto que demanda maior esclarecimento diz respeito às disposições não patrimoniais. Isso porque, sabe-se que é no testamento – e para algumas hipóteses específicas, no codicilo – que o autor da herança pode, caso seja sua vontade, destinar todo ou parte do seu patrimônio a quem lhe convier, respeitadas, obviamente, as limitações impostas por lei.

Ocorre que a compreensão das disposições de conteúdo não patrimonial não é tão simples, sendo viável, portanto, apresentar alguns exemplos previstos no próprio Código Civil, alguns deles mencionados no conceito apresentado por Maria Helena Diniz. É possível ao testador, por exemplo, reconhecer eventuais filhos (art. 1.609, III do Código

²⁵⁴ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6.** Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

²⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões.** 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.422.

Civil²⁵⁶); dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos (art. 14 do Código Civil²⁵⁷); deserdar herdeiro necessário (art. 1.961 do Código Civil²⁵⁸); instituir bem de família (art. 1.711 do Código Civil²⁵⁹); e nomear tutor para um filho menor em caso de ulterior orfandade deste (art. 1.729, parágrafo único, do Código Civil²⁶⁰).

Como se vê, é por meio do testamento que o autor da herança não apenas destina todo ou parte do seu patrimônio, mas também se manifesta expressamente sobre vários outros aspectos igualmente relevantes, não necessariamente de caráter patrimonial. Trata-se, portanto, de documento que se presta, em última análise, ao registro da vontade do autor da herança como expressão última da sua autonomia privada.

O primeiro ponto a ser observado diz respeito à capacidade testamentária, que pode ser ativa ou passiva. Desse modo, nota-se que “a primeira diz respeito aos que podem dispor por testamento; a segunda indica os que podem adquirir por testamento”²⁶¹.

O Código Civil, por opção do legislador, tratou da capacidade de testar de modo residual ou, em outras palavras, por meio de texto que não apresenta, diretamente, as pessoas que gozam da legitimidade ativa, mas, ao contrário, define expressamente aquelas pessoas que não possuem a capacidade de testar. Assim define o artigo 1.860 do Código Civil:

²⁵⁶ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: (...) III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁵⁷ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁵⁸ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁵⁹ Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁶⁰ Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 234.

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento²⁶².

Verifica-se, portanto, que o Código Civil não autoriza que os incapazes e aqueles que não gozam de pleno discernimento possam testar. Assim, aqueles que não constam no rol dos que não dispõe da capacidade testamentária ativa podem testar, em razão da expressa redação do artigo. Importante ressalva foi feita no parágrafo único do artigo 1.860, que expressamente prevê a capacidade testamentária ativa aos maiores de dezesesseis anos.

Várias discussões envolvem a questão da capacidade testamentária ativa, especialmente em razão das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015). Por não ser objeto central deste trabalho, as discussões envolvendo a matéria não serão apresentadas.

Pontue-se, por fim, que conforme interpretação do artigo 1.861 do Código Civil²⁶³, a capacidade testamentária é aferida “no momento em que se redige ou elabora o testamento”²⁶⁴.

Em relação à capacidade testamentária passiva, esclarecem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Possuem legitimação para suceder, genericamente, as pessoas nascidas ou já concebidas, a partir da fórmula do art. 1.798 do Código de 2002. No entanto, em se tratando de sucessão testamentária, há uma ampliação do rol de legitimados para suceder, procurando garantir o império da autonomia privada do testador, permitindo-lhe dispor do patrimônio em favor de quem queira. Assim, no âmbito da sucessão testamentária, há uma legitimação sucessória complementar, também sendo reconhecida a legitimação sucessória (restrita ao testamento, para receber herança ou legado) em favor da prole eventual, das pessoas jurídicas já existentes e das pessoas jurídicas a serem constituídas com o patrimônio transmitido (ou seja, as fundações)²⁶⁵.

²⁶² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁶³ Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 245.

²⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.446.

As disposições que autorizam essa ampliação do rol dos sucessíveis via testamento encontram-se no artigo 1.799 do Código Civil:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II – as pessoas jurídicas;
III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação²⁶⁶.

O testamento, como ato solene que é, apresenta características únicas, que serão tratadas de forma individualizada, mas breve, nos próximos parágrafos. Cite-se, já antecipando as características do testamento, que se trata de negócio jurídico; revogável a qualquer tempo; personalíssimo; unilateral; gratuito; com eficácia *post mortem*; e com formalidades previstas em lei²⁶⁷.

A primeira característica do testamento é que se trata de um negócio jurídico. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de declaração de vontade destinada à produção dos efeitos jurídicos desejados pelo testador, caracterizando-se, pois, como negócio jurídico²⁶⁸.

O testamento é essencialmente um documento revogável, conforme expressamente previsto no artigo 1.969 do Código Civil²⁶⁹. Dessa forma, qualquer cláusula que proíba a revogação do testamento é inválida, eis que o direito de revogar o documento é irrenunciável. Trata-se de característica intrínseca do testamento, de modo que o testador sequer é obrigado a declinar qualquer motivo ou justificativa para revogá-lo, seja total ou parcialmente.

Contudo, como bem aponta Carlos Roberto Gonçalves, existe uma exceção ao princípio da revogabilidade do testamento: a impossibilidade de revogar eventual

²⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.431.

²⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177.

²⁶⁹ Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, nos exatos termos do artigo 1.609, III do Código Civil²⁷⁰.

Pontue-se, por fim, que é a última vontade manifestada pelo testador que deve ser respeitada e cumprida. Desse modo, caso existam vários testamentos elaborados com datas distintas, vale o disposto no último deles, considerando-se revogados os anteriores, salvo se o último deles se destinar à eventual complementação de testamento anterior, hipótese em que ambos serão considerados válidos e eficazes.

Caracteriza-se, ainda, por ser negócio jurídico personalíssimo, ou seja, privativo do autor da herança. Em outras palavras, somente o próprio titular do patrimônio tem o direito de sobre ele deliberar para depois de sua morte. A redação do artigo 1.858 do Código Civil²⁷¹ expressa claramente esta primeira característica.

Não se admite, portanto, que o testamento seja elaborado por representante, ainda que este seja constituído por instrumento público e com poderes especiais para tanto, uma vez que o documento será nulo de pleno direito, por expressa violação de texto legal²⁷².

Cite-se, por fim, que o caráter personalíssimo – e unilateral – do testamento impede, também, que haja a elaboração conjunta de um único testamento por duas ou mais pessoas, o denominado testamento conjuntivo. Referida vedação consta expressamente no art. 1.863 do Código Civil²⁷³, e inclui as hipóteses de testamento conjuntivo simultâneo, recíproco ou correspectivo. Sobre o tema, a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

É proibido (art. 1.863) o testamento *conjuntivo* (*de mão comum ou mancomunado*), feito por duas ou mais pessoas, seja *simultâneo* (disposição conjunta em favor de terceira pessoa), *recíproco* (instituído benefícios mútuos) ou *correspectivo* (disposições em retribuição de outras correspondentes). Justifica-se a proibição porque tais disposições constituem espécies de pacto sucessório e contrariam uma característica essencial do testamento, que é a revogabilidade²⁷⁴.

²⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 233.

²⁷¹ Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.431.

²⁷³ Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

²⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 231.

Zeno Veloso esclarecia, contudo, que não há impedimento algum para que um terceiro, seja ele um tabelião, um advogado ou outra pessoa da confiança do testador, redija o documento a seu pedido e seguindo as suas expressas orientações, desde que a participação seja desinteressada, honesta e normal, sem qualquer interferência na vontade exclusiva do autor da herança²⁷⁵. Este também é o entendimento externado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias²⁷⁶.

Trata-se, ainda, de negócio jurídico unilateral, ou seja, “aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador”²⁷⁷. Como bem elucidam Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles, não há acordo de vontades no testamento, sendo certo que o aceite ou não do benefício testamentário pelo herdeiro ou legatário em nada prejudica a unilateralidade do ato²⁷⁸.

Nesse sentido, bem esclarece Caio Mário Pereira da Silva:

A aceitação da herança ou do legado não contraria a unilateralidade, que é matéria de ordem pública. A aceitação ocorre ulteriormente à abertura da sucessão, não influenciando na feitura nem na eficácia do testamento. A distinção é bem nítida, se se atentar em que uma aceitação nula não contamina um testamento válido, da mesma sorte que uma aceitação eficaz não convalesce um testamento nulo²⁷⁹.

É, ainda, negócio jurídico gratuito ou benéfico, já que não prevê qualquer vantagem ou contrapartida em favor do testador. Como bem lembram Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, como se trata de “negócio jurídico gratuito, sobreleva a lembrança da incidência da regra da *interpretação restritiva dos negócios gratuitos*, estampada no art. 114 do Código Civil”²⁸⁰. Ressalte-se que a simples existência de encargos no testamento não afasta a sua gratuidade.

O testamento é, ainda, negócio jurídico com eficácia *post mortem*, ou seja, trata-se de negócio que não produz qualquer efeito enquanto for vivo o autor da herança.

²⁷⁵ VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 30.

²⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.432.

²⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 230.

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 125.

²⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 178.

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.433.

Apenas após o falecimento do testador é que os seus efeitos são produzidos, havendo, antes do advento do evento morte, mera expectativa de direito²⁸¹.

A solenidade também é característica fundamental dos testamentos, uma vez que o documento somente será válido se forem observadas as formalidades legais. A indispensabilidade do preenchimento dos requisitos impostos pela lei decorre da importância e da seriedade do documento, que gerará efeitos apenas após a morte do testador.

Desse modo, a obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos busca garantir, em primeiro lugar, a sua autenticidade, mas também, resguardar a liberdade do testador, assegurando-se, com as devidas cautelas, que é a sua vontade exclusiva que estará documentada. Como bem aponta Maria Helena Diniz, “esse requisito formal é *ad substantiam* e não *ad probationem*”²⁸².

Carlos Roberto Gonçalves, reforçando essa ideia da indispensabilidade do preenchimento das formalidades previstas na lei, complementa que essas formalidades não podem “ser postergadas, sob pena de nulidade do ato”²⁸³.

No mesmo sentido, explicam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, apresentando, ainda, pequena ressalva quanto à corrente doutrinária que defende a mitigação desse rigor legal:

É também um ato solene, uma vez que para a sua elaboração impõe o legislador inúmeras formalidades, que não podem ser descumpridas sob pena de nulidade. Dessa forma, temos que o testamento só adquire validade quando elaborado rigorosamente em observância aos dispositivos legais. “Destina-se esse formalismo a proteger a veracidade e a realidade do ato”. Entre estas, existe a necessidade da lavratura do ato, para que este se cumpra. Há, entretanto, uma corrente doutrinária que despreza o rigorismo das exigências compendiadas na lei, em matéria de testamento, para submetê-las a um critério de realidade, que denuncie com exatidão os intuitos do testador²⁸⁴.

Apresentadas as características do testamento, importa mencionar, sem adentrar profundamente no tema, que existem várias formas de testamento, sendo estas

²⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.433.

²⁸² DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6.** Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

²⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 232.

²⁸⁴ MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões.** Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>. Acesso em: 26 set. 2023.

subdivididas em duas categorias: as formas ordinárias e as formas especiais de testamento. O detalhamento das peculiaridades de cada forma de testamento não interessa ao presente trabalho, mas mostra-se relevante uma breve menção de cada uma delas.

As formas ordinárias de testamento são: o testamento público (artigos 1.864 a 1.867 do Código Civil); o testamento cerrado (artigos 1.868 a 1.875 do Código Civil); e o testamento particular (artigos 1.876 a 1.880 do Código Civil). As formas especiais, por sua vez, são: testamento marítimo e testamento aeronáutico (artigos 1.888 a 1.892 do Código Civil); testamento militar (artigos 1.893 a 1.896 do Código Civil); e testamento vital ou biológico. Serão apresentados, abaixo, os conceitos e os requisitos formais de cada um deles, sem o exaurimento de cada um individualmente.

Antes de adentrar, todavia, no conceito de cada forma de testamento, é importante deixar claro que é de livre escolha do testador a forma pela qual será realizado o seu testamento, sendo que todas elas produzem efeitos idênticos, não havendo, pois, uma hierarquia ou prevalência de uma forma sobre a outra.

Como bem explicam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, o testamento público é aquele “lavrado pelo tabelião, ou seu substituto, no livro de notas, contendo a declaração de vontade do testador, manifestada em presença do mesmo oficial e de duas testemunhas”²⁸⁵.

Nos exatos termos do artigo 1.864 do Código Civil, são requisitos essenciais do testamento público:

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I – ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II – lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III – ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma”²⁸⁶.

²⁸⁵ MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>. Acesso em: 26 set. 2023.

²⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

O testamento cerrado é, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Testamento *cerrado*, *secreto* ou *místico*, outrora também chamado de *nuncupação implícita*, é o escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo e por aquele assinado, com caráter sigiloso, completado pelo instrumento de aprovação ou autenticação lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal, em presença do disponente e de duas testemunhas idôneas²⁸⁷.

Conforme previsão expressa do artigo 1.868 do Código Civil, devem ser observadas as seguintes formalidades para a validade dessa modalidade de testamento:

Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I – que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II – que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III – que o tabelião lave, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV – que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas²⁸⁸.

Já o testamento particular, aberto ou hológrafo é, nas palavras de Maria Helena Diniz, “o escrito e assinado pelo próprio testador, e lido em voz alta perante 3 testemunhas idôneas, que também o assinam (CC, art. 1.876, §§ 1º e 2º)”²⁸⁹.

Conforme previsão do artigo 1.876 do Código Civil, são requisitos indispensáveis do testamento particular:

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

²⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 270-271.

²⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁸⁹ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão²⁹⁰.

Passando à conceituação das formas especiais de testamentos, é necessário a pontar que o que caracteriza essa especialidade não é apenas o meio físico no qual a manifestação de vontade será inserida, mas sim a situação do testador que, naquele dado momento, não pode recorrer às formas ordinárias de testar.

Sobre o testamento marítimo e aeronáutico, bem explicam Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vancelau Meireles:

Nem sempre será possível recorrer às formas ordinárias do testamento. Por essa razão, o legislador prevê formas testamentárias especiais destinadas àquelas pessoas que se encontram em situações nas quais não lhes é possível se valer de uma das formalidades ordinárias para a lavratura do ato de última vontade. Entre tais situações encontra-se a viagem a bordo de navio nacional, comercial ou de guerra, bem como a bordo de aeronave, militar ou comercial. No primeiro caso, haverá a lavratura do testamento marítimo, perante o comandante, na presença de duas testemunhas, sendo realizado o registro do ato de última vontade no registro de bordo (CC, art. 1.888). Já no segundo caso, lavrar-se-á o testamento aeronáutico, que deve observar os mesmos requisitos do testamento marítimo, salvo quando àquele perante quem deve ser realizado o instrumento, uma vez que, nesse caso, caberá ao comandante designar aquele perante quem deverá ser lavrado o ato. (CC, art. 1.889)²⁹¹.

Pontue-se que a feitura dos testamentos especiais é sempre excepcional, dessa forma, conforme estabelece o artigo 1.891 do Código Civil, “caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento”²⁹².

O testamento militar, por sua vez, é declaração de última vontade realizada por pessoas que estejam a serviço das Forças Armadas em campanha. Esmiuçando o conceito e as formas pelas quais o testamento militar pode ser elaborado, bem esclarece Maria Helena Diniz:

²⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vancelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 149.

²⁹² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

O testamento militar é a declaração de última vontade feita por militares e demais pessoas (médicos, enfermeiros, repórteres ou correspondentes de guerra, engenheiros, telegrafistas, capelães, reféns, prisioneiros etc.) a serviço das Forças Armadas (Exército, Marinha, Aeronáutica — CF, art. 142) em campanha, dentro ou fora do país, ou em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas, não havendo tabelião ou seu representante legal (CC, art. 1.893, caput).

Comporta três formas:

a) uma, correspondente ao testamento público, quando é escrito pela autoridade militar ou de saúde perante duas ou três testemunhas. Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior (CC, art. 1.893, § 1º). Se o testador estiver em tratamento no hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde ou pelo diretor do estabelecimento (CC, art. 1.893, § 2º), e, se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir (CC, art. 1.893, § 3º). O testamento deverá ser assinado pelo testador e pelas testemunhas, e, se o testador não puder, ou não souber assinar, uma das testemunhas assinará por ele (CC, art. 1.893, caput, in fine);

b) outra, semelhante ao testamento particular ou cerrado, quando é escrito de próprio punho pelo testador e autenticado pelo auditor. É preciso que seja escrito, datado e assinado por extenso pelo próprio testador, e por ele apresentado aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou ao oficial de patente que lhe faça as vezes neste mister (CC, art. 1.894). O auditor ou o oficial, a quem o testamento se apresente, notará, em qualquer parte dele, o lugar, dia, mês e ano em que lhe for apresentado, e esta nota será assinada por ele e pelas testemunhas (CC, art. 1.894, parágrafo único);

c) outra, com a forma nuncupativa, por ser feito de viva voz (RT, 586:93). Essa espécie de testamento é feita por militar ou pessoa assemelhada que esteja empenhada em combate ou ferida no campo de batalha, confiando verbalmente suas declarações de última vontade a duas testemunhas (CC, art. 1.896; RT, 589:93), que, obviamente, devem escrevê-las e apresentá-las, depois de por elas assinadas, ao auditor. Porém, não terá efeito esse testamento se o testador não falecer na guerra ou convalescer do ferimento (CC, art. 1.896, parágrafo único). Ante a urgência da situação e a gravidade das declarações a serem feitas, as testemunhas deverão ser advertidas dos efeitos das falsidades que alegarem ou das distorções em seus depoimentos e do fato de terem sido levadas por outrem a prestar depoimento inverídico de um soldado morto para beneficiar alguém. Eis a razão pela qual Clóvis Beviláqua considerava essa modalidade de testamento como um “romanismo perigoso”, que em nada beneficiaria o militar ou as pessoas por ele queridas²⁹³.

Por fim, ainda dentro das formas especiais, há o testamento vital ou biológico, também denominado de diretiva antecipada de vontade. Referida forma difere substancialmente dos demais testamentos até então estudados, uma vez que as disposições nele contidas visam à produção de efeitos durante a vida do autor do ato.

Trata-se, como enunciam Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vancelau Meireles, de documento que tem por finalidade precípua “estabelecer disposições sobre cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais o agente

²⁹³ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

deseja se submeter”²⁹⁴, sendo, como o próprio nome sugere, um documento que busca documentar de forma expressa e antecipada, a vontade daquele paciente que, futuramente, poderá não estar apto para expressar validamente a sua vontade.

Atualmente, o Brasil não dispõe de uma legislação específica sobre o tema. Há, contudo, a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que define as diretivas antecipadas de vontade “como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”²⁹⁵.

O codicilo é, em apertada síntese, o ato de última vontade por meio do qual o autor da herança emana sua vontade em relação a assuntos de pouca importância e sobre despesas ou bens de pouco valor. Carlos Roberto Gonçalves conceitua o codicilo da seguinte forma, apresentando, conjuntamente, importante distinção em relação ao testamento:

De acordo com a feição que lhe é emprestada pelo sistema jurídico, o codicilo não é ato complementar ao testamento e, tampouco, uma modalidade testamentária especial. Nada disso. Possui um caráter autônomo e independente em relação ao testamento, não lhe sendo acessório ou dependente. Trata-se de um ato particular de última vontade, desatrelado de solenidades ou formalidades legais, contendo disposições patrimoniais de menor relevância (por exemplo, bens de pequeno valor, como uma joia de estimação) ou não patrimoniais (como disposições para o funeral do seu autor)²⁹⁶.

As únicas formalidades exigidas para o codicilo dizem respeito à forma escrita, com data e assinatura, bem como a capacidade testamentária ativa, nos exatos termos do artigo 1.881 do Código Civil²⁹⁷. Por fim, destaque-se que, por força de lei, exige-se a confirmação judicial do codicilo, especialmente diante da sua notória informalidade. Assim, nos termos do artigo 737, §3º do Código de Processo Civil, “aplica-se o disposto

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 156.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*.

²⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 284.

²⁹⁷ Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023).

neste artigo ao codicilo e aos testamentos marítimo, aeronáutico, militar e nuncupativo”²⁹⁸.

Conquanto seja um ato de notória simplicidade e informalidade, existem várias discussões envolvendo o alcance e os limites dos codicilos, destacando-se, apenas a título exemplificativo, os objetos e limites de valor do que pode ser destinado por meio de codicilo, e a possibilidade de reconhecimento de filho por meio deste ato de última vontade.

Por fim, pontue-se que, assim como no caso do testamento, cujos rigores legais para a sua elaboração são sensivelmente maiores do que os exigíveis para o codicilo, estes também podem ser revogados.

Como bem explica Maria Helena Diniz:

Prescreve o art. 1.884 do Código Civil que os codicilos revogam-se por atos iguais, ou seja, por outro codicilo. Um codicilo poderá ser revogado por outro expressamente, ou que contenha disposição incompatível com o anterior. Consideram-se igualmente revogados, se houver testamento posterior de qualquer natureza, que não os confirme ou que os modifique. Todavia, jamais poderão revogar um testamento, embora possam ser revogados por este, desde que lhes seja subsequente, bastando, para tanto, que o testador não faça nenhuma referência a eles ou os modifique no ato de última vontade, posteriormente lavrado²⁹⁹.

Em complemento às lições apresentadas acima, esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

O codicilo pode, assim, ser revogado por outro codicilo, ou por um testamento posterior. Ou seja: a revogação do codicilo tanto se faz por outro ato da mesma natureza como por qualquer espécie de testamento.

Nem sempre, porém, o codicilo posterior revoga o anterior. Podem completar-se e trazer disposições diversas: num deles, por exemplo, consta esmola de pouca monta a determinada pessoa; noutro, disposições sobre o seu enterro. Após a morte do disponente, ambos serão cumpridos, se não tiverem sido revogados por outro modo, pois não há incompatibilidades entre as disposições de um e de outro.

O codicilo posterior somente revoga o anterior se contiver cláusula expressa nesse sentido, ou se as disposições forem incompatíveis. Quanto ao testamento posterior, se ele revogar expressamente o codicilo, este perderá a eficácia.

Pode ocorrer, no entanto, de o testamento posterior simplesmente silenciar e não fazer nenhuma referência ao codicilo. Nesse caso, não tendo confirmado

²⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

²⁹⁹ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 set. 2023.

ou modificado o codicilo anterior, este será considerado tacitamente revogado, como proclama o mencionado art. 1.884, parte final³⁰⁰.

Quanto à revogabilidade do testamento por meio de codicilo, explicam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

É muito interessante a discussão acerca da possibilidade de um testamento posterior revogar um codicilo e vice-versa. Parece certa e indubitosa a efetiva possibilidade de um testamento ulterior revogar o codicilo. Considerada a maior amplitude e abrangência de um testamento, é fácil notar que pode se gerar a revogação, total ou parcial, de codicilo antecedente. A recíproca, no entanto, em visão superficial, poderia parecer negativa, mas não é. Efetivamente, um codicilo também pode revogar o testamento que lhe antecedeu quando dispuser, expressa ou tacitamente, de um bem de pequena monta cuja disposição estava normatizada em testamento antecedente. Pensar de modo diferente seria conferir validade e eficácia a duas diferentes disposições sobre os mesos bens³⁰¹.

Em outras palavras, portanto, caso um codicilo disponha, em momento posterior ao testamento lavrado, de um bem de pequena monta cuja disposição já constava neste testamento anterior, haverá a revogação expressa do testamento, exclusivamente em relação àquele bem sobre o qual o autor da herança manifestou-se posteriormente por meio do codicilo.

4.2. Limitações à liberdade de testar

Num primeiro momento, a apresentação do conceito e dos fundamentos da sucessão testamentária poderiam levar a crer, de forma equivocada, que o autor da herança teria uma liberdade irrestrita para dispor do seu patrimônio – desconsideradas, nesse caso, as disposições de caráter extrapatrimonial.

Mesmo que ainda não tenham sido apresentadas as considerações mais aprofundadas sobre a evolução e os contornos atuais da autonomia privada, o estudo anterior a respeito da legítima revelam, de maneira clara, que existem sim limitações à liberdade de testar.

³⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 303.

³⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.489.

A existência de herdeiros necessários impõe, por força de lei, a obrigação de ser respeitada a denominada quota legítima que, hoje, representa a metade dos bens que compõem o patrimônio do autor da herança.

Delineando um brevíssimo retrospecto histórico sobre a limitação à liberdade de testar no Brasil, explica Caio Mário da Silva Pereira:

Em nosso Direito anterior ao Código Civil de 1916 vigorava o conceito da liberdade limitada, não podendo o testador dispor de mais de um terço de seus bens, quando houvesse herdeiros necessários.

Ao se votar o Código Civil de 1916, foi proposta emenda ao Projeto Beviláqua, abolindo qualquer restrição, o que provocou acirrados debates. Aprovada no Senado, foi rejeitada na Câmara dos Deputados.

Prevaleceu, afinal, a norma restritiva; assim, no sistema daquele Código, o testador que tivesse descendente ou ascendente não poderia dispor, em doação ou testamento, de mais da metade de seus bens; a outra metade pertenceria, de pleno direito, ao descendente, em sua falta ao ascendente, dos quais constituía a legítima (Código Civil de 1916, art. 1.721). A eles era, então, reconhecida automaticamente a condição de herdeiros necessários ou legitimários, conceito que difere do romano, como visto acima (nº 430). O Código Civil novo adotou, em linhas gerais, os mesmos, inclusive no tocante à fração de que o testador pode dispor no ato de última vontade (art. 1.789); mas inseriu o cônjuge sobrevivente (e, ao ver do atualizador deste volume, também o companheiro) entre os herdeiros necessários³⁰².

Observa-se, portanto, que desde as ordenações vem sendo mantida a legítima no ordenamento civil brasileiro. A bem dizer, não obstante todo o avanço do Direito de Família brasileiro, no campo das sucessões houve poucas alterações. Em verdade, como se observa, a inclusão do cônjuge e do companheiro no rol de herdeiros necessários acabou por limitar ainda mais a liberdade de testar.

Assim, observa-se que na atual sistemática do direito sucessório brasileiro, ao testador que possua herdeiro necessário, somente é facultada a livre disposição de metade do seu patrimônio, sendo resguardada a outra metade ao seu herdeiro forçoso. Nesse sentido, “ao dono do patrimônio impõe-se limitação legal à liberdade de testar, se em sua linha sucessória há alguém na condição de herdeiro necessário, com direito à legítima, portanto”³⁰³.

4.3. O direito de propriedade e a clausulação restritiva da legítima

³⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 171.

³⁰³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume IV: família e sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 740.

O direito de propriedade é, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes e fundamentais do nosso ordenamento jurídico. Como já apontado, foi em razão da necessidade da perpetuação da propriedade individual para além do falecimento do seu titular que surgiram as primeiras noções de direitos sucessórios, tendo em vista a necessidade de regular o destino daqueles bens e a sua manutenção na família do autor da herança.

A importância desses breves apontamentos em relação ao direito de propriedade se deve ao seguinte fato: quando se fala em clausulação da legítima, fala-se, basicamente, na possibilidade de se restringir um elemento fundamental do direito de propriedade, o direito de dispor. Para alguns, como Carlos Roberto Gonçalves, o direito de dispor é “considerado o mais importante dos três já enunciados, porque mais se revela dono quem dispõe da coisa do que aquele que a usa ou frui”³⁰⁴.

Washington de Barros Monteiro classifica o direito de propriedade como sendo o mais importante e sólido dentre todos os direitos subjetivos, sendo, nas suas palavras, o direito real por excelência e a base fundamental do direito privado³⁰⁵. Para Francisco de Paula Lacerda de Almeida, o direito das coisas “é a expressão jurídica do estado atual da propriedade”³⁰⁶.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o direito de propriedade nos seguintes termos:

Considerando-se apenas os seus elementos essenciais, enunciados no art. 1.228 retrotranscrito, pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha³⁰⁷.

Apesar de o Código Civil de 2002 não apresentar um conceito próprio do direito de propriedade, no seu artigo 1.228 são apresentados os poderes elementares do proprietário, sendo eles: usar, gozar, dispor e reivindicar.

³⁰⁴ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v.5. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628373/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³⁰⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**, vol. 3, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88.

³⁰⁶ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Direito das coisas**, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1908, p. 22.

³⁰⁷ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v.5. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628373/>. Acesso em: 28 set. 2023.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha³⁰⁸.

A doutrina sempre apontou a grande dificuldade de se elaborar um conceito preciso e uniforme de direito de propriedade, e isso se deve a diversos fatores, especialmente as sempre constantes modificações decorrentes das “injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas”³⁰⁹. Como bem explica Carlos Roberto Gonçalves, “trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas”³¹⁰.

Diante de tal dificuldade de se conceituar o direito de propriedade, explica Caio Mário da Silva Pereira:

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou “direito fundamental” (Pugliatti, Natoli, Planiol, Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos “sentem” o fenômeno propriedade³¹¹.

Feita a leitura do artigo 1.228 do Código Civil, verifica-se claramente que a opção adotada pelo legislador foi por incorporar ao texto legal uma ideia de propriedade que evidencie os seus elementos. Explicando como o Código Civil de 2022 valeu-se de uma forma analítica para apresentar o direito de propriedade, Silvio de Salvo Venosa descreve, de forma sucinta, o significado de cada elemento presente no citado artigo:

Trata-se do poder de senhoria de que falamos no início deste livro. O Código preferiu descrever de forma analítica os poderes do proprietário (*ius utendi*, *fruendi*, *abutendi*) a definir a propriedade. A síntese dessas faculdades

³⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

³⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v. IV. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788530990862. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v.5. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628373/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v. IV. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788530990862. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/>. Acesso em: 28 set. 2023.

presentes na senhoria sobre a coisa fornece seu sentido global. Se vista isoladamente essa descrição legal, sem dúvida que se concluiria por um direito absoluto. No próprio Código Civil, estão presentes limitações a tais poderes que ali esbarram nos direitos de vizinhança, com amplitude maior ainda no presente Código do que em outras leis esparsas. Já se falou de limitações de outra natureza presentes em normas de direito público. Nunca se deve esquecer o sentido social da propriedade, traduzido na Constituição.

A faculdade de usar é colocar a coisa a serviço do titular sem lhe alterar a substância. O proprietário usa seu imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça. Esse uso inclui também a conduta estática de manter a coisa em seu poder, sem utilização dinâmica. Usa de seu terreno o proprietário que o mantém cercado sem qualquer utilização. O titular serve-se, de forma geral, da coisa.

Gozar do bem significa extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis.

A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário possui. A expressão *abutendi* do Direito Romano não pode ser simplesmente entendida como abusar da coisa, que dá ideia de poder ilimitado, ideia não verdadeira mesmo no direito antigo. *Abutendi* não possui o sentido nem de abusar nem de destruir, mas de consumir. Daí por que o termo utilizado na lei, disposição, é mais adequado. Não se distancia, contudo, do sentido de destruição da coisa quando o proprietário a aliena, pois o bem desaparece de seu patrimônio.

Como já exposto, decorre da propriedade o direito de sequência, que legitima o proprietário à ação reivindicatória (seção 2.3). A *rei vindicatio* é efeito fundamental do direito de propriedade³¹².

Explicados, pois, os elementos que compõem o direito de propriedade, e demonstrada a importância da propriedade no nosso ordenamento e, porque não dizer, em quase todos os ordenamentos contemporâneos, revela-se crucial o adequado desenvolvimento da ideia da clausulação restritiva da propriedade e, na sequência, da especificidade dessa clausulação em relação aos bens que compõem a legítima.

Como quase tudo que existe no Direito brasileiro, a origem da possibilidade de imposição de limitações ao direito de propriedade também remonta ao Direito Romano, mais especificamente à *Lex Iulia de fundo dotali*, que impedia o marido de alienar o imóvel dotal sem o consentimento da sua esposa; na sequência, um edito de Augusto vedava a alienação de terrenos itálicos litigiosos; adiante no tempo, Justiniano proibiu a alienação, em geral, das coisas litigiosas³¹³. Como bem explica Carlos Alberto Dabus Maluf:

³¹² VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais. v.4**. Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772780. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772780/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³¹³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 17.

A proibição de alienar imposta por um testamento tinha, por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um de seus membros, para o efeito de conservarem os bens do patrimônio familiar. Apresentava, assim, a cláusula de inalienabilidade o caráter especial e muito restrito de ser essencialmente pessoal e por isso temporária: após a morte do instituído a quem ela era instituída, o bem tornava-se livre ou alienável³¹⁴.

A influência do Direito Romano é muito clara no Direito luso-brasileiro, de modo que é fácil notar que o fundamento para a incorporação desses institutos foi, também, a proteção à família. Ademar Fioranelli explica que a inalienabilidade relativa – que será estudada adiante – já era prevista nas Ordenações Filipinas (L. 4, Tít. XI, 1 e 2). A inalienabilidade absoluta – que também será tratada -, por sua vez, não estava prevista no nosso Direito anterior³¹⁵.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias apresentam, sucintamente, as razões que levaram o Brasil a incorporar os institutos ao nosso Direito:

Entre nós outros, com a inspiração das Ordenações Portuguesas, as cláusulas limitadoras sempre funcionaram como arrefecimento dos amplos poderes da propriedade (uso, gozo, livre disposição e reivindicação – CC, art. 1.228). Equivale a dizer: o beneficiário de um testamento, assim como de outros atos gratuitos, recebe a propriedade da coisa entrecortada, limitada, na extensão dos poderes da titularidade. O beneplácito (herança ou legado) gera a aquisição plena da propriedade, sim, mas dentro dos limites especificados na transmissão.³¹⁶

Não obstante a longevidade das cláusulas limitadoras na história do Direito, essa possibilidade de se restringir a propriedade sempre encontrou oposição por significativa parcela da doutrina, dentre os quais encontram-se renomados juristas e magistrados. Em razão disso, a jurisprudência sobre o tema é bastante divergente. As correntes contrárias às cláusulas restritivas voltam-se, quase sempre, contra a cláusula de inalienabilidade, sob o principal fundamento de que ela retira do comércio, por um elevado período, os bens clausulados com a restrição³¹⁷.

³¹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 18.

³¹⁵ FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

³¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.507.

³¹⁷ FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

Ilustrando mais adequadamente as citadas críticas, transcreve-se trecho da manifestação de Joaquim Augusto Ferreira Alves sobre o tema:

A inalienabilidade está em oposição com uma lei fundamental da economia política, a que exige a livre circulação dos bens, lei esta que interessa em o mais alto grau a riqueza pública, e portanto, toda condição que derroga essa lei, é contrária ao interesse geral e assim ilícita³¹⁸.

Como mencionado acima, esse maciço direcionamento das críticas à inalienabilidade é plenamente justificável, uma vez que a imposição dessa cláusula retira dos poderes do proprietário a faculdade de dele dispor, o que pode ser de todo indesejável.

Traçado o breve contorno histórico e os fundamentos primeiros para a incorporação das cláusulas restritivas no nosso ordenamento, convém observar que a natureza jurídica dessas cláusulas é de restrição dos poderes da propriedade transferida pelo benefício testamentário, e não de elemento incidental do testamento, como a condição, o termo ou o encargo³¹⁹.

O Código Civil de 2002, assim como o anterior, prevê três hipóteses de cláusulas restritivas: a inalienabilidade, a incomunicabilidade e a impenhorabilidade. Conforme previsão expressa do artigo 1.911 do Código vigente, a imposição de cláusula de inalienabilidade implica, necessariamente, na incomunicabilidade e na impenhorabilidade.

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade³²⁰.

Assim, em outras palavras, basta que o disponente grave determinado bem com a inalienabilidade para que, nos termos da lei, este mesmo bem seja automaticamente gravado com a incomunicabilidade e com a impenhorabilidade.

No caso das demais cláusulas restritivas – incomunicabilidade e impenhorabilidade, referida regra não se aplica, sendo possível, portanto, a imposição de

³¹⁸ ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. **Manual do Código Civil Brasileiro**, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1918, p. 190.

³¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.507.

³²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

cada uma delas de modo isolado, importando, em cada caso, em efeitos jurídicos diversos e específicos.

Diante do que foi apresentado até o momento, é possível concluir que o testador poderá gravar a parte disponível da herança com as cláusulas restritivas. Isso porque o artigo 1.846 do Código Civil determina expressamente que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”³²¹, sendo, portanto, plenamente lícito ao testador clausular a parte disponível.

Reforçando a conclusão acima apontada, explica Cristiano Chaves de Farias:

É importante destacar que o poder do autor da herança de gravar a sua parte disponível com as cláusulas restritivas é pleno. Assim, poderá inscrever quaisquer das cláusulas sobre os bens que compõem a parte disponível, livremente, transmitindo por testamento.

O testador poderá, inclusive, estabelecer sanções para a hipótese de violação da cláusula restritiva gravada, através da cláusula penal de resolução da liberalidade³²².

Apresentados os contornos fundamentais das cláusulas restritivas à propriedade em geral, compete apresentar o problema envolvendo a clausulação dos bens que compõem a legítima.

Adiante, far-se-á uma breve introdução do que virá a ser, no capítulo final deste trabalho, o seu principal objeto de estudo: a justa causa testamentária.

Inovação trazida pelo Código Civil de 2002, o artigo 1.848 traz uma característica que não estava presente na codificação civil de 1916, tampouco nas leis e nas Ordenações que o antecederam. Trata-se da limitação imposta ao estabelecimento das cláusulas restritivas sobre os bens que compõem a legítima.

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima³²³.

Pela leitura do artigo transcrito é possível concluir que, na atual sistemática do código, a regra é a impossibilidade de serem impostas cláusulas restritivas de

³²¹ *Idem, ibidem.*

³²² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Disposições testamentárias e clausulação da legítima.** In: HIRONALA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-250.

³²³ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens que compõem a legítima. Como pontuado por Flávio Tartuce, trata-se de “uma das principais alterações a respeito da matéria, em confronto com a codificação anterior, recebendo elogios de alguns e críticas de outros”³²⁴.

Na corrente dos que criticam essa possibilidade de estabelecimento de cláusulas restritivas à quota legítima, Orlando Gomes tece severas críticas à inovação trazida pelo Código Civil de 2002:

Levantam-se, porém, ainda hoje, objeções à orientação proveniente desse diploma legal, tomando corpo a reação contra a própria possibilidade, que abriu, de ser gravada, com a inalienabilidade, a legítima. Não se sabe, de logo, quais são os bens que a comporão; só a partilha dirá se o testador os não indicou. Sendo maiores os herdeiros, escolherão; sendo menores, o juiz determinará quais os que integrarão a legítima de cada qual.

De resto, a ojeriza volta-se contra a cláusula, em quaisquer circunstâncias. A civilística francesa sempre lhe foi adversa. Tende, entretanto, a admiti-la, se temporária e baseada num interesse sério. Argumenta-se que a autorização imotivada para tornar inalienáveis os bens da herança atenta contra o princípio da livre circulação das riquezas, um dos pilares sobre o qual se apoia o ordenamento jurídico, comprometendo respeitáveis interesses sociais. Invocam-se, ademais, razões propriamente jurídicas para condená-la. A proibição de alienar seria contrária aos princípios que dominam a propriedade. A faculdade de dispor é um dos atributos essenciais de domínio, de sorte que a sua supressão pela vontade particular o desnaturaria. O poder de disposição, inerente à propriedade, é ineliminável por verba testamentária, pois, não sendo autolimitável, também não pode ser importante a outrem, dado que os direitos do herdeiro se medem pelos do autor de herança.

Haveria, em resumo, uma impossibilidade jurídica. Rejeita-se a objeção, demonstrando-se que a faculdade de alienar não é, realmente, da essência da propriedade, nem ao menos característica desse direito. A inalienabilidade não ataca o domínio no poder de disposição material da coisa, pois diz respeito apenas à disposição jurídica.

Se, por esse aspecto, não constitui aberração jurídica, é, entretanto, insustentável quando a proibição de alienar recai nos bens da legítima. Pertence ela de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em consequência, quando ocorre o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido.

Não se justifica, realmente, a permissão de clausular a legítima. A preocupação do testador de preservar da adversidade o herdeiro necessário pode ser atendida por outros meios jurídicos que não a sacrificam³²⁵.

³²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³²⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões.** Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986049. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986049/>. Acesso em: 28 set. 2023.

No mesmo tom de crítica à inovação legislativa, apresenta-se Maria Berenice Dias:

Não há como deixar de reconhecer, como flagrante a afronta à garantia constitucional do direito à herança, a possibilidade de serem impostas cláusulas restritivas ao direito de propriedade do herdeiro necessário. Praticamente o transformam em mero usufrutuário de bens que lhe pertencem. A exigência de o testador justificar a medida atenua os efeitos da limitação. Fez uso o legislador de moderna técnica legislativa de abertura das normas, ao trazer um conceito jurídico indeterminado³²⁶.

Em sentido contrário, Arnaldo Rizzardo defende que a alteração legislativa foi sim positiva, sob os seguintes argumentos:

Todavia, embora as candentes críticas, com objetivos protetivos da família, ou mais propriamente dos parentes mais próximos e do cônjuge supérstite, autorizado encontra-se o testador a instituir cláusulas restritivas através de disposição testamentária, desde que venham acompanhadas da devida justificativa, no que se afastou do Código de 1916, que não colocava tal exigência.

Não se manteve, pois, a faculdade de impor livremente a cláusula restritiva. Cumpre que venha expressamente referida no testamento, de modo a viabilizar a sua razoabilidade, e se deve ou não se manter. Tanto isto que mencionou que deve ser justa. Não se depreendendo, pois, essa qualidade do motivo, não se convalida a restrição.

Importa que se esclareça a razão que levou o autor da disposição ao desiderato sobre o patrimônio transmissível. Parece que são razões suficientes a existência de filhos ou descendentes menores, o aparecimento de possíveis obrigações contraídas pelos herdeiros, a vida perdulária a que estão habituados, o envolvimento em constantes jogatinas, o desinteresse na exploração econômica dos bens, a má administração, a entrega a vícios, o relacionamento com pessoas puramente interesseiras. Tais situações são eventos possíveis, que aconteciam na antiguidade e que perduram a se repetir, pois a pessoa humana é sempre a mesma, não mudando significativamente os hábitos e perdurando as fraquezas e vicissitudes do gênero humano.

Ao contrário da rebeldia de ponderável parcela da doutrina, ostenta-se útil e salutar o instituto, pois evita a ruína total de descendentes despreparados ou mal orientados, significando um fator de estabilidade e segurança³²⁷.

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Edson Fachin, para quem a proibição de alienar determinados bens, gravando-os com a cláusula de inalienabilidade, pode ser estabelecida com o objetivo precípuo de resguardar e proteger o herdeiro testamentário de sua própria inexperiência, assegurando-lhe moradia e existência digna, impedindo

³²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 287.

³²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11ª edição. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984762/>. Acesso em: 28 set. 2023.

também, em alguns casos, a dilapidação do patrimônio em razão de eventual prodigalidade de algum herdeiro necessário³²⁸.

Valendo-se de argumentos semelhantes aos expostos por Luiz Edson Fachin, Flávio Tartuce também demonstra maior aceitação em relação à inovação legislativa trazida:

Em reforço, em muitos casos concretos, é com o intuito de proteger o herdeiro ou a própria família – base da sociedade, com especial proteção do Estado, na dicção do art. 226, caput, da CF/1988 – que as cláusulas são impostas, conforme se depreende da doutrina de ontem e de hoje que analisa a matéria. Nesse contexto, pode-se dizer que o próprio legislador ponderou os direitos envolvidos e resolveu manter tais restrições no sistema civilístico nacional. Em reforço, a instituição da exigência da justa causa acabou por diminuir o impacto social das cláusulas restritivas testamentárias³²⁹.

Assim, vistos alguns dos argumentos favoráveis e contrários à nova exigência trazida pelo Código Civil, caso o testador deseje realmente gravar os bens que compõem a legítima com alguma das cláusulas restritivas citadas, deverá o disponente, por força de lei, declarar no testamento uma justa causa, justa causa esta que precisará ser confirmada judicialmente. Nesse sentido, a lição de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

As cláusulas restritivas sofreram profunda modificação no Código Civil de 2002, uma vez que, à luz do disposto no seu art. 1.848, os bens que integram a legítima do herdeiro necessário não podem mais estar sujeitos a essas limitações, salvo se houver justa causa, declarada no testamento que as instituir. Se o testador deixar de justificar as razões que o motivam, tais cláusulas serão despidas de qualquer eficácia, recebendo o herdeiro os bens inteiramente livres e desembaraçados de qualquer ônus (tendo, entretanto, eficácia se impostas nas doações com o consentimento do donatário)³³⁰.

Ocorre que não há nenhuma definição precisa e objetiva sobre o que seria uma justa causa, nem no próprio código, nem em nenhuma outra legislação. O próprio conceito de justiça é absolutamente variável, o que revela, desde já, alguns dos problemas que a inserção dessa exigência, da forma como realizada, trouxe para os aplicadores do Direito.

³²⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

³²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³³⁰ MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>. Acesso em: 28 set. 2023.

Antes de seguir para a análise de cada cláusula específica, é importante apresentar, sem pretensão de esgotar o tema, alguns apontamentos sobre a mitigação das cláusulas testamentárias. O Código Civil de 2002 adotou, sem qualquer dúvida, a relativização das denominadas cláusulas restritivas. Essa constatação se dá por meio da leitura atenta ao disposto no §2º do artigo 1.848:

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

[...]

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros³³¹.

Observa-se, em primeiro lugar, que o texto é claro em afirmar a possibilidade de alienação dos bens gravados com as cláusulas restritivas, ressalvando, contudo, que o produto da venda deve ser convertido em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus daqueles que foram alienados.

Como visto, a absorção desse instituto pelo Direito brasileiro objetivou, em primeiro lugar, a proteção da família. Como decorrência lógica, é possível dizer que o intuito do testador que grava os bens com essas cláusulas é o de resguardar e tentar garantir, na maior medida possível, a manutenção da dignidade dos seus herdeiros. Nesse sentido, Paulo Nader apresenta reflexão interessante que ajuda a entender, por meio de um exemplo didático, uma hipótese em que seria plenamente viável e legal o levantamento da cláusula restritiva:

Ora, como se sabe, a vontade do testador é soberana e, apenas em razão desta, as cláusulas restritivas se impõem. Mas, indaga-se, o testador haveria de preferir a inalienabilidade do bem à preservação da saúde e vida do herdeiro? Obviamente que não; daí admitirmos a alienação diante de imperiosa e justificada necessidade. Ao juiz caberá decidir de acordo com a provável intenção do testador.

Com a alienação judicial, o gravame incidirá sobre os bens adquiridos com o resultado da operação econômica.⁵¹ Tanto quanto possível, a sub-rogação deve ser feita em bem semelhante ao alienado. Em qualquer caso, caberá à autoridade judiciária a apuração da real necessidade ou conveniência de natureza econômica.

³³¹ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

Diante do pleito de alienação, o juiz avaliará a real necessidade do requerente, devendo cercar-se de todas as cautelas antes de emitir a sua autorização³³².

No mesmo sentido, esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Finalmente, parece-nos plenamente razoável defender-se, em situações excepcionais, a eventual possibilidade da revogação de tais cláusulas, com a finalidade de se imprimir função social à propriedade e de preservar a dignidade da pessoa do proprietário, o que tem encontrado guarida na jurisprudência pátria.

É o caso, por exemplo, de o beneficiário precisar vender o imóvel recebido para empregar todo o valor apurado no custeio de uma complexa cirurgia³³³.

Exemplo envolvendo uma questão imobiliária é apresentado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias para um completo entendimento da matéria:

De outra banda, se o imóvel está perecendo, por conta de desvalorização do local em que se insere ou por outro motivo, pode o magistrado autorizar a sub-rogação da cláusula restritiva em um novo bem a ser adquirido em substituição real. Para determinar a sub-rogação, porém, deve o magistrado atentar para a necessária avaliação de ambos os imóveis (o clausulado e o que se oferece em substituição), para aferir, no mínimo, a equivalência de valores³³⁴.

Para além das hipóteses apresentas, muitas outras discussões relevantes permeiam essa inovação legislativa, inclusive em relação à sua mitigação em determinados casos. Dentre os exemplos interessantes apresentados pela doutrina, destacamos, em primeiro lugar, a discussão sobre a possibilidade de o juiz, de ofício, declarar a insubsistência da cláusula restritiva; e, noutro caso, se após confirmado o motivo da justa causa pelo magistrado, eventual causa superveniente poderia autorizar o levantamento dessa cláusula restritiva? Nesse caso, se o pedido de levantamento da cláusula restritiva for julgado improcedente, haveria a possibilidade de rediscussão da matéria em razão da coisa julgada? Sobre os instigantes temas, bem ilustra Cristiano Chaves de Farias:

Aqui, surge indagação de primeira ordem: seria permitido ao magistrado rechaçar *ex officio* a cláusula restritiva? A questão é delicada, mas a solução parece óbvia. É indubitável que, em situações limites, não se pode negar ao julgador a possibilidade de adotar providências de ofício, quando já provocado.

³³² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões**, 7ª edição. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530968748. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968748/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. v.7. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625921. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625921/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, p.516.

Assim, no curso de um inventário poderá, *sponte sua*, declarar a insubsistência de uma cláusula restritiva, percebendo a falta de justa causa.

Nesse particular, surge outra palpitante controvérsia. Se a cláusula teve o seu motivo confirmado judicialmente, percebendo o juiz a procedência da causa indicada pelo autor da herança, seria possível, posteriormente, propor ação para levantamento da mesma? A resposta é afirmativa, afinal de contas, se o herdeiro em determinado momento, apresentou-se incapaz de gerir seu patrimônio, não significa que estará incapacitado para sempre. Ou seja, a justa causa pode ter existido (justificando a imposição das cláusulas restritivas) e desaparecido, permitindo a atuação judicial, levantando-a ou determinando a sua sub-rogação.

Ainda em relação à hipótese, questiona-se: e se o pedido de levantamento ou sub-rogação for julgado improcedente, impede a rediscussão da matéria? Efetivamente, não. Nada obsta a propositura de novo pedido, formulado em procedimento especial de jurisdição voluntária, em face da mudança da situação de fato, pois, seguindo a lição correta de José Orlando Rocha de Carvalho, jurista eminente da terra de Gabriela, Cravo e Canela, “cabe outra ação para estabelecer novo vínculo jurídico distinto do anterior. Essa ação, no entanto, ao invés de excluir, pressupõe a existência da ‘*res iudicata*’, cuja eficácia imediata não se prejudica pela superveniente modificação da sentença, que tanto pode operar a favor ou contra qualquer das partes”³³⁵.

Por fim, expostas as linhas gerais sobre as cláusulas restritivas, a ampla possibilidade da sua aplicação na parte dispositiva dos bens que compõem a herança, e a regra geral que impede a sua inserção imotivada nos bens que compõem a legítima, passa-se à análise de cada uma das cláusulas.

4.3.1. Inalienabilidade

Por se tratar da cláusula restritiva que mais gera efeitos e, como visto, mais sofreu críticas da doutrina desde a sua criação, apresenta-se, em primeiro lugar, a cláusula de inalienabilidade e suas principais características.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua a cláusula de inalienabilidade nos seguintes termos:

A cláusula de inalienabilidade é a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, transferindo-lhe, destarte, o domínio limitado, pois só terá a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, faltando-lhe, porém, o direito de dela dispor. Só pode ser estabelecida nas liberalidades, ou seja, nas doações e nos testamentos, porque ninguém, exceto na hipótese do bem de família, pode tornar inalienáveis e, em consequência, impenhoráveis os seus próprios bens³³⁶.

³³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Disposições testamentárias e clausulação da legítima**. In: HIRONALA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-250.

³³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 352-353.

Flávio Tartuce, por sua vez, define a cláusula de inalienabilidade da seguinte forma:

De início, a cláusula de inalienabilidade veda a alienação ou transmissão do bem clausulado, seja de forma gratuita ou onerosa. Quebra-se com a regra geral de sua transmissibilidade ou alienabilidade, passando este a ser um bem inconsumível juridicamente, conforme a segunda parte do art. 86 do Código Civil em vigor. A vedação atinge atos como a venda, a doação, a dação em pagamento, a transação, a hipoteca, o penhor, a anticrese, a alienação fiduciária em garantia, entre outros negócios de transmissão³³⁷.

Fazendo importante ressalva e respondendo a uma dúvida rotineira apresentada pela doutrina, esclarece o autor que “a cláusula de inalienabilidade não veda que o bem seja adquirido por usucapião, pois a restrição diz respeito às formas de aquisição derivada expostas, e não à aquisição originária como é a usucapião”³³⁸.

Orlando Gomes, por sua vez, a define como sendo a “proibição de alienar, a título gratuito ou oneroso, os bens deixados a herdeiros, ou legatários. Importa, assim, restrição absoluta ou *jus abutendi*, estabelecida pela vontade particular”³³⁹.

Mantendo semelhante conceituação, assim a define Arnaldo Rizzardo:

A inalienabilidade é a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida. De sorte que o domínio que o beneficiário recebe é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor. Através de tal cláusula, não pode o herdeiro vender, doar, permutar ou dar em pagamento³⁴⁰.

As críticas à possibilidade de imposição de cláusula de inalienabilidade nos bens em geral – ou seja, não se limitando à sua aposição em relação aos bens da legítima -, destinam-se aos impactos econômicos que essa restrição causa no mercado, já que impede a alienação, via de regra, por uma geração. Contudo, como bem apontam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, existem sim defensores do instituto:

³³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³³⁸ *Idem, ibidem.*

³³⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões.** Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986049. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986049/>. Acesso em: 28 set. 2023.

³⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 11ª edição. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984762/>. Acesso em: 28 set. 2023.

Da interposição de cláusulas restritivas defluem vários problemas de grande interesse prático, principalmente a cláusula de inalienabilidade, olhada com desconfiança por muitos autores, que a entendem grande empecilho à livre circulação dos bens, fonte de riqueza da sociedade, visto que um dos elementos constitutivos do direito de propriedade é a sua faculdade de alienar. Outros a defendem, preconizando que a ativa circulação dos imóveis conduz quase fatalmente ao fracionamento da propriedade. Entretanto, nada pode contestar a utilidade do vínculo, que ampara o beneficiário, pondo-o a salvo de perigosas prodigalidades, visando, assim, proteger o beneficiado, impedindo que por sua imprevidência ou inexperiência venha a ser despojado de seus bens e, portanto, conduzido à miséria³⁴¹.

Silvio de Salvo Venosa apresenta valioso comentário sobre a cláusula de inalienabilidade, apontando não apenas o lado positivo das intenções do testador, mas também os eventuais efeitos negativos objetivados pelo autor da herança:

A imposição da cláusula proibitiva de alienar pelo testador pode vir imbuída de excelentes intenções: receava ele que o herdeiro viesse a dilapidar os bens, dificultando sua própria subsistência ou de sua família; tentava evitar que o sucessor ficasse, por exemplo, privado de um bem para moradia ou trabalho. Como geralmente a cláusula vem acompanhada da restrição da incomunicabilidade, procurava o testador evitar que um casamento desastroso diminuísse o patrimônio do herdeiro. São, sem dúvida, razões elevadas que, a priori, só viriam em benefício do herdeiro. Contudo, não bastassem os entraves que o titular de um bem com essa cláusula tem que enfrentar, como sua aposição podia ser imotivada pelo sistema de 1916, poderia o testador valer-se dela como forma de dificultar a utilização da herança, quiçá como meio de vingança ou retaliação, uma vez que não podia privar os herdeiros necessários da legítima³⁴².

Apresentados os conceitos elaborados pela doutrina e um breve apontamento crítico à sua existência, importa esclarecer, as classificações da inalienabilidade, podendo ser, quanto à extensão, absoluta ou relativa; e quanto à duração, vitalícia ou temporária. Transcreve-se, para melhor compreensão, a lição de Carlos Alberto Dabus Maluf:

A cláusula de inalienabilidade pode ser classificada quanto à sua extensão (absoluta ou relativa) e quanto à sua duração (vitalícia ou temporária).

- IV) Absoluta: o testador ou doador proíbe a alienação de todos os bens, a quem quer que seja. Não pede essa característica, se restrita a um ou a alguns bens, por ser sua nota distintiva a impossibilidade jurídica de disposição a qualquer título.

³⁴¹ MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598094. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁴² VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais. v.4**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772780. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772780/>. Acesso em: 29 set. 2023.

II) Relativa: quando é permitida a alienação a determinadas pessoas, ou restritiva a certos bens da herança. Nessa hipótese derradeira, poder-se-ia dizer que ela é parcial, levando-se em consideração a quota hereditária.

III) Vitalícia: a proibição dura toda a vida do herdeiro ou legatário ou do donatário. Não se admite, porém, a inalienabilidade perpétua, transmitida, sucessivamente, por direito hereditário. [...]

Portanto, perde a cláusula sua eficácia com a morte do gravado, transferindo-se livremente o bem a seus sucessores.

IV) Temporária: quando a proibição desaparece com o cumprimento de condição ou o advento de termo. Realizado o evento, certo e incerto, o proprietário tem a livre disposição da coisa³⁴³.

Sobre a citada impossibilidade de perpetuidade da cláusula de inalienabilidade, escreveu Clóvis Beviláqua, citado por Ademar Fioranelli:

A inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estende além da vida de uma pessoa, são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação das riquezas; é, portanto, antieconômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem-estar da família, para impedir a dilapidação dos pródigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens³⁴⁴.

Quanto ao principal efeito decorrente da aposição da cláusula de inalienabilidade, a própria redação do artigo 1.911 o traz expressamente, de modo que a sua colocação implica, necessariamente, na impenhorabilidade e incomunicabilidade do bem clausulado.

Traçados os contornos relevantes acerca da cláusula da inalienabilidade, passa-se à análise das demais cláusulas restritivas previstas no atual código civil.

4.3.2. Impenhorabilidade

A impenhorabilidade, como o próprio nome sugere, é a cláusula que impede que o bem gravado responda pelos débitos daquele que o recebeu por ato de liberalidade. Assim, conforme lição de Flávio Tartuce:

Por fim, pela cláusula de impenhorabilidade, o bem relacionado não pode ser objeto de penhora judicial, ou seja, não pode ser constrito para os fins de satisfação patrimonial de terceiros, caso de credores da parte relacionada. Em

³⁴³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 43-44.

³⁴⁴ BEVILÁQUA, Clóvis apud FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21-22.

resumo, o bem não ingressa na responsabilidade patrimonial do devedor, mormente nos casos de inadimplemento obrigacional³⁴⁵.

Assim como a inalienabilidade, essa cláusula “não pode ser estabelecida pelo proprietário quanto aos seus próprios bens. Ela deriva da lei ou da vontade do testador ou doador³⁴⁶”.

De acordo com Arnaldo Rizzardo, a gravação do bem com a impenhorabilidade impede que estes possam ser “penhorados pelos credores, constituindo uma garantia em favor da pessoa, atribuída a certos bens patrimoniais”³⁴⁷.

Essa vedação à possibilidade de o credor satisfazer o seu crédito por meio da penhora do bem clausulado é a fonte de grande parte das objeções à cláusula de impenhorabilidade, contudo, como bem explica Carlos Alberto Dabus Maluf, a restrição à penhora não foi determinada pela vontade própria do devedor, mas lhe foi imposta por terceiro, ainda que em seu claríssimo proveito:

Mas essa diminuição da garantia não é obra do devedor mesmo, senão do autor da herança ou do outorgante no ato liberal. A impenhorabilidade não deriva, assim, da vontade do *reus debendi* e, sim, lhe é imposta, ainda que, presuntivamente, em seu prol e benefício³⁴⁸.

Interessante efeito decorrente da impenhorabilidade é descrito por Ademar Fioranelli:

Ainda que o proprietário detenha o poder de disposição, pela imposição isolada da mesma cláusula, não poderá oferecer o bem assim gravado em garantia “hipotecária” ou de “alienação fiduciária”, direitos reais de garantia típicos que têm como escopo assegurar a satisfação dos créditos concedidos³⁴⁹.

³⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁴⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.** 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 59.

³⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 11ª edição. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984762/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁴⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.** 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 60.

³⁴⁹ FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

Não obstante a posição acima descrita, Flávio Tartuce³⁵⁰ cita importante ementa doutrinária aprovada na I Jornada de Direito Notarial e Registral, por meio do seu Enunciado n.27, no qual consta que “a cláusula de impenhorabilidade, imposta em doação ou testamento, não obsta a alienação do bem imóvel, nem a outorga de garantia real convencional ou o oferecimento voluntário à penhora, pelo beneficiário”.

Com respeito às opiniões divergentes, considera-se mais acertada a posição externada por Ademar Fioranelli. Ora, se a simples voluntariedade do herdeiro for suficiente para suprimir a cláusula restritiva, não se está respeitando a vontade do testador e, pior, não se está dando efetividade ao principal objetivo almejado pelo autor da liberalidade, qual seja, manter o bem protegido, impedindo-o de responder pelas dívidas do beneficiário.

Compete assinalar que, assim como a inalienabilidade, a impenhorabilidade também pode ser vitalícia ou temporária, seguindo, portanto, a mesma característica descrita na classificação da cláusula anterior. O principal efeito decorrente da imposição da impenhorabilidade temporária é, portanto, que após o decurso integral do prazo assinado pelo disponente, cessam os efeitos da impenhorabilidade, recobrando os credores, assim, o seu direito de pleitear a penhora do bem antes restrito.

Quanto à penhora dos frutos dos bens clausulados com a impenhorabilidade, Pollyana Zanetti ensina que existem pelo menos três correntes: a primeira, que defende que a impenhorabilidade não atinge os frutos, sendo estes, portanto, penhoráveis; a segunda, que se vale da máxima que diz que uma vez que o acessório segue o principal, seria a impenhorabilidade estendida aos frutos e, por último, a que admite sim a penhora dos frutos, desde que haja previsão expressa dessa possibilidade na cláusula de impenhorabilidade. De acordo com a autora, esta é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal³⁵¹.

Para demonstrar que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal está longe de ser pacífica, havendo, pois, renomados civilistas que defendem posições divergentes,

³⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵¹ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro.** 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 81.

cita-se Flávio Tartuce, que se manifesta favoravelmente à segunda corrente doutrinária acima citada, que se funda, segundo o autor, no princípio da gravitação jurídica³⁵².

Necessário consignar que a impenhorabilidade não se aplica, também, nos casos de dívida condominial, por se tratar de obrigação *propter rem*. Nesse sentido:

De igual modo, nas ações de cobrança de despesas condominiais (obrigações *propter rem*), prevalece a regra da penhorabilidade, pelo fato de que, tratando-se de débito originário do próprio uso e conservação do bem gravado, notadamente aqueles submetidos ao regime do condomínio especial da Lei n. 4.591/64, a impenhorabilidade traz, como consequência, inegáveis e nefastos efeitos à massa condominial³⁵³.

Por fim, registre-se que, por não se revestir de caráter absoluto, a cláusula de impenhorabilidade e, nesse caso específico, também a de inalienabilidade, não subsistem “diante de execuções fiscais das dívidas provenientes de tributos relativos aos próprios bens”³⁵⁴.

4.3.3. Incomunicabilidade

De acordo com Flávio Tartuce³⁵⁵, a cláusula de incomunicabilidade “afasta a comunicação de bens havidos antes ou depois da constituição da entidade familiar, seja por casamento ou união estável, mesmo sendo o seu regime o da comunhão universal de bens (art. 1.668, inciso I, do CC)”.

Na lição de Silvio de Salvo Venosa:

Pela cláusula de incomunicabilidade, os bens assim gravados não se comunicam ao cônjuge do herdeiro, não importando qual seja o regime de bens do casamento. Enfim, temendo que seu herdeiro venha a consorciar-se com um “caça-dotes”, o bem incomunicável fica pertencendo só a ele³⁵⁶.

³⁵² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵³ FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

³⁵⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵⁶ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais. v.4.** Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772780. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772780/>. Acesso em: 29 set. 2023.

Pontue-se, como mencionado por Flávio Tartuce, que a incomunicabilidade não se relaciona com a vocação hereditária, somente impedindo que a pessoa receba o bem em vida³⁵⁷. Em outras palavras, em caso de encerramento da sociedade conjugal, independentemente da causa ensejadora do término, o bem clausulado não será levado para a apuração da meação, ou seja, “não entrará na comunhão em virtude de matrimônio”³⁵⁸.

Sem adentrar especificamente no problema envolvendo a justa causa, pontue-se, por se tratar de uma das mais relevantes discussões envolvendo a incomunicabilidade, que significativa parte da doutrina critica a exigência da declaração de justa causa no caso da cláusula de incomunicabilidade. Nesse sentido:

Como se sabe, o art. 1.848 é genérico, aplicando-se às três cláusulas, como forma de impedir que a restrição à legítima ocorra por questão egoística. Ainda, é preciso recordar que a causa, para ser justa, não pode ser genérica, “devendo, na verdade, apontar especificamente os fatos para individualizar a pessoa do herdeiro”.

Sucedee que, para parte substancial da doutrina, a indicação de uma causa na hipótese de cláusula de incomunicabilidade é uma fonte de inúmeros problemas. Obviamente, podem surgir constrangimentos no seio familiar, sendo o testador obrigado a apontar os motivos pelos quais grava de incomunicabilidade o bem.

Além disso, a própria vagueza do termo “justa causa” – característica inegável da expressão – pode dar ensejo a que o testador se valha de argumentos os mais esdrúxulos para apenas cumprir com a ordem legal. Em outros termos, o autor do testamento acabaria “escapando” da exigência por meio da indicação de causas não condizentes com a realidade. Tudo isso aponta para a necessidade de se repensar a necessidade de justa causa, principalmente em face da cláusula de incomunicabilidade”³⁵⁹.

Assim, o Projeto de Lei nº 699/2011³⁶⁰ intenta modificar a redação do artigo 1.848 do Código Civil de 2002, removendo a incomunicabilidade do seu *caput* e incluindo um parágrafo terceiro, parágrafo este que deixaria a imposição desta cláusula livre da exigência da justa causa.

³⁵⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 29 set. 2023.

³⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.** 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 51.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 56.

³⁶⁰ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=848554&filename=PL%20699/2011. Acesso em 29 set. 2023.

5. AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE TESTAR

5.1. Autonomia privada: evolução e conceito

O conceito jurídico que se dá à autonomia privada, hoje, é decorrência de uma evolução histórica que remonta ao início do capitalismo. Sobre a etimologia da palavra autonomia, ensinam André Rüger e Renata de Lima Rodrigues:

“Autonomia” é palavra de origem grega (*autonomia*), derivada da aglutinação das palavras “*autós*”, que significa próprio, individual, pessoal, incondicionado, e do verbo “*nomía*”, que denota conhecer, administrar. O sentido originário da palavra, herdada da tradição, representa o poder de estabelecer por si, e não por imposição externa, as regras da própria conduta. É poder de se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras próprio e ter tais regras reconhecidas pelos demais.³⁶¹

Para Maria Celina Bodin de Moraes, em sentido *lato*, autonomia é o “direito de se governar conforme as suas próprias leis e segundo a sua própria vontade”³⁶². Nesse sentido:

Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia. O heterônomo recebe do exterior as leis reguladoras da sua conduta, enquanto que o autônomo rege-se através de um regramento próprio e interno.³⁶³

Como aponta parte da doutrina, atribui-se à Kant “a primeira teorização 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”³⁶⁴. O

³⁶¹ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-4.

³⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 43.

³⁶³ CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia no direito privado**. *Revista de Direito Privado*. vol. 19/2004. p. 83-129. São Paulo: Ed. RT, Jul-Set/2004, p. 2. Disponível em: <file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/RTDoc%2022-01-2024%20_43%20(AM).pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

³⁶⁴ 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.

autor, contudo, não elaborou um estudo sobre autonomia da vontade tal qual é visto hoje ou, mais remotamente, foi visto no código napoleônico, por exemplo. A ideia apresentada por Kant sequer era objeto de estudos no campo jurídico, mas sim, no campo da moral. Segundo o autor:

Mas a proposição: a vontade é em todas as suas ações lei para si mesma, caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa³⁶⁵.

Desse modo, descreve Bruno Torquato que:

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 aperfeiçoado³⁶⁶.

Assim, como bem observa Carlos Eduardo Ruzyk, “o emprego do pensamento kantiano para fundamentar a autonomia da vontade em um âmbito jurídico no direito não se faz sem deturpação do pensamento de Kant”³⁶⁷, mas é inegável a sua contribuição, no campo filosófico, para o estudo da autonomia da vontade e da sua posterior limitação pelo Direito.

Apesar da notória influência do pensador alemão, não passa despercebido o fato de que o código napoleônico não sofreu qualquer influxo do pensamento elaborado por Kant. Como bem cita Guilherme Nacif de Faria, “não se pode dizer que a noção kantiana tenha influenciado na elaboração do Código Napoleão, quando sabemos que Portalis, redator do Código, lhe era hostil e o qualificava como um abuso do espírito filosófico”³⁶⁸.

³⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 81.

³⁶⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 62.

³⁶⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 116.

³⁶⁸ FARIA, Guilherme Nacif de. **A autonomia da vontade, o consentimento informado e a objeção de consciência nas relações profissionais de saúde: um estudo a partir da recusa da transfusão de sangue pelos adeptos das Testemunhas de Jeová**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2005, p. 103.

Apresentando uma conclusão parcial sobre a ideia de autonomia em Kant, ensina Gabriela Mascarenhas Lasmar:

De acordo com o ensinamento kantiano, o testador dever 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 testador³⁶⁹.

Como ensina Pollyanna Zanetti, em sua origem, a ideia de autonomia da vontade surge baseada nos ideais iluministas do século XVIII, consolidados, posteriormente, pelas revoluções que marcaram definitivamente a história³⁷⁰.

Nesse novo Estado Liberal, preponderava a ideia de autonomia da vontade, que vedava que o Estado intervisse nas relações privadas³⁷¹, uma vez que “o indivíduo era concebido com plena capacidade para regular os seus próprios interesses, sendo atribuído exclusivamente a ele o bom êxito ou o fracasso em sua atuação social e a soma das buscas individuais levaria ao sucesso de todos”³⁷².

Vigia, assim, “uma noção de autonomia ilimitada. O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aproovessem ao homem no período liberal”³⁷³. Como explicam Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Pontes:

Embates lexicais à parte, imperioso reconhecer a existência das duas terminologias no universo jurídico como sendo remetentes a significados que lhe são, respectivamente, congruentes. Embora, por vezes, os termos sejam empregados como sinônimos, necessário se faz revelar o cenário histórico que se esconde por detrás de cada um e a pertinência daquele que melhor se acomoda ao tempo presente. 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

³⁶⁹ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 105.

³⁷⁰ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 111.

³⁷¹ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 111.

³⁷² NEVARES, Ana Luíza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 39.

³⁷³ 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. 43-44.

Estado e a outros cidadãos, possibilitando dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal³⁷⁴.

Esse ideal liberal deu força à noção inicial de autonomia da vontade, conquanto se percebesse, naquele tempo, apenas uma igualdade formal entre os sujeitos que celebravam seus negócios jurídicos. Nesse sentido:

A autonomia da vontade, amparada na igualdade meramente formal (igualdade perante a lei), reitera-se, encontrava terreno fértil para sua aplicação no âmbito contratual, o que implicava o reconhecimento do sagrado e imutável princípio *pacta sunt servanda* (o contrato é lei entre as partes). Assim, a avença deveria sempre (sem exceções) ser cumprida. Mesmo se o contrato fosse injusto, prejudicial e excessivamente oneroso a uma das partes, ele deveria ser respeitado, pois, afinal de contas, assim o foi desde o início, quando os contratantes, em tese iguais, tiveram a pretensa liberdade de não pactuá-lo ou ainda de pactuá-lo de outra forma³⁷⁵.

Essa concepção eminentemente liberal de autonomia foi, como bem apontam Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Melo Pontes, “extremamente conveniente para ao objetivo da época, posto que qualquer limitação dos anseios individuais por parte do Estado travaria o progresso e o desenvolvimento humano e social”³⁷⁶. Contudo, como apontam André Rüger e Renata Rodrigues, “a liberdade individual ilimitada tendia a se converter em arbítrio provocando o colapso do sistema liberal”³⁷⁷.

A autonomia da vontade, como visto, baseada na igualdade apenas formal entre os indivíduos contratantes e marcada pela ampla liberdade contratual, começou o seu declínio no início do século XX, em razão da manifesta desigualdade material que existia

³⁷⁴ 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.

³⁷⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009, p. 30.

³⁷⁶ 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.

³⁷⁷ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

entre os contratantes, o que resultava em contratos com cláusulas manifestamente abusivas e onerosas para uma das partes³⁷⁸.

Assim, percebe-se que “o próprio liberalismo deu origem aos elementos que propiciariam sua implosão”³⁷⁹, uma vez que “a permissão de que o arbítrio de uns neutralizasse a autonomia de outros levava o sistema a uma insuperável contradição interna”³⁸⁰.

Surge, na contramão do Estado Liberal, o chamado Estado Social, severamente marcado pelo dirigismo contratual que, diferentemente do que ocorria quando da prevalência da autonomia da vontade, fundamentava-se na prevalência dos interesses gerais sobre os interesses particulares, e não mais aceitava os postulados de igualdade meramente formal, ao contrário, caracteriza-se por exercer discriminação positiva, protegendo a parte economicamente mais fraca³⁸¹.

Na esteira da mudança brusca havida com o rompimento da autonomia da vontade e a implementação do dirigismo contratual, buscou-se um equilíbrio entre a autonomia das partes e a intervenção que poderia ser promovida pelo Estado, alcançando-se, dessa forma, a ideia de autonomia privada que, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, ganha força nos ordenamentos jurídicos.

Assim, como ensina Pollyanna Zanetti:

Sob a nova perspectiva, é a pessoa e não o patrimônio que passa a ser o foco da proteção jurídica. Exatamente em razão disso, o Estado Democrático de Direito rompe com a igualdade formal, passível de lesar os direitos mais fundamentais dos mais vulneráveis, e tem por objetivo a efetivação de uma igualdade material; essa, sim, uma igualdade que pretende proteger os direitos de cada indivíduo de acordo com sua vulnerabilidade.³⁸²

³⁷⁸ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 112.

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

³⁸¹ FIUZA, César. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 43.

³⁸² ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 113.

As constituições contemporâneas, especialmente aquelas elaboradas após a segunda grande guerra mundial, preocuparam-se em colocar a dignidade da pessoa humana e a sua tutela no centro do ordenamento. As violações sem precedentes cometidas durante o período da guerra contribuíram decisivamente para esse enfoque na proteção à dignidade humana.

Não foi diferente com a Constituição da República de 1988, que aglutinou ideias liberais e sociais, colocando no cerne do ordenamento jurídico nacional a proteção da pessoa humana e a manutenção da sua dignidade.

Diante, portanto, dessa necessidade de se funcionalizar os institutos aos novos contornos trazidos pelos Estados Democráticos de Direito, o exercício da livre iniciativa não pode se afastar da proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, como ensina Ana Luiza Maia Nevares, “não é a livre iniciativa que é fundamento da República Federativa do Brasil e, sim, o valor social da livre iniciativa ou os valores sociais da livre iniciativa, conforme disposto no inciso IV, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988”³⁸³.

As limitações que podem ser impostas pelo Estado aos particulares devem, contudo, ser comedidas, sob pena de serem cometidos abusos e limitações excessivas e prejudiciais ao livre desenvolvimento das pessoas. A privação excessiva da autonomia do indivíduo pode sim acabar frustrando a “sua possibilidade de realização existencial”³⁸⁴. Assim, cabe ao Estado limitá-la tão somente “para fins de proteger a liberdade garantida a todos os indivíduos, o bem comum ou a paz social”³⁸⁵.

Como bem explica Daniel Sarmento, “existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para sua dignidade que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador”³⁸⁶.

Decorrido o processo histórico brevemente mencionado, é imperioso, como visto, que o conceito de autonomia privada seja entendido dentro do contexto histórico do local de sua aplicação. Nesse sentido:

Percebe-se, destarte, que ambas as correntes que buscaram trabalhar a idéia de autonomia pecaram por visualizarem apenas uma questão pontual, deixando

³⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 45.

³⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público, v. 4, n. 14, p. 167–217, jan./mar., 2005, p. 182.

³⁸⁵ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 116.

³⁸⁶ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público, v. 4, n. 14, p. 167–217, jan./mar., 2005, p. 183.

de lado a totalidade do problema que a exacerbação de uma autonomia individual ou pública ilimitadas ensejaria.

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. Isto posto, na contemporaneidade, começou-se a trabalhar a idéia de correlação/co-dependência entre autonomia pública e privada. Voltar os olhos para o pretérito conferiu a capacidade crítico-reflexiva necessária à percepção de que uma perspectiva isolada, seja ela pública ou privada, é, também, uma perspectiva carente, manca, cujos passos capengas não levam além do que uma ótica parcial³⁸⁷.

Caminhando para uma conceituação mais precisa e contemporânea da autonomia privada, explicam Carolina Palmeira, Daniela Barcelos e Fabiana Barletta:

A capacidade real de escolher é pressuposto da autonomia privada, que é atributo conferido a todo e qualquer ser humano que lhe confere a faculdade de se autodeterminar, de fazer as próprias escolhas de vida, sem interferências externas que limitam a liberdade individual e, no mais das vezes, configuram um injustificado paternalismo, como se verá no tópico a seguir³⁸⁸.

No mesmo sentido, buscando delimitar adequadamente o que se entende por autonomia privada, cita-se a lição de Daniel Sarmento:

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar a sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é a ideia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a idéia da autonomia privada – que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade³⁸⁹.

³⁸⁷ 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. 44-45.

³⁸⁸ PALMEIRA, Carolina Silvino de Sá; BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **Maternidade, autonomia privada e exercício de direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva interseccional**. *Revista de Direito Privado*. vol. 118. ano 24. p. 153-179. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/RTDoc%2021-01-2024%2022_25%20(PM).pdf>. Acesso em: 22 jan. 2024.

³⁸⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 175.

Na tentativa de esclarecer as efetivas diferenças conceituais entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, explica Bruno Torquato de Oliveira Naves:

Para alguns, autonomia da vontade seria gênero, do qual se constituíriam 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 condutas³⁹⁰.

Assim, conclui o autor preferir a nomenclatura “autonomia privada”, apesar de reconhecer abertamente “a proximidade de significações. A denominação autonomia privada veio substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade”³⁹¹. Desse modo, contemporaneamente, a “terminologia autonomia privada compreende a noção de limites impostos pelo ente estatal, enquanto autonomia da vontade carrega uma conotação subjetiva”³⁹².

Essas limitações, nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves, são denominadas “*fronteiras da autonomia privada*, sendo conhecidas como a *lei* (entendida em sentido amplo, o que inclui a Constituição Federal, englobando suas regras e seus princípios), a *ordem pública*, a *moral* e os *bons costumes*”³⁹³.

Francisco Amaral também traz interessante reflexão entre os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada:

Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade

³⁹⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 93.

³⁹¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da Autonomia Liberal à funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.235.

³⁹² LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 128.

³⁹³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009, p. 21.

individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais apropriadamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses³⁹⁴.

Tratando pontualmente da autonomia privada a da sua adequada conceituação, Judith Martins-Costa aponta a sua polissemia, ou, em outras palavras, a multiplicidade de sentidos que podem ser dados à locução:

Eixo do Direito Privado, a autonomia privada é polissêmica. Frequentemente é confundida com a noção de autonomia da vontade, cujo núcleo está no querer, enquanto autonomia privada denota poder de autorregulamentação de interesses privados. Em termos muito sintéticos, a autonomia privada: (i) constitui o fundamento da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses³⁹⁵.

Assim, deve se compreender a autonomia privada como sendo “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”³⁹⁶, ou, sem outras palavras, no “pequeno espaço em que o Estado nos permite atuar sem a sua interferência, mas sempre dentro dos parâmetros legais”³⁹⁷.

A autonomia privada é, portanto, princípio que direciona o ordenamento jurídico privado. É por meio do seu exercício que ao indivíduo é facultada a possibilidade de “estabelecer ‘miniordenamentos jurídicos’ para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas do seu dia-a-dia”³⁹⁸.

³⁹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 383.

³⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248-249.

³⁹⁶ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 128.

³⁹⁷ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 131.

³⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

Como se observa, não é fácil a conceituação de autonomia privada ou mesmo a sua diferenciação conceitual em relação à autonomia da vontade. Nesse sentido:

Não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência³⁹⁹.

Nota-se, portanto, que parece ser mais adequada a utilização de autonomia privada, e não autonomia da vontade, uma vez que a evolução do conceito denota claramente um robustecimento dos limites legais impostos à autorregulamentação. De todo modo, como aponta Carlos Eduardo Ruzyk, o estudo anterior “permite admitir que mesmo entre os que não trabalham com a distinção conceitual aqui examinada, o reconhecimento das transformações do perfil da autonomia é evidente”⁴⁰⁰.

5.2. Autonomia privada, liberdade de testar, legítima e solidariedade familiar: uma possível e necessária conciliação entre institutos aparentemente antagônicos

A adequada conceituação de autonomia privada preencheu, enfim, a última lacuna teórica para que se aborde, neste tópico, as suas relações com a liberdade de testar, com a legítima e com a solidariedade familiar.

Como visto acima, o espaço de incidência da limitação estatal à autonomia privada somente poderia existir, idealmente, para garantir a liberdade de todos os indivíduos. Nesse sentido, explica Raphael Carminate:

Como ressalvado acima, apesar de ser um direito e garantia fundamental, não se pode confundir a autonomia privada com o mero arbítrio, podendo a mesma sofrer limites, desde que para a preservação de um direito e garantia fundamental da parte atingida por seu exercício.

Não se pode perder de vista, portanto, que a regra é a liberdade de agir, ou seja, prevalece a não-intervenção do Estado sobre os direitos e garantias fundamentais. A limitação de um direito e garantia fundamental e, especialmente, da autonomia privada, é medida excepcional, somente

³⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Ronovar, 2002, p.17.

⁴⁰⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 124.

justificável pela realização de outros princípios também constitucionalmente tutelados⁴⁰¹.

A doutrina especializada costuma justificar a limitação à liberdade de testar – autonomia privada do testador – em dois princípios, o da proteção integral à família e o da solidariedade familiar. Nas palavras de Ana Luiza Nevares, seria a legítima o “instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”⁴⁰².

Sobre o tema, a lição de Maria Helena Diniz:

Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do de cujus e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor de metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros (CC, arts. 1.789, 1.845, 1.846 e 1.857, § 1º), exceto se forem deserddados ou excluídos da sucessão por indignidade. Esse sistema é, indubitavelmente, o que melhor atende aos interesses da família. Assim, o testador poderá dispor da totalidade de seus haveres, não existindo herdeiros necessários. Se houver tais herdeiros, deverá respeitar a legítima e não poderá dispor de mais da metade de seus bens nem no testamento (CC, art. 1.857, § 1º), nem em doação (CC, art. 549), por pertencer de pleno direito àqueles herdeiros⁴⁰³.

Nota-se que a visão de parte da doutrina – e diga-se mais, da mais abalizada doutrina – continua enxergando na legítima, tal como existe hoje, a solução para uma pretensa proteção à família. Ocorre que, como já apontado anteriormente, da forma como prevista hoje, a legítima não atende aos anseios sociais e não representa mais proteção às famílias, em razão das significativas mudanças pelas quais ela passou nas últimas décadas. Nesse sentido, explica Pollyanna Zanetti:

Apesar da predominância desse entendimento no Direito Brasileiro, a ideia de equilíbrio entre autonomia privada e proteção da família por meio do instituto

⁴⁰¹ 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. 139.

⁴⁰² NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 169.

⁴⁰³ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 30 set. 2023.

da legítima vem sendo bastante questionada em diversos países que a adotam, face aos inúmeros problemas que essa proteção legal apresenta nos tempos atuais, questão sobre a qual este trabalho se ocupará no capítulo final⁴⁰⁴.

Pontue-se que, apesar de o objeto do trabalho não ser propriamente uma crítica à legítima, esses apontamentos a seu respeito são indispensáveis, eis que se relacionam com o objeto central da pesquisa, que envolve uma análise entre a liberdade de testar, fundada na autonomia privada, e a restrição a esta liberdade que é imposta, por exemplo, por meio da necessidade de oposição de uma justa causa testamentária no caso de o autor da herança pretender inserir, no seu testamento, cláusulas restritivas nos bens que compõem a legítima.

Sabe-se que em matéria sucessória, a autonomia privada materializa-se por meio do testamento. Há quem defenda, inclusive, que foi testamento o instrumento que, depois do contrato, exerceu a maior influência na transformação das sociedades humanas, afirmando, ainda, que a liberdade de testar é uma das maiores provas da liberdade civil⁴⁰⁵.

Tanto a legítima quanto à necessidade de se declinar uma justa causa para imposição de restrições aos bens que a compõem fundam-se, precipuamente, na solidariedade familiar.

Contudo, como visto, a atual visão que prevalece sobre o princípio da solidariedade familiar não mais corresponde à conformação da família contemporânea. Justificar a manutenção da necessidade de oposição de justa causa, ou mesmo de uma legítima fixa e invariável, com base em um princípio da solidariedade familiar que simplesmente ignora o caso concreto, inferindo previamente que, em todo e qualquer caso, a família do testador dependeria do recebimento dos seus bens para manter-se com dignidade é, com respeito aos que pensam de forma divergente, um verdadeiro contrassenso.

Na época da incorporação da legítima ao ordenamento jurídico brasileiro, a sociedade era eminentemente agrária e patriarcal, com uma expectativa de vida que não chegava aos quarenta anos de idade, além da existência de severas limitações à autonomia e independência da esposa que, muitas das vezes, via-se fadada aos cuidados com a casa

⁴⁰⁴ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 118.

⁴⁰⁵ TROPLONG, M. apud PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de restar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 13.

e com a família, não ostentando, na maioria das vezes, qualquer qualificação técnica para o exercício de atividades remuneradas.

Assim, naquele tempo, era plenamente justificável que, com o falecimento do marido – *pater* – restasse legalmente assegurada à família uma parcela considerável do patrimônio por ele deixado. Ora, no início do século XX, com o falecimento ainda em idade produtiva, usualmente antes dos quarenta anos, os filhos do casal ainda eram jovens e incapazes, portanto, de proverem o seu próprio sustento ou o da sua família. A esposa, como apontado, não exercia, na maioria das vezes, qualquer atividade remunerada, de modo que essa reserva legítima se justificava plenamente, eis que seria o patrimônio a eles reservado que manteria, dentro do possível, as condições mínimas de dignidade da viúva e dos filhos.

Atualmente, esse formato de legítima simplesmente não se justifica, sob nenhum aspecto. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a expectativa de vida do brasileiro, em 2022, ultrapassou os setenta e cinco anos e meio em média, sendo de setenta e nove anos para a mulher e de setenta e dois anos para o homem⁴⁰⁶.

Assim, diferentemente do que ocorria no início do século passado, não mais subsiste essa presunção absoluta de necessidade da família, não se justificando, pois, que a solidariedade familiar continue tendo o mesmo olhar que tinha há mais de um século e, pior, que traga empecilhos ao pleno exercício da autonomia privada por parte do autor da herança, limitando de forma injustificada a sua liberdade de testar.

Sobre as implicações da restrição à liberdade de testar que é imposta pela legítima no Brasil, explica Gustavo Henrique Baptista Andrade:

Por outro lado, a limitação da liberdade de testar no Brasil, por força da reserva legítima, altera e pode vir a violar o projeto de vida da pessoa em sua plenitude de dignidade e liberdade, já que aquele, mesmo tendo reflexo na família e no patrimônio, é uma escolha da pessoa no exercício de sua autonomia existencial⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/38455-em-2022-expectativa-de-vida-era-de-75-5-anos>> . Acesso em 22 jan. 2024.

⁴⁰⁷ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.105.

Desse modo, feitas as considerações acima e tendo como base os conceitos apresentados ao longo desse trabalho, nota-se claramente que é sim possível a conciliação entre a autonomia privada, a liberdade de testar, a legítima e a solidariedade familiar.

Essa conciliação passa, contudo, por uma severa reforma legislativa em relação à legítima, além de uma requalificação do princípio da solidariedade familiar, baseada, agora, no atual estágio de desenvolvimento das pessoas e das famílias, como já apontado no tópico específico sobre a legítima. Sobre o tema, discorre Gabriela Mascarenhas Lasmar:

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 dirige⁴⁰⁸.

O que não mais se justifica é que, em nome de um princípio da solidariedade familiar e de um instituto da legítima manifestamente defasados, seja a liberdade de testar tolhida, em manifesta afronta à autonomia privada. Inclusive, não se pode “ignorar que a liberdade (uma das bases componentes do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana e fundamento axiológico da autonomia privada) é a regra geral do sistema”⁴⁰⁹.

Concluindo de modo convergente com as demais críticas apresentadas nos capítulos anteriores, assim se posicionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Insistimos em dois relevantes pontos de reflexão: i) havendo herdeiro necessário incapaz, entendemos justificável a restrição à liberdade de testar, por conta da imperiosa necessidade de garantir o provimento da subsistência humana; ii) nada impedirá que o titular do patrimônio, por vontade própria, transmita os bens que entender aos seus filhos, cônjuge, pais etc. O que se combate veementemente é impedir que o titular de um patrimônio, sem qualquer herdeiro incapaz, seja obstado de escolher o destino dos seus bens, obrigado a beneficiar pessoas que, de antemão, sabe não precisar ou sabe que não irão gerir da forma desejada⁴¹⁰.

Assim, nota-se que somente se pode suprimir a liberdade de testar, manifestação clara da autonomia privada, se os motivos forem suficientemente fortes para respaldar tal supressão, como, no caso, autorizaria a existência de um herdeiro necessário incapaz ou,

⁴⁰⁸ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 119.

⁴⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, 73.

⁴¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023, 74-75.

como concluem outros autores citados, no caso de herdeiro necessário vulnerável. Fora isso, deve-se resguardar, na maior medida possível, a autonomia privada do titular do patrimônio, sem qualquer limitação que não seja a própria consciência do disponente.

6. A JUSTA CAUSA NA CLAUSULAÇÃO RESTRITIVA DA LEGÍTIMA

6.1. Breve retrospecto histórico. A inclusão da “justa causa” no ordenamento jurídico brasileiro

Apresentados os conceitos indispensáveis à adequada compreensão do tema central deste trabalho, passa-se, pois, a enunciar de forma breve os principais aspectos históricos que envolvem a inclusão da justa causa testamentária no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, importa iniciar essa breve retrospectiva histórica apontando que foi a Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907) que trouxe a peculiar possibilidade de facultar ao autor da herança a gravação da legítima com as cláusulas de inalienabilidade e incommunicabilidade. Além disso, o artigo 3º do Decreto trouxe a possibilidade de conversão dos bens que integram a legítima em outros de espécie diversa, e a livre administração em favor da mulher herdeira.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.⁴¹¹

Além das citadas inserções, a relevância do decreto revela-se ainda maior quando se observa, por exemplo, que foi por meio dele que houve a redução da quota legítima, que passou de dois terços para a metade dos bens da herança, redução que perdura, imutável, até os dias hoje.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal⁴¹².

⁴¹¹ BRASIL. **Decreto nº 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html> >. Acesso em: 24 jan. de 2024.

⁴¹² BRASIL. **Decreto nº 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html> >. Acesso em: 24 jan. de 2024.

Antes disso, não era possível ao titular do patrimônio impor, por testamento, cláusulas restritivas à propriedade nos bens que compõem a legítima, que correspondia, na ocasião, a dois terços da herança, conforme se verifica no Livro IV, Título LXXXII das Ordenações Filipinas.

O próprio coordenador da comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código Civil de 2002, Miguel Reale, pontuou há muito que era uma peculiaridade brasileira, que não se verificava nos ordenamentos jurídicos de nenhum outro país, a possibilidade de imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, por testamento, nos bens que compõem a legítima⁴¹³.

O Código Civil de 1916, por sua vez, manteve exatamente a orientação da Lei Feliciano Pena no que diz respeito à permissão para clausulação da legítima, como se observa na redação do artigo 1.723 do diploma revogado:

Art. 1.723. A legítima dos herdeiros, fixada pelo art. 1.721, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que a constituam, lhes prescreva a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária, e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros-legítimos, desembaraçados de qualquer ônus⁴¹⁴.

Em 1919, houve uma pequena alteração na redação do citado dispositivo legal, operada por meio do Decreto 3.725 de 15 de janeiro daquele ano. Com a alteração, o dispositivo passou a adotar a seguinte redação:

Art. 1.723:
Substitua-se pelo seguinte:
«Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras legítimo, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confial-os á livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade legítimos¹⁶³ ou legítimos. A clausula de inalienabilidade, entretanto, não obstará, á livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, á sua transmissão, desembaraçados de qualquer legí, aos herdeiros legítimos.»⁴¹⁵

⁴¹³ REALE, Miguel. **Vínculo – Da cláusula de inalienabilidade**. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). Doutrinas Essenciais – Direito Registral, vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 837-838.

⁴¹⁴ BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 24 jan. de 2024.

⁴¹⁵ BRASIL. **Lei nº 3.725**, de 15 de janeiro de 1919. Faz diversas alterações no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl3725-1919.htm>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

Após a citada alteração, a redação do dispositivo permaneceu inalterada até o advento do Código Civil de 2002, que deu novo tratamento à matéria no seu artigo 1.848:

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima⁴¹⁶.

Como bem se observa, não obstante a imposição autônoma da cláusula restritiva de impenhorabilidade sobre os bens que compõem a legítima, no testamento, fosse amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, o legislador do Código Civil de 2002 preferiu incluí-lo de forma expressa no texto codificado.

A alteração mais significativa desse dispositivo, contudo, foi a inserção da necessidade de apresentação de justa causa pelo autor da herança para a aposição das citadas cláusulas restritivas nos bens que compõem a legítima. Como aponta Flávio Tartuce, trata-se essa de “uma das principais alterações a respeito da matéria, em confronto com a codificação anterior, recebendo elogios de alguns e críticas de outros”⁴¹⁷.

Artigo igualmente importante relacionado às cláusulas restritivas, já mencionado nesse trabalho, é o 1.911, que determina expressamente que “a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”⁴¹⁸. Como já apontado, o raciocínio inverso não é válido, eis que podem ser impostas, de forma autônoma, tanto a cláusula de impenhorabilidade quanto de incomunicabilidade.

Na qualidade de coordenador do anteprojeto da nova codificação civil, Miguel Reale afirmou que, em matéria de direito sucessório, preocupação das mais relevantes foi em relação à exigência de justa causa para a imposição das cláusulas restritivas à legítima⁴¹⁹. Nesse sentido, explica o autor:

⁴¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

⁴¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

⁴¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

⁴¹⁹ REALE, Miguel. MARTINS-COSTA, Judith (coord.). **História do Novo Código Civil**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, 19-22.

Por outro lado, em matéria sucessória, não é mais lícito ao testador vincular bens da legítima a seu bel prazer. Ele deve explicitar o motivo que o leva a estabelecer a cláusula limitadora do exercício de direitos pelo seu herdeiro, podendo o juiz, em certas circunstâncias, apreciar a matéria para verificar se procede a justa causa invocada⁴²⁰.

Aqui reside uma interessante curiosidade em relação ao artigo 1.848 do Código Civil. Na sua redação original, a cláusula de incomunicabilidade não estava presente no *caput* do citado artigo. Em verdade, havia na redação original um parágrafo primeiro, que facultava ao testador impor a incomunicabilidade livremente.

Consultando os arquivos do Senado Federal, vê-se claramente que o então Senador Alexandre Costa sugeriu a Emenda nº 360 à redação do até então artigo 1.875. Referida emenda buscava incluir o §2º ao citado artigo, de modo a prever a possibilidade de alienação do bem clausulado. Após a apresentação dessa emenda, o parecer sugeriu uma alteração na redação do §2º e a inclusão da incomunicabilidade no *caput* do artigo.

Em razão da importância histórica do citado parecer apresentado pelo Senador Josaphat Matinho, apresenta-se a sua redação na íntegra, eis que os motivos nele declinados servirão, também, às críticas que serão apresentadas:

Parecer Final (Senador Josaphat Marinho)
Emenda nº 360 – Senador Alexandre Costa
Acrescenta outro parágrafo ao art. 1.875.
PARECER

O art. 1.875 prescreve que, “salvo se houver justa causa devidamente expressa no testamento, não pode o testador estabelecer cláusulas, de inalienabilidade ou impenhorabilidade quanto à legítima, nem a conversão dos bens, que a constituem, em outros de outra espécie”.

E seu parágrafo único elucida que “ao testador é facultado, porém, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade, ou confiar os bens da legítima à administração da mulher herdeira.”

A emenda quer acrescentar outro parágrafo ao artigo, declarando: “Mediante autorização judicial e havendo justa causa, provada e demonstrada de forma ampla e inequívoca, poderá o herdeiro alienar o imóvel ou bens que se acham gravados, podendo o juiz, nesse caso, prescrever-lhe regras para aplicação do produto da venda, visando a liquidez, garantia e rentabilidade do capital social.” A justificação da emenda realça as dificuldades que advêm para o herdeiro pessoalmente, ou para a administração dos bens, da existência de cláusulas restritivas da comerciabilidade deles.

Sem dúvida, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, se em casos protegem o patrimônio, noutros geram dificuldades, por vezes extremamente prejudiciais aos beneficiários do testamento.

Por isso o Projeto já exige para instituição das duas primeiras clausuras “justa causa devidamente expressa no testamento.” A final, quem beneficia, em princípio não deve desconfiar do favorecido. E se trata da legítima, a proibição envolve grave restrição a direito.

⁴²⁰ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 30 set. 2023.

Quanto à incomunicabilidade, o Projeto declara que o testador pode entender a “livremente”, “ou confiar os bens da legítima à administração da mulher herdeira.” Ora, hoje, cláusula dessa natureza e amplitude torna-se até de constitucionalidade discutível, visto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (C.F., art. 226, § 5º). Ainda que assim não se considere, essa cláusula é, como as outras, suscetível de restrição.

Isto posto, e se o Projeto está elaborado na linha de restrição às duas primeiras cláusulas enunciadas, parece-nos conveniente rever o art. 1.875 para conferir-lhe conteúdo mais condizente com a evolução do direito moderno. Assim não se admitirá que a inalienabilidade e a incomunicabilidade possam atingir a legítima e se permitirá que os bens clausulados sejam alienáveis, mediante autorização judicial. Desse modo já estabelecia o Projeto Orlando Gomes (art. 760), e o saudoso e eminente civilista bem salientou que “a legítima é uma quota legalmente reservada sobre os mesmos bens do espólio” (Sucessões, 6ª ed., Forense, 1990, p. 184).

Cabe recordar que o professor Miguel Reale foi “contra a preservação dessas cláusulas”, por entender-las “uma singularidade do antigo Direito reinol” e prejudiciais ao princípio da “mobilidade do patrimônio” (O Projeto de Código Civil, Saraiva, 1986, p.19).

Embora participando desse entendimento, não sugerimos a supressão dessas cláusulas, tendo em conta o conjunto do Projeto⁴²¹.

Após os trâmites legislativos, foi apresentada pelo então Deputado Ricardo Fúza a Emenda nº 314, acatando o parecer citado anteriormente e aprovando a redação atual do artigo 1.848. Em razão da relevância, transcreve-se o citado parecer.

Parecer Final (Deputado Ricardo Fúza)

EMENDA nº 314

aditiva(); substitutiva(..); modificativa;(x) supressiva(..)

Referência: Corresponde à Subemenda à Emenda nº 360

Conteúdo: Dá nova redação ao art. 1.875

Texto consolidado: art. 1860

Autor: Senador Alexandre Costa

Texto Original do Projeto:- Art. 1.875. Salvo se houver justa causa devidamente expressa no testamento, não pode o testador estabelecer cláusulas, de inalienabilidade ou impenhorabilidade quanto à legítima, nem a conversão dos bens, que a constituem, em outros de outra espécie.

Parágrafo único. Ao testador é facultado, porém, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade, ou confiar os bens da legítima à administração da mulher herdeira.

Texto proposto:“Art. 1.875. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão subrogados nos ônus dos primeiros.”

Resumo da Justificativa Sem dúvida, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, se em casos protegem o patrimônio, noutros geram dificuldades, por vezes extremamente prejudiciais aos beneficiários do testamento.

⁴²¹ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. 4v, 239-240.

Por isso o Projeto já exige para instituição das duas primeiras cláusulas “justa causa devidamente expressa no testamento.” Afinal, quem beneficia, em princípio não deve desconfiar do favorecido. E se se trata de legítima, a proibição envolve grave restrição a direito.

Quanto à incomunicabilidade, o Projeto declara que o testador pode estabelecer a “livremente”, “ou confiar os bens da legítima à administração da mulher herdeira.” Ora, hoje, cláusula dessa natureza e amplitude torna-se até de constitucionalidade discutível, visto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (C.F., art. 226, § 5º). Ainda que assim não se considere, essa cláusula é, como as outras, suscetível de restrição.

Isto posto, e se o Projeto está elaborado na linha de restrição às duas primeiras cláusulas enunciadas, parece-nos conveniente rever o art. 1.875 para conferir-lhe conteúdo mais condizente com a evolução do direito moderno. Assim não se admitirá que a inalienabilidade e a incomunicabilidade possam atingir a legítima e se permitirá que os bens clausulados sejam alienáveis, mediante autorização judicial. Desse modo já estabelecia o Projeto Orlando Gomes (art. 760), e o saudoso e eminente civilista bem salientou que “a legítima é uma quota legalmente reservada sobre os mesmos bens do espólio” (Sucessões, 6ª ed., Forense, 1990, p. 184).

PARECER:

O ilustre deputado Synval Guazzelli, no relatório parcial que ofertou, opina pela aprovação da emenda, nos seguintes termos:

“É de se acolher a emenda na sua totalidade, porquanto a expressão declarada é mais técnica e correta do que a expressão devidamente expressa. De outra parte inexistente razão para discriminar a incomunicabilidade dos demais gravames referidos, a saber: inalienabilidade e impenhorabilidade. Impõe-se, ainda, a salvaguarda da possibilidade de alienar bens onerados, mediante autorização judicial e justa causa.”

A longa exposição do Senador Josaphat Marinho, resumidamente acolhida pelo Relator Parcial, por si justificam a aprovação da emenda.

Pela aprovação, dispensadas maiores considerações além daquelas já expendidas pelo Relator-Geral no Senado⁴²².

Observa-se, portanto, que a emenda sugerida foi aceita, tendo a incomunicabilidade sido incorporada ao *caput* do artigo, de modo que, também para a sua aposição, é necessária a apresentação de justa causa. Essa ulterior inclusão da incomunicabilidade na cabeça do artigo é severamente criticada por vários autores, dentre eles, Mário Luiz Delgado:

A *ratio* da limitação da liberdade testamentária, com exigência da justa causa, repousa exatamente na intangibilidade da legítima, não se admitindo que o poder de disponibilidade do herdeiro necessário sobre esses bens seja limitado, sem que haja uma boa razão para isso. Ocorre que a incomunicabilidade não configura restrição alguma à disponibilidade do bem pelo herdeiro, limitando-se a constituir norma protetiva. Não prejudica o herdeiro necessário, nem desfalca ou restringe a legítima.

[...]

Aliás, a menção a incomunicabilidade, no art. 1.848, sequer constava do projeto original do Código Civil. No Projeto de Lei 634/75 era facultado ao testador impor livremente a cláusula de incomunicabilidade.

⁴²² PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. 4v, 534-535.

Vê-se que, sob o pretexto de proteger o herdeiro dos eventuais arbítrios dos pais, e alegando tratar-se de cláusulas que restringem a propriedade dos herdeiros, tomou-se a exceção pela regra. Ora, mais adequado seria autorizar a imposição das cláusulas e, caso fosse manifestamente comprovado o intuito dos disponentes de apenas prejudicar o filho, em razão de desavenças insuficientes para a deserdação ou indignidade, facultar a possibilidade de sua anulação judicial.

Privar antecipadamente o autor da herança é aviltar a sua autonomia privada com base em meras presunções de má-fé ou de que essa clausulação importaria em “restrição”, e não em verdadeira proteção ao herdeiro. Não parece ter sido a solução legislativa mais adequada.

Em razão dessas inúmeras críticas, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 699/2011, já mencionado no tópico que tratou especificamente da cláusula de incomunicabilidade e pretende, em síntese, excluir a incomunicabilidade do *caput* do artigo 1.848 e inserir um parágrafo terceiro no citado artigo, prevendo a faculdade de o testador livremente impor a incomunicabilidade. Importantes autores são favoráveis a essa alteração, como é o caso de Carlos Alberto Dabus Maluf⁴²³.

6.2. O problema da conceituação da justa causa e o posicionamento de alguns tribunais

Antes da tentativa de se apresentar os contornos atuais da justa causa, convém apontar, rapidamente, a lógica utilizada pelo coordenador do anteprojeto, Miguel Reale, para a inclusão de tal disposição. Quando da elaboração do código, três princípios foram balizadores do formato da nova codificação: socialidade, eticidade e operabilidade.

Em linhas gerais, já que não se trata do objeto central da crítica, o princípio da socialidade buscou orientar a elaboração do código dando-lhe um sentido mais social, contrapondo-se, nesse sentido, ao individualismo que marcava os institutos do código anterior⁴²⁴.

A eticidade, por sua vez, decorreu da crítica realizada por Miguel Reale em relação ao excessivo rigor formal dos preceitos normativos expressos, o que, segundo seu

⁴²³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 5ª ed. São Paulo: YK, 2018, p. 57.

⁴²⁴ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

entendimento, quase não se referia à equidade, à boa-fé ou outros critérios éticos. Assim, o Código Civil de 2002 foi orientado no sentido de conferir ao juiz poderes para resolução de lacunas e, no caso de regras manifestamente deficientes, o poder de analisar e resolver o caso conformando-o aos valores éticos⁴²⁵.

Por fim, o princípio da operabilidade visou, na teoria, minimizar equívocos e dificuldades aos operadores do Direito. Nesse sentido, por opção de Miguel Reale, foram utilizadas normas abertas ao longo de todo o código. Segundo o autor, essas normas permitem a sua reinterpretação ao longo dos anos⁴²⁶.

Essa exigência da justa causa, portanto, reflete em parte a ideia de se valer de normas jurídicas abertas. Assim, uma causa tida como justa para a clausulação nos dias de hoje, pode não mais o ser após alguns anos. Feita a introdução, necessário, agora, (tentar) apontar o conceito de justa causa.

Sobre o tema, Marcelo Truzzi Otero aponta que o Código Civil de 2002 fez uma “consciente e correta opção pela adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados”⁴²⁷. No mesmo sentido, o próprio Miguel Reale apontava que, por meio dessa opção, seria possível “a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”⁴²⁸.

Flávio Tartuce explica que se trata de “um conceito legal indeterminado, uma cláusula geral a ser preenchida pelo aplicador do Direito, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. Para o autor, “a adoção de um sistema recheado de conceitos abertos está em sintonia com a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, organizador e sistematizador da codificação privada em vigor no Brasil”⁴²⁹.

Marcelo Truzzi Otero apresenta o seguinte conceito para a justa causa:

Justa causa, no direito sucessório brasileiro, é o motivo lícito, sério e concreto apontado pessoalmente pelo autor da liberalidade no instrumento de doação ou no testamento que, se persistentes ao tempo da abertura da sucessão, justificam

⁴²⁵ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

⁴²⁶ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

⁴²⁷ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

⁴²⁸ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto do Código Civil**. In: Revista dos Tribunais, ano 87, junho de 1988, v. 752, p. 3.

⁴²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade impostas sobre a legítima do herdeiro necessário, a bem de seus próprios interesses⁴³⁰.

Apesar de elogiável, em certa medida, a utilização de conceitos indeterminados, no caso específico desse artigo, a impressão é de que a opção legislativa foi bastante infeliz. Isso porque, para além da dificuldade de se definir o que é “justo”, a eficiência social da norma também parece ser comprometida.

Nesse sentido, explica Flávio Tartuce:

Antes de partir para os exemplos concretos do que seria a tal justa causa, fica em xeque a eficiência social de tal exigência. Ora, imagine-se que um pai queira postar as referidas cláusulas no testamento a um filho, pois duvida da idoneidade de sua nora, casada com ele pelo regime da comunhão universal de bens. Como justificar sua intenção?⁴³¹

Essas críticas à justa causa, porém, não advém da maioria da doutrina. Boa parte dos autores da área defende a previsão legislativa, como é o caso de Marcelo Truzzi Otero:

Pensamos, no entanto, que a justa causa, como conceito indeterminado, revela-se altamente positiva por traduzir eficiente mecanismo de concretude e integração da norma, de modo a assegurar a possibilidade de o Magistrado confrontar os motivos apontados pelo autor da liberalidade, por vezes declarados há anos, com a realidade jurídica, moral e ética contemporânea à abertura da sucessão⁴³².

A maior dificuldade está, contudo, na definição dos motivos que seriam suficientemente justos para autorizar a clausulação da legítima. Isso porque, como se viu, um motivo aparentemente justo hoje, pode não mais o ser em alguns anos. Do mesmo modo, pode haver causa superveniente ao testamento e ao falecimento do autor da herança que também torne os motivos declinados carentes de eficácia. Nesse sentido, ensina Ana Luiza Maria Nevares:

⁴³⁰ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 167-168.

⁴³¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

⁴³² OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70.

Por conseguinte, a permanência do gravame deve coincidir com a manutenção de sua causa justificadora. Isso significa dizer que uma vez ausente a motivação outrora existente, deve a cláusula restritiva ser imediatamente levantada. Em outras palavras, só se justifica os gravames enquanto perdurar a causa que o torna legítimo à luz dos valores constitucionais⁴³³.

No mesmo sentido é o entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Por certo tal motivação há de guardar ligação com a intenção do sistema jurídico ao prever as cláusulas que ainda sejam permitidas em caráter excepcional.

Assim, a cláusula de incomunicabilidade há de estar atrelada às dificuldades e divergências do casal naquilo que se refere à administração dos bens comuns, em que um propõe constantemente a alienação, ao passo que o outro com isso não concorda, negando a outorga necessária. Nesses casos, poderá o testador apor a cláusula, indicando os fatos como causa justa par a separação dos bens, tudo, é óbvio, a depender do regime de bens adotado pelo casal.

Já as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade estão por cento ligadas à eventual prodigalidade do herdeiro, ao fato de já ter sido declarado insolvente, de já ter falido em sua atividade⁴³⁴.

Marcelo Truzzi Otero aponta alguns dos motivos que supostamente autorizariam a imposição das cláusulas restritivas:

Infinitos são os motivos que, teoricamente, autorizam a clausulação da legítima. Em rol exemplificativo, o vício de jogo, a dependência química, a incapacidade para reger sua pessoa e seus bens, a malversação do patrimônio pessoal, a inexperiência de vida, todos esses casos motivam a inalienabilidade. Por sua vez, a insolvência, a existência de condenações judiciais ou pendências bancárias motivam a impenhorabilidade. Já a incomunicabilidade tem como motivos a condenação por crime contra o patrimônio, ou a existência de casamentos anteriores nos quais o cônjuge experimentou vantagem patrimonial decorrente da contratação de regime da comunhão universal de bens⁴³⁵.

Não obstante a boa intenção na tentativa de apontar motivos que supostamente seriam justos, logo na sequência, aponta o autor uma série de motivos que, de modo diverso, não autorizariam a imposição das cláusulas. Em outras palavras, aponta o autor os motivos que não seriam suficientemente “justos”:

⁴³³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Cecília Bodin de (Coordenadora). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 532.

⁴³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito das Sucessões**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo, Saraiva, v. 20, 2003.

⁴³⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

Generalidades ou ilegalidades não são aceitas e devem ser reputadas não escritas, assim como não serão admitidas motivações desvinculadas da tutela dos interesses do herdeiro ou de sua família.

Assim, face à generalidade das cláusulas, não basta o instituidor declarar abstratamente que seu filho é estroina ou perdulário; que a filha é gastadora compulsiva ou que a esposa do herdeiro não é confiável; que o negócio administrado pelo herdeiro é arriscado; que o herdeiro não tem maturidade ou capacidade para administrar o próprio patrimônio.

Também não serão aceitas como justa causa as aflições comuns aos progenitores em geral, os temores que afligem o bom pai, como, por exemplo, o ‘receio de um casamento infeliz, o futuro incerto nos negócios ou a simples possibilidade de dissipação da fortuna’; situações que não passam de suposições, sem o necessário respaldo fático exigido para a clausulação da legítima⁴³⁶.

Verifica-se, portanto, que a redação atual traz mais dificuldades do que solução para o suposto problema da clausulação da legítima. Nesse sentido, a pertinente crítica apresentada por Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e Caroline Pomjé:

O primeiro problema que se estabelece a partir da disposição presente do Código Civil vincula-se com a indeterminação do conceito empregado pela legislação. Não são estabelecidos maiores parâmetros para fins de definição do que corresponderia a uma justa causa apta a legitimar a imposição de restrições sobre a legítima dos herdeiros necessários⁴³⁷.

Ora, se todos os motivos que os autores citam para desautorizar a imposição das restrições forem levados à risca, restam muito poucas opções para o testador proteger os bens que duramente conquistou e que pretende sejam mantidos protegidos dos eventuais infortúnios pelos quais seus herdeiros sejam submetidos após o seu falecimento.

Ademais, parece ser verdadeiramente impossível se comprovar, em alguns casos, que a causa é realmente justa, em razão não apenas da dificuldade material se obterem provas robustas nesse sentido, como também em razão, por exemplo, do exagerado desconforto familiar que eventuais justificativas poderiam trazer para o autor da herança e para os seus beneficiários.

⁴³⁶ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 72-73.

⁴³⁷ FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; POMJÉ, Caroline. As cláusulas restritivas de propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos tribunais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 346.

Para além das críticas apontadas, os tribunais brasileiros, não raras vezes, tornam ineficazes as cláusulas impostas pelo autor da herança em razão da ausência ou a insuficiência da justa causa apontada no testamento. Nesse sentido, os seguintes julgados:

Agravo de instrumento. Execução título extrajudicial. Penhora no rosto dos autos do inventário. Ausência de justa causa. Art. 2.042. Regra de transição. Prazo para aditamento do testamento sob pena de ineficácia das restrições. Segundo o art. 1.848 do CC/2002, o testador não poderá estabelecer cláusula de impenhorabilidade sobre os bens da legítima, salvo se houver justa causa. Deve haver um motivo que justifique a gravação de bens da legítima ainda que o testamento tenha sido feito perante as regras do Código Civil de 1916, entretanto, se até janeiro de 2004 o testador não providenciar o aditamento do testamento, para que possa justificar o gravame, perderá eficácia a cláusula impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade (art. 2.042 CC). (TJMG, Agravo de Instrumento 0606481-44.2010.8.13.0000, 15.^a Câmara Cível, Belo Horizonte, Rel. Des. Antônio Bispo, j. 26.05.2011, DJEMG 14.06.2011).

Inventário. Indeferimento do pedido de levantamento de juros sobre depósito decorrente da venda de bem gravado com cláusulas restritivas. Disposição testamentária que gravou os frutos e rendimentos apenas com as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade. Inexistência de óbice, portanto, ao levantamento dos juros, já que preservado o capital, com a incidência de correção monetária. Ademais, ausência de justa causa declarada no testamento a justificar a manutenção do gravame em tamanha extensão. Inteligência do art. 1.848 do Código Civil. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.301650-7, Acórdão 4486447, 8.^a Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Salles Rossi, j. 12.05.2010, DJESP 28.05.2010).

Testamento. Cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade. Ausência de justa causa para imposição das restrições. Execução ajuizada antes da lavratura do testamento. Inteligência do art. 1848 do Código Civil vigente. Agravo provido para autorizar a penhora no rosto dos autos do inventário” (TJSP, Agravo de Instrumento 991.09.097732-8, Acórdão 4233664, 21. Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 02.12.2009, DJESP 12.01.2010).

Em minuciosa pesquisa realizada em todos os Tribunais de Justiça do Brasil, Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e Caroline Pomjé analisaram, pontualmente, todos os 88 acórdãos e decisões monocráticas sobre o tema. As conclusões foram divididas em grupos de pesquisa, cada qual focado em um aspecto específico. Abaixo, as considerações das autoras:

O segundo grupo de decisões, por sua vez, é composto pelos acórdãos por meio dos quais o Poder Judiciário procedeu à avaliação de processos por meio dos quais pretendiam os herdeiros o levantamento das cláusulas restritivas – tivessem sido impostas à parte disponível do patrimônio do testador, fossem instituídas sobre a legítima. Em referidos julgamentos (no total de cinquenta e cinco), a análise restou centrada nas justificativas apresentadas pelos sucessores para fins de cancelamentos das cláusulas restritivas. Ou seja, não se questionava a validade ou não das razões elencadas pelo testador; buscava-se,

isso sim, o reconhecimento de que as restrições ao direito de propriedade dos herdeiros estariam causando prejuízos a estes, sendo justificável o levantamento das cláusulas.

Em trinta acórdãos (correspondentes a 55% dos julgamentos inseridos, nesta análise, no ‘grupo dois’), o Poder Judiciário entendeu pela comprovação, por parte dos herdeiros, de existência de justa causa para fins de levantamento das cláusulas restritivas impostas ao patrimônio herdado – fosse ele integrante da parte legítima ou da parte disponível dos bens do testador. Nos demais casos (no total de vinte e cinco, o que corresponde a 45% dos acórdãos analisados no grupo dois), o entendimento dos Tribunais de Justiça foi no sentido da manutenção das cláusulas restritivas em virtude da ausência de motivo determinante apto a autorizar o levantamento pleiteado pelos sucessores do testador⁴³⁸.

Seguindo com a análise dos julgados, agora sob outro enfoque da pertinência e validade da justa causa imposta pelo autor da herança, concluem as autoras:

Dez dos acórdãos objetos de estudo abordavam a temática envolvendo o enfrentamento da justa causa aposta pelo testador quando da manifestação escrita de sua última vontade. O foco de tais julgamentos, portanto, encontra-se na justificativa apresentada pelo autor da herança:

[...]

Em sete julgados (correspondentes a 70% dos resultados integrantes do grupo três) o entendimento dos Tribunais de Justiça foi no sentido da insubsistência das razões indicadas pelo testador quando da aposição de cláusulas restritivas sobre a propriedade que seria transmitida aos seus sucessores. A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando do julgamento do recurso de apelação envolvendo cancelamento de cláusula de inalienabilidade instituída, via testamento, sobre imóvel (ainda na vigência do CCB/1916), entendeu pela possibilidade de mitigação do disposto no art. 1.676, do CCB 1916, de modo que ‘e a justa causa que motivou a imposição da cláusula sobre o imóvel não mais persiste, e a proprietária deseja desfazer-se do mesmo, por falta de condições na sua manutenção, necessária se faz a sua desconstituição, a fim de se dar função social ao bem’⁴³⁹.

Apresentado o conceito e a problemática que o envolve, convém pontuar, por fim, a regra de transição prevista no Código Civil de 2002 para os testamentos elaborados sob a vigência do Código de 1916. Assim prevê o artigo 2.042 do Código Civil:

Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de

⁴³⁸ FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; POMJÉ, Caroline. As cláusulas restritivas de propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos tribunais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 352.

⁴³⁹ FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; POMJÉ, Caroline. As cláusulas restritivas de propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos tribunais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, p. 356-357.

janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula apostá à legítima, não subsistirá a restrição⁴⁴⁰.

Maria Helena Diniz explica, em detalhes, a regra de transição acima transcrita:

Isto é assim, porque esta, pelo novel Código, como vimos, somente será válida se acompanhada da razão que a justificou. Outro não poderia ser o entendimento legal, visto que a validade intrínseca do ato de última vontade rege-se pela lei vigente ao tempo da morte do testador. Assim sendo, se o testador, dentro de um ano, não fizer em seu testamento, elaborado sob o império de norma anterior, por meio de outro, nenhum aditamento, declarando a justa causa que o levou a impor a inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre bens legítimos, com o seu óbito, não subsistirão tais restrições à legítima do herdeiro necessário, aplicando-se, como já dissemos, o art. 1.848 do atual Código Civil. Hipótese em que não mais prevalecerá a vontade do *175utor successionis*, mas a existência de justo motivo para validar cláusula restritiva da legítima, ante a imposição legal da obrigatoriedade de sua indicação. Inexistindo esta, considerar-se-á insubsistente a cláusula testamentária restritiva dos bens da legítima. A finalidade do art. 2.042 foi conceder ao testador um tempo razoável para tornar possível a restrição da legítima, prevista em testamento, por ele feito, antes da vigência do Código Civil de 2002. Não tomando, tempestivamente, as devidas providências, requeridas pelo comando legal, a limitação por ele imposta ao herdeiro necessário cairá por terra, por ser tida, aos olhos da novel lei, como inválida, por falta de alegação de causa justa. Possível será, portanto, o alcance retroativo do art. 1.848, porque enquanto não ocorrer a morte do testador, o testamento por ele feito, anteriormente à vigência da nova lei, não pode ser considerado perfeito, por isso, a lei nova poderá alterar a cláusula restritiva da legítima, dando, porém, o prazo de um ano para que se faça o devido aditamento, declarando a causa que a justifica. Aberta a sucessão há direito adquirido e antes de sua abertura o herdeiro testamentário tem apenas expectativa de direito. Se não há direito adquirido, nem ato jurídico perfeito, a lei nova poderá alcançar aquela cláusula, dentro de certas condições por esta previstas⁴⁴¹.

Nota-se, portanto, a dificuldade na conceituação e na aplicação do disposto no artigo 1.848 do Código Civil, eis que a indeterminação do conceito apresentado traz muitas dificuldades não apenas para o testador, mas também para o aplicador do Direito. Ademais, a norma de transição acima transcrita ainda apresenta nova dificuldade ao disponente que elaborou seu testamento na vigência da lei anterior, uma vez que, caso seu advogado não o alerte sobre o novo regramento, sua autonomia será tolhida e sua vontade simplesmente não será respeitada.

⁴⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁴⁴¹ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 26 jan. 2023.

6.3. A justa causa sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar: uma análise à luz do suposto antagonismo entre a vontade do testador e o direito de herança

Neste momento, é imperioso mencionar que o presente estudo não pretende esgotar os aspectos históricos relativos à incorporação da justa causa pelo legislador brasileiro. Os apontamentos feitos anteriormente, em conjunto com as demais inserções históricas delineadas ao longo de todo o trabalho, são suficientes para a contextualização histórica referente à sua incorporação ao Código Civil de 2002.

Aponte-se, também, que o objeto desse trabalho não é uma crítica à justa causa em si, considerando, nesse aspecto, o fato de se tratar de um conceito indeterminado. Sobre esse ponto, foram apresentados alguns apontamentos doutrinários que refletem, em grande medida, as posições doutrinárias existentes no Brasil.

A análise recairá, como sugere o título do trabalho e em razão do recorte temático, estritamente em relação à análise da justa causa à luz da liberdade de testar e da solidariedade familiar, em especial, entre o aparente embate existente entre a autonomia privada e o direito fundamental de herança, fundado, como entendem alguns, na proteção à família e na intangibilidade da legítima.

O novo apontamento desse recorte metodológico é relevante, nesse momento, pois todos os capítulos anteriores serviram para fundamentar as críticas que serão tecidas a partir de agora.

Como explicado em outros momentos, é premente a necessidade de serem readequadas as interpretações que se faz de alguns institutos, dentre eles, a solidariedade familiar. Como ressalta Anderson Schreiber, essa suposta aparência de novidade na legislação não pode iludir o intérprete do Direito, uma vez que claramente o Código Civil continua transparecendo uma ideologia antiga e, em razão disso, “mais do que nunca, impõe-se a releitura do Direito Civil à luz da Constituição”⁴⁴².

Mais do que sugere o autor, é indispensável que se faça uma releitura do Direito Civil e dos seus institutos à luz do próprio Direito Civil, contudo, de um Direito Civil atual, contemporâneo de seu tempo e capaz de responder aos anseios que as transformações sociais impuseram ao longo desses quase cinquenta anos. Imperioso lembrar, pois, que “o novo Código Civil começou a ser elaborado em 1969, pelo

⁴⁴² SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.

governo militar, e iniciou sua tramitação no Congresso Nacional em 1975”⁴⁴³. Assim, apesar de ter entrado em vigor apenas no início desse século e ter passado por algumas alterações ao longo dos anos, suas raízes retrógradas são inegáveis.

Feitos os breves apontamentos acima, passemos a análise da justa causa sob a ótica da liberdade de testar e da solidariedade familiar. Como proposto acima, essa análise será realizada com base no suposto antagonismo entre a vontade do testador e o direito de herança “dos herdeiros”.

A liberdade de testar é, indubitavelmente, decorrência do exercício da autonomia privada. Assim, conforme visto anteriormente, a autonomia privada é um direito e garantia fundamental. Dessa forma, somente em caráter excepcional poderá haver restrições a esta autonomia. Como bem explica Raphael Carminate, essas restrições à autonomia privada podem ocorrer “apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício”⁴⁴⁴.

Como bem pontua o autor:

A autonomia privada não pode, portanto, ser simplesmente sobreposta por normas de direito privado, uma vez que a elas é hierarquicamente superior, sendo admissíveis eventuais limitações à mesma apenas nos casos de promoção dos demais eixos supra destacados, admitindo-se interferência neste direito e garantia fundamental tão-somente nos casos em que esta ação tem como finalidade a proteção de direitos de igual magnitude de outrem [...]

Assim, qualquer limitação à autonomia privada, que não esteja suficientemente justificada na proteção a direitos e garantias fundamentais do(s) afetado(s) por seu exercício é ilegítima e inconstitucional. A compreensão da autonomia privada passa a ter, portanto, dupla dimensão, devendo o operador do Direito observar se a norma jurídica, ao mesmo tempo, preserva os direitos e garantias fundamentais de todas as partes envolvidas.

Ousa-se, assim, definir a autonomia privada como o direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s).⁴⁴⁵

⁴⁴³ Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novocodigocivil/>>. Acesso em: 25 jan. de 2024.

⁴⁴⁴ 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. 133.

⁴⁴⁵ 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. 133.

Do exposto pelo autor, a conclusão por ele apresentada é absolutamente indispensável ao presente estudo. Nota-se, pois, que atualmente, a autonomia privada, enquanto direito fundamental, não pode simplesmente ser aviltada sem um motivo que seja verdadeiramente suficiente para tanto. Questiona-se, portanto: seria essa necessidade de apresentação de justa causa uma restrição legal à autonomia privada do autor da herança? É o que se tenta responder dentro do recorte temático proposto.

Como visto anteriormente, a interpretação que se dá à solidariedade familiar também precisa ser revista com urgência, eis que ela é utilizada como fundamento para a limitação da autonomia do testador em vários aspectos. Aqui, vale um breve adendo em relação à importância das críticas feitas à legítima: foi indispensável traçar um panorama amplo sobre as críticas doutrinárias à legítima, pois, como se observa no presente capítulo, a necessidade de justa causa somente existe para o caso da imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens que a compõem.

Assim, a quase totalidade das críticas tecidas à legítima também se direcionam para essa necessidade de apresentação de justa causa, inclusive, no ponto agora tratado, no que se refere à atual interpretação que se dá à solidariedade familiar.

Nesse sentido, como já observado em capítulo anterior, a existência da legítima se funda na solidariedade familiar e na proteção à família. Ocorre que o seu formato atual, como exaustivamente apresentado, a interpretação que lhe é dada simplesmente não se coaduna mais com o estágio de evolução do Direito Privado. Nesse sentido, a lição de Gabriela Mascarenhas Lasmar:

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 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 vida⁴⁴⁶.

Repita-se que o presente trabalho não sugere a extinção da legítima do ordenamento jurídico brasileiro, mas tão somente defende que o seu formato deve ser

⁴⁴⁶ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 108.

repensado e funcionalizado, respeitando critérios mais condizentes com uma verdadeira solidariedade familiar. Em outras palavras, não há mais espaço para a limitação da autonomia privada com base em presunções de solidariedade. Nesse sentido:

Diante disso, a autonomia do autor da herança manifestada por meio de testamento somente poderá sofrer limitação válida quando confrontada com outro valor constitucionalmente tutelado, como a proteção dos familiares do testador que efetivamente necessitem de proteção. Isso porque a limitação injustificada da liberdade de disposição patrimonial para depois da morte, por meio de argumentos vazios como a proteção da família e a solidariedade constitucionalmente imposta, além de ferir a liberdade do indivíduo, fere, também, a sua personalidade⁴⁴⁷.

Sobre essa necessidade de serem reinterpretados os institutos jurídicos que regulam a autonomia privada em matéria sucessória, explica Cristiano Pretto:

As reconstruções das significações jurídicas de pessoa, autonomia, família e propriedade, permitem afirmar que o testamento deixou de ser um ‘instrumento do direito de propriedade’ (um instrumento para ser utilizado pelo sujeito-proprietário) para ser concretização de um direito geral de personalidade, verdadeira liberdade de testar (autonomia).

O testamento é, dessa forma, instrumento da pessoa protegida em sua esfera existencial e patrimonial, esferas que formam o arcabouço geral da personalidade humana, porque “o sistema protege os interesses da pessoa morta, pois continuam a corresponder a interesses afirmados em vida e como tais juridicamente relevantes.”⁴⁴⁸

O problema da reinterpretação dos institutos jurídicos à luz do atual estágio de desenvolvimento do Direito Privado é indispensável. Essa valorização da autonomia privada do testador não decorre, como entendem alguns, daquele individualismo existente no Direito Romano e mesmo no Direito Civil do código anterior. Afirmações nesse sentido destoam dos estudos recentes sobre autonomia privada.

A valorização e o incremento da liberdade de testar decorrem, como bem apontaram os autores citados, de ser a autonomia privada um direito fundamental. Da mesma forma, como bem apontou Cristiano Pretto, o testamento não pode mais ser visto como uma manifestação eminentemente patrimonialista, mas sim como a concretização de um direito da personalidade, por meio do qual o autor da herança deve poder exercer uma verdadeira liberdade de testar.

⁴⁴⁷ ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f, p. 123.

⁴⁴⁸ PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 59-60.

A dificuldade de reinterpretar alguns conceitos há muito consagrados decorre de vários fatores, dentre eles, de fatores históricos ligados, por exemplo, ao individualismo que marcava, para alguns, o Direito Romano e, de modo diverso, do caráter mais comunitário que estava presente no sistema jurídico germânico. Como bem explica Antônio Junqueira de Azevedo, “desse amálgama de fontes diversas, resultou um conjunto de normas que, para qualquer estudioso do espírito do Direito das Sucessões, se revela uma solução de compromisso”⁴⁴⁹, sendo, muitas vezes, uma área que resulta de vários institutos, sistemas e princípio opostos⁴⁵⁰:

Especificamente no Direito brasileiro, as soluções de compromisso, quando não as contradições, avultam: à liberdade de testar (autonomia da vontade) opõe-se à legítima dos herdeiros necessários (proteção à família); à idéia de função econômica, que justificaria a sucessão pela continuidade da unidade dos bens, apresenta-se, em contrário, a regra da partilha, que impõe divisão; e, principalmente, ao herdeiro, muitas vezes visto como continuador do de cujus, apresenta-se o legatário, mero recebedor de bens. Tudo isso torna o Direito das Sucessões muito mais complexo do que nos é apresentado usualmente nos manuais de Direito Civil⁴⁵¹.

Nesse mesmo sentido são as críticas apresentadas por Gustav Radbruch:

Não só acham nele, por assim dizer, soldadas umas às outras formas sucessórias diversíssimas a liberdade de testar e a sucessão intestada, a partilha forçada e a indivisão também forçada entre co-herdeiros como se acham igualmente aí intercaladas finalidades inteiramente opostas, individualistas, sociais e familiares, obedecendo, para mais, estas últimas, a concepções diferentes da família, ora também individualistas, ora supra-individualistas.⁴⁵²

Raphael Rego Ribeiro também tece críticas à incorporação, aparentemente impensada, de fontes contraditórias em matéria de direito das sucessões pelo ordenamento civil brasileiro:

⁴⁴⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 273-281, 16 jan. 2000, p. 274. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>>. Acesso em: 30 set. 2023.

⁴⁵⁰ RADBRUCH, GUSTAV, **Filosofia do Direito**, tradução Luís Cabral de Moncada, 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, v. II, p. 74.

⁴⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 273-281, 16 jan. 2000, p. 274-275. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>>. Acesso em: 30 set. 2023.

⁴⁵² RADBRUCH, GUSTAV, **Filosofia do Direito**, tradução Luís Cabral de Moncada, 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, v. II.

O direito sucessório brasileiro resulta de processos de conciliação entre fontes distintas e contraditórias: o individualismo romano em que predominava a sucessão testamentária; o espírito comunitário do direito germânico; as exigências canônicas de proteção à pessoa e à família. Desses processos conciliatórios se desenvolveu um regime hereditário marcado por um individualismo temperado por mecanismos de proteção aos interesses dos integrantes do núcleo familiar (particularmente a legítima dos herdeiros necessários)⁴⁵³.

Como pontua sabiamente Gabriela Mascarenhas Lasmar, 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”⁴⁵⁴. Nesse sentido é a lição de Judith Martins-Costa:

Negar-se a possibilidade de autonomia ou perspectivar-se a autonomia privada por um viés negativo equivaleria a violar uma das dimensões mais valiosas da própria personalidade humana, qual seja, a possibilidade de fazer escolhas, tomar decisões, responsabilizando-se por elas (autodeterminação); sua negação implicaria, ainda, o afastamento da garantia constitucional à liberdade de iniciativa econômica⁴⁵⁵.

Nesse sentido, e aqui se iniciam às críticas à visão de parte da doutrina a respeito do direito de herança, previsto na Constituição da República de 1988, não é mais possível que a interpretação dada a esse instituto seja totalmente direcionada para o interesse exclusivo do herdeiro, ignorando-se totalmente as aspirações do autor da herança. Como bem pontua Raphael Rego Borges Ribeiro, “a herança continua sendo entendida e regulamentada como um direito estritamente individual, que tutela unicamente os interesses do herdeiro”⁴⁵⁶.

Ponto crucial que aparentemente resulta de interpretações equivocadas do sistema jurídico, em uma visão global, será agora abordado: o direito de herança previsto no artigo 5º, XXX da Constituição.

⁴⁵³ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 28 jan. 2024.

⁴⁵⁴ LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 108.

⁴⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 249.

⁴⁵⁶ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 28 jan. 2024.

Fazendo interessante introdução ao tema e já buscando conciliar a autonomia privada e o direito de herança, Mário Luiz Delgado traz interessante incursão sobre o direito de herança:

Pode-se considerar a herança, assim, como verdadeira garantia constitucional da propriedade, impondo ao Estado o dever de garanti-la e preservá-la, destacando-se, especialmente, o dever de respeito ao poder de disposição do autor da sucessão, sem desmerecer o direito dos sucessores legítimos de sucedê-lo em parcela do patrimônio. Ou seja, fica proibida a interferência do Estado para restringir ou limitar, tanto aquilo que é transmitido ao indivíduo por força da sucessão legítima e testamentária, como a manifestação de vontade do autor de planejar a própria sucessão e transmitir os seus bens a quem melhor lhe aprouver⁴⁵⁷.

Nota-se, portanto, que a atual visão sobre o direito de herança goza de um enfoque equivocados por boa parte da doutrina, que vê nesse direito apenas uma garantia ao recebedor, fechando os olhos para o testador e sua autonomia, também constitucionalmente garantida.

Em relação ao direito de herança, Gustavo Henrique Baptista Andrade faz interessante interpretação do correto conteúdo dessa norma, afirmando, em linhas gerais, que o inciso XXX, do artigo 5º da Constituição garantiu o direito “de” herança, e não o direito “à” herança:

Uma observação que merece ser destacada na redação do inciso XXX do art. 5º da Constituição é de ordem sintática e diz respeito ao uso da preposição “de” ao invés da preposição “a” na expressão nele contida. De fato, garantiu-se o direito de herança e não o direito à herança. Não obstante a pouca importância no que diz respeito à linguística, já que ambas as utilizações estão corretas, é forçoso reconhecer que a expressão ‘direito de herança’ traz em si carga de objetividade compatível com a boa técnica legislativa. O direito de herança está afeto aos destinatários anteriormente indicados, quais sejam, herdeiros, Estado e todos os demais cidadãos; liga-se à lei que deve regulamentá-lo; e também por óbvio ao autor da herança. A norma tratou de garantir o instituto jurídico da herança. Caso o legislador tivesse optado por usar a preposição “a”, transformando a expressão em ‘direito a herança’, a norma dirigiria-se de maneira muito mais clara aos herdeiros⁴⁵⁸.

Assim, respeitando as opiniões divergentes, o direito fundamental de herança não se direciona de maneira exclusiva para os herdeiros, mas sim, e especialmente, ao autor da herança, “a quem deve ser garantido o pleno exercício de todos os poderes atinentes

⁴⁵⁷ DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023, p. 5.

⁴⁵⁸ 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. 51-52.

ao domínio, especialmente o de dispor, em vida ou para após a morte, do acervo patrimonial que integrará a futura herança”⁴⁵⁹.

É nesse mesmo sentido a lição de Judith Martins-Costa:

Ponto crucial do debate é saber se, para além da opção do legislador infraconstitucional pela sucessão legítima ao invés da testamentária, a norma constitucional (inc. XXX do art. 5º CR) garante o direito de herança apenas aos herdeiros legítimos e necessários. É óbvio que não.

São destinatários do inciso XXX o Estado e a generalidade dos cidadãos. Trata-se de direito de defesa, pois ao assegurar a garantia ao direito de herança e, inclusive, revesti-la com a fixidez da cláusula pétrea (art. 60, IV), a Constituição cria uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação ao Estado de abolir o instituto ou restringir excessivamente o direito sucessório, realizando, por exemplo, o confisco dos bens deixados por sucessão em virtude da morte. Positivamente, têm os cidadãos o direito de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas à garantia por parte dos mesmos. Há ainda uma eficácia no plano hermenêutico, na medida em que o direito assegurado concretiza aspectos dos princípios da autodeterminação (ao assegurar ao particular o direito de planejar, ainda que limitadamente, a sucessão nos seus bens, em razão da morte) e da solidariedade econômica familiar (ao reservar aos herdeiros necessários uma parte da herança, a “legítima” ou “quota legitimária”)⁴⁶⁰.

Trata-se, como se vê, de direito fundamental de espectro mais amplo do que o que tem sido percebido pela doutrina civilista, que tem limitado a sua esfera de atuação à proteção exclusiva dos herdeiros quando, em verdade, o inciso direciona-se também ao autor da herança, de modo a garantir-lhe “o direito de poder dispor do seu patrimônio para após a sua morte, planejando sua própria sucessão, de maneira a realizar aspirações legítimas da pessoa humana”⁴⁶¹.

Assim, ressaltando esse aspecto importante do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja, o direito de exercer livremente a sua vontade, sendo limitado, como já apontado, apenas em casos absolutamente restritos, ressalta Gabriela Mascarenhas Lasmar:

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

⁴⁵⁹ DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023, p. 6.

⁴⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentário ao art. 5º, inciso XXX**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 338.

⁴⁶¹ DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023, p. 7.

deve ser levado em consideração. Exatamente para que ocorra a concretização de uma das faces do direito da personalidade⁴⁶².

Concluindo as críticas à interpretação dada ao direito de herança, Mario Luiz Delgado aponta que essa “proteção constitucional dos herdeiros não se sobrepõe a outras garantias constitucionais de igual hierarquia como se dá com o direito de propriedade do autor da herança, inexistindo supremacia axiológica dos direitos dos herdeiros sobre os do *de cujus*”⁴⁶³.

Após as acertadas críticas à interpretação que atualmente é conferida ao direito de herança, aliada com os contornos apresentados a respeito da autonomia privada e sobre a solidariedade familiar, é possível, agora, apresentar algumas críticas à necessidade de justa causa prevista no artigo 1.848 do Código Civil.

Nota-se, a partir de todo o exposto, que essa exigência de justa causa na clausulação restritiva da legítima não parece fazer sentido, seja para o autor da herança, seja para o herdeiro necessário. Sob o pretexto de tentar harmonizar a autonomia do testador com o direito de propriedade dos herdeiros necessários, criou-se, na verdade, um embaraço que foge totalmente da almejada operabilidade.

Analisando a disposição pela ótica do autor da herança, a necessidade de imposição de justa parece ter tomado a exceção pela regra, ao prever uma restrição absoluta e prévia à liberdade de testar. Sob o suposto fundamento de que o testador poderia prejudicar os filhos por meio da imposição das cláusulas, limitou-se a autonomia privada de modo manifestamente temerário.

Pontue-se, por ser um importante adendo, que a colocação dessas cláusulas protetivas nos bens da herança é chamada pela doutrina de deserdação em *bona mente*, ou, em tradução livre, uma deserdação parcial – já que apenas priva o herdeiro de um dos elementos da propriedade - que visa exclusivamente proteger o sucedido dos eventuais percalços que a vida lhe impuser no futuro, garantindo que os bens clausulados permaneçam íntegros e protegidos no seu patrimônio.

Ora, se o intuito do legislador era proteger o herdeiro, a opção legislativa deveria ter sido no sentido de assegurar que, comprovado o intuito exclusivo de prejudicar o herdeiro, poderia haver o pedido judicial de levantamento das cláusulas restritivas. Dessa

⁴⁶² LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f, p. 110.

⁴⁶³ DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023, p. 13.

forma, ter-se-ia garantido a autonomia privada do testador e o respeito à sua vontade e, ao mesmo tempo, garantido ao herdeiro o direito de questionar eventual imposição injusta.

Do ponto de vista do herdeiro, considerando a legítima tal como prevista hoje e a interpretação equivocada que hoje se dá ao já estudado inciso XXX do artigo 5º da Constituição, sobre o direito de herança, bem como a inadequada e ultrapassada ideia que se tem do princípio da solidariedade familiar, a permanência da justa causa também não se justifica.

Se os bens da legítima pertencem de pleno direito aos herdeiros necessários, não haveria motivo razoável para autorizar que o autor da herança impusesse qualquer limitação em um patrimônio que, por força de lei, pertence de pleno direito aos seus herdeiros.

Como se vê, essa necessidade de declaração da justa causa não se justifica em nenhuma medida, seja pela ótica do testador, seja pela ótica do herdeiro necessário. O código verdadeiramente criou um problema que não precisava ter sido criado.

Conforme apontado no tópico destinado às críticas da doutrina à legítima, o Senado Federal criou, por meio de ato do seu presidente, uma comissão de juristas para reforma do Código Civil. O relatório final apresentado contempla uma significativa alteração na redação do artigo 1.848, tendo sido removida, como se observa, a necessidade de justa causa para a clausulação dos bens que compõem a legítima. Segue a nova redação proposta pela comissão:

Art. 1.848. Pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Com autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, mediante sub-rogação, ou levantados os gravames.

§ 2º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, salvo se a conversão for determinada em dinheiro.

§ 3º Pode o testador nomear curador especial aos bens da legítima dos filhos com menos de dezoito anos de idade⁴⁶⁴.

Atualmente, considerando o cenário acima apontado de incorreções interpretativas diversas em matéria sucessória, a redação do artigo 1.848 viola a

⁴⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

autonomia privada do testador e a legítima dos herdeiros, a um só tempo, de modo que não se vislumbra outra possibilidade, senão uma sensível alteração no livro de sucessões do Código Civil, com vistas a atualizar os institutos ali presentes e trazê-los para a realidade social do Brasil de hoje.

A alteração proposta pela comissão de juristas certamente representa algum avanço na matéria, contudo, em razão da necessidade de tramitação da proposta na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, espera-se que, ao final, o texto aprovado pelo Congresso Nacional contemple alterações mais significativas e condizentes com as críticas apresentadas pela doutrina especializada.

7. CONCLUSÃO

Como visto ao longo do trabalho, o Direito das Sucessões é, por larga margem, o ramo do Direito Civil que menos evoluiu nas últimas décadas. Houve sensíveis mudanças no Direito de Família que simplesmente não foram acompanhadas pelo direito sucessório.

O Código Civil atual já nasceu velho, ultrapassado e trazendo soluções que não mais atendiam à época da sua promulgação, quanto mais às evoluções sociais pelas quais passamos nas últimas duas décadas, com o reconhecimento de diversos direitos a minorias que antes viam-se preteridas em vários aspectos. A centralização da dignidade da pessoa humana como matriz interpretativa de todo o ordenamento jurídico contribuiu, verdadeiramente, para o reconhecimento de novos direitos àqueles outrora excluídos.

O estudo da parte histórica serviu para situar o problema apresentado, demonstrado que o Direito das Sucessões pouco evoluiu desde o Direito Romano. Foram feitas algumas adaptações pontuais, insuficientes para a grandeza da evolução pela qual a sociedade passou.

O estudo da sucessão legítima e da sucessão testamentária forneceram os subsídios teóricos para as críticas que foram feitas posteriormente, em especial, àquelas direcionadas ao atual formato da legítima no Brasil. Do mesmo modo, esse estudo anterior auxiliou, também, no correto desenvolvimento das críticas ao princípio da solidariedade familiar, princípio este que vem sistematicamente sendo interpretado de maneira equivocada, atrasada e pouco funcional.

O desenvolvimento dos estudos sobre a autonomia privada concluiu o arcabouço teórico indispensável para que fizéssemos a crítica central desse trabalho. Sua análise, em conjunto com outros institutos como a legítima, a solidariedade familiar e o direito de herança deram todo o suporte para que essa crítica principal pudesse ser compreendida sem maiores complicações.

A conclusão de um trabalho está longe de ser a solução para um problema que, como visto, existe há séculos. Trata-se, sim, de um estudo minucioso elaborado que mais propõe reflexões do que aponta soluções. Pensando de modo honesto, se os problemas apontados nesse trabalho fossem de fácil resolução, certamente alguém já os teria resolvido – ou pelo menos tentado fazê-lo com o empenho que se espera.

Sem pretensão, como dito, de solucionar o problema apontado, o trabalho aqui desenvolvido não se furtou, contudo, de sugerir, em cada ponto estudado e criticado, alternativas que a doutrina mais abalizada apresenta para os problemas existentes.

Harmonizar as soluções existentes revela-se um verdadeiro desafio, eis que, em muitos momentos, concorda-se com partículas sugeridas por cada autor, mas dificilmente com um todo proposto por alguém.

Como detidamente apresentado, a notoriedade de que a quota legítima se fundamenta quase que exclusivamente na proteção da família salta aos olhos. Para parte da doutrina civilista, essa limitação à autonomia do testador serviria a um propósito de proteção à família. Como apontado, esse posicionamento parece não mais se adequar à realidade atual.

Como falar em solidariedade sem qualquer critério objetivo para a sua definição? Como defender a limitação da autonomia do autor da herança com base em uma suposição, datada do século passado, de que todo herdeiro necessário é, sem qualquer distinção prática, um necessitado desse patrimônio? Demonstrou-se de maneira prática que, atualmente, não existe mais espaço para essa legítima burocrática e manifestamente genérica e abstrata. É necessária uma revisão desse instituto com base na realidade atual, em que, como citado, frequentemente os herdeiros que se beneficiam forçosamente da herança têm patrimônios muito superiores aos dos próprios pais.

Conforme apresentado no capítulo destinado ao estudo da legítima, a comissão de juristas responsável pela atualização do Código Civil manteve o *caput* do artigo 1.846 inalterado. Em outras palavras, o percentual da legítima foi mantido, tendo sido criada, no parágrafo único do citado artigo, a possibilidade de o testador destinar um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis e hipossuficientes.

A família contemporânea ganhou novas formas e hoje fundamenta-se no afeto e no respeito pelos seus membros, sendo o seio familiar o ambiente adequado para o melhor desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

Não se defende, como dito ao longo do texto, a extinção da legítima, mas sim a sua funcionalização e adequação à realidade atual. Os princípios e institutos estudados ao longo do texto devem ser analisados de forma relacional e com base na realidade de hoje, e não da realidade da época da elaboração do código.

Demonstrou-se, por exemplo, que o sistema sucessório inglês encontrou solução que consegue aliar uma ampla autonomia ao testador e a adequada proteção àqueles que realmente necessitam, de modo que lá sim é possível se falar em solidariedade, na acepção pura da palavra.

Assim, a proposta do trabalho não é defender uma autonomia de testar ilimitada e absoluta, mas sim, resguardar ao titular do patrimônio a máxima autonomia possível para dispor dos seus bens da maneira que melhor lhe convier, sem qualquer regramento que vede, de plano, essa autonomia. Em outras palavras, o que se busca é a compatibilização entre a autonomia privada e uma verdadeira solidariedade, fundada em critérios objetivos, de modo a somente ser possível restringir a vontade do testador em casos excepcionais e de comprovada necessidade ou vulnerabilidade.

No mesmo sentido, após todas as críticas feitas, foi possível desenvolver um estudo mais aprofundado sobre a justa causa e os problemas que esse conceito indeterminado trouxe para o Direito das Sucessões. Não se questiona que a intenção do legislador de compatibilizar a autonomia do testador e o direito de herança do herdeiro foi boa. Contudo, como visto, o tratamento dado ao tema não parece ter sido feliz.

Assim, demonstrou-se claramente que, seja pela perspectiva do autor da herança, seja pela perspectiva do herdeiro necessário, a redação do artigo 1.848 do Código Civil não só não resolveu o problema, mas criou outros, eis que, da forma como a legislação existe hoje, ofende, de um lado, a autonomia privada do testador e, de outro lado, viola o direito à legítima do herdeiro necessário.

Para além desses problemas, essa necessidade de justa causa ainda leva para os tribunais do Brasil ações para questionamento e tentativa de levantamento dessas cláusulas restritivas em razão da suposta ausência de justa causa. Esse problema só não é mais acentuado em razão de o Brasil não ser um país que tem por tradição a sucessão testamentária, sendo que, na esmagadora maioria dos casos, a sucessão resolve-se por meio das regras ligadas à sucessão legítima (*ab intestato*). De todo modo, o problema aqui indicado acaba gerando uma enorme insegurança jurídica, uma vez que é impossível garantir ao testador que os motivos por ele declinados serão considerados justos e suficientes para a manutenção da eficácia da restrição após a sua morte.

A comissão de juristas responsável pela atualização e reforma do Código Civil apresentou alteração que retirou a justa causa do *caput* do artigo 1.848 do código. Apesar de tímida, não se pode deixar de elogiar a medida e de torcer para que o Congresso Nacional mantenha a alteração proposta. Pontue-se, também, que foi mantida a possibilidade de clausulação restritiva aos bens da legítima.

Desse modo, e concluindo esse estudo, apenas com uma significativa reforma no livro de sucessões do Código Civil será possível uma real adequação do seu texto à realidade atual. Essas alterações passam, principalmente, pela alteração da legítima,

severamente criticada pela doutrina nos últimos anos, o que aparentemente não foi integralmente contemplado pela proposta de reforma e atualização do Código Civil, recentemente apresentada pela comissão de juristas criada pelo Presidente do Senado Federal.

A funcionalização da legítima e a adequada interpretação do princípio da solidariedade familiar afastariam a necessidade de manutenção dessa justa causa no Código Civil, já que, comprovada a necessidade ou vulnerabilidade do herdeiro necessário, não haveria que se falar em limitação à sua legítima e, do outro lado, a inexistência de herdeiro com necessidade real ou vulnerabilidade permitiria que o testador dispusesse dos seus bens com total liberdade, sem amarras e violações à autonomia privada fundadas, como vimos, em suposições imutáveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Direito das cousas**, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1908.

ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023.

ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. **Manual do Código Civil Brasileiro**, vol. XIX, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1918.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiros e inglês**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 273-281, 16 jan. 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>>. Acesso em: 30 set. 2023.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. O Direito Visigótico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 3-16, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Successões**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Successões**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. **Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL, **Decreto n. 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 9.461**, de 15 de julho de 1946. Dá nova redação ao art. 1.612, do Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9461.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023).

BRASIL. **Lei n.º 883** de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.725**, de 15 de janeiro de 1919. Faz diversas alterações no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl3725-1919.htm>. Acesso em: 25 de janeiro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

BRASIL. **Senado Federal. Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>>. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. **Senado Federal. Ato do Presidente do Senado nº 11, de 2023**. Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1713537885786&disposition=inline>>. Acesso em: 04 jan. 2024.

BRASIL. **Senado Federal. Projeto de Lei nº 3799, de 2019**. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 821.660/DF. Relator: Min. Sidnei Benedeti. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 17 junho 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1069469&num_registro=200600380972&data=20110617&formato=PDF>. Acesso em: 11 de julho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 878.694/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, **Diário de Justiça Eletrônico**, 06 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto 2023.

CABRAL, Érico de Pina. A “**autonomia no direito privado**”. *Revista de Direito Privado*. vol. 19/2004. p. 83-129. São Paulo: Ed. RT, Jul-Set/2004. Disponível em: <[file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/RTDoc%2022-01-2024%202_43%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/RTDoc%2022-01-2024%202_43%20(AM).pdf)>. Acesso em: 30 set. 2023.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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.

CATALAN, Marcos. **Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira**. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 44, out.-dez. 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 1ª ed. 3ª tir. Curitiba, 2006.

DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. v.6**. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Guilherme Nacif de. **A autonomia da vontade, o consentimento informado e a objeção de consciência nas relações profissionais de saúde: um estudo a partir da recusa da transfusão de sangue pelos adeptos das Testemunhas de Jeová**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – v. 7 – Sucessões**. 9ª ed. São Paulo, Editora Juspodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Disposições testamentárias e clausulação da legítima**. In: HIRONALA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-250.

FIORANELLI, Ademar. **Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil: curto completo**. 14ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; POMJÉ, Caroline. As cláusulas restritivas de propriedade e a justa causa testamentária: um estudo a partir da prática dos tribunais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Vol. 1. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. v.7. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625921. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625921/>.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986049. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986049/>.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v.5. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628373/>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito das Sucessões**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo, Saraiva, v. 20, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAFUENTE, Francisco Espinar. **La herencia legal y el testamento**. Barcelona: Bosch, 1956.

LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no Direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2021, 193f.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões. v.6.** Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553628212. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628212/>>.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar.** Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2023.

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

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.** 5ª ed. São Paulo: YK, 2018.

MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões.** Editora Saraiva, 2021. *E-book*. ISBN 9786555598094. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598094/>>. Acesso em: 28 set. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentário ao art. 5º, inciso XXX.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1.

MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**, vol. 3, 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões**, 7^a edição. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530968748. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968748/>.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 12^a ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da quebra da Autonomia Liberal à funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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^a ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume IV: família e sucessões**. 3^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. O Princípio da Intangibilidade da Legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira. **Tratado de Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. 4v.

PALMEIRA, Carolina Silvino de Sá; BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **Maternidade, autonomia privada e exercício de direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva interseccional**. *Revista de Direito Privado*. vol. 118. ano 24. p. 153-179. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/RTDoc%2021-01-2024%2022_25%20(PM).pdf>. Acesso em: 22 jan. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v. IV. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788530990862. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/>>.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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 Português de 1867**. Lisboa: Imprensa da Universidade, 1868. Disponível em: <<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>>. Acesso em 11 de julho de 2023.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

RADBRUCH, GUSTAV, **Filosofia do Direito**, tradução Luís Cabral de Moncada, 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, v. II.

REALE, Miguel. **A Constituição e o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso em: 30 set. 2023.

REALE, Miguel. **Vínculo – Da cláusula de inalienabilidade**. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). Doutrinas Essenciais – Direito Registral, vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 30 set. 2023.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto do Código Civil**. In: Revista dos Tribunais, ano 87, junho de 1988, v. 752.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões**. civilistica.com, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/709/533>>. Acesso em 02 jan. 2024.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11ª edição. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984762. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984762/>>. Acesso em: 28 set. 2023.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. **Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América.** *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-4.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

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.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado – principalmente do ponto de vista pratico. Vol. XXII – Direito das sucessões.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público, v. 4, n. 14, p. 167–217, jan./mar., 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Elgen%20J%C3%BAnior/Downloads/BC_014_Art08.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. VIÉGAS, Francisco Assis. **Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro.** *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, 2019, p. 211 – 250.

SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico.** Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Casa Editora, 1960.

SILVA, Luiz Antônio Vieira da. **História interna do Direito Romano Privado até Justiniano**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1854.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade**. *Revista Pensar*, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr.-jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões. v.6**. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646975. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>>. Acesso em: 28 set. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadenedisposicaodeorgaospara depoisdamorte.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. NEVARES, Ana Luiza Maia. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

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.

VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 225-237.

VELOSO, Zeno. **Testamento – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais**. In: HIRONALA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 117-179.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1993.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais. v.4.** Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772780. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772780/>.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões. v.5.** Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559773039. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo; SILVA, Mirelle Stéfani da. **A sucessão legítima: instituto jurídico que viola a autonomia privada do testador.** Revista dos Tribunais, n. 1014, p. 69-86, abr. 2020.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, vol. V.

WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; FERREIRA, Marcus Vinícius Vita. **Direito das sucessões.** 17^a ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ZANETTI, Pollyanna Thays. **A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro.** 2019. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, 153f.