



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO**

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**O DIREITO DAS SUCESSÕES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS ELEMENTOS DO FENÔMENO
SUCESSÓRIO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Salvador
2019

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**O DIREITO DAS SUCESSÕES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS ELEMENTOS DO FENÔMENO
SUCESSÓRIO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Jorge Philocréon de Castro Lima.

Salvador
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

R484

Ribeiro, Raphael Rego Borges

O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil - constitucional / por Raphael Rego Borges Ribeiro. – 2019.
351 f.

Orientador: Prof. Dr. Mário Jorge Philocréon de Castro Lima.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1.Direito Civil. 2. Herança e sucessão. I. Lima, Mário Jorge Philocréon de Castro. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 346.052

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**O DIREITO DAS SUCESSÕES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: REFLEXÃO
CRÍTICA SOBRE OS ELEMENTOS DO FENÔMENO SUCESSÓRIO À LUZ DA
METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Mario Jorge Philocreon De Castro Lima (Orientador)

Professor Associado da Universidade Federal da Bahia

Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Professora Associada da Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Leandro Reinaldo da Cunha

Professor Titular-Livre da Universidade Federal da Bahia

Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular da Universidade de São Paulo

Professora Doutora Ana Luiza Maia Nevares

Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Salvador, Bahia. Em 06 de dezembro de 2019.

Para Rebecca.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é Pai, Filho e Espírito Santo; e que tem me dado muito mais do que eu mereço.

A Nossa Senhora da Luz e da Vitória, e a Santo Agostinho, São Rafael, Santa Felicidade, São Thomas More, Santa Joana D’Arc, São Pedro, São José, São Paulo VI e a todos os anjos e santos a quem peço constante intercessão pela Misericórdia de Deus.

Santa Dulce dos Pobres, rogai por nós!

À Faculdade de Direito da UFBA, com a qual mantive ininterruptos vínculos durante 10 anos: como aluno da Graduação, do Mestrado e do Doutorado, além de como professor substituto. Chegada a hora de me despedir, recorro a um clássico da música baiana: “valeu, foi bom, adeus”!

À University of Ottawa, pelo acolhimento caloroso (mesmo durante o rigoroso inverno canadense) e principalmente pelas portas do conhecimento que se abriram em minha vida.

Ao meu pai, Ronaldo, que vem sendo o maior apoiador de todos os meus projetos e quem mais confia em meu potencial.

Às minhas avós Gicélia (*in memoriam*) e Milca, que me ensinaram tudo de bom que existe em mim.

Ao meu orientador, Professor Mário Jorge, principalmente porque esta Tese não existiria sem a sua gentileza de aceitar me orientar.

À Professora Nilza Reis, responsável direta por despertar em mim o grande amor da minha vida acadêmica: o Direito das Sucessões.

À Professora Roxana Borges, cuja aula de Fatos e Atos Jurídicos foi inspiradora a ponto de me dissuadir de trancar o curso de Direito ainda no início da Graduação. Também agradeço por toda a ajuda decorrente do Exame de Qualificação, o que igualmente estendo ao Professor Leandro Cunha. Às examinadoras, Professora Giselda Hironaka e Professora Ana Nevares, de um lado, por me honrarem com a presença na composição da banca avaliadora desta Tese; de outro lado, por manterem viva a pesquisa em Direito das Sucessões, disciplina que infelizmente é tratada com certo descaso pela doutrina civilista.

I particularly thank Professor Vanessa Gruben, with whom I both worked and researched while I was at the University of Ottawa. Both incredibly brilliant and extremely friendly, she is the kind of scholar I will always try to be. I also thank Professor Elizabeth Judge, Professor Colleen Flood, and Professor Carolyn Brophy.

Ao Professor João Glicério, por toda a confiança e amizade.

A Aline, que tanto segurou a minha barra quando tudo parecia perdido.

Aos meus amigos, sem os quais a caminhada teria sido impossível: Gudi, Ginho, Peu, CR, Mosa, Pedrinho, Jaque, Artur, Zech, Julio, Marquinhos, Jaime, Ivo. A José Eduardo, por todo o suporte dado enquanto meu procurador *ad hoc*.

Aos companheiros com quem o PPGD/UFBA me presenteou, em especial Flora Augusta, Pedro Sabino, Natália Petersen, Adriana Aureliano, Adriana Wyzykowski e Felipe Jacques. A Flora devo em especial as discussões que estimularam o desenvolvimento do capítulo 4 desta Tese.

I also thank all my friends from Ottawa, who made me extremely happy while I was there: Loai, Ludi, Vinnie, Natalie, Janice, Debbie, Elmira, Meshu, Chun, Cheralyn (and all the Intervarsity folks), Sebastian, Patricia, Viktoria, Gabrielle (as well as Brian, Kathleen, Father Richard, and all the St. Joe's Parish community), Nayara, Hugo, Luan, Louise, Laís, Marcus, Maria, Tamires, Juliana, Igor, Kayal, Andrea, and everyone else.

Aos meus colegas e amigos da Universidade Federal do Oeste da Bahia, que tornam Barreiras um verdadeiro paraíso no sertão baiano: Andrea, Fabiana, Clayton, Tayse e Ana Laura. À instituição UFOB, contudo, fica registrada a minha tristeza por não ter sido aprovado o meu pedido de afastamento parcial para concluir a redação desta Tese, que em nada afetaria a minha carga horária em sala de aula. Fica o questionamento: em tempos de Bolsonarismo e de Future-se, a quem interessa dificultar e, conseqüentemente, desestimular a qualificação docente?

Por fim, mas sempre em primeiro lugar em minha vida, eu agradeço a Rebecca. "You saved me in every way that a person can be saved."

“Fui embora, disse: ó Pai, dá-me o que é meu
Dá-me a parte que me cabe da herança
Fui para o mundo, gastei tudo, me restou só o pecado
Hoje eu sei que nada é meu, tudo é do Pai

Tudo é do Pai,
Toda a honra e toda a glória
É dEle a vitória alcançada em minha vida
Tudo é do Pai,
Se sou fraco e pecador, bem mais forte é o meu Senhor
Que me cura por amor”

(Tudo é do Pai – Padre Marcelo Rossi)

RESUMO

Na presente Tese, investigamos a constitucionalização do Direito das Sucessões brasileiro, especificamente os seus efeitos – tanto esperados quanto frustrados – na legislação infraconstitucional. Com o neoconstitucionalismo, os juristas reconheceram a força expansiva da Constituição Federal, cujas normas devem conformar, tanto formalmente quanto substancialmente, todos os outros ramos do ordenamento jurídico, inclusive o Direito Privado. Nesse contexto, surge o Direito Civil-Constitucional, movimento de reconstrução dos institutos tradicionais de Direito Civil com o objetivo de promover os valores constitucionais – entre os quais, em posição de destaque, a dignidade da pessoa humana. No presente estudo, usamos a metodologia civil-constitucional para analisar criticamente se o Código Civil de 2002 efetivamente promoveu uma reconstrução do Direito das Sucessões à luz do texto constitucional. Observamos que, elevado expressamente ao patamar de fundamental, o direito à herança orienta a atuação dos poderes públicos, inclusive impondo ao legislador um dever de proteção efetiva; serve de parâmetro interpretativo para o ordenamento infraconstitucional; e incide diretamente nas relações privadas. Inferimos que a Constituição Federal atribui à sucessão hereditária em especial as seguintes funções: proteção e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos da sucessão; proteção dos membros da família do *de cujus*; respeito aos interesses não-herdeiros, ou seja, à coletividade (função social da herança). Analisando o tratamento infraconstitucional da sucessão *causa mortis*, verificamos que o Código Civil de 2002 mais repetiu o passado do que observou o futuro. Em matéria de sucessão testamentária, observamos que a atual codificação não estruturou adequadamente os limites quantitativos e qualitativos à autonomia privada testamentária. Semelhantemente, verificamos que o testamento ainda não foi verdadeiramente alcançado pelos fenômenos da repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado. Do mesmo modo, depreendemos que o Código de 2002 se mantém anacrônico e excessivamente rigoroso em relação às formalidades testamentárias. Por outro lado, em matéria de sucessão legítima, identificamos que na lei há somente uma rígida e abstrata ordem de vocação hereditária. Inferimos que, na medida em que essa ordem foi desenvolvida com base em apenas um modelo de família, ela é potencialmente insuficiente para atender adequadamente aos anseios e necessidades dos diversos arranjos familiares reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro; além disso, observamos que famílias não-heteronormativas são totalmente ignoradas por esse modelo. Também percebemos que essa ordem de vocação hereditária não se abre a considerações de isonomia material, sendo incapaz de se adaptar a circunstâncias concretas extraordinárias – por exemplo, necessidades ou condutas excepcionais dos sucessores. Por fim, concluímos que, em matéria sucessória, o Código Civil de 2002 é basicamente oitocentista: patrimonialista, individualista, voluntarista e conservador em matéria familiar, além de excessivamente apegado a formalismos e abstrações. Por essas razões, compreendemos que a sucessão hereditária atualmente codificada é insuficiente para atender adequadamente aos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal. Sustentamos a necessidade de uma solução que envolva a reconstrução crítica dos institutos de Direito das Sucessões, da parte dos doutrinadores e da jurisprudência; e reformas legislativas profundas, que efetivamente tornem o direito sucessório positivado compatível com as normas constitucionais. Defendemos principalmente que ao juízo sucessório seja reconhecida a margem de discricionariedade necessária para encontrar a solução adequada ao caso concreto, notadamente em relação: à extensão da sucessão forçada; à dispensa das formalidades testamentárias; ao reconhecimento de vínculos sucessoriamente relevantes; e à excepcional distribuição materialmente isonômica da herança.

ABSTRACT

In this thesis, we investigated the constitutionalization of Brazilian Inheritance Law, specifically its impacts – both expected and frustrated – on ordinary legislation. Influenced by the neoconstitutionalist theory, legal scholars have recognized the expansive power of the Constitution, whose norms should shape – both formally and substantially – all other legal fields, including Private Law. In this context, Civil-Constitutional Law arises as a framework to reinterpret the traditional Civil Law to promote constitutional values – among which human dignity stands out. In this study, we used the civil-constitutional methodology to critically analyse whether the Brazilian 2002 Civil Code has effectively drafted an Inheritance Law compatible with the 1988 Federal Constitution. We observed that the fundamental right to inheritance should guide all public powers' actions, which involves the legislator's duty to protect succession rights; moreover, it also acts as a parameter for interpreting ordinary laws; in addition, it directly impacts private transactions as well. We noticed that the Federal Constitution establishes the following functions of inheritance rights: protection and development of human dignity; protection of the deceased's family members; respect to collectivity's interests (a social function of inheritance). Analysing the ordinary legislation concerning hereditary succession, we realized that the 2002 Civil Code has repeated the past instead of focusing on the future. Regarding testamentary succession, we noticed that the current legislation has not properly established qualitative nor quantitative limits to testamentary autonomy. Similarly, we observed that the testament has not been actually affected by the “repersonalization” and “depatrimonialization” processes. Besides, we saw that the 2002 Code remains anachronistic and excessively stringent concerning testamentary formalities. On the other hand, we perceived that the law only establishes one intestate succession model, which is both inflexible and abstract. We noticed that having been developed based on a specific family model, these intestate succession norms are potentially insufficient to appropriately address the needs and yearnings of different family forms; furthermore, we realized that non-heteronormative families are completely ignored by the 2002 Code. Moreover, we saw that the current intestate succession is not open to substantive equality; therefore, it is incapable of adapting itself to extraordinary circumstances, such as the successors' special needs or atypical behaviours. Overall, we found that, with respect to inheritance matters, the Brazilian 2002 Civil Code is close to the nineteenth-century laws: it is patrimonialism-focused, individualist, voluntarist, and conservative regarding family issues; in addition, it is excessively characterized by formalisms and abstractions. For all those reasons, we argued that the currently codified Succession Law is not adequate to properly fulfill the foundations and functions which the 1988 Federal Constitution imposes to inheritance rights. We recommended a solution which encompasses, on the one hand, legal scholars and judges critically reinterpreting inheritance norms; and, on the other hand, legislators deeply reforming these laws to make them compatible with the Constitution. We particularly suggested the attribution of discretionary power to probate courts, which would allow them to find the ideal decision to each case, especially concerning: the extension of the forced succession; the power of dispensing testamentary formalities; the recognition of hereditarily relevant relationships; and the exceptional substantially-equal distribution of inheritance.

RÉSUMÉ

Dans cette thèse, nous examinons la constitutionnalisation du droit des successions brésilien, en précisant ses effets - tant attendus que lésés - sur la législation infraconstitutionnelle. Avec le néoconstitutionnalisme, les juristes reconnaissent la force expansive de la Constitution fédérale. Ces normes doivent donner leur forme, autant formellement que substantiellement, à toutes les autres branches du système juridique, le droit privé inclus. C'est dans ce contexte qu'apparaît le droit civil-constitutionnel, mouvement de reconstruction des instituts traditionnels de droit civil afin de promouvoir les valeurs constitutionnelles – parmi lesquelles, en position dominante, la dignité de la personne humaine. Dans cette étude nous utilisons la méthode civilo-constitutionnelle pour analyser de manière critique le Code civil de 2002 et savoir s'il favorise effectivement une reconstruction du droit des successions à la lumière du texte constitutionnel. Nous notons que, expressément élevé au niveau de principe, le droit à l'héritage oriente l'action des pouvoirs publics ; il sert de paramètre interprétatif pour l'ordonnancement infraconstitutionnel ; ce qui affecte directement les relations privées. Nous en déduisons que la Constitution fédérale attribue en particulier à la succession héritée les fonctions suivantes : protection et développement de la personnalité des sujets de la succession ; protection des membres de la famille du de cujus ; respect des intérêts non-héritiers, c'est-à-dire la collectivité (fonction sociale de l'héritage). En analysant le traitement infraconstitutionnel de la succession *causa mortis*, nous avons constaté que le Code civil de 2002, a plus répété le passé qu'il ne s'est projeté dans l'avenir. En matière de succession testamentaire, nous observons que l'actuelle codification n'a pas structuré de manière adéquate les limites quantitatives et qualitatives relatives à l'autonomie testamentaire privée. De même, nous constatons que le testament n'a pas encore été véritablement touché par les effets de la repersonnalisation et de la dépatrimonialisation du droit privé. De même, nous comprenons que le Code de 2002 reste anachronique et excessivement strict en ce qui concerne les formalités testamentaires. D'autre part, en matière de succession légitime, nous identifions qu'il n'y a dans la loi qu'un ordre rigide et abstrait de vocation héréditaire. Nous en déduisons que, dans la mesure où cet ordre a été élaboré sur la base d'un seul modèle familial, il est potentiellement insuffisant et ne permet pas de répondre aux exigences et aux besoins des divers arrangements familiaux reconnus dans le système juridique brésilien ; de plus, nous avons observé que les familles non hétéronormatives sont totalement ignorées par ce modèle. Nous nous rendons également compte que cet ordre de vocation héréditaire n'est pas ouvert aux considérations d'isonomie matérielle et est incapable de s'adapter à des circonstances concrètes extraordinaires - par exemple, des besoins ou des conduites exceptionnels des successeurs. Enfin, nous concluons que, en matière de succession, le Code civil de 2002 est fondamentalement du dix-neuvième siècle : patrimonialiste, individualiste, volontariste et conservateur en matière familiale et en outre excessivement attaché aux formalismes et aux abstractions. Pour ces raisons, nous considérons que la succession héréditaire actuellement codifiée est insuffisante pour répondre de manière adéquate aux principes et aux fonctions qui lui sont attribués par la Constitution fédérale. Nous soutenons la nécessité d'une solution impliquant la reconstruction critique des instituts du droit des successions, de la part des maîtres de la doctrine et de la jurisprudence ; et de profondes réformes législatives rendant effectivement le droit de succession positif compatible avec les normes constitutionnelles. Nous soutenons principalement que l'on reconnaisse au jugement d'héritage la marge discrétionnaire nécessaire pour trouver la solution appropriée au cas d'espèce, notamment en ce qui concerne : l'étendue de la succession forcée ; la dispense des formalités testamentaires ; la reconnaissance de liens pertinents pour la succession ; et l'exceptionnelle distribution matériellement isonomique de l'héritage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS (ESPERADOS E FRUSTRADOS) REFLEXOS NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS	25
2.1 A PASSAGEM DO DIREITO CIVIL “TRADICIONAL” PARA O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL	26
2.2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: A “PRESENTIFICAÇÃO DO PRETÉRITO”	45
2.3 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO DE 2002: A PERMANÊNCIA DO MODELO OITOCENTISTA	49
2.3.1 A repetição do passado, as inovações insuficientes e o descaso legislativo	50
2.3.2 A manutenção dos pilares do civilismo oitocentista em matéria sucessória	54
2.3.3 Um Direito das Sucessões codificado alheio aos princípios orientadores do Código	61
2.4 A NECESSIDADE DE RELEITURA CRÍTICA DOS ELEMENTOS DO FENÔMENO SUCESSÓRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	65
3 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DO DIREITO SUBJETIVO À HERANÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	72
3.1 HERANÇA: DIREITO FUNDAMENTAL	74
3.1.1 A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança	79

3.1.1.1 O direito fundamental à herança como um “direito a algo”	80
3.1.1.2 O direito fundamental à herança como uma “liberdade”	84
3.1.1.3 O direito fundamental à herança como uma “competência”	85
3.1.2 A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança	88
3.1.2.1 O direito fundamental à herança enquanto componente de uma ordem de valores fundamentais objetivos	89
3.1.2.2 A mais-valia jurídica do direito fundamental à herança	92
3.2 FUNDAMENTO DO DIREITO À HERANÇA	101
3.2.1 A vontade real ou presumida do falecido	103
3.2.2 Complemento da propriedade	104
3.2.3 Proteção à família	108
3.2.4 Continuidade	111
3.2.5 O perfil funcional enquanto fundamento do direito subjetivo à herança	114
3.3 FUNÇÃO DA HERANÇA	117
3.3.1 A função individual da herança e o equívoco de se entender a herança como um direito exclusivamente individual	118
3.3.2 A visão clássica do interesse social na herança: estímulo à produtividade e poupança	123
3.3.3 A “função familiar” da herança	127
3.3.4 A função antissocial da herança: um direito fundamental que contribui para a concentração de riqueza e aumento das desigualdades sociais?	131

3.3.5 A função social da herança	140
3.3.5.1 Restrição à ocorrência do fenômeno sucessório	141
3.3.5.2 Alteração estrutural do direito subjetivo à herança	142
3.3.5.3 Os deveres associados ao direito à herança	144
3.3.5.4 A sucessão <i>causa mortis</i> e a filantropia	149
4 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	155
4.1 LIBERDADE DE TESTAR	156
4.1.1 O direito fundamental a fazer testamento	156
4.1.2 Limites à liberdade de testar	161
4.1.2.1 A restrição quantitativa e proteção aos dependentes do testador	163
4.1.2.2 A restrição qualitativa: os exemplos das condições e motivos ilícitos	174
4.2 A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO TESTAMENTO	180
4.2.1 Despatrimonialização e repersonalização do direito sucessório	182
4.2.2 O testamento ético	189
4.3 NEOFORMALISMO E AS SOLENIDADES TESTAMENTÁRIAS	195
4.3.1 Os problemas do exacerbado formalismo testamentário	197
4.3.1.1 O anacronismo das formas testamentárias admitidas no Código Civil de 2002	197

4.3.1.2 A complexidade das solenidades e o excessivo rigor quanto ao seu descumprimento	198
4.3.1.3 Desincentivo à faculdade de testar	203
4.3.2 A superação do excessivo rigor quanto às solenidades testamentárias: a <i>substantial compliance</i> e o <i>dispensing power</i>; a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	205
4.3.3 Superando a taxatividade das formas previstas no Código Civil: o testamento em áudio ou vídeo; o testamento eletrônico	210
5 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	220
5.1 A ARTIFICIALIDADE DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	221
5.1.1 Critérios orientadores das escolhas legislativas na estruturação da ordem de vocação hereditária	223
5.1.2 A opção legislativa brasileira e as suas insuficiências	227
5.2 A INVISIBILIDADE DAS FAMÍLIAS NÃO TRADICIONAIS	229
5.2.1 A inadequação de um mesmo regime sucessório para todas as famílias: <i>one size DOES NOT fit all</i>	233
5.2.2 Para além do paradigma da família sexual no Direito das Sucessões: as relações íntimas não-(hetero)normativas e as amigas	241
5.2.3 A função expressiva do Direito das Sucessões e seus reflexos nas famílias não-tradicionais	250

5.3 PROBLEMAS DO PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE CLASSES E DO PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE GRAUS DENTRO DE CADA CLASSE	254
5.4 O DESRESPEITO À ISONOMIA MATERIAL	261
5.4.1 A importância da isonomia formal em matéria sucessória	262
5.4.2 Da isonomia formal à isonomia material em matéria sucessória	264
5.4.3 As necessidades excepcionais do sucessor	268
5.4.4 A conduta excepcional do sucessor em relação ao sucedido	271
5.4.4.1 A conduta dos potenciais sucessores e as funções promocional e repressiva do Direito das Sucessões	273
5.4.4.2 Os excluídos da sucessão: o anacronismo do Código Civil de 2002 no tratamento das hipóteses de indignidade	274
5.4.5 O modelo sucessório chinês: consideração das circunstâncias concretas	281
5.5 TENTATIVAS INADEQUADAS DE ESTABELEECER PREVIAMENTE NORMAS SUCESSÓRIAS QUE ATENDAM ÀS NOVAS DEMANDAS FAMILIARES E SOCIAIS	282
5.5.1 As falhas das reformas legislativas em matéria sucessória	283
5.5.2 O uso do <i>big data</i> para adaptar os esquemas sucessórios às características pessoais do <i>de cuius</i>	286
5.6 A INSUFICIÊNCIA DO TESTAMENTO COMO ÚNICO MECANISMO DE SUPERAÇÃO DAS FALHAS DA SUCESSÃO <i>AB INTESTATO</i>	291
5.7 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM MATÉRIA SUCESSÓRIA	296

5.8 LIÇÕES DO SISTEMA DA <i>FAMILY PROVISION</i> PARA A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	305
5.8.1 Para além do núcleo familiar tradicional: as ideias de <i>child of the family</i> e de <i>dependant</i>	307
5.8.2 Considerações sobre as circunstâncias concretas na distribuição hereditária: situação econômica e conduta	309
5.9 SÍNTESE DO CAPÍTULO: EM FAVOR DE UMA DISCRICIONARIEDADE GUIADA PARA INCLUIR OS INDEVIDAMENTE IGNORADOS PELA LEI E PARA CONSIDERAR FATORES DE ISONOMIA MATERIAL	313
6 CONCLUSÃO	319
REFERÊNCIAS	327

1 INTRODUÇÃO

Na presente Tese, enfrentaremos os problemas decorrentes de a sucessão *causa mortis* estruturada no Código Civil de 2002 ser inadequada para atender satisfatoriamente aos fundamentos e funções atribuídos pela Constituição Federal ao direito fundamental à herança.

A Tese que levantamos na presente pesquisa é: o Direito das Sucessões codificado no Brasil não foi substancialmente alcançado pelo movimento de constitucionalização do Direito Civil, permanecendo essencialmente oitocentista (individualista, patrimonialista, voluntarista, conservador em matéria familiar, bem como excessivamente abstrato, rígido e insuficiente para fornecer soluções adequadas para as peculiaridades de cada caso); por essas razões, a disciplina sucessória constante do Código Civil de 2002 é inadequada para atender tanto às funções atribuídas constitucionalmente à herança quanto às demandas da sociedade brasileira do século XXI.

Demonstraremos a Tese pela verificação de oito hipóteses. Em primeiro lugar, observaremos que o neoconstitucionalismo e o conseqüente fenômeno de constitucionalização do Direito (Civil), por um lado, bem como a elevação da herança ao patamar de direito fundamental, por outro lado, ensejam conseqüências substanciais para o Direito das Sucessões, notadamente renovadas fundamentações e funções do direito sucessório infraconstitucional à luz da Constituição. Em segundo lugar, notaremos que o Código Civil de 2002, como um todo, e o seu Livro de Direito das Sucessões, em particular, frustraram as expectativas de uma efetiva constitucionalização do Direito Civil, especialmente na medida em que são marcados mais pela repetição do passado civilista oitocentista do que pelo foco no futuro.

Em terceiro lugar, constataremos que a sucessão testamentária ainda é marcada por um excessivo voluntarismo; as necessárias limitações quantitativas e qualitativas à vontade do testador não são devidamente tratadas pelo Código Civil de 2002. Em quarto lugar, perceberemos que a sucessão testamentária ainda é marcada por um excessivo patrimonialismo; a positivação de um dispositivo no Código Civil de 2002 reconhecendo a validade de disposições testamentárias de natureza extrapatrimonial é insuficiente para dizer que o testamento efetivamente experimentou os fenômenos da “repersonalização” e “despatrimonialização”. Em quinto lugar, verificaremos que a sucessão testamentária ainda é marcada por um excessivo formalismo, que tanto serve de obstáculo

e desestímulo ao exercício do direito de testar quanto enseja o sacrifício da substância em razão de eventuais defeitos de forma.

Em sexto lugar, observaremos que a sucessão legítima é marcada por um excessivo conservadorismo em matéria familiar; a despeito da abertura constitucional a novos modelos familiares, a sucessão intestada ainda é estruturalmente focada no heteronormativo modelo nuclear de família, constituído pelo casamento e pela biologia, o que é insuficiente para atender adequadamente aos diversos arranjos familiares da contemporaneidade. Em sétimo lugar, verificaremos que, na sucessão *ab intestato*, o princípio da preferência de classes e o princípio da preferência de graus dentro de cada classe podem indevidamente prejudicar parentes dependentes do *de cuius* que se encontram mais distantes na ordem de chamamento à herança. Em oitavo lugar, veremos que a estrutura sucessória codificada é excessivamente inflexível, não sendo apta a fornecer soluções adequadas para circunstâncias excepcionais; o Código Civil reflete um rígido respeito à isonomia formal dos sucessores legítimos, notadamente descendentes, o que é insuficiente para atender às eventuais considerações de isonomia material.

Na presente pesquisa, utilizaremos o Direito Civil-Constitucional como metodologia. Nortearemos a investigação na força normativa da Constituição, buscando particularmente a transformação social e a realização do projeto de sociedade estampado no texto constitucional. Dando destaque à proteção da dignidade humana e às exigências constitucionais de solidariedade, realizaremos uma “filtragem constitucional” dos institutos do Direito das Sucessões. Buscaremos superar os reducionismos e as abstrações excessivas do direito sucessório, que se chocam com a realidade social. Nesse sentido, utilizaremos uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos, rompendo com o modelo clássico de interpretação formalística baseado na simples subsunção do fato à norma; por essa razão, defenderemos uma maior margem de discricionariedade por parte do juízo sucessório. Do mesmo modo, substituiremos o tradicional tecnicismo e o positivismo legislativo pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal. Da mesma forma, defenderemos a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais, bem como a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura.

Em diversas passagens desta investigação, recorreremos às normas sucessórias de outras jurisdições, como, por exemplo, a Inglaterra, a Austrália e até mesmo a China, além de diversos estados norte-americanos. Ressalvamos que não se trata de pesquisa com metodologia de Direito

Comparado, na medida em que não faremos análise de semelhanças e diferença entre normas nem estudos de equivalência funcional entre institutos jurídicos (REITZ, 1998). Nosso recurso às legislações de outros países terá o objetivo de demonstrar que existem soluções legislativas, viáveis na prática, que nos permitem superar o atual estado de coisas do Direito das Sucessões brasileiro.

Com a pesquisadora britânica Alice Evans (2019), aprendemos tanto a noção de “armadilha do desânimo” (*despondency trap*) quanto os mecanismos para que ela seja superada. Segundo Evans, muitos ativistas que defendem mudanças sociais estão presos em uma “armadilha do desânimo”: na medida em que nunca enxergam as reformas radicais que desejam, eles entendem que elas são impossíveis. Por essa razão, acabam aceitando alternativas de mudanças menos radicais, com menos efetividade, pelo simples fato de elas serem socialmente reconhecidas como “viáveis”, em oposição a uma suposta inviabilidade das reformas normativas profundas. No fim, isso acaba gerando mais desânimo, o que retroalimenta um ciclo vicioso. Alice Evans defende que, se esses ativistas testemunharem os avanços sociais que ocorrem tanto em suas próprias jurisdições quanto para além das suas fronteiras, eles podem se tornar mais otimistas em relação aos resultados da mobilização coletiva e à possibilidade concreta de sucesso nas campanhas por mudanças legislativas profundas. Dessa forma, segundo Evans, a armadilha do desânimo estará quebrada.

Muitas das críticas que faremos e das propostas que defenderemos nesta Tese contrariam a lógica histórica do Direito das Sucessões brasileiro. Isso naturalmente ensejará resistência à sua aceitação em parte da comunidade civilista, notadamente daquela parcela mais apegada ao passado. Antecipamos que muito do que sustentaremos poderá ser recebido como inviável de ser posto em prática, notadamente por questões de eficiência e previsibilidade. A descrença na viabilidade prática de inovações legislativas profundas é compreensível, na medida em que o pensamento jurídico é conservador e naturalmente avesso a mudanças drásticas. Entretanto, Orlando Gomes (1955, p.132) já alertava que, na missão do jurista de evoluir a técnica jurídica, a mera adaptação do novo ao velho é um processo de frustração. Desse modo, inspirados pelas lições de Alice Evans sobre a superação da “armadilha do desânimo”, procuraremos sempre exemplos de jurisdições que já adotam as propostas que defendemos na presente Tese. Nosso objetivo será justamente demonstrar que a superação do *status quo* normativo é possível, na medida em que tais profundas reformas legislativas são viáveis, não são meras conjecturas, e já estão sendo postas em prática com sucesso em outros lugares.

Adotaremos como marcos teóricos os autores que defendem o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, em especial Pietro Perlingieri e seu *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, bem como Luiz Edson Fachin e sua *Teoria Crítica do Direito Civil*. Em resumo, de modo geral na presente Tese buscaremos seguir dois ensinamentos de cada um dos referidos autores, sendo que todas essas lições estão intimamente relacionadas entre si. Em primeiro lugar, reconhecendo que a cultura jurídica tem uma perspectiva histórica e relativística, abandonaremos os dogmas e as verdades fixas e a-históricas que dominam o Direito das Sucessões. Em segundo lugar, para além de reconstruir os institutos da sucessão *causa mortis*, confrontaremos o sistema com a realidade social e com os problemas concretos (PERLINGIERI, 2008b, p.05-06). Em terceiro lugar, estudaremos o Direito das Sucessões concebendo a pessoa em sua concretude, superando a compreensão abstrata limitadora do sujeito, típica do assim chamado Direito Civil Clássico. Por fim, trataremos de abandonar a postura apegada à segurança dos conceitos e às explicações segmentadas para problemas complexos. Acreditamos que “hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas” (FACHIN, 2012, p.215).

Não teremos qualquer pretensão totalizante na presente Tese¹. Adotando a Teoria Crítica do Direito Civil, nosso objetivo principal não será (e nem poderia ser) abarcar todo o conjunto dos elementos constitutivos do Direito das Sucessões. Não tentaremos reduzir todo o fenômeno jurídico-sucessório a um único fundamento ou modelo explicativo. Não apresentaremos respostas definitivas para todos os problemas que serão levantados. Mesmo as sugestões que faremos não terão qualquer pretensão de perfeição ou completude – por isso mesmo, não nos omitiremos de reconhecer os problemas nas propostas apresentadas.

Adotaremos em nossa investigação uma postura problematizante. Durante toda a Tese questionaremos as premissas sobre as quais se assentam os saberes do Direito das Sucessões, reconhecendo-os como meramente transitórios. Rejeitaremos os dogmas e repensaremos convicções anteriormente consolidadas; assim, também reconheceremos a necessidade de reconstrução e releitura constantes dos elementos do fenômeno sucessório. A título ilustrativo, questionaremos, de um lado, a presunção de que a legítima é mecanismo sempre adequado a limitar quantitativamente a liberdade de testar; de outro lado, a crença em a ordem de vocação hereditária atualmente positivada ser um mero reflexo do que as coisas naturalmente são. Sujeitando os

¹ Aqui nos referimos à distinção feita por Carlos Eduardo Pianovski (2012) entre teorias totalizantes e teorias problematizantes, acreditando que aderimos à última categoria.

conceitos e as normas à realidade, refletiremos sobre o papel que a sucessão hereditária codificada desempenha na satisfação ou insatisfação das necessidades das pessoas. Na esteira do quanto ensinado por Luiz Edson Fachin (2012, p.347; p.360-361), levantaremos questões que não necessariamente têm resposta direta e imediata; e é justamente a isso que nos propomos, superar o paradigma da segurança e da rigidez conceitual para uma constante criação, construção e reconstrução dos saberes. Dessa forma, não necessariamente temos a necessidade de chegar a conclusões definitivas, “uma vez que o que interessava nessa perspectiva eram as paragens temáticas nas quais se adentrou e às quais, às vezes, se tangenciou” (FACHIN, 2012, p.241).

Da mesma forma, apesar de atentos a considerações metodológicas e de marco teórico, não sustentaremos qualquer aspiração de neutralidade pseudocientífica; ao contrário, reconheceremos que o Direito tem caráter ideológico. Selecionaremos na força normativa da Constituição Federal de 1988 os valores que orientarão a presente investigação. Por isso, o objetivo principal da presente Tese será contribuir para a construção de um Direito das Sucessões de caráter promocional e emancipatório. Nesse sentido, buscaremos dar à sucessão *causa mortis* positivada no Brasil um perfil mais efetivamente consentâneo com os fundamentos e funções que lhe são atribuídos pelo texto constitucional, em especial no que diz respeito, de um lado, à proteção e ao desenvolvimento da personalidade humana e, de outro lado, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Dividiremos os elementos textuais da presente Tese em Introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e Conclusão. No primeiro capítulo do desenvolvimento, dedicaremos a seção 2.1 a uma análise da transição do “Direito Civil tradicional” ao “Direito Civil-Constitucional”, de forma a justificar e explicar o uso da metodologia, bem como os pressupostos teóricos dos quais partiremos ao longo da Tese. Voltaremos a seção 2.2 a uma crítica ao Código Civil de 2002, demonstrando como a nova codificação de modo geral frustrou os anseios de constitucionalização do Direito Civil. Focaremos a seção 2.3 especificamente na crítica ao Direito das Sucessões, verificando como a disciplina hereditária codificada permanece presa ao paradigma civilista oitocentista, marcada pelo individualismo, voluntarismo, patrimonialismo e conservadorismo em matéria familiar. Por fim, com base nos marcos teóricos adotados, na seção 2.4 reconheceremos os desafios de uma reconstrução crítica do fenômeno sucessório à luz da Constituição Federal, bem como delimitaremos o escopo dos capítulos seguintes.

Voltaremos o segundo capítulo do desenvolvimento para uma análise do direito subjetivo à herança no contexto de constitucionalização do Direito Civil. Destinaremos a seção 3.1 ao estudo da herança enquanto direito fundamental, em suas dimensões subjetiva e objetiva; aqui identificaremos alguns reflexos que essa “fundamentalidade” traz em relação ao direito sucessório infraconstitucional, como o dever de máxima efetividade e a eficácia nas relações privadas. Na seção 3.2 buscaremos uma renovada fundamentação para o fenômeno sucessório, à luz da Constituição, além das justificativas tradicionalmente suscitadas em doutrina desde antes da constitucionalização desse instituto de Direito Privado. Na seção 3.3 deixaremos de lado a análise da estrutura da sucessão hereditária, contemplando especificamente a sua função.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, refletiremos criticamente a respeito da sucessão testamentária à luz da constitucionalização do Direito Civil. Primeiramente, na seção 4.1, analisaremos a natureza de direito fundamental da liberdade testamentária, que é consequentemente associada a restrições; na sequência, demonstramos alguns aspectos problemáticos das limitações quantitativas e qualitativas ao direito de testar presentes no Código Civil de 2002. Na seção 4.2, destacaremos como os fenômenos de repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil não alcançaram substancialmente a sucessão testamentária codificada; criticaremos a falta de disciplina específica e principalmente a falta de mecanismos que assegurem o efetivo respeito às cláusulas testamentárias extrapatrimoniais; finalmente, discutiremos a introdução do “testamento ético” no ordenamento jurídico brasileiro como um possível mecanismo de repersonalização da sucessão testamentária. Por fim, na seção 4.3, criticaremos o excessivo formalismo que o Código de 2002 ainda impõe à sucessão testamentária, abordando dois diferentes aspectos: por um lado, o excesso de solenidades e a extremamente rigorosa sanção de nulidade do testamento em caso de vício formal; por outro lado, a excessiva rigidez das formas testamentárias taxativamente previstas em lei. Assim, discutiremos possíveis mecanismos de mitigação do rigor formal, bem como a abertura da sucessão testamentária a novas formas de testar, em especial levando em consideração as tecnologias disponíveis no século XXI.

No quarto capítulo do desenvolvimento, focaremos a investigação na sucessão *ab intestato* estruturada no Código Civil de 2002. Na seção 5.1, constataremos que a ordem de vocação hereditária não é um dado, e sim um construído. Na seção 5.2, observaremos que atualmente o chamamento legal à sucessão se estrutura em um único modelo de família, sendo potencialmente insuficiente para atender satisfatoriamente à variedade de arranjos familiares protegidos pela

Constituição Federal, além de invisibilizar outras relações de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo *de cuius*. Na seção 5.3, ressaltaremos a potencial inadequação, em determinadas situações, do princípio da preferência de classes e do princípio da preferência de graus dentro de cada classe. Na seção 5.4, apontaremos a excessiva rigidez da distribuição de quinhões entre os sucessores legítimos. Demasiado preso à isonomia formal, o Código Civil indevidamente não se abre a considerações de isonomia material na repartição da herança, mesmo havendo circunstâncias excepcionais que, à luz da Constituição Federal, autorizem o tratamento desigual entre os sucessores. Na seção 5.5, revelaremos os problemas comumente relacionados às reformas legislativas em matéria sucessória, que as tornam insuficientes para satisfazer as crescentes necessidades sociais. Na seção 5.6, demonstraremos que o testamento não é um mecanismo idôneo para, sozinho, suprir as atuais falhas do legislador em relação à sucessão intestada. Na seção 5.7, refletiremos sobre os aspectos negativos e positivos de se conferir ao juízo sucessório discricionariedade qualitativa (para decidir quem se encaixa na categoria de sucessor) e quantitativa (para decidir sobre a distribuição de quinhões considerando fatores de isonomia material). Na seção 5.8, compreenderemos como funciona o sistema de discricionariedade orientada do juízo sucessório no regime da *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, da Inglaterra. Por fim, na seção 5.9, sintetizaremos os argumentos suscitados no capítulo, correlacionando-os.

Aqui devemos explicar duas escolhas redacionais que fizemos para a presente Tese. Em primeiro lugar, para as citações utilizaremos o sistema autor-data, apesar de este reconhecidamente não ser o mais conveniente para o leitor. Optamos por dedicar as notas de rodapé exclusivamente para as referências normativas, explicações, comentários, reflexões, recomendações de leitura e, às vezes, transcrições no original de citações que, no texto do desenvolvimento, traduzimos para o português. Na medida em que consideramos as notas de rodapé um mecanismo profundamente enriquecedor do texto principal, e por isso mesmo esperamos que o leitor preste atenção nelas, preferimos despoluí-las, não incluindo ali as referências bibliográficas.

Em segundo lugar, a contragosto utilizaremos nomes no masculino sempre que nos referirmos a pessoas: sucessor, testador, legislador. Inicialmente, tentamos adotar linguagem inclusiva, buscando assim combater o machismo disfarçado de neutralidade gramatical. Dessa forma, na redação original da Tese vínhamos usando expressões como “o sucessor ou a sucessora”, “o testador ou a testadora”. Ocorre que essa estratégia, de um lado, tornava a leitura muito pouco

fluida; de outro lado, não era suficiente para atender adequadamente às mais avançadas demandas dos estudos de gênero, inclusive a questão do não-binarismo. Infelizmente, cedendo à regra culta que se exige em sede do academicismo, usaremos o masculino como gênero gramatical neutro. Esperamos sinceramente que, em eventual publicação futura da presente pesquisa, já haja uma solução de caráter verdadeiramente inclusivo que seja academicamente aceita para esse problema.

Por fim, trazendo para a seara jurídica as lições de Alice Evans (2018) sobre o poder das ideias em relação à perpetuação das desigualdades sociais, notamos que a pouca atenção doutrinária prestada a um ramo do Direito se relaciona com a manutenção do *status quo* normativo. Acreditamos que há dois fatores significativos para que legislações defeituosas permaneçam inalteradas: a falta de críticas, de um lado, e o desconhecimento de soluções legislativas alternativas, de outro. Grosso modo, 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. O legislador fez um trabalho de má qualidade ao regulamentar a sucessão *causa mortis* no Código Civil de 2002. Dessa forma, esperamos que a presente Tese contribua para a rejeição de um Direito das Sucessões insatisfatório, tornando-o mais adequado à realização dos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS (ESPERADOS E FRUSTRADOS) REFLEXOS NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS

A origem da presente Tese está nas tensões entre duas tendências contraditórias. De um lado, de acordo com o vigente paradigma neoconstitucionalista, as normas constitucionais são dotadas de força expansiva, penetrando assim em todo o ordenamento infraconstitucional. Desse modo, o Direito Civil deve ser estruturado, legislado, interpretado, aplicado, pensado, estudado e reconstruído à luz da Constituição Federal. Por outro lado, com berço no constitucionalismo liberal, a doutrina civilista clássica se desenvolveu com fundamento em um sistema fechado de Direito Privado, para o qual é estranha ou mesmo inadequada a referência à Constituição – um elemento tipicamente de Direito Público e conseqüentemente considerado externo a tal sistema.

No presente capítulo, abordaremos a transição do Direito Civil “tradicional” para o Direito Civil constitucionalizado. Também discutiremos como a codificação de 2002 deveria ser a resposta legislativa à constitucionalização do Direito Civil brasileiro, mas acabou não correspondendo às expectativas que havia nesse sentido. Analisaremos especificamente como o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 corresponde mais ao paradigma oitocentista do que às exigências do neoconstitucionalismo. Por fim, refletiremos as perspectivas e os desafios para se alcançar uma efetiva constitucionalização do direito hereditário no Brasil.

Na primeira seção, a partir de uma extensa revisão de literatura, descreveremos as bases sobre as quais se desenvolveu o Direito Civil da Modernidade, bem como as suas características essenciais: individualismo, patrimonialismo, voluntarismo. Também discorreremos sobre a crise e a superação desse modelo, notadamente em razão do movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico (inclusive do Direito Civil). Demonstraremos que a “teoria tradicional” do Direito Civil, de cunho oitocentista, perdeu espaço para a metodologia civil-constitucional enquanto modelo de se *pensar* o Direito Civil na Pós-Modernidade.

Na segunda seção, abordaremos a edição do Código Civil de 2002 como uma suposta resposta legislativa para atender à constitucionalização do Direito Privado. Apontaremos, com ampla sustentação na doutrina que se utiliza da metodologia civil-constitucional, os problemas e as insuficiências da nova codificação enquanto instrumento de concretização, nas relações privadas, do projeto estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Na terceira seção, demonstraremos que o Livro V do Código Civil de 2002, que versa sobre o Direito das Sucessões, sofreu relativamente muito poucas alterações em relação ao Código de 1916. Apontaremos também que mesmo as inovações positivas não foram suficientes para alterar a estrutura do fenômeno sucessório, que continua marcado pelo patrimonialismo, pelo individualismo, pelo voluntarismo e pelo conservadorismo em matéria familiar. Veremos também que o novel legislador pouco fez para adequar as normas sucessórias aos paradigmas do Código de 2002, quais sejam, socialidade, eticidade e operabilidade.

Na quarta seção, sustentaremos o papel da doutrina no movimento de constitucionalização do Direito das Sucessões, em especial com a utilização da metodologia civil-constitucional no se *pensar* a sucessão *causa mortis*. Demonstraremos a necessidade de releitura crítica dos elementos do fenômeno sucessório à luz da Constituição Federal, para que o regime privatista da sucessão hereditária esteja em conformidade com os valores e programas estabelecidos nas normas constitucionais.

2.1 A PASSAGEM DO DIREITO CIVIL “TRADICIONAL” PARA O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Podemos identificar quatro diferentes marcos históricos do Direito Civil: o *jus civile* romano; o direito comum da Idade Média; o liberalismo burguês da modernidade ocidental; e a fase do Direito Civil-Constitucional (CORTIANO JUNIOR, 2011, p.99). Para evitar uma divagação *ad infinitum*, restringiremos nossa análise à transição da penúltima fase para a mais recente. Reconhecemos que muitos elementos e instituições de Direito Privado (e consequentemente de Direito das Sucessões) têm sua origem particularmente relacionada à época romana, como a ideia de propriedade privada e a feitura de testamento. Do mesmo modo, o período medieval foi importante para a assimilação da ideia de testamento entre os povos de origem não-romana, bem como para o desenvolvimento de ficções jurídicas como o *droit de saisine*. Ocorre que, muito mais do que pelo surgimento de novas instituições jurídicas, a fase liberal-burguesa foi marcada por uma transformação na forma de *pensar* o Direito, os institutos e o próprio papel dos juristas. Os fundamentos teóricos então desenvolvidos formaram a base de sustentação sobre a qual

o pensamento jurídico contemporâneo foi construído, com reflexos que ainda se manifestam atualmente, ainda que mitigados.

O modo jurídico-liberal de compreender o Direito, desenvolvido em especial a partir do começo do século XIX, era então justificado pelos valores dominantes e objetivos perseguidos à época. O processo de substituição da nobreza pela burguesia no papel de camada social proeminente, no contexto de desenvolvimento do capitalismo, pressupôs a consagração da igualdade formal, da liberdade individual, do direito de propriedade e da abstenção estatal nos interesses privados (SARMENTO, 2008 p.11). Entretanto, as suas consequências (notadamente no que diz respeito ao entendimento quanto ao papel do Estado e à interpretação e aplicação das normas jurídicas) se revelam no mínimo problemáticas em relação às demandas sociais e jurídicas contemporâneas. Ainda assim, a assim chamada “teoria tradicional” ou “clássica” do Direito (Civil) ainda é repetida, de forma implícita ou explícita, nos argumentos doutrinários, na elaboração de leis, na tomada de decisões judiciais. Conforme ressaltado por Luiz Edson Fachin (1992, p.49), “a doutrina e a prática do direito, ao responderem as novas exigências sociais, ainda se valem da inspiração no valor supremo da segurança jurídica e do purismo conceitual”. E, como bem apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1999, p.96), isso é feito sem que se leve em consideração que esse sistema “tradicional” foi cunhado em um contexto diferente ou até mesmo oposto ao existente na atualidade. Focaremos, portanto, na transição do Direito Civil clássico para o Direito Civil-Constitucional, buscando dessa maneira ressaltar a necessidade de superar os tradicionais (melhor dizendo, arcaicos) alicerces teórico-metodológicos do pensamento civilista.

Duas tradições jurídicas que se desenvolveram em paralelo no século XIX definiram o perfil da chamada teoria clássica do Direito Civil. De um lado, a tendência codificadora francesa, que desembocou no positivismo exegético. Por outro lado, o movimento alemão por uma análise científica do Direito – refletido nas Escolas Histórica e (principalmente) Pandectista –, do qual se herdou “a força dos conceitos jurídicos como categorias centrais do sistema sobre o qual se organizam os currículos acadêmicos e se estrutura o pensamento dos juristas até hoje” (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p.43-44). Cada qual à sua maneira, ambas contribuiram para que o Direito Privado, em especial o Direito Civil, fosse encarado como um sistema fechado e autossuficiente, centrado no conceito abstrato de autonomia individual.

No despertar dos anos 1800, pós-revoluções do final do século XVIII, o mundo ocidental testemunhou o triunfo do liberalismo jurídico, com raízes no Iluminismo. Tal movimento foi fruto dos anseios da ascendente burguesia no sentido de romper com os até então presentes elementos feudais e absolutistas. Desse modo, os juristas de então se preocuparam particularmente em solucionar duas questões: os privilégios do Absolutismo e o caráter dispersivo e inseguro do direito medieval. Para resolver o problema dos privilégios, o paradigma liberal se baseou em um ordenamento jurídico neutro, estruturado a partir de uma visão abstrata do sujeito de direito, aplicando a todos o regime de tratamento formalmente igualitário. Para eliminar a insegurança decorrente da pluralidade de fontes do direito, o Estado liberal se impôs como a única fonte de produção normativa, cuja autoridade provinha da vontade popular (RAMOS, 1998, p.04). Os juristas de então viam na lei o Direito; para haver segurança, a norma jurídica deveria ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência, abstrata e universal; o papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1999, p.06).

Uma das estruturas fundamentais do pensamento de então era a importância dada à *summa divisio* do ordenamento jurídico entre Direito Público e Direito Privado, distinção esta que Norberto Bobbio (2007, p.143) considera a mais marcante dicotomia da ciência jurídica. Articularam-se como dois sistemas distintos de proteção da liberdade humana, cada um com sua lógica própria: no primeiro, os direitos fundamentais eram vetor de separação e proteção do indivíduo em relação ao Estado; no segundo, a autonomia da vontade fundamentava a disciplina das relações entre sujeitos formalmente iguais (SARMENTO, 2008, p.13). Tradicionalmente, havia uma distinção bem definida entre ambos, que se mantinham praticamente incomunicáveis. De um lado, a ordem política entre Estado e cidadão e, de outro, a ordem privada entre particulares; respectivamente, a esfera pública do *citoyen* e a esfera privada do *bourgeois*, cada uma com o seu próprio centro de gravidade (LÔBO, 2008, p.19).

O Direito Público do início do século XIX gravitava em torno da noção de Constituição. Tratava-se da fórmula iluminista para, em oposição ao despotismo absolutista, racionalizar e legitimar o exercício do poder, separando e contendo os Poderes, assim como garantindo os direitos inatos do cidadão, oponíveis em face do Estado (SARMENTO, 2008, p.09). Acontece que, no então neonato constitucionalismo moderno, a Constituição era entendida como uma carta política desprovida de força normativa própria e, portanto, sem aplicabilidade direta e imediata

(BARROSO, 2008, p.257). As normas constitucionais se dirigiam ao legislador ordinário; este, por sua vez tinha o dever de disciplinar as relações particulares travadas dentro da sociedade, o que era feito com a elaboração das leis civis (TEPEDINO, 2001a, p.01).

No tocante ao Direito Privado, seu centro era o Código. A já mencionada busca liberal-burguesa por conferir clareza, harmonia e ordem ao direito acabou marcando o período com o advento das grandes codificações. Na codificação, os diferentes temas pertinentes à vida do indivíduo eram apresentados de forma racional e sistemática (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p.87). Codificar o Direito Civil – ou seja, sistematizar – significava torná-lo mais simples e seguro, o que beneficiava o desenvolvimento do capitalismo, em especial com a proteção à propriedade, à autonomia e à segurança do tráfico jurídico (SARMENTO, 2008, p.68). Quando mencionamos segurança, referimo-nos à ideia de que ao Código cumpria disciplinar a atividade privada, garantindo “a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas” (TEPEDINO, 2004a, p.03).

A principal obra legislativa do período foi o *Code Civil des Français (Code Napoléon)*, promulgado em 1804. O Direito Civil passou a ser identificado com o próprio Código Civil – cujo conteúdo, delimitado com base na obra de Jean Domat, referia-se às relações entre particulares, “seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual” (MORAES, 1991). Conforme John Gilissen (2003, p.536) ressalta, o Código de Napoleão constituiu uma ode ao bom pai de família, que é dotado de razão, previdente e diligente, que faz livremente (e, portanto, bem) os seus negócios e, juntando uma fortuna, destina-a à sua família. Assim, identificamos que a assim chamada “teoria clássica” do Direito Privado se assentou em três pilares fundamentais, apontados por Luiz Edson Fachin (2012, p.13): o contrato, os modos de apropriação e a família.

Identificamos no movimento codificador francês dois desdobramentos – um formal e um material – que moldaram a teoria tradicional do Direito Civil. Do ponto de vista formal, o período foi marcado por uma tendência de endeusamento da codificação francesa; isso possivelmente em razão de ser, na ordem privada, a consagração legislativa dos ideais triunfantes da Revolução, bem como por prover o fundamento normativo adequado para as necessidades da nova ordem econômica e social (GOMES, 1955, p.123). Podemos identificar como uma das principais consequências desse fenômeno a consolidação da noção de um sistema fechado de Direito Privado

(TEPEDINO, 2001a, p.02). Aqui usamos “sistema fechado” na concepção de Norberto Bobbio (2007, p.38): “aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial”.

Para o pensamento civilista “tradicional”, o Código seria autossuficiente e exclusivo, supostamente marcado por precisão, univocidade, coerência, completude (LORENZETTI, 1998, p.59). Forjou-se assim um sistema de Direito Privado fechado, no sentido de que ele mesmo se bastava para a sua interpretação, sem necessidade de se recorrer a outras referências normativas para solucionar os conflitos entre os particulares. Em razão desta pretensão exclusivista, o civilista praticamente não precisava utilizar a Constituição em sua atividade, até mesmo porque, como já acentuamos, a norma constitucional se dirigia ao legislador e não ao cidadão comum. Na verdade, o Código Civil tinha verdadeiro significado constitucional para o Direito Privado, na medida em que inexistia norma jurídica alheia à codificação que lhe fosse superior hierarquicamente em questões patrimoniais (TEPEDINO, 2001a, p.02). Daí surge a ideia de o *Code* ser a “Constituição do cidadão comum”.

O endeusamento do Código Civil se refletiu no florescimento da Escola da Exegese, de origem francesa. Marcado pelo culto ao texto da lei, à *mens legislatoris* e à onipotência jurídica do legislador, o pensamento exegético acabou por difundir a crença em que a função do jurista nada mais é do que interpretar a lei respeitando o texto legal e buscando a vontade de um legislador supostamente infalível (GOMES, 1955, p.124).

Do mesmo modo, em harmonia com o paradigma legalista então dominante, o Código pretendia esgotar, de forma sistemática, a disciplina de todas as relações privadas juridicamente relevantes. Consequentemente, desenvolveu-se na cultura jurídica a convicção de que não havia bom direito sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva (TEPEDINO, 2001a, p.02). Conforme ressaltado por Luiz Edson Fachin (1992, p.53), isso significava que ficava fora do sistema aquilo a que ao sistema não interessava, como, por exemplo, o modo de apropriação não exclusivo dos bens e a vida familiar que não se adapte ao modelo positivado.

Encontramos aqui o paradoxo do movimento de codificação do século XIX, apontado por Luís Roberto Barroso (2015, p.271-272). A elaboração de Códigos, a sistematização do Direito como forma de promover segurança jurídica, foi uma decorrência direta do jusnaturalismo racionalista, considerada mesmo o apogeu do Direito Natural. Apesar disso, o jusnaturalismo

passou a ser considerado demasiado anticientífico pelos juristas oitocentistas, que abraçaram a doutrina juspositivista: o Direito se reduzia ao conjunto das normas em vigor, que se justificava exclusivamente por ser posto pelo legislador. Neste contexto, o papel da teoria jurídica era desenvolver ideias e conceitos doutrinários com pretensão de cientificidade – o que chegou a extremos na Alemanha, como veremos adiante.

Do ponto de vista material, em íntima relação com as pretensões juspositivistas de objetividade e neutralidade, a grande influência do *Code Napoléon* contribuiu para que a teoria tradicional do Direito Civil se fundamentasse no individualismo, no voluntarismo e no patrimonialismo. A pretensão, com o Código, era ordenar de forma neutra e igualitária, sem privilégios, as condutas privadas dos indivíduos. Para alcançar a igualdade formal entre todos (consequentemente para suprimir as distinções entre nobreza e classes inferiores), desenvolveu-se um conceito abstrato e único de sujeito de direito, ao qual se aplicavam todas as consequências jurídicas, independentemente das singularidades (LORENZETTI, 1998, p.53-55). Esse sujeito se consubstanciava no “senhor da coisa, titular do espaço privado, seus bens e suas relações jurídicas: aquele que contrata, tem patrimônio e contrai ‘justas núpcias’, um ser conceitual, pronto, acabado e com pretensões à perpetuidade” (FACHIN, 2012, p.15).

Em um contexto em que o Direito Privado se estruturava em torno do exercício da liberdade do sujeito sobre sua propriedade, o discurso da igualdade (no âmbito formal) legitimava tal patrimonialismo do espaço privado: o *status* de proprietário em tese estava ao alcance de todos, na medida que todos eram iguais perante a lei (FACHIN, 2015, p.14). O Direito Civil, fundado na tutela da propriedade privada e da autonomia da vontade, deveria se voltar unicamente à proteção do patrimônio (MORAES, 2006, p.234).

Com base na defesa da liberdade, proscrescia-se a intervenção do Estado no exercício dos interesses individuais; dessa forma, legitimava que o titular de direitos os exercesse de forma absoluta (LIMA, 1939, p.200). O valor fundamental era o indivíduo – não em sua dignidade intrínseca à sua natureza humana, mas em relação a determinados atributos: sua capacidade, sua liberdade de escolha e sua assunção de riscos (MORAES, 1999, p.101). A moldura do sistema era o voluntarismo, no sentido da hipotética capacidade desse indivíduo de auto-regulamentar os seus seus próprios interesses (FACHIN, 1992, p.51). A vontade do sujeito era o motor do Direito

Privado; por excelência, as esferas de exercício da autonomia individual eram em especial a propriedade e o contrato (GIORGIANNI, 1999, p.38-39).

Por outro lado, em vez do liberalismo econômico dos campos dos contratos e da propriedade, a moral conservadora prevaleceu em relação à disciplina das relações familiares. Neste contexto, o *Code* deveria preservar um dado modelo de sociedade, evitando a chamada “decomposição social”; para isso, deveria reproduzir os valores familiares considerados tradicionais (RUZYK, 2009, p.173). Ademais, o patrimonialismo era tão intenso na legislação francesa que a própria disciplina do casamento se pautou pela lógica das relações patrimoniais (RUZYK, 2009, p.177). De todo modo, o sujeito de direito, proprietário e um ser autônomo para contratar, era também o “bom pai de família”, a cabeça do casal. Além de ser um sistema fechado, individualista e patrimonialista, o modelo clássico Direito Civil era nitidamente patriarcal.

Diferentemente, na Alemanha, nos primórdios dos anos 1800, não havia unidade política que permitisse uma legislação germânica codificada nos moldes franceses. Desse modo, os juristas germânicos se engajaram em um processo de reconstrução da ciência do Direito, que se pretendia autônoma e sistemático-metódica; a dogmática jurídica deveria ser uma ciência na qual os processos formais de hermenêutica instituísem a sua unidade interna (WIEACKER, 1967, p.419-420). A Escola Histórica se dedicou vigorosamente a construir uma civilística sistemática e formalista, em especial com a teoria metodológica de Savigny (WIEACKER, 1967, p.491). A continuadora dessa missão foi a Escola Pandectista. Baseados na perspectiva do positivismo científico, os pandectistas se voltaram a deduzir e aplicar normas jurídicas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e da doutrina da ciência do Direito, sem recorrer a valores ou objetivos externos como fatores de correção das soluções jurídicas (WIEACKER, 1967, p.492).

Os pensadores da Escola Pandectista buscaram construir uma doutrina jurídica neutra, com pretensões de cientificidade, que também pudesse ser aplicada independentemente do contexto social; um modelo quase matemático da atuação do jurista, em que a construção do Direito se dá com base em silogismos e operações lógicas. Assim, buscando alcançar uma pureza teórica, o pandectismo centralizou seus esforços em tratar formalmente os conceitos clássicos, bem como em descrever com neutralidade os princípios jurídicos (KONDER, 2015, p.196). Pressupunha-se a possibilidade de decidir adequadamente os problemas por meio de operações lógicas. Em razão disso, a Escola Pandectista dava especial importância aos conceitos jurídicos, para além de seu

valor sistemático, pedagógico e semântico: os conceitos deveriam consubstanciar princípios permanentemente válidos, possibilitando dessa forma que sua aplicação lógica conduza, em qualquer contexto, necessariamente a uma decisão correta (WIEACKER, 1967, p.495). Os seguidores da Escola Pandectista então tendiam a desenvolver conceitos com um alto grau de abstração, que supostamente faria o sistema ser científico e liberto de injunções econômicas ou políticas (MORAES, 1999, p.103) Construiu-se assim a abstrata categoria da *relação jurídica*, que ajudou a consolidar o conceitualismo puro e simples que marcou o Direito Civil clássico, centrado em garantias abstratas, teóricas, supostamente neutras (FACHIN, 2015, p.16-17).

Ademais, a Escola Pandectista dedicou-se a analisar a antiga tradição romanista, separando o que estava morto do que ainda estava vivo para definir o que ainda poderia ser transmitido. Isso se fez com base na ordem de valores imposta pelo pensamento liberal (MORAES, 1999, p.102). Assim, os pensadores do pandectismo propunham o caráter sacro da propriedade privada e do poder da vontade do sujeito (PERLINGIERI, 2002, p.58); esforçaram-se, dessa maneira, para levar ao plano jurídico-positivo a ideia de exercício da autonomia individual como centro de gravidade do Direito Privado (GIORGIANNI, 1999, p.39). A tendência pandectista de abstração conceitual levou a extremos a já abstrata noção de sujeito de direito que identificamos no movimento codificador francês. Dessa forma, a dogmática jurídica se referia a um indivíduo abstrato, a quem as normas deveriam se aplicar silogisticamente independentemente do contexto em que se encontrava.

O modelo acima descrito projetou-se em boa medida no Código Civil brasileiro de 1916 (FACHIN, 2015, p.16). Se o Código Civil da Alemanha (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é apontado como sendo *Spätwerk des Liberalismus*, ou seja, produto tardio do liberalismo (GILISSEN, 2003, p.458), a primeira codificação civil do Brasil foi verdadeiramente uma obra do século XIX promulgada em um momento já avançado do século XX². Com seu projeto redigido e apresentado ao Congresso na virada do século, o Código de 1916 efetivamente aspirava a ser a Constituição do homem comum; de acordo com os valores individualistas, patrimonialistas e

2 Em sentido distinto, Otávio Luiz Rodrigues Junior (2013) defende uma revisão da noção que se tem no Brasil de que o BGB tinha natureza liberal, exegética e patrimonialista. O mencionado autor argumenta que a doutrina brasileira foi demasiadamente influenciada pelas críticas de Anton Menger, Enrico Cimbali e Otto von Gierke ao BGB; e que muitas das críticas ao Código Civil germânico tem origem na década de 1940, época em que a percepção que se tinha dos alemães estava contaminada pela rejeição ao nazismo. Por sinal, Rodrigues Junior sustenta ainda que os nazistas tinham ojeriza ao BGB em razão do seu exacerbado individualismo, de suas influências no direito romano e de sua inadequação aos valores da nova Alemanha.

voluntaristas de então, este sujeito – notadamente o contratante e o proprietário³ - apenas se preocupava em “poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais” (TEPEDINO, 2004a, p.02). Conforme veremos abaixo, já havia exigências de solidariedade e proteção dos fracos quando da promulgação do *Codex*; esses ideais, todavia, foram atendidos “em limites demasiado modestos” (NONATO, 1957, v.II, p.368). O legislador colocou em primeiro plano o indivíduo, isoladamente considerado, estatuidando-se um sistema centrado em categorias e abstrações, terreno fértil para o debate estéril (FACHIN, 2012, p.316). Em vez de ser um instrumento de transformação da realidade, o Código foi um vetor de conservação dos então dominantes valores relativos às relações patrimoniais, contratuais e familiares (FACHIN, 2012, p.317). O legislador de 1916, fiel ao paradigma liberal oitocentista, conscientemente procurou reduzir as possibilidades de intervenção judicial (estatal) nos negócios privados; fê-lo suprimindo e mal utilizando os princípios jurídicos, inclusive os da boa-fé objetiva e da equidade (LÔBO, 2008, p.24); não se falava em revisão contratual por onerosidade excessiva resultante da modificação das circunstâncias existentes quando da contratação. Por outro lado, em questões de Direito de Família, o Código preservou a essência do Direito Canônico e conservou em vez de romper com a tradição católica, a despeito da então recente separação entre Estado e Igreja (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p.91).

Ocorre que já no começo do século XX o sistema fechado idealizado pelos privatistas do século XIX passou a se mostrar insustentável. A aplicação acrítica da igualdade formal, por não corrigir as desigualdades sociais e econômicas existentes na realidade, criou um abismo profundo entre os sujeitos; o egoísmo humano encontrou, assim, amparo no próprio Direito para a exploração do mais fraco social e economicamente (LIMA, 1939, p.202). A postura estatal de se manter neutro e estático diante das desigualdades fáticas concorreu para a acentuação da concentração de poder econômico e para o aumento do desnível social (RAMOS, 1998, p.06). Nesse contexto, o progressivo aviltamento do indivíduo (GIORGIANNI, 1999, p.42) ser legitimado pelo Direito Privado revelava-se uma contradição no objeto, já que as normas civilistas deveriam justamente tutelar esse indivíduo.

O modelo oitocentista revelou-se totalmente anacrônico para as demandas do século XX, decorrentes dos fatores acima mencionados, agravados pela industrialização e pela crescente

3 E acrescentamos: o bom pai de família.

urbanização de uma sociedade historicamente majoritariamente rural. Já nas primeiras décadas dos anos 1900, passou-se a reconhecer a insuficiência da tutela da autonomia da vontade, em especial em sociedades marcadas pela desigualdade; e que uma hermenêutica jurídica neutra e mecânica, baseada em meras subsunções do fato concreto ao texto legal, na verdade encobre escolhas valorativas (MORAES, 2008, p.39). A aparente neutralidade valorativa na realidade é a sombra atrás da qual se esconde o caráter estático e estável dos valores que constituem o *status quo* (PERLINGIERI, 2008a, p.89). A noção de sistema de Direito Civil desenvolvida no século XIX claramente consubstanciava interesses econômicos da burguesia em detrimento de classes economicamente mais fracas; e a função e a atuação dos juristas, nesse modelo, se deram em atendimento aos interesses dos detentores do poder econômico (RAMOS, 1985, p.278). O individualismo e o absentéismo estatal, defendidos na ideologia liberal, passaram a ser questionados por diferentes correntes filosóficas, pavimentando-se assim a transição do Estado Liberal para o Estado Social (SARMENTO, 2008, p.16-17). Entrou-se então em uma segunda fase da *summa divisio* do ordenamento, ocorrendo a chamada publicização do Direito Privado: “em nome da solidariedade social e da função social, o Estado passa a intervir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública, que se destinam sobretudo à proteção da parte mais fraca da relação jurídica” (BARROSO, 2008, p.257). Fala-se em “fase do dirigismo contratual”, marcada pelo intervencionismo estatal voltado a proteger as partes mais fracas das relações jurídicas – algo impensável para o liberalismo dominante até então. Desse modo, ampliaram-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade em prol dos interesses da coletividade; para além de meramente reconhecer a igualdade formal dos indivíduos, o Estado passou a assumir o papel de efetivamente promover esta igualdade no plano dos fatos (SARMENTO, 2008, p.19). Inicia-se assim uma mudança de perfil dos institutos fundamentais do Direito Civil, que passam por uma “socialização” ou “publicização”, com a atribuição (inicialmente em especial à propriedade) de uma dimensão funcional (RUZYK, 2009, p.181).

Gustavo Tepedino (2004a, p.04-07) demonstrou como o crescente intervencionismo estatal provocou uma alteração profunda no papel sistemático do Código Civil e, portanto, na própria dogmática civilista. A tentativa do Estado de reequilibrar o quadro social se fez por meio da edição de leis extracodificadas, que contrariavam de maneira excepcional os ideais do Código. Por sua vez, este ainda pretendia manter sua aparência de completude e exclusividade no que dizia respeito às relações privadas. Ocorre que já nos anos 1930 havia um robusto contingente de leis fora do

Código. Consequentemente, a disciplina codificada deixou de ser vista como exclusiva e passou a ser entendida como o direito comum aplicável às situações gerais; paralelamente, a legislação extravagante se aplicava aos casos especiais. A visão totalizadora de centralidade do Código perdeu prestígio, na medida em que a codificação divide espaço com outros códigos, com microssistemas decorrentes das leis extravagantes, e mesmo de subsistemas (LORENZETTI, 1998, p.45). Ao mesmo tempo, verificou-se a introdução, nas Constituições, de princípios e normas demarcadores dos limites da autonomia individual, da propriedade e da atividade econômica privada de modo geral. Por exemplo, como bem apontou Clóvis do Couto e Silva (1988, p.172), já em 1919 a Constituição de Weimar foi editada trazendo o princípio *Eigentum verpflichtet*, “a propriedade obriga”. Em resumo, a codificação deixou de ser a fonte exclusiva dentro do sistema de Direito Privado, ao mesmo tempo em que o Direito Público passou a interferir nas relações privadas para promover interesses da coletividade. Desse modo, o Código Civil perdeu definitivamente o seu papel de Constituição do Direito Privado.

O Brasil passou a ter constituições mais preocupadas com o aspecto social a partir de 1934. Entretanto, por muito tempo isso não se refletiu intensamente no Direito Civil brasileiro, que permaneceu fortemente marcado pelo individualismo liberal e, portanto, alheio às mudanças constitucionais. Os civilistas permaneceram fieis ao sistema fechado e centralizado no Código, paralelo à Constituição (LÔBO, 2008, p.24). Vejamos um caso para ilustrar esse alheamento: já em 1935 Clóvis Beviláqua (2015) fez interessantes reflexões a respeito do Código de 1916 à luz da Constituição de 1934. Por exemplo, ele defendeu que, apesar de a legislação civil prever a maioridade aos 21 anos, os maiores de 18 já poderiam gerir os próprios negócios, na medida em que o texto constitucional lhes reconhecia a maioridade política. Tais argumentos encontraram na dogmática privatista um ambiente inóspito e não prosperaram: a maioridade civil só foi reduzida com a promulgação do Código de 2002.

De todo modo, a supramencionada ampliação das matérias introduzidas nas Constituições não bastou, em um primeiro momento, para que o texto constitucional efetivamente tomasse, no tocante ao Direito Privado, a posição central antes ocupada pelo Código Civil. Isso porque apenas as normas constitucionais clássicas – aquelas que organizavam o Estado e definiam direitos individuais e políticos – tinham seu caráter preceptivo reconhecido. Por outro lado, as demais normas da Constituição eram vistas como meros programas políticos desvestidos de eficácia

jurídica imediata, dependendo sempre de atuação do legislador para terem seus efeitos produzidos (SARMENTO, 2008, p.49).

Com o advento do neoconstitucionalismo, o cenário acima descrito sofreu transformações profundas. Na segunda metade do século XX, em especial na esteira do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversas mudanças no pensamento jurídico ocidental. Houve uma aproximação das ideias de Constituição e democracia; filosoficamente, passou-se a buscar uma confluência entre jusnaturalismo e juspositivismo, naquilo que se batizou de pós-positivismo⁴; ademais, reconheceu-se a força normativa da constituição, com consequências para a interpretação constitucional (BARROSO, 2008, p.238-241).

Tradicionalmente, o modelo europeu enxergava a Constituição como um documento meramente político que consubstanciava apenas um convite à atuação dos poderes públicos. Essa ideia de documento meramente político foi superada pelo reconhecimento de que as normas constitucionais têm força normativa, ou seja, verdadeiro *status* de normas jurídicas dotadas de imperatividade. Uma das principais consequências decorrentes dessa evolução da doutrina constitucional é o fenômeno da “constitucionalização do Direito”: o conteúdo material e axiológico da Constituição se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, bem como repercutindo na atuação dos três poderes e dos particulares (BARROSO, 2015, p.391). Isso significa reconhecer à Constituição não apenas a supremacia formal da qual sempre desfrutou, mas também uma supremacia material, substancial, na medida em que os seus princípios se irradiam com força normativa por todo o ordenamento (BARROSO, 2008, p.253). Aqui usamos a noção de supremacia constitucional de José Afonso da Silva (2017, p.47), no sentido de reconhecer que a Constituição se encontra “no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. Sendo a Constituição o centro do ordenamento jurídico, este deve ser lido e apreendido sob a ótica dos valores constitucionais – uma verdadeira “filtragem constitucional” (BARROSO, 2008, p.254). Consequentemente, deve-se observar não apenas os procedimentos que a Constituição determina

4 Aqui adotamos pós-positivismo no sentido de superação do positivismo jurídico formalista avesso à dimensão valorativa do Direito, em um contexto em que as fronteiras entre Moral e Direito voltam a se aproximar por intermédio dos princípios jurídicos (SARLET, 2008, p.299).

para a elaboração da legislação infraconstitucional, mas também que o conteúdo dessa legislação atenda aos valores presentes na própria Constituição (PERLINGIERI, 2002, p.10).

Dessa maneira, o fenômeno da constitucionalização do direito guarda íntima relação com a doutrina a respeito da dimensão normativa das normas constitucionais de caráter principiológico, que se irradiam impondo uma interpretação de todo o ordenamento à luz dos valores e direitos fundamentais (SARLET, 2008, p.306). Segundo o pensamento até então dominante, os princípios proclamados no texto constitucional se dirigiam aos Poderes Executivo e Legislativo, mas não ao juiz nem ao cidadão; seu conteúdo era exclusivamente moral, sem eficácia jurídica (SARMENTO, 2008, p.50). A franca aplicabilidade das normas instituidoras de princípios encontrou particular resistência nos sistemas de origem romano-germânica (como o Brasil), que sempre privilegiaram a legalidade estrita e a hermenêutica simplificada de subsunção dos fatos à norma posta (LÔBO, 2008, p.24). Todavia, em razão do trabalho de pensadores como Vezio Crisafulli (1952, p.37), os juristas passaram a compreender que, do ponto de vista do conteúdo normativo, não há qualquer diferença substancial entre os princípios constitucionais e as demais disposições da Constituição.

Já mencionamos que, desde o aumento substancial da legislação extracodificada, o Código Civil perdeu sua posição de exclusividade e, conseqüentemente, o papel de centro unificador do Direito Privado. Chegou-se a se teorizar a ideia de um polissistema composto por diversos estatutos – aquilo que Natalino Irti (1979) chamou de *L'età della Decodificazione*. Ocorre que a ausência de uma unidade sistemática é algo problemático, na medida em que haveria uma grave fragmentação do ordenamento em diversos microordenamentos e microssistemas (PERLINGIERI, 2008a, p.186). Em tal cenário, coexistiriam “universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão” (TEPEDINO, 2004a, p.12). A unidade do sistema jurídico é algo desejável, portanto. Em um paradigma neoconstitucional, a supremacia formal e material da Constituição permite que ela ocupe essa posição de centro unificador do ordenamento jurídico como um todo – não apenas do Direito Público, mas também do Direito Privado. O texto constitucional assume o papel de parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa (PERLINGIERI, 2002, p.25) Neste sentido, conforme apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1991), o centro das relações particulares “foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia

das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”.

O marco histórico inicial da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha sob o regime da Lei Fundamental de 1949. Ali, o *Bundesverfassungsgericht* – o Tribunal Constitucional Federal alemão – começou a reconhecer nos direitos fundamentais não apenas uma dimensão subjetiva (de proteção dos indivíduos), mas também a função de instruir uma ordem valorativa objetiva em razão do interesse geral da sociedade na satisfação de tais valores. Assim, a Corte alemã passou a compreender que as normas constitucionais não apenas vinculam os poderes do Estado, mas também condicionam a interpretação de todos os ramos do direito (Público e também o Privado); dessa maneira, passou a invalidar dispositivos do BGB, a impor a interpretação das leis civis de acordo com a Constituição e até a determinar a elaboração de nova legislação (BARROSO, 2008, p.247-248). Semelhantemente à experiência alemã, na Itália o processo de constitucionalização do Direito se iniciou na década de 1960 e se consolidou na década de 1970. Apesar das resistências, a Corte Constitucional passou a aplicar diretamente as normas de direitos fundamentais, manifestando-se em decisões de inconstitucionalidade, em uma nova hermenêutica da legislação infraconstitucional e em convocações à atuação legislativa (BARROSO, 2008, p.248-249).

A compreensão da força normativa da Constituição se iniciou verdadeiramente no Brasil somente a partir da segunda metade da década de 1980, com a redemocratização do país; a nova percepção do Direito Constitucional se deu no contexto de travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2008, p.239). O clima de engajamento político que marcou a redemocratização brasileira, em especial no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, influenciou intensamente toda a ciência do Direito, inclusive a metodologia do Direito Privado (TEPEDINO, 2008a, p.356). A Constituição Federal de 1988 marcou o reencontro do brasileiro com a democracia; além disso, pretende ser o signo de uma era marcada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático, tendo como princípio mais relevante a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.84-86).

Neste sentido, na esteira do neoconstitucionalismo, a dignidade do ser humano é compreendida como uma supernorma em torno da qual o ordenamento jurídico deve ser reconstruído (RODOTÀ, 2013, p.13). Chega-se a falar em uma “revolução da dignidade”, como

sinal de que dignidade humana é um dos fundamentos da democracia (RODOTÀ, 2013, p.05). A pessoa humana (com a sua inerente dignidade) torna-se o centro do ordenamento jurídico; isso provocou mudanças, do ponto de vista axiológico, nas normas e institutos jurídicos, em uma verdadeira “revolução copernicana” (PERLINGIERI, 2008a, p.75). A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil brasileiro uma mudança de rumo: a substituição do patrimonialismo oitocentista pelo privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concretamente considerada (FACHIN, 2015, p.59)⁵.

Luiz Edson Fachin (2015, p.08) identificou na constitucionalização do Direito Privado, em sentido amplo, um tríplice sentido: formal, substancial e prospectivo. Estes três diferentes aspectos compõem a “tríplice base de sustentação da hermenêutica contemporânea do Direito Civil” (FACHIN, 2015, p.180-181). A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como discutiremos acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de Direito Privado. A dimensão prospectiva se funda na constante reconstrução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p.86).

A dimensão formal da constitucionalização do Direito Civil se verifica, em primeiro lugar, pela inserção de diversos institutos tradicionalmente de Direito Privado no âmbito do texto constitucional positivo⁶. Dessa forma, já no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 temos referência ao direito fundamental à propriedade (assim como nos incisos XXII e seguintes). Direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) são expressamente mencionados no artigo 5º, X. Até mesmo a criação e a dissolução de associações são matérias constitucionais (artigo 5º, XVIII e XIX). A família também foi tratada pela Constituição (artigo 226). Para finalizar nossos exemplos, não podemos deixar de mencionar aquele que, por óbvio,

5 No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (2008b, p.05). Voltaremos a este tema com maior profundidade na seção 4.1.2.

6 O que não é, de maneira alguma, uma inovação da Constituição de 1988. De todo modo, reiteramos a ressalva feita por Luis Roberto Barroso (2008, p.252), no sentido de que embora “o fenômeno da constitucionalização do direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas”.

guarda toda a conexão com a presente Tese: o direito à herança integra o texto positivo constitucional (artigo 5º, XXX).

Em relação ao texto infraconstitucional positivado, a Constituição de 1988, quando promulgada, encontrou vigente o Código Civil de 1916. Conforme vimos, este diploma legislativo foi gestado na virada do século XIX para o XX. Apesar de ter sofrido diversas reformas ao longo do século XX, a estrutura ideológica do Código de 1916 ainda correspondia ao modelo liberal oitocentista, o que o tornava anacrônico e insuficiente para realização dos projetos constitucionais. A edição de uma nova legislação civil, adaptada ao novo paradigma constitucional, fez-se imperiosa. Em 2002, foi promulgado o novo Código Civil, com pretensão de atender no plano legislativo às expectativas do movimento de constitucionalização do Direito Civil. Apesar dos avanços efetivamente verificados, a nova codificação em diversos aspectos frustrou a efetiva constitucionalização das relações privadas, sendo inclusive considerado um “duro golpe na recente experiência constitucional brasileira” (TEPEDINO, 2001b), como veremos de forma mais aprofundada e crítica na seção seguinte.

Em relação às dimensões substancial e prospectiva da constitucionalização do Direito Privado, consideramos que elas são identificadas com a metodologia do Direito Civil-Constitucional, o que por sua vez representa o contemporâneo ocaso da chamada “teoria clássica do Direito Civil”.

Verificamos anteriormente que o centro de gravidade do Direito Civil deixou de ser o Código e passou a ser o texto constitucional – que goza de supremacia formal e material sobre todo o sistema, inclusive sobre as relações privadas. A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o Direito Privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Percebemos, assim, que o modelo de Direito Civil proposto pela teoria dita “tradicional” é formalmente incompatível com os novos postulados advindos do neoconstitucionalismo, não havendo mais espaço para um Direito Privado autossuficiente e isolado da esfera pública (RAIZER, 1979, p.18)⁷. Afinal, na sociedade contemporânea, é difícil, senão impossível, identificar “um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público” (PERLINGIERI, 2008a, p.144). Por outro lado, o modelo

7 Veja-se também Luiz Edson Fachin (2015, p.62).

clássico também é materialmente incompatível com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento. Conforme mencionamos, o valor-base do novo paradigma constitucional é a dignidade do ser humano. Da mesma forma, a sociedade passa a ser fundada também nos valores da justiça social e da solidariedade (LÔBO, 2008, p.20). Enquanto isso, o modelo civilista liberal, base da “teoria clássica”, é substancialmente marcado por promover a igualdade meramente formal (e despreocupada em produzir justiça social), o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo. Dessa maneira, devemos reconhecer que a “teoria tradicional do Direito Civil” não tem como desempenhar satisfatoriamente um papel metodológico em um ordenamento constitucionalizado, motivo pelo qual foi substituída pela metodologia Civil-Constitucional.

O Direito Civil-Constitucional nada mais é do que a metodologia do movimento de constitucionalização do Direito, acima descrito, aplicada ao Direito Civil. Sua proposta consiste na releitura e na reconstrução constantes do Direito Privado à luz dos valores constitucionais, partindo da premissa fundamental de superioridade normativa da Constituição; assim, não apenas as normas ordinárias de Direito Civil são interpretadas conforme o texto constitucional, mas também este pode e deve ser aplicado às relações entre particulares (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.9-11)⁸. Neste contexto, com base na doutrina de Pietro Perlingieri (2008b, p.01), podemos identificar como pressupostos teóricos fundamentais desta metodologia: a força normativa da Constituição, sobre a qual discorreremos acima; unidade e complexidade do ordenamento jurídico, a respeito de que também já discutimos; e uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos. Ademais, observamos como características essenciais desta metodologia a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação jurídica; e a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura (MORAES, 2008, p.30).

O Direito Civil-Constitucional também se posiciona contrariamente à abordagem estruturalista, que se dedica a compreender “como o direito é”. Adota-se, assim, uma perspectiva funcionalista, buscando-se analisar “para que o direito serve” (BOBBIO, 2007, p.53). Reconhece-se que o Direito pode exercer duas funções: conservar as situações presentes; ou transformar o existente, modificando a realidade (PERLINGIERI, 2008a, p.171). A nova ordem constitucional fez uma opção pela segunda função, estabelecendo valores que fixam um projeto de sociedade que

8 No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (2002, p.58) aduz que “a tarefa da atual metodologia consiste, portanto, na elaboração de um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente”.

deve ser perseguido e promovido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, os institutos jurídicos (como, por exemplo, propriedade, contrato e empresa) têm seu fundamento e razão de ser redefinidos, para se harmonizarem com a tábua axiológica constitucional (PERLINGIERI, 2008b, p.08); passam, assim, a ter a função de promover o projeto e os valores estampados na Constituição Federal, e a estar sujeitos a controle de merecimento em relação ao cumprimento ou não de sua respectiva função promocional (MONTEIRO FILHO, 2008, p.265).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não se contenta em estabelecer as regras do jogo democrático; ela também determina as condições necessárias para tornar a democracia possível, bem como consagra diversos valores substantivos (SARMENTO, 2006, p.11). Entre tais valores, a dignidade do ser humano tem posição de destaque – a ponto de ser alçada a fundamento da República. Também a solidariedade social e a justiça substancial são priorizadas, considerados objetivos fundamentais da República. Reconhecer a força normativa e a supremacia dos referidos valores constitucionais, no âmbito do Direito Civil-Constitucional, significa dizer que os institutos tradicionais de Direito Privado devem passar pelo processo de “filtragem constitucional” para se tornarem adequados à realização do projeto constitucional de promoção da pessoa humana. Conseqüentemente, com esta metodologia o Direito Civil se transforma, passando a regular a vida privada para melhor tutelar a dignidade humana e melhor desenvolver a sua personalidade (MORAES, 1991).

Fala-se em uma “despatrimonialização do Direito Privado”, no sentido de que os institutos privados clássicos (como propriedade, contrato e empresa) não mais são protegidos como bens em si mesmos, mas enquanto direcionados à promoção dos valores constantes nas normas constitucionais, em especial aqueles que promovem a dignidade do ser humano (MORAES, 1991). Distinguem-se interesses existenciais e patrimoniais, funcionalizando-se estes em relação àqueles (TEPEDINO, 2008a, p.365). Rompe-se com os esquemas e conceitos individualistas clássicos da “teoria tradicional”, de forma a atender as exigências constitucionais de socialidade e solidariedade (PERLINGIERI, 2002, p.208). Do mesmo modo, o controle de merecimento diante da Constituição também compreende os atos de autonomia individual: “a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana” (PERLINGIERI, 2008b, p.03).

A metodologia civil-constitucional rompe com o modelo clássico de interpretação formalística baseado na operação lógico-formal de subsunção do fato concreto à norma. A solução do problema concreto se dá de forma sistemática, ou seja, interpretando-se em unidade o ordenamento jurídico, atentando-se para critérios hermenêuticos inovadores, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação (PERLINGIERI, 2008b, p.03-04). O que se busca é a substituição do tecnicismo e do positivismo legislativo clássicos pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal (PERLINGIERI, 2008a, p.54). Portanto, o intérprete não está aprisionado na literalidade da lei, mas também pode exercer um papel criativo para promover os valores constitucionais; esta atividade importa o reconhecimento da relatividade e da historicidade dos institutos jurídicos (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.14).

Nesse sentido, dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito Civil nos leva ainda a olhar de forma crítica e construtiva para os conceitos clássicos de sujeito e relação jurídica (FACHIN, 2012, p.01). Utilizamos para isso a Teoria Crítica do Direito Civil, combatendo os reducionismos e as excessivas abstrações, de forma a permitir que o Direito Civil contemporâneo “não seja mero alinhamento com estruturas arcaicas retocadas, contidas em códigos de antemão determinados, de tipo conceitual, geral e abstrato” (FACHIN, 2012, p.37). A teoria tradicional do Direito Civil, com sua pretensão de cientificidade, neutralidade e universalidade espaço-temporal, acabou por se distanciar da realidade social. Criaram-se categorias jurídicas congruentes com determinado momento histórico, mas colocadas para valerem perpetuamente; naturalmente, com a mudança do contexto, os fatos passam a se chocar com os conceitos (FACHIN, 2012, p.67). É necessário fazer uma releitura dos conceitos tradicionais para evitar um divórcio entre direito imposto e realidade (RAMOS, 1996, p.150). Não estamos falando em abandono das categorias históricas fundamentais do Direito Civil, mas sim da ressignificação e releitura dessas categorias para atender a uma sociedade em mudanças (LÔBO, 2014a, p.20). Existe uma dupla asserção na releitura das categorias à luz da Constituição. Em primeiro lugar, a normativa constitucional é tida como regra hermenêutica. Para além disso, o texto constitucional é tido como norma de comportamento, incidindo sobre o conteúdo das situações subjetivas, funcionalizando-as aos valores constitucionais. Isso significa redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, destacando os seus perfis funcionais, revitalizando cada um deles à luz dos valores constitucionais (PERLINGIERI, 2008a, p.590-591).

2.2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: A “PRESENTIFICAÇÃO DO PRETÉRITO”⁹

A Constituição Federal de 1988, ao entrar em vigor, trouxe novos fundamentos para o ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana, o solidarismo, o pluralismo. Todo o sistema jurídico sofreu os efeitos irradiantes do novo texto constitucional. A legislação infraconstitucional passou a dever obediência ao projeto constitucional de promoção da dignidade humana, de valores existenciais, da solidariedade e do pluralismo. Aquelas normas incompatíveis substancialmente incompatíveis com a tábua axiológica da Constituição foram revogadas, porque não recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional.

Em 1988, ainda vigorava o Código Civil de 1916. Este diploma, conforme já aduzimos na seção anterior, foi gestado na virada do século XIX para o XX, sendo profundamente influenciado pelos valores dominantes na Europa do começo dos anos 1800, bem como pela abstração das categorias jurídicas desenvolvidas pela doutrina germânica do século XIX. O individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo exacerbado que moldaram o antigo *Codex* se revelaram inadequados ao novo sistema constitucional. Além disso, já havia demanda por um novo Código que atendesse às demandas de um Brasil urbanizado e industrializado – afinal, o anterior correspondia aos anseios de uma sociedade predominantemente rural.

Mais de uma década após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em 10 de janeiro de 2002 foi promulgada a lei 10.406, estabelecendo para o Brasil um novo Código Civil. Ocorre que este novo Código Civil nasceu duplamente velho. Em primeiro lugar, velho cronologicamente por ter tido origem em um projeto apresentado na década de 1970. Em segundo lugar, velho axiologicamente por não corresponder ao pensamento jurídico e aos valores predominantes no começo do século XXI – a ponto de, em pleno contexto de neoconstitucionalismo e superação da *summa divisio* do ordenamento jurídico, o responsável por coordenar os trabalhos de elaboração do anteprojeto da nova codificação ainda se referir a ela como “a Constituição do homem comum” (REALE, 2011, p.1169).

Conforme relatado por José Carlos Moreira Alves (1993, p.232-234), em maio de 1969, o então Ministro da Justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva, designou uma Comissão, supervisionada

⁹ Usamos aqui a expressão cunhada por Luiz Edson Fachin (2015, p.75).

pelo professor Miguel Reale, com o objetivo de elaborar um novo anteprojeto de Código Civil. Os membros selecionados para tal projeto foram o próprio Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Agostinho de Arruda Alvim, Ebert Vianna Chamoun, Torquato Castro e Sylvio Marcondes. Cada um deles ficou responsável, respectivamente, pela parte geral e pelos livros de Direito de Família, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito das Sucessões e Direito das Sociedades. Em 1971, a Comissão entregou ao novo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, o anteprojeto elaborado, que foi publicado em 1972 no Diário Oficial da União para receber críticas e sugestões. Nos anos seguintes, a Comissão fez revisões e modificações. Em 1975, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto da nova codificação civil.

Nossa crítica à velhice cronológica do Código de 2002 decorre de ele ter sido promulgado com base no aproveitamento de um projeto apresentado mais de um quarto de século antes. Ainda que no começo dos anos 2000 os valores jurídicos tivessem permanecido os mesmos da década de 1970 (o que não foi o caso), as inovações tecnológicas, políticas e culturais fizeram surgir ou potencializaram demandas de atuação do direito que, por inexistentes ou pouco expressivas, não foram adequadamente tratadas no projeto¹⁰. Marcado pelo descompasso entre a lei e a realidade social, o Código já nasceu obsoleto (TEPEDINO, 2001b).

Relacionada à velhice cronológica está a velhice ideológica do Código de 2002: nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo (1999, p.10), “um exemplo do paradigma ultrapassado”. O problema não é apenas a Comissão ter sistematizado o pensamento dominante na década de 1970. Para além disso, o que é mais grave, chama a nossa atenção o fato de que a iniciativa governamental para elaboração de uma nova codificação civil se deu no ápice do governo ditatorial militar – lembremos que o Ato Institucional número 5 havia sido editado poucos meses antes, em dezembro de 1968. Não se pode imaginar, portanto, que o anteprojeto de Código apresentado pela Comissão Reale tenha sido efetivamente pautado pelos valores da dignidade humana e da solidariedade social. Com o institucionalismo histórico, ramo da Ciência Política, aprendemos que as escolhas feitas quando uma instituição está sendo formada vão profundamente influenciar, de forma

10 Sobre a ausência de matérias relevantes no anteprojeto de Código, José Carlos Moreira Alves (1999), membro da Comissão coordenada por Miguel Reale, aduziu que a missão que lhes foi dada não era inovar por inovar, mas apenas integrar ao *Codex* os institutos que já tivessem estratificação suficiente; por essa razão, ficaram de fora tópicos que, em matéria legislativa, situam-se em terreno experimental.

contínua, o futuro dessa instituição¹¹. O autoritarismo e o atraso do cenário político certamente entranharam a elaboração do anteprojeto de Código.

Ademais, em relação ao seu conteúdo, o projeto de novo Código nada tinha de revolucionário, ou seja, não havia uma evidente pretensão de romper com as estruturas fundantes do *Codex* de 1916. Pelo contrário, a diretriz dada à Comissão foi no sentido de conservar e preservar a codificação então vigente sempre que possível, “em razão dos seus méritos intrínsecos e do amplo acervo de doutrina e jurisprudência” (REALE, 2011, p.1171)¹². Como bem acentuou Gustavo Tepedino (2001a, p. 07), o projeto de novo Código focou em corrigir as imperfeições do anterior, reproduzindo as mesmas técnicas legislativas do início do século XX – que, acrescentemos, já reproduziam as técnicas legislativas europeias do começo do século XIX. Dessa forma, concordamos com a conclusão de Eduardo Tomasevicius Filho (2016, p.96), no sentido de que, sem ter havido modificação estrutural das matérias nem mesmo alterações redacionais (inclusive com repetição *ipsis litteris* de dispositivos), o Código de 2002 é uma atualização da codificação de 1916¹³. Do mesmo modo, aderimos ao pensamento de Luiz Edson Fachin (2015, p.75), segundo o qual o Código de 2002 “se alinha, em boa parte, com a presentificação do pretérito e sem grandes contributos à realidade efetiva do programa constitucional”. Por sinal, é sintomático disso o fato de Miguel Reale (2001) afirmar que a Constituição de 1988 “não fez senão confirmar o ‘sentido social’ que presidiu a feitura do projeto, pouco ou nada havendo a modificar”, com exceção do Direito de Família.

A promoção dos valores estampados na Constituição Federal de 1988 exigia o rompimento definitivo com o individualismo, o patrimonialismo, o voluntarismo, a neutralidade axiológica, as

11 “The basic, and deceptively simple, idea is that the policy choices made when an institution is being formed, or when a policy is initiated, will have a continuing and largely determinate influence over the policy far into the future” (PETERS, 2005, p.70).

12 A tendência de preservação do passado é também confessada por Moreira Alves (1973, p.8), que reconheceu que a Comissão elaboradora do Anteprojeto de Código efetivamente tomou a decisão de conservar modelos jurídicos que muitos consideravam elimináveis por conta do seu desuso – o mencionado autor dá como exemplos o Direito de Uso, o Direito de Habitação e a Retrovenda. Além disso, na Exposição de Motivos do Novo Código Civil (BRASIL, 2005), consta que “ao contrário do que poderia parecer, a um juízo superficial, o Código de 1916, não obstante ter mais de meio século de vigência, conserva intactas, no fundo e na forma, soluções dotadas de vitalidade atual”.

13 Para Tomasevicius Filho (2016, p.96), a referida atualização do Código anterior “se deu com a recepção, no Código Civil de 2002, da disciplina jurídica dos direitos da personalidade, a indenização por danos morais de forma ampla, a inserção de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva baseada no risco e outra sobre abuso do direito, o ajuste das regras sobre prescrição e decadência, a possibilidade de revisão contratual em caso de onerosidade excessiva, a harmonização das hipóteses de usucapião com a Constituição Federal, a recepção do compromisso de compra e venda e da alienação fiduciária em garantia como direitos reais e a filiação decorrente da reprodução humana assistida, tudo em adição ao texto-base do Código Civil de 1916”.

abstrações da “teoria tradicional” do Direito Civil. Não foi isso que aconteceu. O novo Código Civil “nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem” (FARIAS, 2011). Como bem ressaltou Luiz Edson Fachin (2015, p.75-77), não podemos dizer que o novo Código é um extraordinário instrumento de realização constitucional: trata-se de uma resposta legislativa anterior e paralela à Constituição, cujo ideário foi moldado sob outra ordem, sem que o projeto tenha dialogado efetivamente com o novo programa constitucional.

O Código Civil de 2002 em vários campos “mais reproduz o pretérito e menos transforma o presente” (FACHIN, 2012, p.24). A codificação, apesar de editada no início do século XXI, foi assentada em um projeto que sistematizava o pensamento jurídico da década de 1970 e que conservava diretrizes coerentes com o liberalismo, o individualismo, o patrimonialismo, e com a abstração de um “sujeito codificado”, aquele “que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte” (FACHIN, 2012, p.34).

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 (FACHIN, 2012, p.29). A codificação continua com a pretensão de ser a biografia jurídica, com aspirações de completude, de um sujeito codificado e imaterial; abstração excessiva esta que diverge da real composição do indivíduo na sociedade (FACHIN, 2012, p.34-35).

Anderson Schreiber (2013, p.18) ressalta que a aparência de novidade legislativa não pode nos iludir, na medida em que o Código de 2002 oculta a ideologia do passado. Por essa razão, o mencionado autor afirma que “mais do que nunca, impõe-se a releitura do Direito Civil à luz da Constituição”. O novo Código é um desafio à metodologia civil-constitucional, pois consagrou diversos entendimentos que se opõem ao movimento de personalização do Direito Privado; por isso, talvez ainda mais firmemente do que antes, faz-se necessário “persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição” (MORAES, 2006, p.236).

Veremos na próxima seção que o atraso positivado no Código se reflete de maneira particularmente intensa no Livro V, do Direito das Sucessões. Isso exige um intenso esforço doutrinário para, com o uso da metodologia civil-constitucional, suprir as deficiências do direito positivo para orientar o fenômeno hereditário em direção à realização do projeto e dos valores estampado na Constituição Federal.

2.3 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO DE 2002: A PERMANÊNCIA DO MODELO OITOCENTISTA

Anton Menger (1908, p.05-06) afirmou que, enquanto o direito de propriedade regula o presente, o direito hereditário regula o porvir da estrutura social. Segundo o jurista austríaco, quem dispõe do Direito das Sucessões dispõe da estrutura social da geração futura; por essa razão, os elementos aristocráticos de todas as nações sempre trataram de moldar o fenômeno hereditário de modo a servir à conservação do seu próprio domínio.

Dalmo Dallari (1993, p.421) afirmou que mesmo na nova ordem constitucional brasileira há a permanência parcial, com caráter negativo, de uma herança colonial em que ainda dominam elites conservadoras e reacionárias. Acreditamos que isso é particularmente verdade em relação ao direito sucessório. O Livro de Direito das Sucessões do Código Civil de 1916 era conservador e formal, tendo sido influenciado pelo direito português e, em especial, pelo direito francês (MARQUES, 2011, p.928). Mesmo com a disseminação acadêmica da metodologia civil-constitucional e com o advento do novo Código Civil, o fenômeno hereditário positivado se manteve estruturalmente e ideologicamente preso ao passado. Houve poucas alterações legislativas significativas, e as que houve têm se mostrado insuficientes para romper com o modelo sucessório oitocentista.

Há referência doutrinária histórica ao caráter tradicional e conservador, avesso a mudanças e alterações, do direito sucessório (ALMEIDA, 1915, p.03). Jens Beckert (2007, p.110) notou que as leis sucessórias tendem a se manter estáveis por um longo prazo, ainda que haja alternativas economicamente mais eficientes ou politicamente mais eficazes – fenômeno denominado *longue durée* do Direito das Sucessões. Beckert estudou o sistema hereditário na Alemanha, na França e nos Estados Unidos. Ele observou que nos três países a estrutura sucessória básica se formou na

virada do século XVIII para o século XIX e desde então se manteve estável, com relativamente poucas mudanças, mesmo tendo convivido com mudanças drásticas de sistemas políticos, trocas de poder entre grupos políticos e transformações radicais na economia (BECKERT, 2007, p.83).

Ainda no século XIX, o escritor francês Alexis de Tocqueville (2005, p.57) afirmou que o “legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa durante séculos: dado o movimento à sua obra, ele pode retirar dela sua mão, a máquina age por suas próprias forças e se dirige como por si só para um objetivo indicado de antemão”. No Brasil, aparentemente levamos a sério demais a primeira parte dessas palavras. A impressão que temos é que temos experimentado um repouso legislativo (verdadeira inércia) em matéria hereditária e, assim, perdemos a oportunidade de reestruturar a disciplina normativa do fenômeno sucessório. Discordamos, portanto, de Paulo Lôbo (2014b, p.41), que com otimismo enxerga no Código de 2002 uma conformação das sucessões aos valores e princípios constitucionais. Pelo contrário, acreditamos que o legislador pouca coisa fez para efetivamente refletir a eficácia das normas constitucionais no fenômeno sucessório. As modificações ocorridas na disciplina da sucessão *causa mortis* não passaram de, como alertou Luiz Edson Fachin (2012, p.22) “apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas”, não tendo havido uma verdadeira e profunda renovação interna.

2.3.1 A repetição do passado, as inovações insuficientes e o descaso legislativo

O Código de 2002 pouco inovou em matéria sucessória em relação ao Código de 1916. Já na Exposição de Motivos (BRASIL, 2005) encontramos uma evidência disso. A apresentação das novidades em relação ao fenômeno hereditário foi feita em menos de 2 páginas, tendo uma extensão menor do que a destinada a qualquer dos outros livros do Código. Similarmente, uma análise do quadro comparativo entre as codificações revela que a atual em muitas passagens é pouco mais do que uma cópia da anterior: muitos dos atuais dispositivos são mera repetição *ipsis litteris* de normas do Código de 1916¹⁴; muitos outros dispositivos possuem apenas diferenças redacionais motivadas

14 A título meramente ilustrativo, os artigos 1576, 1588, 1589, 1613, 1630, 1594, 1621, 1728, 1746, 1731, 1739 do Código de 1916 são inteiramente repetidos, respectivamente, nos artigos 1789, 1811, 1810, 1840, 1863, 1822, 1852, 1968, 1969, 1949, 1959 do Código Civil de 2002.

exclusivamente por estilo ou adequações gramaticais.¹⁵ Além disso, com exceção de alterações pontuais, não houve quaisquer modificações significativas na regulamentação de diversos institutos sucessórios, como aceitação e renúncia da herança, exclusão por indignidade, heranças jacente e vacante, direito de representação, codicilos e revogação o testamento. O Código de 2002 nem ao menos corrigiu equívocos claros do anterior, mesmo os reiteradamente apontados pela doutrina. Por exemplo, repetiu-se a referência à “aceitação” da herança pelos credores do herdeiro renunciante; perdeu-se a oportunidade de adequadamente tratar o instituto de forma técnica, ou seja, como ineficácia da renúncia prejudicial a credores¹⁶. Assim, Salomão Cateb (2013, p.257) sugere que “talvez o responsável pelo Livro V da Parte Especial do Projeto de Código Civil não tivesse experiência suficiente, na arte do Direito, para buscar os idênticos princípios importados de outros países de além mar, diferentes culturas, costumes e procedimentos sociais”.

Mesmo em relação a determinadas matérias nas quais de fato houve inovação, a codificação permanece insuficiente para atender à nova realidade social, na medida em que muito repetiu conceitos ultrapassados (GRAEFF, 2012, p.230). O legislador simplesmente foi encaixando as novas demandas sociais à lógica anterior, sem se preocupar nem com harmonia sistemática nem com efetivamente fornecer uma solução para os novos problemas, resultando em um verdadeiro *patchwork* jurídico. Tomemos como exemplo a sucessão *causa mortis* do companheiro. O artigo 226, § 3º da Constituição Federal impôs o reconhecimento de direitos na união estável, e tal comando precisava ser transportado para questões hereditárias. O Código de 2002 trouxe para o âmbito do direito sucessório codificado¹⁷ a resposta a essa nova demanda no seu artigo 1.790 – mantendo, entretanto, a antiga perspectiva preconceituosa em relação a essa estrutura familiar não baseada no casamento. O caráter problemático deste dispositivo já começa por sua localização completamente inadequada: uma norma que versa sobre (ordem de) vocação hereditária situada entre as disposições gerais em matéria sucessória. Muito mais grave do que a localização do artigo é o seu conteúdo: por exemplo, ele chama o companheiro a suceder notadamente em relação aos bens dos quais ele já tinha direito à meação; dá à união estável um tratamento hereditário totalmente

15 Os artigos 1574 e 1575 do Código de 1916 foram reagrupados como o artigo 1788 do Código de 2002. Já o artigo 1583 do Código de 1916 foi decomposto no *caput* e parágrafo 1o do artigo 1808 da codificação atual. Já do antigo artigo 1604 para o atual 1835, mudam apenas as vírgulas. Do artigo 1622 do Código de 16 para o artigo 1853, a alteração consistiu na substituição da expressão “só se dá o direito de representação” por “somente se dá o direito de representação”. Do artigo 1651 do Código de 16 para o artigo 1881 do Código de 2002, mudou-se apenas a expressão “não mui valiosos” por “de pouco valor”.

16 Artigo 1813 do Código de 2002, que corresponde ao 1586 da codificação anterior.

17 Ressalvamos que o legislador infraconstitucional já tratara da matéria nas leis 8971/1994 e 9278/1996.

diferenciado daquele dado ao casamento; desprestigia totalmente o companheiro ao o designar como herdeiro universal apenas na ausência de qualquer outro parente sucessível, inclusive colaterais. O resultado da péssima inovação legislativa foi a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da sua inconstitucionalidade, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694¹⁸.

Muitas inovações legislativas foram introduzidas com certo grau de descaso legislativo. Um gritante exemplo de descuido por parte do legislador com o Livro das Sucessões é o artigo 1.829, que trata sobre a nova ordem de vocação hereditária, na qual há concorrência sucessória entre cônjuge supérstite e descendentes (ou, na falta destes, ascendentes). No inciso I, ao se mencionar o regime da separação obrigatória de bens, remete-se ao parágrafo único do artigo 1.640. O problema é que o dispositivo ao qual se remete não trata do tema em questão, mas sim do tempo e da forma de escolha do regime de bens do casamento. Como bem ressalta Giselda Hironaka (2014, p.366), “depois de tantos anos de repouso ou inércia do antigo Projeto de Código Civil, é quase inadmissível que o Código tenha vindo a lume com erros deste jaez”.

Encontramos outras falhas legislativas em relação à elevação do cônjuge ao patamar de herdeiro necessário. Mesmo essa mudança epistemológica na sucessão legítima do Código revogado para o atual, com a premissa de proteção patrimonial do cônjuge (TEIXEIRA; RETTORE, 2015, p.125), não se deu de forma totalmente adequada. Primeiramente, a lei silencia sobre a conferência do mesmo *status* ao companheiro. Além disso, o Código, ao tratar das hipóteses de deserdação dos herdeiros necessários, prevê causas específicas apenas para descendentes (artigo 1962) e ascendentes (artigo 1963); aparentemente o legislador se esqueceu do novo enquadramento das pessoas casadas¹⁹. Esse esquecimento é problemático, na medida em que as causas de deserdação de modo geral – ofensa física, injúria grave, desamparo do indivíduo em estado de alienação mental ou grave enfermidade – são direcionadas à proteção de interesses existenciais.

O Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 padece daquilo que Gustavo Tepedino (2001a, p.12) se refere como racionalização estática: “uma adequação das leis às transformações progressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja

¹⁸ Retomaremos essa discussão na seção 5.2.

¹⁹ Já em meados do século passado Washington de Barros Monteiro (1961, p.282) afirmava que esse instituto tendia a desaparecer. Entretanto, os elaboradores do Anteprojeto de Código e os legisladores optaram por manter a deserdação no direito sucessório positivo. A discussão sobre a constitucionalidade de se manter a deserdação no direito brasileiro, por si só, requer um estudo específico.

contínua transformação faz do direito um fenômeno social (não já uma ciência pura)”. Os elaboradores do Projeto e o legislador olharam apenas para o passado, buscando dar uma resposta apenas para demandas sociais que já havia há muito, como o caso da sucessão na união estável²⁰. Não houve qualquer preocupação legislativa em olhar para o futuro para atender aos emergentes anseios da sociedade, como, por exemplo, uma nova concepção de família que prestigia o afeto²¹; ou a inadequação de um grupo de herdeiros rentistas à sociedade menos desigual projetada pela Constituição Federal. Da mesma forma, o legislador pouco fez para abrir o Direito das Sucessões aos crescentes avanços tecnológicos. As novas técnicas de reprodução assistida vêm mudando as concepções tradicionais de quem é herdeiro em potencial, como no caso da reprodução assistida *post mortem*. As transformações na tecnologia da informação e de comunicação, com a prevalência do eletrônico e digital sobre o físico, têm o potencial de modificar a forma dos negócios jurídicos, inclusive dos testamentos e mesmo da partilha. Da mesma forma, a era digital muda e muito a noção de riqueza e, conseqüentemente, de potencial patrimônio hereditário: de dados em redes sociais²² a criptomoedas, aquilo que pode ser herdado vai muito além da riqueza imobiliária sobre a qual se estruturou a atual disciplina sucessória. Não estamos cobrando que o legislador tivesse previsto inovações que ainda não havia quando da edição do Código. Mas o mínimo que já poderíamos esperar no começo do século XXI seria a adoção de uma técnica legislativa que abrisse a disciplina codificada a essas constantes e inevitáveis inovações.

20 E ainda assim, como já mencionamos, mas a reiteração é sempre cabível, nesse caso específico dos companheiros a resposta legislativa a uma demanda social consolidada foi de péssima qualidade.

21 A esse respeito, fiquemos com a doutrina de Giselda Hironaka (2014, p.25): “a despeito da consistência e da atualização trazidas pelo novo Código Civil, o objeto dos seus livros finais – as famílias e as sucessões – é tão dinâmico que, de longe, foi o menos alcançado pelos dispositivos do Código”. E a autora continua: “essa limitação de alcance é mais evidente no caso do direito de família, mas o livro referente ao direito das sucessões não nos expõe suficientemente a multiplicidade inerente à estrutura familiar, que deveria se expressar nas conseqüências da abertura da sucessão causa mortis”.

22 A sucessão em redes sociais envolve aspectos tanto existenciais quanto patrimoniais. Uma rede social envolve fotos, mensagens (públicas e privadas), entre outros elementos que dizem respeito aos direitos da personalidade do usuário morto; o que deve ser feito com esses dados após o falecimento? Por outro lado, as plataformas digitais como Facebook, Instagram e Youtube vêm sendo usadas cada vez mais como fonte de enriquecimento dos chamados “influenciadores”, “blogueiros” e “youtubers”, principalmente com renda advinda de patrocinadores. Quanto mais acessos, mais dinheiro se ganha. Os acessos (e, portanto, os ganhos) não se encerram com a morte do sujeito; pelo contrário, pode haver até um aumento nas suas visualizações ou nos seus seguidores. Foi exatamente o que ocorreu durante o período de redação desta tese, em relação à modelo Carol Bittencourt. Após o seu falecimento em um trágico acidente de barco, as mídias sociais da modelo tiveram um aumento exponencial de seguidores, o que significa por conseguinte um aumento no potencial lucrativo dessas redes. O que deve ser feito com esses perfis póstumos de natureza comercial? Já está disponível o serviço de *digital estate planning*, ou seja, o planejamento sucessório digital, que diz respeito ao destino das redes sociais após a morte do usuário. Sobre o tema, recomendamos o artigo “Facebook After Death: an Evolving Policy in a Social Network”, de Damien McCallig (2014).

2.3.2 A manutenção dos pilares do civilismo oitocentista em matéria sucessória

O problema maior da atual legislação sucessória não é a repetição de dispositivos passados ou as inovações pouco cuidadosas. O grande mal que o Código de 2002 faz em matéria hereditária é repetir a estrutura e a lógica do Código de 1916. Conforme já discorremos, a Constituição Federal de 1988 estabelece como parâmetro orientador da ordem jurídica a promoção da dignidade da pessoa humana, bem como promove a solidariedade social e a redução das desigualdades. Apesar disso, a atual disciplina legal da sucessão *causa mortis* continua baseada nos pilares oitocentistas da codificação anterior: patrimonialismo, individualismo, voluntarismo e, finalmente, conservadorismo em matéria familiar.

O Código de 2002 manteve a pretensão que o de 1916 tinha no sentido de ser a biografia jurídica do sujeito de direito. Desse modo, ambas as codificações destinaram os respectivos livros finais das suas partes especiais para tratar da sucessão *causa mortis*: “assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela” (HIRONAKA, 2014, p.20). Nessa esteira, os elementos do fenômeno sucessório continuam a ser tratados de forma excessivamente abstrata, em conformidade com o “pensamento civilista clássico”, o que causa alguns desdobramentos controversos. Em primeiro lugar, com poucas exceções²³, o tratamento dado ao objeto da herança é o mesmo independentemente do que efetivamente compõe o patrimônio hereditário; ignora-se a possibilidade de regras substancialmente diversas em razão do conteúdo e da extensão dos bens transmitidos a causa de morte²⁴. 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

23 A legislação processual prevê um tratamento diferenciado, quanto ao rito do inventário, considerando a extensão da herança (artigo 664 do Código de Processo Civil de 2015). Também existe a possibilidade de simples alvará judicial, hipótese também relacionada ao conteúdo do acervo hereditário (Lei 6.858/1980). Ocorre estas são regras meramente processuais, enquanto a presente tese aborda questões de direito material. Por outro lado, na legislação também existem regras específicas que levam em consideração o direito no qual se sucede – por exemplo, a lei de direitos autorais, lei 9.610/1998 -, mas estes casos são exceção absoluta dentro do grande quadro do sistema sucessório brasileiro.

24 Ampliaremos esta discussão na seção 3.3.4.

sucessores “passam a ter”²⁵. 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 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 solidária²⁶; não se cogita de promover a redução das desigualdades sociais²⁷.

O regime sucessório do Código de 2002 é excessivamente patrimonialista. A sucessão hereditária, assim como no regime anterior, continua gravitando em torno da noção clássica de sujeito-proprietário: o *de cuius* é aquele que deixou patrimônio, os sucessores são aqueles que repartirão esse patrimônio. Houve de fato avanços em relação à codificação anterior, como por exemplo o reconhecimento legal expresso da possibilidade de se fazer disposição testamentária de caráter não patrimonial²⁸. Apesar disso, não há qualquer atenção legislativa especialmente dada às disposições testamentárias de natureza existencial. No Livro de Direito das Sucessões, o Código simplesmente aborda o perdão ao indigno (artigo 1818)²⁹; menciona rapidamente que disposições especiais sobre o enterro podem ser feitas por codicilo (artigo 1881)³⁰; trata da nomeação de testamenteiro (artigos 1883 e 1976)³¹; a se refere a sufrágios pela alma do falecido (artigo 1998)³². Já o reconhecimento de filho por ato de última vontade não é disciplinado entre as questões de direito sucessório; quem trata dessa disposição testamentária, inclusive estabelecendo sua

25 Inspiramo-nos nas palavras de Luiz Edson Fachin (2012, p.102): “A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro, cujo modelo se manteve em 2002. (...) Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (...), e é mais um ‘indivíduo patrimonial’.”

26 Constituição Federal de 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

27 Constituição Federal de 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

28 Artigo 1857, § 2º do Código de 2002.

29 Enxergamos no perdão ao indigno uma natureza extrapatrimonial. A reabilitação tem o potencial de promover a conciliação e a pacificação social, em especial no contexto em questão. Contudo, também reconhecemos que o tratamento dado pela legislação ao perdão é exclusivamente direcionado às suas consequências patrimoniais.

30 Não existe, porém, qualquer regulamentação legal que vise a assegurar o respeito à manifestação de última vontade do falecido em relação ao seu próprio enterro.

31 A nomeação de testamenteiro, por si só, não tem caráter patrimonial. Entretanto, o *múnus* desempenhado por ele consiste justamente em dar cumprimento às disposições de última vontade, notadamente patrimoniais; inclusive por isso o Código regulamenta as hipóteses em que o testamenteiro tem a posse e a administração da herança, bem como determina a sua prestação de contas e lhe confere, em certas circunstâncias, direito à remuneração por seus serviços.

32 O mencionado dispositivo, todavia, apenas se refere aos sufrágios pela alma do falecido no que diz respeito ao seu aspecto meramente patrimonial, ou seja, em que circunstâncias eles serão descontados da herança. Assim como no tocante ao funeral, não há qualquer regulamentação sobre o respeito a estas disposições, que evidentemente consubstanciam manifestação da liberdade de crença do falecido.

irrevogabilidade, é o Livro de Direito de Família (artigo 1609, III e artigo 1610). Do mesmo modo, a nomeação, por testamento, de tutor para os filhos menores também é prevista no Livro de Direito de Família. Apesar de a legislação ser unitária, a falta de tratamento sucessório específico para essas últimas questões acaba provocando a existência de lacunas, conforme abordaremos na seção 4.2.1.

Diante da pouca ênfase que a codificação dá aos valores existenciais pertinentes ao fenômeno hereditário, não identificamos no Código de 2002 nem uma despatrimonialização nem uma repersonalização da sucessão *causa mortis*. Aqui empregamos o conceito de despatrimonialização elaborado por Pietro Perlingieri (2002, p.33), no sentido de uma tendência normativa-cultural de superação da patrimonialidade como fim em si mesma. Por outro lado, usamos repersonalização conforme a definição de Luiz Edson Fachin (2012, p.90), no sentido de, ao discutirmos os valores que estão no centro e na periferia do sistema jurídico, deslocarmos para o núcleo do Direito Civil “as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a habitação minimamente digna”. Não queremos, por óbvio, negar a importância da transmissão patrimonial por causa de morte; evidentemente também não pretendemos que a legislação deixe de regulamentar os interesses econômicos decorrentes do falecimento de alguém. O problema é que, no regime do Código de 2002, os interesses econômico-sucessórios ainda são estruturalmente tidos como fins em si mesmos, e não como suporte para a promoção da pessoa humana, da sua dignidade, da sua personalidade e do seu livre desenvolvimento. No capítulo seguinte, demonstraremos que o discurso de a sucessão (ao menos a legítima) ser fundamentada na solidariedade familiar claramente não se reflete na lógica do sistema sucessório positivado. De todo modo, identificamos em apenas poucas passagens uma verdadeira funcionalização do fenômeno sucessório à promoção dos valores constitucionais. São elas: a determinação da organização de fundação (artigo 1799, III); o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente em relação ao imóvel destinado à residência da família, se for o único dessa natureza a inventariar (artigo 1831)³³; a previsão de esmolas de pouca monta, inclusive aos pobres de certo lugar (artigos 1881 e 1902); e o legado de alimentos

33 Aqui tratamos de um direito patrimonial, porém funcionalizado à realização de um importante interesse existencial, qual seja, o direito fundamental à moradia.

(artigo 1920 e artigo 1928, parágrafo único)³⁴. De modo geral, isso é muito pouco para se afirmar que a herança foi despatrimonializada e repersonalizada³⁵.

Encontramos entre as hipóteses de exclusão por indignidade um exemplo do excessivo patrimonialismo presente no Código de 2002 como um todo, com especial projeção no Livro do Direito das Sucessões. Lemos no artigo 1.814, III que “são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”. O dispositivo em questão é defeituoso, na medida em que foca exclusivamente no ato de disposição patrimonial. E se o sucedido tiver sido impedido de fazer um testamento no qual reconheceria um filho? Ou um testamento no qual faria determinações sobre o seu próprio enterro? De pouco adianta o legislador inserir uma norma reconhecendo a possibilidade de se fazer disposição testamentária de caráter não-patrimonial, se, na hora de proteger a liberdade de testar, apenas a disposição de bens é protegida.

Em relação à tendência individualista na teoria do Direito Civil, Luiz Edson Fachin (2012, p.20) bem notou que, apesar do domínio dos princípios de justiça distributiva e da percepção da solidariedade social, o individualismo ainda tem uma força que “gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume”. 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 (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2000, p.273). 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). Ainda no regime anterior, Pontes de Miranda (2005, v. IV, p.308) apontou que o Direito das Sucessões codificado é marcado por um individualismo estacionário. O Código de 2002 mantém essa tendência. A herança continua sendo entendida e regulamentada como um direito estritamente individual, que tutela unicamente os interesses do herdeiro³⁶.

34 O legado de alimentos tem natureza eminentemente assistencial. A lógica da obrigação alimentar, qualquer que seja a sua origem, não é enriquecer o alimentando, mas proporcionar a sua subsistência digna. Por entendermos que a promoção desse valor existencial deve prevalecer sobre os interesses patrimoniais dos sucessores legítimos, já defendemos (RIBEIRO, 2015) alhures que o legado de alimentos seja excepcionado da regra geral que presume *jure et de jure* a nulidade de disposições em favor das pessoas não legitimadas a suceder por testamento.

35 Refletiremos sobre o fundamento e a função do fenômeno sucessório à luz da Constituição Federal nas seções 3.2 e 3.3.

36 Gostaríamos de registrar nesta oportunidade que, no projeto original desta Tese, limitamo-nos a propor o reconhecimento de interesses supraindividuais no direito à herança. O indivíduo que originalmente seria o orientador

Semelhantemente, o testamento continua sendo compreendido exclusivamente como instrumento de materialização dos (últimos) interesses do testador.

O voluntarismo ainda predomina no regime sucessório estabelecido pela codificação civil de 2002. O antigo artigo 1573 do Código de 1916 (“[a] sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei”) foi reescrito; no artigo 1786 do atual Código, consta que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Acreditamos que não se trata de mera alteração redacional motivada por questão de estilo; o legislador pretendeu demonstrar que, agora, a sucessão legítima prevaleceria em relação à vontade do *de cuius*. O problema é que essa mudança, meramente textual, não se refletiu efetivamente na estrutura do direito sucessório codificado. Pouco depois, no artigo 1788, o Código de 2002 volta a tratar da sucessão por força de lei como meramente subsidiária em relação à testamentária: ela se aplica quando não houver testamento, em relação aos bens que neste não estiverem compreendidos, ou quando ele for inválido ou ineficaz³⁷.

O prestígio à vontade do testador se reflete também no espaço dado pela lei à sua regulamentação. O Título III do Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002, que trata da sucessão testamentária, tem mais de 130 artigos, divididos em impressionantes 14 capítulos; enquanto isso, o Título II, sobre a sucessão legítima, tem apenas 28 artigos divididos em 3 capítulos.

Da mesma forma, não houve na nova codificação maiores restrições ao amplíssimo exercício da autonomia privada do testador do que aquelas que já havia. Em relação à tutela quantitativa da vontade testamentária (que diz respeito a quanto do seu patrimônio o testador pode dispor por testamento), não houve ampliação do direito dos herdeiros necessários à legítima³⁸. Em relação à tutela qualitativa (que se refere à análise de merecimento de tutela dos interesses consubstanciados nas disposições testamentárias), o legislador não se preocupou em evidenciar o perfil funcional do testamento (NEVARES, 2009, p.28). Alhures, a legislação condiciona a

desta pesquisa a rejeitou, afirmando peremptoriamente que jamais seria possível reconhecer no fenômeno sucessório qualquer interesse não meramente individual.

37 Art. 1.788. “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.” Aqui devemos fazer a observação crítica de que esse dispositivo basicamente consiste em uma transcrição conjunta dos artigos 1574 e 1575 da legislação anterior. O novel legislador nem ao menos se deu ao trabalho de atender às críticas doutrinárias e corrigir a expressão “se o testamento caducar, ou for julgado nulo” por outra, de caráter mais técnico, que se refira a todas as hipóteses de ineficácia e invalidade.

38 O artigo 1846 do Código de 2002 manteve a orientação do artigo 1721 da legislação anterior, no sentido de reconhecer o direito dos herdeiros necessários à legítima em relação à metade do patrimônio hereditário.

propriedade e o contrato (ato de autonomia privada) às suas funções sociais. A respeito do testamento, silêncio. Nesse sentido, a codificação apenas exige que a disposição testamentária respeite a parte disponível, em caso de haver herdeiros necessários; não há qualquer referência à funcionalização do testamento à concretização da dignidade da pessoa humana ou aos interesses sociais.

Diante de todos os problemas apontados, como bem ressaltou Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.10), “é como se o fenômeno sucessório estivesse alheio a toda evolução do Direito Civil. O testador permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988”.

A disciplina sucessória presente no Código de 2002 é altamente conservadora em matéria familiar. A versão original do Anteprojeto previa inclusive tratamento diferenciado para filhos legítimos e ilegítimos – afinal, ela foi apresentada antes mesmo da Lei do Divórcio (Lei 6515/1977), que por sua vez foi o diploma normativo que efetivamente estabeleceu a igualdade do direito à herança para toda a prole, independentemente da natureza da filiação. A alteração no curso do processo legislativo não apaga o fato de que o projeto, sobre o qual se edificou o Código, originalmente consagrava a desigualdade formal. Por outro lado, a inclusão do regime sucessório do companheiro se deu da forma problemática relatada acima.

Do mesmo modo, ainda em relação ao conservadorismo familiar, com base em uma suposta defesa da família, o concubino não pode ser beneficiado em testamento³⁹. Sem dúvida alguma, identificamos aqui um preceito normativo decorrente da influência da moral religiosa no Direito de Família (NORONHA, 2012, p.86). A doutrina clássica considerava essa vedação uma defesa necessária “dos bons costumes e de respeitáveis interesses da família” (NONATO, 1957, p.58). Mesmo a doutrina mais recente reiteradamente se refere à defesa da família, da monogamia e dos interesses do cônjuge traído como fundamentos da proibição de benefício ao concubino (NADER, 2010, p.61; RODRIGUES, 2003, p.45; RIZZARDO, 2011, p.253). Na VIII Jornada de Direito Civil, apresentamos proposta de alteração legislativa no sentido de revogação do referido dispositivo; fomos vencidos em razão de uma forte resistência de doutrinadores mais conservadores, sempre defensores dos interesses superiores da família.

39 Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

Independentemente da discussão própria que o tema da deixa testamentária ao concubino requer, e que aqui não será feita, lamentamos profundamente que os argumentos suscitados sejam predominantemente no sentido de defesa dos interesses da família. Aprendemos com Pietro Perlingieri (2002, p.243) que a família não é portadora de um interesse superior e individual; sua proteção se dá por se tratar de espaço em que cada membro desenvolve sua personalidade. Continua o autor italiano: “a família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana”. No mesmo sentido, com Luiz Edson Fachin (2012, p.213) notamos que, hoje, o que deve prevalecer são os interesses dos membros, na esteira da concepção eudemonista da família. Fundamentar a falta de legitimação do concubino para receber por testamento em interesses superiores da família, entendida esta como um ente abstrato dotado de consideração superior à dos seus membros, é um retorno indevido ao paradigma pré-constitucionalização do Direito Civil.

Ademais, em relação ao mesmo artigo, o Código de 2002 anacronicamente ainda traz para o juízo sucessório a discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal⁴⁰ - o que é particularmente problemático quando percebemos que a discussão sobre culpabilidade se dará quando um dos membros dos casais não estiver mais vivo para efetivamente dela participar.

Além disso, temos uma única ordem de vocação hereditária. Apesar de estruturada tendo como base um modelo específico de família (a dita tradicional, qual seja, o núcleo familiar constituído pelo casamento heterossexual), essa ordem de vocação hereditária é genérica e tida como *one size fits all*, ou seja, supostamente capaz de atender aos diversos arranjos familiares e às diferentes qualidades das relações existentes dentro de uma família⁴¹.

40 O artigo 1801, III, ressalva a possibilidade de o indivíduo casado beneficiar por testamento o seu concubino se, sem culpa sua, estiver separado de fato do seu cônjuge há mais de 5 anos. Em primeiro lugar, devemos ressaltar o exagero desse lapso temporal exigido. Além disso, como determinar a culpa pelo fim de um relacionamento? E, se é possível efetivamente determinar essa culpa, como ela pode ser provada? Ainda mais se considerando que um dos membros do casal já está morto, e o relacionamento já terá acabado há pelo menos 5 anos. Por outro lado, o artigo 1830 determina que o cônjuge sobrevivente apenas terá o seu direito sucessório reconhecido “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”. Neste caso, a culpa é a exceção da exceção: o sujeito separado de fato há mais de 2 anos não herdará do seu cônjuge, a menos que o sobrevivente faça prova de que não foi culpado pela separação. Novamente questionamos como essa culpa pode ser determinada e, mais ainda, provada pelo menos 2 anos após o fim da sociedade conjugal. Para outra visão crítica sobre a invocação, pelo artigo 1830, da noção de culpa, recomendamos a obra de Ana Luiza Maia Nevares (2005).

41 Desenvolveremos esta questão com profundidade no capítulo 5..

2.3.3 Um Direito das Sucessões codificado alheio aos princípios orientadores do Código

O Livro V do Código Civil de 2002 parece não ter sofrido profunda influência nem mesmo dos princípios tidos como paradigmáticos na nova codificação: socialidade, eticidade e operabilidade.

O princípio da socialidade seria um contraste ao sentido individualista do Código anterior, em razão da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem se perder o valor fundante da pessoa humana. Miguel Reale (2001) afirmou que a adesão a tal princípio levou o Projeto de Código a revisar os direitos e deveres daqueles que, para ele, eram os “cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”. Na Exposição de Motivos (BRASIL, 2005, p.57) encontramos um reconhecimento de que era necessário superar o individualismo marcante da liberdade de testar. Isso foi atendido, segundo os seus autores, com a exclusão da possibilidade de clausular livremente – ou seja, sem justa causa – a legítima⁴². Acreditamos que esta medida é claramente insuficiente para trazer ao direito hereditário uma dimensão social. Em primeiro lugar, conforme já mencionamos, inexistia no Código de 2002 uma adequada tutela qualitativa da liberdade de testar (NEVARES, 2009, p.28). Em segundo lugar, porque a codificação ignora o fato de que a herança é potencialmente um fator econômico de concentração de riqueza (e conseqüentemente de aumento das desigualdades sociais), podendo contrastar com o comando constitucional de redução das desigualdades. O Código poderia e deveria ter trazido mecanismos de Direito Privado para promover os interesses da coletividade no exercício dos direitos hereditários – mas não o fez.

Por sua vez, o princípio da eticidade seria um contraponto ao excessivo rigorismo formal do *Codex* anterior. De acordo com Miguel Reale (2001), o Projeto buscou prever o recurso a critérios ético-jurídicos (como, por exemplo, equidade e boa-fé) para permitir ao juiz encontrar a solução mais justa ao caso concreto. Ocorre que o reflexo desse princípio no Livro das Sucessões é mínimo; o legislador apenas recorreu à boa-fé para tratar das alienações feitas pelo herdeiro aparente em casos de exclusão por indignidade ou de petição de herança. Não há qualquer outra referência a este princípio, nem mesmo onde sua presença seria mais esperada, como na

42 Código Civil de 2002, art. 1.848, *caput*. 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.

regulamentação da pena de sonegados (artigos 1992 a 1996) ou da colação (artigos 2002 a 2012). A legislação também não impõe diretamente a boa-fé ao ato de testar e nem a ela se refere em relação à interpretação das disposições testamentárias⁴³.

Ao não se preocupar em dar ao testador específico dever de boa-fé, a lei perdeu uma excelente oportunidade de estabelecer a tutela qualitativa da manifestação de última vontade. Isso é relevante particularmente em relação à cláusula testamentária com motivo ilícito. Imaginemos uma absurda e repugnante cláusula testamentária com o seguinte conteúdo: “deixo toda a minha parte disponível ao meu filho A, porque a minha filha B é casada com um homem negro”. Obviamente, uma disposição racista é totalmente incompatível com o sistema constitucional brasileiro e jamais poderia prevalecer em nosso ordenamento jurídico. O problema é que, se buscarmos exclusivamente no Código Civil de 2002, não encontraremos uma solução para essa questão. Um dos pressupostos estabelecidos no artigo 166, III do Código Civil de 2002 para a invalidade do negócio jurídico por ilicitude do motivo é a natureza bilateral ou plurilateral do ato. Como explicita Marcos Bernardes de Mello (2015, p.166), “[a]ssim, por exemplo, um testamento cujo motivo determinante seja ilícito não poderá ser anulado por força do inciso III do art. 166”. A deficiência da codificação civil nos faz recorrer diretamente à Constituição para afirmar que a última vontade manifestada no exemplo acima não é digna de tutela e, portanto, a referida disposição testamentária não deverá prevalecer. Este, inclusive, é um bom exemplo da insuficiência do “sistema fechado” de Direito Privado sustentado pelos defensores da “teoria clássica” do Direito Civil.

A respeito da eticidade enquanto meio de busca pela solução mais justa ao caso concreto, o Código de 2002 estabeleceu a discricionariedade judicial quanto à confirmação do testamento hológrafo simplificado – aquele escrito de próprio punho e assinado pelo testador, possível apenas em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula⁴⁴. Por outro lado, o Código também deu ao juiz margem de apreciação quanto à confirmação do testamento particular na hipótese de faltarem as testemunhas deste negócio jurídico, desde que haja pelo menos uma⁴⁵. Ocorre que, de modo

43 O artigo 113 do Código Civil de 2002 estabelece que a boa-fé é parâmetro interpretativo para os negócios jurídicos de modo geral, entre os quais o testamento se encontra. Ocorre que a interpretação testamentária é peculiar, notadamente em razão de o sujeito que manifestou a (última) vontade estar morto quando esta estiver finalmente sendo interpretada.

44 Uma inovação da codificação atual em relação à anterior.

45 Mesmo com essa margem para deliberação do magistrado quanto à confirmação do testamento particular, o tratamento legislativo da matéria ainda é insuficiente. Afinal, se faltarem todas as testemunhas, ainda que o juiz tenha

geral, as regras sucessórias são rígidas e inflexíveis às circunstâncias do caso concreto, em especial aquelas referentes à atribuição da qualidade de sucessor e à determinação do valor de cada quinhão hereditário. Dessa rigidez resulta uma pouca margem de apreciação judicial para a busca da solução mais adequada. A título de exemplo, não há qualquer espaço para que a ordem legítima de vocação hereditária ou mesmo a divisão matemática do patrimônio hereditário seja equitativamente alterada, a critério do juiz, para melhor refletir as circunstâncias concretas do sucedido e dos sucessores⁴⁶. Semelhantemente, não há espaço para considerações sobre a conduta do sucessor, com exceção das taxativas hipóteses de indignidade. Consequentemente, a título ilustrativo, o juízo não está autorizado a tomar qualquer medida, nem mesmo uma redução de quinhão a título de sanção, em face daquele sucessor que tiver induzido, instigado ou assistido o sucedido ao suicídio, simplesmente por essa hipótese não se encaixar na lista exaustiva de causas de exclusão da sucessão.

O terceiro princípio norteador da elaboração do Projeto do Código de 2002 foi a operabilidade, no sentido de evitar equívocos e dificuldades, permitindo uma melhor realização do direito positivo. A Comissão elaboradora do Projeto de Código priorizou a adoção de uma linguagem nova, mais operacional e atualizada, que facilitasse a precisa interpretação; para tanto, até mesmo se permitiu desviar da diretriz inicial de conservar o quanto possível as disposições do Código de 1916, para se eliminarem arcaísmos. Por outro lado, certas normas foram redigidas com o propósito de abertura para a atividade social – para que esta, na sua evolução, altere e complemente o conteúdo normativo.

O Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002 é marcado por uma evidente “inoperabilidade”. Mesmo com algumas alterações redacionais motivadas por estilo, a linguagem utilizada pelo legislador continua de maneira geral truncada e inacessível aos operadores do direito não-versados em matéria sucessória e, principalmente, aos leigos. Tomemos como exemplo o modelo *default* de sucessão hereditária adotado na codificação, consistente na concorrência

outros elementos probatórios suficientemente asseguradores da idoneidade do ato, o testamento particular não poderá ser confirmado (artigo 1878, parágrafo único).

46 Aqui remetemos o leitor ao capítulo 5, notadamente à discussão sobre a discricionariedade do juízo sucessório que travamos na seção 5.7.

sucessória entre cônjuge e descendentes⁴⁷. A norma que trata desse cenário-padrão pouco provavelmente poderia ter sido pior redigida:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

A lei encontrou a forma mais complicada de dizer que o cônjuge supérstite será chamado a amplamente⁴⁸ concorrer com os descendentes apenas nos regimes da participação final nos aquestos, da separação convencional e num eventual regime de bens atípico; quanto à hipótese de casamento celebrado no regime da comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente também será chamado a concorrer com os descendentes do falecido, porém não amplamente e sim apenas em relação aos bens particulares deixados pelo morto, se houver. Por conta da inoperabilidade provocada pela técnica legislativa inadequada, tivemos que esperar mais de uma década até a pacificação jurisprudencial sobre a concorrência sucessória na hipótese de separação convencional⁴⁹ e sobre a limitação da concorrência aos bens particulares no regime da comunhão parcial⁵⁰. Quando somamos as confusões suscitadas por este dispositivo com a previsão de reserva da quarta parte da herança ao cônjuge, quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (artigo 1832), o resultado é uma das questões mais controversas em matéria cível⁵¹.

47 Devemos fazer duas observações. Em primeiro lugar, mencionamos aqui exclusivamente o cônjuge, sem abordar o companheiro, exclusivamente em razão de estarmos tratando do modelo adotado pelo legislador; como já vimos, a lei civil relegou a união estável a um segundo plano sucessório, o que veio a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, nossa referência crítica à inoperabilidade do dispositivo que regulamenta a concorrência entre cônjuge e descendentes não significa, de maneira alguma, que concordemos com a adoção desse modelo como o único ideal para a sucessão hereditária (questão que abordaremos com profundidade no capítulo 5).

48 Isto é, em relação ao patrimônio hereditário como um todo.

49 Decisão de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1382170/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha. Esse entendimento foi reiterado no AgRg nos EREsp 1472945/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira; no AgRg no REsp 1334340/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze; no AgRg no AREsp 585544/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgRg no AREsp 187515/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgInt nos EREsp 1354742/MG, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e no AgInt nos EAREsp 1248601/MG, relator Ministro Raul Araújo.

50 Decisões de 23 de outubro de 2014 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1472945/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1368123/SP, relator para o acórdão Ministro Raul Araújo.

51 Para que o leitor tenha uma noção das controvérsias doutrinárias relativas à concorrência sucessória, recomendamos as obras de Giselda Hironaka (2014) e de Felipe Carvalho e Tereza Mafra (2018).

Os problemas quanto à operabilidade da lei sucessória vão além de questões de linguagem. Tantas são as formalidades exigidas para o testamento, tornando-o trabalhoso e custoso, que a sucessão testamentária se torna pouco acessível à população em geral⁵². Por outro lado, o tratamento legislativo dado ao plano da validade dos testamentos é confuso mesmo para profissionais da área jurídica. O regime de invalidades testamentárias é distinto do regime geral de invalidade dos negócios jurídicos. O direito de impugnar a validade do testamento se extingue em 5 anos, contados da data do seu registro (artigo 1859); trata-se de uma exceção à regra geral de que nulidades não se convalidam⁵³. Ocorre que a referida exceção também é excepcionada nos importantes casos de vícios da vontade do testador: nas hipóteses de erro, dolo e coação, o direito de se pleitear a anulação do ato se extingue em 4 anos, contados do conhecimento do vício (artigo 1909). É importante notar que nem mesmo o *dies a quo* de cada um dos mencionados prazos é igual. Questionamos seriamente se de fato estamos diante de um sistema operável. Nossa crítica se torna ainda mais contundente quando lembramos que Miguel Reale (2001) reiteradamente usou os prazos de prescrição e decadência como os grandes exemplos de como a operabilidade se refletia na nova codificação civil.

2.4 A NECESSIDADE DE RELEITURA CRÍTICA DOS ELEMENTOS DO FENÔMENO SUCESSÓRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ainda no final do século XIX, Anton Menger (1898, p.299) defendeu que, apesar de o direito hereditário não interferir tão diretamente no desenvolvimento econômico dos países, ele exerce um influxo decisivo sobre as condições sociais, em especial sobre a estratificação das classes sociais; dessa forma, ao legislar sobre herança, o legislador determina, dentro de certos limites, as condições sociais do porvir. Por outro lado, Gustavo Tepedino (2004a, p.61) apontou que pouco servirão os mecanismos do Direito Público para a proteção dos direitos humanos, se na

52 Trataremos do problema das formalidades testamentárias na seção 4.3.

53 Aqui seguimos a terminologia de Marcos Bernardes de Mello (2015, p.282), para quem “[t]emos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anuável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado. (...) A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (= negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidante, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo”.

atividade privada não houver instrumentos que também combatam o desrespeito à dignidade da pessoa humana e a exclusão social.

Acreditamos, dessa forma, que a sucessão *causa mortis* tem um importante papel a desempenhar na concretização do projeto de sociedade constante na Constituição Federal. O fenômeno hereditário está inserido no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, sofre o efeito irradiante das normas constitucionais (dotadas de supremacia), devendo então ser por elas conformado, desde a positivação até a aplicação ao caso concreto. Identificamos aqui, então, a constitucionalização do Direito das Sucessões.

Conforme vimos, todavia, em se tratando de normas positivadas, o atual estado do Direito das Sucessões é mais parecido com o século XIX do que com o século XXI⁵⁴. Temos uma disciplina sucessória positivada que olha para o passado, não para o futuro. O Código de 2002 estrutura um direito hereditário estruturalmente semelhante ao da codificação anterior: patrimonialista, individualista, voluntarista e conservador em matéria familiar. Nesse sentido, Marcos Catalan (2010, p.137-139) aduziu que a disciplina jurídica oitocentista da sucessão *causa mortis* (reproduzida no Código de 1916) foi ditada pelos interesses da burguesia, detentora do capital e do poder político; o foco estava na manutenção da liberdade e na preservação da propriedade. Percebemos, assim, uma incompatibilidade entre o direito sucessório positivo, como um todo, e os valores estampados na Constituição Federal de 1988, em especial a promoção da dignidade humana e a construção de uma sociedade menos desigual, mais justa e solidária. O péssimo trabalho na elaboração do Livro do Direito das Sucessões na atual codificação demonstra ainda a ingenuidade da referência que vemos na doutrina (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p.43; MOTA, 2017, p.51) à noção de “dignidade da legislação”.

O problema de se manter a estrutura do fenômeno sucessório anterior é que seus conceitos – em especial as capacidades (para ter herdeiros e para ser herdeiro) – foram construídos a partir do culto ao patrimônio, não do culto à pessoa (HIRONAKA, 2014, p.187). Entretanto, o Direito das Sucessões tem o potencial de ser muito mais do que a mera positivação de critérios atribuidores de titularidade sobre um determinado quinhão do patrimônio hereditário. O sistema normativo

54 Mencionemos ainda trecho da Tese de doutoramento de Felipe Lima Gomes (2015, p.52): “Sobre o direito à herança, é possível perceber, e isso será explorado no capítulo quatro, que muito da sua regulamentação infraconstitucional é semelhante ao que já havia no direito brasileiro anterior – na verdade, é semelhante, nas suas estruturas fundamentais, a regulamentações seculares de vários ordenamentos da tradição latina”.

hereditário deve ser reconstruído sobre a tutela da pessoa, e não sobre a tutela do patrimônio (PERLINGIERI, 2008, p.233).

O direito sucessório atualmente positivado entrou em vigor após a Constituição Federal de 1988. Na medida em que, como sustentamos e demonstraremos nos capítulos seguintes, o Código Civil de 2002 frustrou as expectativas constitucionais para a sucessão hereditária, inclusive em relação aos renovados fundamentos e funções atribuídos à herança, estamos diante de uma inconstitucionalidade. Se fôssemos adotar o necessário e impecável rigor com que o Supremo Tribunal Federal tratou o artigo 1.790, basicamente todo o Livro V da codificação civil seria extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. O problema maior seria o vácuo normativo daí decorrente ou, ainda pior, uma reprivatização das normas do Código Civil de 1916 – que, por sua vez, não seriam recepcionadas na atual ordem constitucional. Por essa razão, o ideal seria uma soma de dois fenômenos: de um lado, um verdadeiramente profundo movimento de reforma legislativa, sempre atento aos problemas que vêm marcando as mudanças de leis sucessórias no Brasil e alhures⁵⁵; de outro lado, um efetivo movimento doutrinário e jurisprudencial para reconstruir, à luz da Constituição Federal, o direito sucessório brasileiro. Existe uma imprescindível necessidade de filtragem constitucional do Direito das Sucessões.

Por tudo quanto exposto, sustentamos que o Direito Civil-Constitucional é o aparato teórico-metodológico imprescindível para a releitura legislativa, jurisprudencial e doutrinária dos elementos do fenômeno sucessório. Luiz Edson Fachin (2012, p.31) defendeu que a releitura crítica do Direito Privado exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares do Direito Civil: o trânsito jurídico, as titularidades e o projeto parental. Encontramos no Direito das Sucessões um terreno privilegiado para essa releitura, na medida em que convergem os três pilares: autonomia privada (liberdade testamentária); posse e propriedade (que se transmitem *causa mortis*); e família.

Vemos de forma altamente positiva as iniciativas doutrinárias no sentido de conformação do Direito das Sucessões aos princípios e às normas da Constituição Federal. Podemos citar como exemplo Paulo Lôbo (2014b, p.43), que já defendeu o reconhecimento da sucessão *causa mortis* enquanto garantia da solidariedade familiar, em vez de exclusivamente ser um meio de transmissão de propriedade. O mesmo autor igualmente suscitou a ideia de função social do testamento, que condiciona tanto a autonomia privada do testador quanto o legislador ordinário. Nesse sentido, não

⁵⁵ Vide seção 5.5.

poderiam ser editadas normas legais que contrariem tal função social. Acreditamos que uma boa ilustração disso seria a inconstitucionalidade da inserção, no direito sucessório positivo, das perpetuidades (fideicomissos para além do segundo grau)⁵⁶. Outro exemplo a ser celebrado é Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.10; p.327), que há mais de uma década vem defendendo que a função do Direito das Sucessões deve estar permeada pela realização da dignidade da pessoa humana, bem como da tábua axiológica constitucional como um todo. Citemos ainda Heloisa Helena Barboza (2008) e Giselda Hironaka (2014). O problema é que essas iniciativas vêm sendo isoladas e pouco desenvolvidas com profundidade por outros autores. De modo geral, a dogmática sucessória-constitucional atualmente carece tanto de uma teoria descritiva, que explique o que é o fenômeno sucessório à luz da Constituição; quanto de uma teoria normativa, que determine o que a lei sucessória deveria ser para atender ao projeto constitucional (TRITT, 2010, p.274).

O Direito das Sucessões é um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica (LÔBO, 2014b, p.43)⁵⁷. Em muitas oportunidades, ele é tratado como mero apêndice do Direito de Família⁵⁸. A produção doutrinária, quando efetivamente existe, dificilmente se desprende do fenômeno hereditário codificado; pouco se vai além de reconhecer as normas positivadas, o que se faz “por uma explicação, ou um comentário, dos artigos do Código ou da legislação extravagante que lhe seja pertinente” (HIRONAKA, 2014, p.29). No prefácio da supramencionada obra de Ana Luiza Maia Nevares (2009), Gustavo Tepedino melancolicamente relatou o esquecimento do direito sucessório no processo de reconstrução do Direito Civil brasileiro. Tepedino apontou como possíveis motivos para essa tendência tanto a dificuldade teórica quanto a aparente rigidez atemporal da dogmática sucessória. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p.193) apontou que

56 A própria constitucionalidade (ou, ao menos, a conveniência) da manutenção do fideicomisso no direito brasileiro suscita dúvidas. Por outro lado, as perpetuidades são um instrumento pelo qual o testador designa o destino dos seus bens por muitas gerações que lhe seguirem. De modo geral, entendemos que se trata de instituto desarrazoadamente limitador da autonomia privada dos herdeiros, bem como inadequado à ordem econômica estabelecida na Constituição Federal. Para uma melhor compreensão do processo pelo qual as perpetuidades foram abolidas na França, na Alemanha e nos Estados Unidos, recomendamos o livro *Inherited Wealth*, de Jens Beckert (2008).

57 No mesmo sentido, Salomão Cateb (2013, p.251) aduz que “poucos são os advogados, os professores, os promotores, os juízes que se especializaram em Direito Sucessório e sabem manejar as formas de sucessões, legítima e testamentária”.

58 Na Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal com suporte do Superior Tribunal de Justiça, todas as subdivisões do Direito Civil têm seus próprios Grupos de Trabalho, exceto Família e Sucessões, que são tratados conjuntamente. Semelhantemente, no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), os Direito de Família e Sucessões são abordados conjuntamente em um único Grupo de Trabalho, apartado do restante do Direito Civil. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) se propõe a discutir temas de Direito das Sucessões, sem ao menos trazer a disciplina em seu nome, priorizando apenas o aspecto familiarista.

a transformação paradigmática do Direito Civil como um todo enfrenta dificuldades decorrentes da “permanência dos significados e dos saberes pretensamente perenes dos significantes”.

Orlando Gomes (1955, p.122) há muitas décadas já tinha chamado atenção para o fato de que o estado estacionário da técnica jurídica é provocado por uma incapacidade de reconstrução e pela falta de imaginação. De acordo com o mencionado autor, o atraso é resultado da fidelidade, do respeito, da admiração e do fervor em relação às matrizes filosóficas clássicas do Direito Privado: “os processos sugeridos para a sua renovação visam essencialmente a harmonizar as novas soluções com o fundamento teórico sobrevivente”. Ocorre que os velhos conceitos jurídicos do século XIX não devem simplesmente ser adaptados ao novo contexto fático-valorativo do século XXI, mas corajosamente substituídos, na medida em que “não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva” (GOMES, 1955, p.132). Acreditamos que nem sempre é adequado solucionar problemas emergentes remetendo-os a categorias antigas; nos casos em que verificarmos a caducidade delas, o que devemos é encontrar soluções originais para as novas realidades (SÊCO; REIS, 2017, p.120). Na medida em que isso não ocorre, reiteramos o alerta dado por Michele Giorgiani (1998, p.36) no sentido de que, como a consciência das transformações aparentemente penetrou muito pouco na doutrina privatista, “a jurisprudência é obrigada a enfrentar situações novas com instrumentos velhos”.

Um dos aspectos problemáticos que encontramos na teoria do fenômeno hereditário é a excessiva reverência prestada pelos doutrinadores à noção de segurança jurídica – que é constantemente usada como argumento para negar direitos sucessórios em hipóteses de reprodução assistida *post mortem*⁵⁹. Também se trata de argumento suscitado para negar maior exercício de discricionariedade pelo juízo sucessório, no sentido de flexibilizar a ordem de vocação hereditária e a distribuição formalmente isonômica de quinhões do patrimônio sucessível⁶⁰. Não queremos

59 Sobre a atribuição de direitos sucessórios à prole concebida postumamente, humildemente recomendamos nossa dissertação de Mestrado (RIBEIRO, 2016). Nas VII e VIII Jornadas de Direito Civil, das quais tivemos a oportunidade de participar, foi apresentada uma proposta de Enunciado aplicando o prazo de 2 anos do artigo 1800, § 4o do Código de 2002 ao caso da reprodução assistida *post mortem*. A justificativa em ambas as oportunidades foi no sentido de que o prazo visava a assegurar a segurança jurídica para os demais herdeiros do *de cujus*. Nas duas Jornadas argumentamos fortemente contra esse posicionamento, entre outras razões porque o herdeiro concebido postumamente deve ser chamado à sucessão por vocação legítima, e o prazo em questão diz respeito à sucessão testamentária; com *ratios* distintas, a analogia é incabível. Devemos continuar atentos para que o entendimento que prestigia excessivamente a segurança jurídica, em detrimento da solução justa, não prevaleça nas próximas Jornadas.

60 Retomaremos o debate sobre previsibilidade e eficiência na seção 5.7.

com isso, obviamente, dizer que não há importância na estabilidade das relações jurídicas; porém o valor da segurança jurídica “deve se harmonizar com o valor da justiça e da esperança, relacionado à transformação qualitativa da realidade, de modo a concretizar os compromissos constitucionais de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, alicerçada na dignidade das pessoas em ambiente plural” (GAMA; CIDAD, 2007, p.19). Semelhantemente, a despeito de todos os aspectos legislativos merecedores de críticas que apresentamos até aqui, há referência doutrinária até a uma suposta “excelência da sucessão legítima” (VENOSA, 2011, p.179), passagem essa que é um reflexo do estado das coisas da produção científica em matéria sucessória na contemporaneidade.

Nesse cenário, acreditamos que os sentidos clássicos de sucedido, de sucessor e de herança devem ser relidos, repersonalizados e transformados à luz da Constituição Federal. A sucessão *causa mortis* pode e deve sofrer uma revolução qualitativa, que tome como parâmetros axiológicos a igualdade, a solidariedade e o desenvolvimento pleno da pessoa (PERLINGIERI, 2008, p.55). Na esteira do que Luiz Edson Fachin (2012, p.239) propôs para a teoria do Direito Civil como um todo, defendemos especificamente uma verdadeira reelaboração da dogmática sucessória, que deve se afastar do tecnicismo e do neutralismo para estar à “serviço da vida”.

A herança pode ser entendida em sentido objetivo (patrimônio sucessível) ou em sentido subjetivo (direito subjetivo à herança). Na presente Tese, focaremos na segunda acepção. A herança foi expressamente reconhecida como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Anteriormente, ela só poderia no máximo ser deduzida como direito fundamental enquanto implícita no direito de propriedade; a exceção fica por conta dos direitos de autor, cuja transmissibilidade hereditária veio expressamente determinada pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969⁶¹. Essa fundamentalidade da herança traz consequências diversas e

61 A Constituição de 1824 se referia exclusivamente à hereditariedade do trono Imperial. A Constituição de 1891 mencionava o direito de herança exclusivamente a respeito da propriedade intelectual. A Constituição de 1934 igualmente mencionava a sucessão relativa à propriedade intelectual, bem como tratava do imposto de transmissão *causa mortis* (inclusive sujeitando-o à progressividade e determinando a igualdade de tributação entre a herança de filhos naturais e legítimos); ademais, regulava a vocação hereditária quanto a bens de estrangeiros situados no Brasil. A Constituição de 1937 tratava do imposto de transmissão *causa mortis* e da sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil. A Constituição de 1946 também tratava do imposto sobre herança; previa a sucessão dos direitos sobre obras literárias, artísticas e científicas; referia-se à sucessão dos bens de estrangeiro existentes do Brasil. A Constituição de 1967 previa a transmissibilidade por herança dos direitos de autor sobre obras literárias, artísticas e científicas; versava sobre a sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil; e estabelecia o imposto de transmissão, inclusive resultante de sucessão *causa mortis*. A Constituição de 1969 (disfarçada de Emenda Constitucional 01/1969) se referia à

profundas, sobre as quais discorreremos na seção 3.1. Aqui nos limitaremos a afirmar: a herança da legislação infraconstitucional deve ser reconstruída (e interpretada) à luz da ideia de herança prevista na Constituição, e não o contrário. A noção constitucional de herança leva em consideração toda a tábua axiológica da Constituição, inclusive (mas não exclusivamente) a família como base da sociedade, a liberdade, a isonomia e a solidariedade (familiar, intergeracional e social), bem como a redução das desigualdades sociais. Semelhantemente, o objeto das titularidades não é mais algo em si mesmo, passando a ter função (FACHIN, 2012, p.108). Dessa forma, a herança, constante da regulamentação sucessória infraconstitucional, deve ser funcionalizada à concretização desses valores (o que analisaremos na seção 3.3).

A abstração do sujeito de direito foi um dos pilares de sustentação da “teoria clássica” do Direito Civil, na medida em que conciliava liberdade formal e segurança jurídica. Desenvolveu-se, assim, o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal, serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado” (FACHIN, 2012, p.231). No Direito das Sucessões, isso se refletiu na construção das categorias de sucedido e sucessor. Sucedido é o sujeito que acumulou patrimônio suficiente para ser transmitido *post mortem*. Se exerceu sua autonomia privada, particularmente determinando o destino deste patrimônio (no todo ou em parte), o sucedido é elevado à categoria de testador. Sucessor (herdeiro ou legatário) é aquele que foi chamado, pela lei ou pelo testamento, a ocupar o lugar do morto nas relações jurídicas transmissíveis que este titularizava enquanto vivo. A reconstrução de um novo Direito das Sucessões exige que superemos sucessor e sucedido como sujeitos abstratos, com a construção de sujeitos concretos, com peculiaridades, biografias reais (e não meramente jurídicas), cidadania e, acima de tudo, dignidade. É essa releitura que teremos em mente nos capítulos 4 e 5. Em relação ao sucedido, prestaremos especial atenção à sucessão testamentária, que é o seu espaço de maior protagonismo no fenômeno sucessório. Em relação ao sucessor, focaremos na ordem de vocação hereditária, que é o mecanismo pelo qual se define quem será chamado por força de lei à sucessão e o quanto cada vocacionado receberá.

transmissibilidade por herança do direito de autor, ao imposto de transmissão *causa mortis* e à sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil.

3 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DO DIREITO SUBJETIVO À HERANÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O termo “herança” é equívoco. Há muito alertava Clovis Beviláqua (1978, p.19) que não devemos confundir o seu sentido subjetivo (o direito a receber herança) com o seu sentido objetivo (o acervo de bens deixado pelo morto). Rubens Limongi França (2011, p.1258) considerava impróprio o uso do termo “Direito das Sucessões”, defendendo a denominação “Direito das Heranças”. Conforme Giselda Hironaka (2014, p.148), temos uma concepção interna da existência e da noção de herança; essa concepção é “proveniente da nossa adesão a um quadro institucional jurídico que nos acompanha e que põe em ordem nosso mundo pessoal”.

Acontece que nossa ideia contemporânea de herança não se desprende das formulações que lhe foram dadas pelo pensamento clássico e tradicional do Direito Civil. Na doutrina civilista clássica, encontramos o uso do termo “herança” no sentido estreitíssimo de patrimônio deixado pelo morto ou “conjunto de direitos e obrigações que se transmitem ao herdeiro ou aos herdeiros” (LACERDA DE ALMEIDA, 1915, p.32)⁶². Pontes de Miranda (1968, p.05) fazia menção à herança em sentido amplo, conceito que engloba a herança *stricto sensu* (ou seja, a sucessão a título universal) e o legado (a sucessão a título singular). De acordo com Arnaldo Rizzardo (2011, p.12), “herança” vem de *hereditas*, que por sua vez vem de *herus*, termo traduzível para “dono”.

Acreditamos, porém, que as definições acima mencionadas hoje se revelam insuficientes, entre outras razões porque pouco se reflete sobre a herança enquanto direito subjetivo. Em verdade, defendemos que o movimento de constitucionalização do Direito Civil, em suas três dimensões (formal, substancial e prospectiva), torna obrigatória a reconstrução crítica da noção de herança – sempre à luz do texto e dos valores estampados na Constituição Federal de 1988. Ressaltamos assim, desde logo, a nossa discordância de afirmações como a de Albertino Daniel Melo (2008, p.21), para quem “no que a Constituição dispõe sobre institutos típicos do direito privado, não os altera essencialmente”. A imposição de uma releitura constitucional de qualquer instituto de Direito

62 Encontramos na doutrina diversas definições semelhantes. Por todos, Roberto de Ruggiero (1973, p.400): “Herança é, compreendida objetivamente, todo o patrimônio do defunto, considerado como unidade que abraça e compreende qualquer relação jurídica dessa pessoa, mas é independente dos vários elementos que a compõem; é a totalidade das relações patrimoniais, ligadas entre si por um vínculo que dá ao complexo um caráter unitário e que torna tal complexo independente do seu conteúdo efetivo; é, em suma, uma *universitas*, que engloba em si coisas e direitos, créditos e débitos”.

Privado, para a conformação do seu conteúdo à Constituição, já seria uma realidade ainda que ele não viesse expressamente tratado pelo constituinte; e isso se torna ainda mais evidente quando tal instituto foi consagrado entre os direitos fundamentais, como se deu no caso da herança.

Em primeiro lugar, devemos prestar especial atenção para o fato de que, relacionada à dimensão formal da constitucionalização do Direito das Sucessões, a herança sofreu uma profunda alteração estrutural. Ela deixou de ser simplesmente o patrimônio deixado pelo sucedido e que será recolhido pelos sucessores (herança em sentido objetivo) ou um instituto jurídico de Direito Privado que confere a alguém a competência justamente para recolher esse patrimônio (herança em sentido subjetivo). Agora o direito subjetivo à herança é reconhecido como um direito fundamental expresso, o que, como vimos no capítulo anterior, é uma inovação da Constituição de 1988⁶³. Isso requer que estudemos a sucessão *causa mortis* à luz da dogmática dos direitos fundamentais, o que faremos, sem qualquer pretensão totalizante, na primeira seção do presente capítulo.

Por outro lado, devemos também permanecer atentos às dimensões prospectiva e, em especial, substancial da constitucionalização do Direito das Sucessões. Entendemos ser necessário encontrar novos fundamentos, à luz da Constituição Federal, para a tutela do direito subjetivo à herança. Na segunda seção deste capítulo, analisaremos os argumentos que tradicionalmente buscaram justificar a existência da sucessão *causa mortis*, analisando a sua conformidade com a metodologia civil-constitucional. Precisamos igualmente compreender de que modo os valores constitucionais atualmente conformam a noção de herança, funcionalizando-a à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana. Dessa forma, na terceira seção deste capítulo, prestaremos especial atenção às funções tradicionalmente associadas ao fenômeno hereditário, refletindo criticamente a respeito de sua aptidão à realização do projeto de sociedade estampado na Constituição.

Antes de iniciarmos, porém, devemos registrar que nosso interesse particular no presente capítulo é focado na herança enquanto direito subjetivo. Poderíamos ter focado na dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito Civil, no âmbito sucessório, para debater o conteúdo material ou objetivo do direito à herança. Afinal, as regras sucessórias são claramente pouco

63 A previsão de um direito constitucional à herança (principalmente expresso) não é um consenso entre as nações, nem mesmo entre os países ocidentais. Por exemplo, não se reconhece o caráter de direito fundamental à herança no constitucionalismo dos Estados Unidos da América (KORNSTEIN, 1984, p.787).

adequadas para atender às demandas da era digital⁶⁴ e, de modo geral, de riquezas que fogem da lógica imobiliária/mobiliária tradicional que pautou o modelo estabelecido pelo Código de 1916 e acriticamente repetido em 2002⁶⁵. Também poderíamos desenvolver a importante tese, proposta por Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.84), no sentido de se construir uma sucessão *causa mortis* mais preocupada com a natureza particular dos bens que estão sendo transmitidos, em especial no tocante ao conjunto de interesses a que esses se referem. Ocorre, porém, que optamos por nos concentrar no binômio estrutura/função da herança enquanto direito subjetivo, uma vez que não adotamos na presente Tese qualquer pretensão totalizante, priorizando uma análise problematizante.

3.1 HERANÇA: DIREITO FUNDAMENTAL

No capítulo anterior, vimos que a constitucionalização do Direito Civil tem, entre outras, uma dimensão formal, cujo primeiro aspecto se verifica pela inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de diversos institutos classicamente considerados de Direito Privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional.

Em verdade, como consequência do caráter prolixo da Constituição Federal de 1988, os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos mais ou menos relevantes estampados no texto constitucional (BARROSO, 2008, p.252). Observamos nesse fenômeno uma relação com aquilo que Norberto Bobbio (2004, p.82-83) chamou de multiplicação dos direitos do homem⁶⁶, que tem como de seus fatores determinantes o aumento da quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de tutela. Também há uma relação com a denominada “força expansiva

64 Para um panorama do direito sucessório na era digital, remetemos o leitor ao artigo de Cristiano Colombo (2015, p.172): “o que na verdade há que ser desenvolvida é uma cultura que enfrente a morte, na área da tecnologia, criando setores ou formulários em que o usuário possa dar o adequado destino aos seus dados”.

65 E aqui registramos as palavras de Luiz Edson Fachin (2012, p.181) sobre a Teoria Geral do Direito Civil como um todo: “Esse sistema está fundado na supremacia do patrimônio formado por coisas e nele, nomeadamente, o patrimônio imobiliário. E nesse código do patrimônio imobiliário se liga a ideia dos bens e a suscetibilidade de serem convertidos em dinheiro. E isso se aplica tanto às coisas quanto ao comportamento. Essa ‘lógica’ de conversão em dinheiro traz algumas interrogações quando determinados direitos, que integram a esfera jurídica, e que não são objeto de direito, são violados, e sua violação permite a reparação pecuniária, mesmo não integrando o patrimônio e nem podendo ser objeto de direito.”

66 De nossa parte, usaríamos a expressão “direitos das pessoas”; empregamos a locução “do homem” por fidelidade à obra citada. Fica o registro da nossa preferência por uma linguagem mais inclusiva, conforme já ressaltamos na Introdução.

dos direitos fundamentais”: o substrato das normas que os reconhecem é muito aberto; dessa forma, os direitos fundamentais tendem a se expandir por todo o ordenamento, resultando tanto na emergência de novos direitos quanto na renovação e no enriquecimento incessantes do conteúdo dos direitos clássicos (UBILLOS, 2008, p.224). Com o Direito Civil de modo geral, e com o Direito das Sucessões de forma específica, não poderia ser diferente. Assim, na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o artigo 5º, XXX estabelece que “é garantido o direito de herança”. Reiteramos aqui o registro já feito no capítulo anterior, no sentido de que a elevação da herança ao patamar de direito fundamental expresso é uma inovação do constituinte de 1988. Devemos fazer quatro observações iniciais sobre esse novo direito fundamental.

Em primeiro lugar, previamente a 1988, poderia se discutir a fonte constitucional do Direito das Sucessões de forma indireta, com base na família, na propriedade, na liberdade (no caso, de testar) ou simultaneamente em todas essas matérias já presentes nos textos constitucionais anteriores. Por mais que se mantenha sempre relevante o debate sobre o fundamento da herança⁶⁷, o fato é que hoje encontramos no artigo 5º, XXX da Constituição Federal a fonte direta do fenômeno sucessório positivado.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do artigo 5º da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétrea à herança. De acordo com o artigo 60, § 4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional. Tal constatação tem repercussões no debate sobre a funcionalização da herança. Veremos na seção 3.3.4 que há debates sobre o papel problemático da transferência intergeracional de riqueza para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. A discussão em que adentraremos, então, deverá considerar a natureza intangível dos direitos hereditários.

Em terceiro lugar, a teoria que adotamos sobre o fundamento e a função da herança nos leva a considerar que os titulares desse direito fundamental, na sua perspectiva subjetiva, são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel (2003, p.161), a sucessão *causa mortis*

67 E entraremos extensamente nessa discussão nas seções seguintes, objetivando especialmente encontrar uma função para a herança (rompendo assim com o tradicional foco dado pela doutrina majoritária à estrutura desse instituto).

necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança. Analisando a estrutura sucessória dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczler-Levy (2012a, p.497) conclui que nos três⁶⁸ sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe. Para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cuius* e dos beneficiários. Por essa razão, aderimos aqui à tese da “dupla titularidade” do direito à herança; na contramão de alguns setores doutrinários (GOMES, 2015, p.93), não a consideramos absurda.

Em quarto lugar, precisamos tomar muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não devemos adotar a visão estreita de que o artigo 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter (2005, p.11) afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura constituição-código. Semelhantemente, Gustavo Tepedino (2008b, p.206) criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”. Tepedino (2008a, p.363-364) também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equivoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, sob pena de se eternizarem “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”. Para ele, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional”.

68 Aqui devemos fazer uma importante ressalva. Falamos em três sistemas porque, além do *civil law* e da *common law*, em matéria hereditária, devemos tratar separadamente os Estados Unidos em relação às demais jurisdições de *common law*. O regime sucessório norte-americano de modo geral direciona excessivo foco na noção de propriedade e da necessidade de organização de sua transferência após a morte do indivíduo. Mais preocupado com a noção de controle da propriedade durante a vida e para além da morte, trata-se de um sistema cujo princípio norteador é a autonomia, refletida na liberdade testamentária (TRITT, 2010, p.280). Ali, as noções de solidariedade familiar são muito mais tímidas do que, de modo geral, no resto do mundo ocidental, inclusive no Brasil. Até mesmo as demais jurisdições de *common law* abrandaram os rigores da excessiva liberdade testamentária, com a adoção do instituto da *family provision*, sobre o qual discorreremos nas seções 4.1.2.1 e 5.8.

Devemos, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008, p.574) já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela. Assim, a herança que encontramos na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada.

Pelas razões acima mencionadas, discordamos do entendimento de Paulo Lôbo (2014b, p.39-41; 2017, p.147-149) que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários)⁶⁹. Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte)⁷⁰. Ainda que aceitássemos uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do artigo 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários. Afinal, se a família (base da sucessão legítima) é objeto de tutela constitucional, a liberdade (autonomia privada – no caso, testamentária) também o é (PRATA, 1982). Nesse mesmo sentido, devemos considerar que por meio da sucessão testamentária o testador pode praticar atos que consubstanciam a concretização direta de valores constitucionais, como por exemplo chamar à sua sucessão alguém negligenciado pela legislação, como era o caso dos parceiros homossexuais na época em que o Direito de Família rejeitava atribuir direitos a casais formados por pessoas do mesmo sexo. Assim sendo, consideramos que a Constituição protege diretamente e amplamente todo o fenômeno hereditário.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2008, p.252), a ascensão de um elemento de direito infraconstitucional ao patamar constitucional resulta na mudança de qualidade da interação deste

69 Paulo Lôbo fundamenta essa última afirmação na proteção constitucional às pessoas físicas que tenham relação de parentesco ou família com o *de cujus*, bem como em razão dos valores sociais e de solidariedade familiar. Entraremos de forma aprofundada nesse debate na seção 3.3.3, para a qual remetemos desde logo o leitor.

70 Cabe aqui a referência a Pietro Perlingieri (2002, p.74), para quem “a legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária ou de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes, de maneira que limitar-se à letra clara ou ao sentido próprio das palavras (é possível?) ou à intenção do legislador, passado ou presente, significaria colocar-se fora desta legalidade (...)”.

elemento com as demais normas daquele subsistema, passando a existir uma relação de subordinação destas em relação àquele; trata-se “da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria”. Significa dizer que o direito infraconstitucional como um todo (e o Direito das Sucessões de maneira essencial), bem como a atuação dos 3 poderes públicos, passou a ser informado pela existência de um direito fundamental à herança. Da mesma forma, compete à doutrina aplicar à herança, agora direito fundamental, a teoria dos direitos fundamentais. É parcialmente a esse esforço que nos dedicaremos nesta seção; não focaremos em todos os possíveis aspectos teóricos, na medida em que tal pesquisa demandaria uma Tese de Doutorado própria. Como nos propusemos, na presente Tese, a proceder a uma releitura crítica do elemento objetivo do fenômeno sucessório à luz da Constituição, analisaremos a nova estrutura da herança, enquanto direito fundamental, com base em suas dimensões subjetiva e objetiva⁷¹.

Os direitos fundamentais como um todo têm dupla perspectiva: são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva) e elementos objetivos fundamentais da sociedade (dimensão objetiva)⁷². José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.110) menciona que podemos encontrar na doutrina as expressões “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo caráter” ou mesmo “dupla função”, sempre se referindo às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; o autor português critica, porém, a inconsistência com que os conceitos são usados. Nesse sentido, Vieira de Andrade (2001, p.111) afirma que a distinção das dimensões é relevante para demonstrar que

os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

71 Considerando que, quando da redação desta Tese, já se passaram mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, reconhecemos que “nova estrutura” não é a expressão mais adequada, ao menos não cronologicamente. Optamos por seu uso, entretanto, na medida em que doutrinariamente pouco esforço foi feito para aplicar à herança a estrutura dogmática de direito fundamental. Como mais relevante exceção, registramos aqui a Tese de Doutorado de Felipe Lima Gomes (2015), que menciona o mesmo fenômeno em sua introdução.

72 A este respeito, mencionamos Daniel Sarmiento (2008 p.105), que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política”.

Não entraremos no debate doutrinário a respeito de qual perspectiva deve predominar; para os fins aos quais se propõe a nossa Tese, basta que analisemos as distinções entre elas. A herança, incluída no rol desses direitos, também possui cada uma dessas dimensões, e é necessário que as identifiquemos e compreendamos.

3.1.1 A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança

Para os fins desta pesquisa, referimo-nos à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais no sentido de estes serem entendidos, ressalvadas suas peculiaridades⁷³, como direitos subjetivos. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.115) identifica dois aspectos na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Por um lado, o aspecto funcional refere-se ao reconhecimento da existência (e conseqüente busca de satisfação) de interesses próprios dos titulares. Ao mesmo tempo, o aspecto estrutural diz respeito à proteção intencional e efetiva desses interesses, proteção esta à qual corresponde o “poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.158), “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Ainda segundo o mencionado autor, “desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito” (SARLET, 2015, p.158). A intensidade dessa justiciabilidade, no entanto, varia de acordo com a normatividade de cada direito fundamental (SARLET, 2015, p.160). Precisamos, então, verificar como o titular do direito à herança pode tutelar judicialmente tal direito.

Nosso marco teórico na questão, Ingo Sarlet, adota a tríplice divisão, proposta por Robert Alexy, dos direitos fundamentais (“posições jurídicas fundamentais”), em sua perspectiva

73 As peculiaridades dos direitos fundamentais se referem à qualidade dos sujeitos passivos típicos, à multiplicidade de conteúdos, à variedade e complexidade estrutural, à diversidade funcional e à sujeição a diferentes regimes constitucionais; tudo isso os diferencia da generalidade dos direitos subjetivos típicos do Direito Privado (ANDRADE, 2001, p.116).

subjetiva, em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências” (ALEXY, 2015, p.193)⁷⁴. Nas subseções seguintes, analisaremos o direito fundamental à herança com base nessa teoria, para compreendermos a natureza do seu conteúdo.

3.1.1.1 O direito fundamental à herança como um “direito a algo”

Robert Alexy (2015, p.194) sustenta que um “direito a algo” pode ser compreendido como uma relação tríplice, cujos elementos são o titular do direito, o seu destinatário e o seu objeto. Ele ainda afirma que “o objeto de um direito a algo é sempre uma ação do destinatário”, caso contrário não haveria sentido em se referir a este sujeito. Levando essa afirmação em consideração, poderíamos classificar a herança como um direito a algo? O titular do direito à herança pode exigir um agir do destinatário desse direito? Em caso positivo, qual seria essa ação exigível, decorrente do direito à herança? Para respondermos a essas questões, devemos considerar que a ação do destinatário objeto de um “direito a algo” pode ser negativa (uma abstenção) ou positiva (um fazer). Com base nessa distinção, em se tratando do Estado como destinatário, temos, respectivamente, “direitos de defesa” e “direitos a ações positivas” (ALEXY, 2015, p.195-196).

Os direitos de defesa, que se referem a uma ação negativa do Estado, dividem-se em “direitos ao não-embaraço de ações”, “direitos à não-afetação de características e situações” e “direitos à não-eliminação de posições jurídicas” (ALEXY, 2015, p.196-199).

Quando Alexy (2015, p.196) menciona a defesa contra o embaraço, ele se refere à proteção que um titular de um direito fundamental tem contra suas ações serem impedidas ou dificultadas. Na esteira da teoria de Alexy (2015, p.198), aqui nos referimos a impedimentos ou dificuldades fáticas. Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica⁷⁵.

74 Recomendamos também a leitura da obra de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p.537-540).

75 Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica. Os direitos a que isso não ocorra são direitos à não-eliminação de posições jurídicas, sobre os quais trataremos mais à frente.

Dessa forma, podemos imaginar o direito fundamental à herança atuando no sentido de proteger o seu titular de ser faticamente impedido ou dificultado de exercer a sua condição de sucessor. Assim, por exemplo, seria inconstitucional uma norma que exigisse a finalização do inventário e partilha dos bens para que os herdeiros pudessem residir no imóvel deixado pelo *de cuius*. Da mesma forma, vemos uma violação ao direito fundamental à herança quando, por força da morosidade do Judiciário, a alienação de bens do acervo hereditário, dependente de autorização judicial⁷⁶, é retardada excessivamente a ponto de tais bens sofrerem profunda desvalorização ou até mesmo perecerem. Da perspectiva do sucedido, haveria violação aos seus interesses em relação à herança se o Estado lhe impusesse desarrazoadas limitações aos atos de disposição *post mortem*. Isso não significa que qualquer limitação ao ato de testar seja inconstitucional; mas que elas devem ser justificadas racionalmente por outros interesses relevantes em jogo. É por essa razão que defenderemos restrições à liberdade testamentária na seção 4.1, mas também criticaremos o excesso de formalidades testamentárias na seção 4.3.

Os direitos de defesa também podem se referir à proteção contra a afetação, por parte do Estado, de certas características e situações do titular do direito; exemplo de característica protegida seria “ser saudável”, e de situação, a “inviolabilidade do domicílio” (ALEXY, 2015, p.199). Entretanto, devemos ter em mente que essa proteção não é absoluta. A título ilustrativo, a inviolabilidade domiciliar é afastada em determinados casos, nos quais outros interesses são considerados mais relevantes do que o consentimento do morador, como flagrante delito, desastre, necessidade de prestação de socorro ou determinação judicial⁷⁷. Assim, por exemplo, a vontade manifestada pelo sucedido em relação à sua herança é inviolável, desde que compatível com os demais interesses protegidos pelo ordenamento jurídico – entre eles, a solidariedade familiar. Se houver essa compatibilidade, contudo, o Estado não poderá afetar o conteúdo do testamento.

Por fim, os direitos a uma abstenção do Estado podem se referir à proteção contra a eliminação, pelo Estado, de determinadas posições jurídicas do titular do direito. O exemplo dado por Robert Alexy (2015, p.199), com fundamento na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, é o do proprietário, cujo direito carece necessariamente de conformação jurídica pelas normas que definem a propriedade. Se as normas que juridicizam a propriedade são derogadas, elimina-se a

76 Código Civil de 2002, artigo 1.793, § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

77 Constituição Federal de 1988, art. 5º, XI.

posição jurídica abstrata de proprietário, ou seja, a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transferir a propriedade sobre determinados objetos, ou ainda a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietário” (ALEXY, 2015, p.200). Nesse sentido, o direito a uma posição jurídica se consubstancia na proteção contra a derrogação das normas correspondentes (ALEXY, 2015, p.201).

É bem fácil enxergar o direito fundamental à herança enquanto um “direito a algo”, no sentido de um direito a uma posição jurídica. A posição jurídica abstrata de herdeiro não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de a herança ter sua fonte diretamente na Constituição, esse direito precisa ser conformado infraconstitucionalmente para que sejam determinados as titularidades e os poderes a ele relacionados. Consequentemente, ao legislador não é dado revogar as normas que cumprem esse papel, ao menos sem editar nova legislação para tanto. É aqui também que encontramos uma barreira à pura e simples declaração de inconstitucionalidade do Livro V do Código Civil de 2002, sem a correspondente edição da legislação que a substitua: o vácuo normativo daí decorrente seria igualmente incompatível com a Constituição Federal.

Por outro lado, conforme a teoria de Robert Alexy (2015, p.201), os “direitos a algo”, quando têm por objeto um “fazer” por parte do destinatário, consistem em direitos a posições positivas, que por sua vez podem ser divididas em ações positivas fáticas ou normativas. Para as primeiras (que também podem ser designadas direitos a prestações em sentido estrito), é irrelevante a forma adotada pelo Estado para satisfazer o direito; para as segundas, o Estado deve necessariamente atuar pela criação de normas (ALEXY, 2015, p.202).

Existe alguma ação positiva fática a se exigir do Estado relacionada com o direito à herança? Existem vozes doutrinárias no sentido de que o Estado deveria realizar a todos o pagamento de uma subvenção ou uma transferência a título gratuito de bens que fariam a vez de um acervo hereditário, a todos assegurado. Seria o caso de se reconhecer a herança enquanto um direito fundamental a uma prestação positiva fática. Por exemplo, com base no jusnaturalismo, Thomas Paine⁷⁸ (1795, p.10) defendia a criação de um Fundo Nacional que assegurasse a todas as pessoas, ao atingirem 21 anos, o recebimento de uma soma de 15 libras, bem como 10 libras por

78 Obviamente, Thomas Paine escreveu sua obra em um contexto totalmente distinto do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Britânico, ele participou da Independência dos Estados Unidos e ainda teve influência substancial na Revolução Francesa. *Agrarian Justice*, ora referenciado, foi escrito na França. Entretanto, a sua proposta guarda relação com a ideia de herança enquanto direito a prestação fática positiva por parte do Estado.

ano para os maiores de 50 anos. Para Paine (1795, p.11), esses valores seriam devidos a qualquer pessoa, rica ou pobre, pois todos teriam um direito natural à herança⁷⁹. Entretanto, ainda que esta ideia seja pertinente para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, não nos parece que esse tenha sido o cenário imaginado pelo constituinte ao positivizar o artigo 5º, XXX. Não identificamos neste dispositivo a fonte de um direito constitucional a receber gratuitamente patrimônio, pago pelo Estado, na medida em que tal medida de redistribuição de riqueza, apesar dos seus aparentes méritos, foge completamente à ideia de sucessão *causa mortis*.

Por outro lado, conseguimos ver na herança um direito a ações positivas normativas. Haverá uma inconstitucionalidade por omissão (tutelável judicialmente, portanto) sempre que o Estado for inerte no seu dever de atuar na criação de normas que assegurem o exercício do direito à herança. Assim, em primeiro lugar, o legislador deve conformar o fenômeno hereditário (quem é sucedido, quem é sucessor, em que se sucede). Além disso, o Estado tem o dever de preencher lacunas legislativas decorrentes de novas situações fáticas, como o surgimento de novas pessoas com pretensões à herança (caso da reprodução assistida *post mortem*); ou de novos objetos sobre os quais a sucessão pode se operar (como foi o caso, no passado, dos direitos de autor e como hoje há a necessidade, por exemplo, de se melhor regular a transmissão *causa mortis* de páginas de redes sociais de *digital influencers*). Do mesmo modo, devem ser editadas normas que protejam a condição de herdeiro indevidamente não reconhecida, ou para a recuperação de bens da herança indevidamente sob a posse alheia – sob esse aspecto, elogiável a inclusão da petição de herança no Código Civil de 2002⁸⁰.

Ainda com relação à herança enquanto um direito a ações positivas normativas, também cabe ao Estado editar normas procedimentais que facilitem o exercício dos direitos hereditários; como exemplo, podemos mencionar a lei 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário e partilha por via administrativa⁸¹. A morosidade do inventário judicial é um obstáculo ao pleno exercício do direito à herança, sendo o prazo de 12 meses para o seu encerramento⁸² texto de lei

79 “It is not charity but a right, not bounty but justice, that I am pleading for” (PAINE, 1795, p.15).

80 Artigos 1824 a 1828.

81 Por essa mesma razão, foi aprovado na VII Jornada de Direito Civil o Enunciado 600, segundo o qual “após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial”. Apesar de a legislação (artigo 610, *caput* do Código de Processo Civil de 2015) excluir da via administrativa os casos em que há testamento, no cenário descrito no enunciado não há qualquer justificativa para a imperatividade da adoção da via judicial.

82 Artigo 611 do Código de Processo Civil de 2015.

sem qualquer efetividade social, um caso típico de legislação-álibi; esse cenário foi de certa forma atenuado com a possibilidade de se inventariar extrajudicialmente o acervo hereditário. É claro que não se trata de um sistema perfeito, à prova de falhas. Por exemplo, como os Tabelionatos não são órgãos jurisdicionais, não estão sujeitos às regras de competência, inclusive aquelas relacionadas à herança⁸³. Assim, os interessados não precisam realizar o inventário extrajudicial no domicílio do autor da herança nem no foro de situação dos bens; identificamos aqui um terreno fértil para a fraude, como por exemplo a exclusão dolosa de um ou mais interessados no procedimento⁸⁴. Apesar disso, o avanço social decorrente do sistema da lei 11.441/2007, no sentido de exercício efetivo do direito fundamental à herança, é inegável. Entendemos assim que, com base na proibição do retrocesso⁸⁵, seria inconstitucional a abolição do inventário extrajudicial.

3.1.1.2 O direito fundamental à herança como uma “liberdade”

No contexto da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, seguindo a doutrina de Robert Alexy (2015, p.218), utilizaremos a palavra “liberdade” na acepção de liberdade jurídica. A base do conceito de liberdade é constituída “por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade” (ALEXY, 2015, p.220). De acordo com Alexy (2015, p.222), somente podemos falar em liberdade jurídica quando o objeto desta for uma alternativa de ação; o conceito não se refere ao que o titular deve fazer ou irá fazer, mas sobre as suas possibilidades de fazer (e, semelhantemente, de não fazer) algo. Assim, por exemplo, quando nos referimos à liberdade (jurídica) de expressão, estamos tratando da permissão jurídica para que o titular expresse a sua opinião, bem como para que ele deixe de fazê-lo (ALEXY, 2015, p.226). Porém, para Alexy (2015, p.227), a simples permissão do fazer (ou não fazer) algo constitui, por si só, uma liberdade não-protégida. Uma liberdade somente poderá ser considerada protegida quando for “constituída por um feixe de direitos a algo e também

83 Artigo 48 do Código de Processo Civil de 2015.

84 Tivemos que esperar quase uma década para que, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, as instituições financeiras se sentissem à vontade para aceitar o levantamento, com base na escritura pública de partilha, dos valores nelas depositados em nome do *de cuius*. Não por outra razão, a possibilidade teve de vir expressa no artigo 610, § 1º, *in fine* do Código de Processo Civil de 2015.

85 A respeito da proibição do retrocesso em matéria social, cuja análise em maior profundidade foge ao objeto da presente investigação, recomendamos a obra organizada por Christian Courtis (2006).

por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida” (ALEXY, 2015, p.233).

Na doutrina de Robert Alexy (2015, p.234), a liberdade pode ser protegida em face do Estado tanto negativamente quanto positivamente. No primeiro caso, a proteção se dá pelo direito ao não-embaraço de ações, ao qual correspondem proibições de ações que embarquem as liberdades fundamentais. Por outro lado, a proteção é positiva quando se combina a liberdade com o direito a uma ação positiva, no sentido de se “tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p.234).

A princípio, da perspectiva do sucessor, o direito à herança é essencialmente um direito a um *status* jurídico, não a alternativas de ação. Todavia, existem liberdades conexas a este *status* de herdeiro, a começar pela própria margem de deliberação a respeito de aceitar essa condição ou a ela renunciar – não existe *dever* à herança⁸⁶.

Quanto ao sucedido, é mais fácil verificar o direito à herança enquanto uma liberdade jurídica no sentido empregado por Alexy, ou seja, uma alternativa de ação. Ao sujeito é dada a possibilidade de fazer testamento, negócio jurídico em que pode manifestar aquela que será considerada a sua última vontade. Obviamente, também é dada ao sujeito a possibilidade de não fazer testamento; *a priori* não existe dever jurídico de testar⁸⁷. Ademais, a liberdade de testar não é uma simples permissão; trata-se de uma liberdade protegida. A ação permitida (elaborar um testamento) é regulamentada por diversas normas de direito objetivo que garantem o ato de disposição por parte do testador – em especial, todo o Título III do Livro V do Código Civil de 2002. Essa compreensão será fundamental para nossa discussão, na seção 4.1, sobre a eventual natureza de direito fundamental da liberdade testamentária.

3.1.1.3 O direito fundamental à herança como uma “competência”

86 Já mencionamos na seção 2.3 a hipótese de renúncia prejudicial a credores. No artigo 1.813 do Código Civil de 2002, o legislador estabelece de forma atécnica uma aceitação da herança pelos credores do renunciante. Na verdade, o que ocorre na situação é uma ineficácia da renúncia em relação a esses credores prejudicados, no limite dos seus créditos. Não há aceitação forçada e o renunciante jamais será considerado herdeiro.

87 Argumentaremos todavia na seção 3.3.5.3 que, por força da função social do fenômeno hereditário, enxergamos certo dever do sucedido de prover por aqueles que dele dependiam mas, por deficiência da legislação, não foram chamados à sucessão.

Por fim, os direitos fundamentais, em sua perspectiva subjetiva, podem se apresentar como competências, sejam do cidadão, sejam do Estado. Em relação aos indivíduos, as “competências” constituem um terceiro grupo de posições jurídicas fundamentais ao lado dos “direitos a algo” e das “liberdades”. De acordo com Robert Alexy (2015, p.236), “por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada”, seja pela criação de normas (tanto individuais quanto gerais) ou pela alteração das posições jurídicas daqueles indivíduos submetidos às normas.

A alteração de situação jurídica é essencial à noção de competência. Com base nisso, Alexy (2015, p.237) distingue competência e permissão: “uma ação que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, o que é perceptível pela diversidade de ações permitidas que não implicam alteração de uma situação jurídica”. Apesar disso, a alteração da situação jurídica, por si só, não é um critério adequado para distinguir competência de capacidade fática. Atos delituosos modificam situações jurídicas sem, no entanto, que sua prática seja considerada como exercício de competência (ALEXY, 2015, p.238). Dessa forma, para Alexy (2015, p.239), o exercício de uma competência se dá por meio de ações institucionais, isto é, “ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas”. Essa natureza constitutiva das normas de competência serve de parâmetro diferenciador em relação às normas de conduta, pois estas últimas simplesmente qualificam ações, estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades (ALEXY, 2015, p.240). Nesse contexto, é essencial que compreendamos que os institutos jurídicos de Direito Privado (como, por exemplo, o casamento e a propriedade) são “complexos de normas formados essencialmente por normas de competência” (ALEXY, 2015, p.245).

Existe uma relação entre liberdades e competências: a atribuição de competências a alguém cria novas (e, portanto, aumenta o número de) alternativas de ação disponíveis a esse sujeito. Na medida em que um indivíduo só é juridicamente livre para realizar um ato jurídico quando há uma norma que lhe atribua a competência para o fazer, “o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz” (ALEXY, 2015, p.246).

Um claro exemplo em que vemos o direito fundamental à herança enquanto uma competência é, do ponto de vista do sucedido, a competência para fazer testamento. O testador altera a situação jurídica dos sucessores, em especial modificando, dentro de certos limites, o esquema legal de distribuição do patrimônio hereditário. Assim, para ficar nos exemplos mais comuns, ele tem a liberdade de chamar quem originalmente não seria chamado, ou de aumentar o quinhão de alguém que originalmente receberia menos. O ato de testar é uma competência porque se dá por meio de ações institucionais, na medida em que pressupõe regras que lhe regulamentem e deem eficácia jurídica às disposições testamentárias.

De acordo com Robert Alexy (2015, p.244), há competências que gozam da qualidade de direitos fundamentais (e, portanto, da proteção daí advinda), como aquelas relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado, por exemplo, a competência para se casar, para constituir associação, para adquirir propriedade ou para testar. Existe, assim, uma proteção contra a ação do legislador, direcionada à eliminação ou à alteração substancial desses institutos jurídicos de Direito Privado. Essa proibição de eliminação das competências relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado consubstancia o núcleo da chamada “teoria da garantia de institutos”⁸⁸. Nessa perspectiva, as competências para adquirir herança e para testar, por exemplo, são protegidas contra as ações legislativas tendentes a as eliminar.

Por fim, em relação à competência do Estado, as normas de direito fundamental, em perspectiva subjetiva, atuam como normas negativas de competência (ALEXY, 2015, p.247). Elas conferem ao indivíduo um âmbito de não-sujeição ao Estado, dentro do qual o Estado não tem competência para agir. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.151), o Estado, poder constituído que é, só pode agir dentro dos limites que lhe foram determinados pelo poder constituinte. Os direitos fundamentais, em sentido subjetivo, consubstanciam uma dessas limitações, retirando do espaço de atuação estatal certos interesses constitucionalmente considerados dignos de tutela e proteção. Com base nessa perspectiva, consideramos que, ao vedar em regra a disposição testamentária em favor do concubino, o Estado ultrapassa os seus limites de atuação, violando tanto a liberdade de testar do sucedido casado quanto o direito a ser sucessor por parte do seu concubino⁸⁹.

88 Concebida por Martin Wolff, em seu *Reichsverfassung und Eigentum*, e aperfeiçoada por Carl Schmitt, em seu *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*.

89 Art.1.801, III. Ressalvamos que o tópico requer estudo aprofundado em momento próprio.

3.1.2 A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança

A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem, com certo consenso, a existência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, para além da tradicional perspectiva subjetiva. Sob este prisma objetivo, por um lado, os direitos fundamentais constituem a estrutura básica da ordem jurídica, sendo um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos (SARLET, 2015, p.149). Isso significa que a atuação do Estado (e aqui nos referimos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário) não mais é apenas limitada por estas normas, mas também direcionada por elas (SARMENTO, 2008, p.106). Por outro lado, a dimensão objetiva também implica a outorga de funções e conteúdos normativos autônomos aos direitos fundamentais, que transcendem sua perspectiva subjetiva – “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p.150).

Os principais desenvolvimentos acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se deram após o advento da Lei Fundamental alemã de 1949. Em 1958, o *Bundesverfassungsgericht* (a Corte Constitucional da Alemanha) proferiu decisão no caso *Lüth*, consignando que os direitos fundamentais, para além de atuarem como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, funcionam também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2015, p.149).

Na presente seção, entenderemos de que forma a herança atua entre os valores objetivos básicos do ordenamento jurídico brasileiro; de que modo a herança dirige a atuação dos poderes públicos; e quais funções e conteúdos normativos autônomos decorrem do direito fundamental à herança. Aqui adotamos duas ressalvas feitas por Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.151) para a adequada compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, não devemos estabelecer uma correspondência entre normas-regra e a perspectiva subjetiva, ou entre normas-princípio e a perspectiva objetiva⁹⁰. Assim, o fato de termos identificado na seção 3.1.1 a

90 Canotilho (1993, p.534) se manifesta no mesmo sentido.

dimensão subjetiva do direito à herança em nada nos impede de observar a sua perspectiva objetiva. Em segundo lugar, devemos distinguir os dois aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: por um lado, a ordem de valores fundamentais objetivos; por outro lado, a mais-valia jurídica (no sentido de reconhecimento de efeitos jurídicos que transcendem a dimensão subjetiva).

3.1.2.1 O direito fundamental à herança enquanto componente de uma ordem de valores fundamentais objetivos

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.151), na medida em que os direitos fundamentais incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, eles devem ter sua eficácia valorada não apenas sob uma perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, ou seja, da comunidade em sua totalidade. Isso significa que, uma vez que qualquer direito fundamental cuida de valores e fins que a sociedade deve respeitar e concretizar, ele não deve ser analisado exclusivamente com base no ponto de vista da pessoa individualmente considerada, mas também sob a perspectiva social, isto é, da comunidade como um todo. Consequentemente, Sarlet (2015, p.152) conclui que “parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais”. Segundo o referido autor, daí decorrem duas consequências: primeiramente, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais em razão do prevalente interesse da comunidade; ademais, ela é um fator de limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, todavia sempre preservando o seu núcleo essencial⁹¹.

Uma análise apressada do direito à herança leva à conclusão de que se trata de um direito exclusivamente individual e subjetivo, que interessa somente àquelas pessoas que se encontram diretamente envolvidas no fenômeno hereditário. Ocorre que, como Carmem Lúcia Silveira Ramos (1996, p.155) já havia acentuado há mais de 20 anos, atualmente “é difícil encontrar um interesse privado completamente autônomo, independente, que possa ser exercido com exclusão do interesse

91 Para um estudo específico sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que foge ao objeto da presente investigação, remetemos o leitor à obra de Virgílio Afonso da Silva (2006), “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”.

público ou coletivo”, ou seja, “é difícil sustentar que um interesse é exclusivamente particular, no sentido oitocentista do termo, conforme consagravam as codificações de direito civil, inclusive a brasileira”. Então, considerando a sua dimensão objetiva, o direito à herança é um dos valores objetivos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a comunidade como um todo tem seus interesses tutelados quando se assegura o instituto da sucessão *causa mortis*⁹². Voltaremos a esse debate na seção 3.3.

Ainda conforme a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.152), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a eficácia dirigente destes em relação aos órgãos estatais; eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. Esta ordem não se confunde nem afasta a existência das normas de direitos fundamentais de caráter impositivo – aquelas que impõem ao legislador a concretização de tarefas, finalidades ou programas.

Dessa forma, o Estado deve dirigir a sua atuação para permanentemente concretizar e realizar o direito fundamental a herança. É evidente que o primeiro passo para tanto é a estruturação de um regime legal da sucessão hereditária, isto é, a definição de quem é sucessor e do quanto essa pessoa é chamada a receber. Porém isso por si só não é o bastante. O estatuto jurídico da herança deve ser compatível com os valores objetivos decorrentes deste direito fundamental. O Estado tem o dever de adaptar a vocação hereditária legal às emergentes demandas sociais e familiares⁹³. Assim, por exemplo, o legislador de fato tinha o dever de atribuir direitos sucessórios decorrentes da união estável⁹⁴.

Por outro lado, uma vez que a sucessão também pode se dar por ato de última vontade, a concretização e realização do direito à herança dos herdeiros testamentários envolve o adequado tratamento jurídico dado aos testamentos. Isso demanda, em primeiro lugar, a diminuição formalidades testamentárias⁹⁵, para melhor possibilitar a vocação hereditária daquelas pessoas que

92 Quando o projeto da presente Tese foi apresentado no processo seletivo para ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, o professor avaliador considerou um “erro grosseiro” a tentativa de identificar interesses da coletividade no direito fundamental à herança. Felizmente, o Colegiado deste Programa não teve uma leitura tão apressada e acabou se convencendo da viabilidade do projeto de pesquisa.

93 No capítulo 5 criticaremos a existência de uma única ordem de vocação hereditária, que se mostra claramente insuficiente para atender adequadamente aos diversos modelos de família do século XXI.

94 Fica novamente o registro de que o fez de forma inadequada, no inconstitucional artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Retomaremos o problema da vocação hereditária da união estável na seção 5.2.1.

95 Trataremos do tema na seção 4.3.

não seriam chamadas à sucessão por força da lei. Afinal, podemos considerar que o excesso de formalidades é um desestímulo ao ato de testar. Daí também decorre a necessidade de um menor rigor em relação a eventuais vícios formais; invalidar toda a manifestação de última vontade em razão da forma, por si só, é uma violação ao direito fundamental à herança daqueles incluídos no testamento. Por fim, também entendemos como um aspecto garantidor dos interesses dos sucessores testamentários a existência do Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Atualmente, o provimento 56/2016 da Corregedoria Nacional de Justiça, estabelece a obrigatoriedade de consulta ao RCTO, pelo juiz do inventário ou pelo tabelião responsável pelo inventário administrativo. Tal medida visa a diminuir a quantidade de testamentos que não são cumpridos por desconhecimento ou má-fé dos interessados, em prejuízo do direito fundamental à herança das pessoas neles contemplados.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.153) defende, ainda, que, enquanto componentes de uma ordem objetiva de valores, os direitos fundamentais servem também como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado. O próprio autor reconhece que tal afirmação se encontra “no terreno da obviedade”, na medida em que toda norma constitucional pode servir de parâmetro de validade das normas e atos infraconstitucionais.

Identificamos uma dupla eficácia do direito constitucional à herança quanto à validade do ordenamento infraconstitucional. Em primeiro lugar, eficácia derogatória, “entendida como recusa de fundamento de validade a qualquer norma anterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p.98). Em segundo lugar, o direito fundamental à herança tem eficácia invalidante, “responsável pela nulidade de qualquer norma posterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p.98).

Quanto à eficácia derogatória, entendemos que a proibição de sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos de marinha⁹⁶ não foi recepcionada pela Constituição de 1988; simplesmente não há qualquer fundamento constitucional que justifique essa norma limitadora do direito fundamental à herança do cônjuge estrangeiro⁹⁷. Quanto à eficácia invalidante do direito fundamental à herança, compreendemos como inconstitucionais normas que, sem fundamento

96 Artigo 18, § 2º do Decreto-lei 3.438 de 1941.

97 Ainda mais se se tratar de estrangeiro residente no Brasil, na medida em que a eles são expressamente assegurados, no *caput* do artigo 5o da Constituição Federal, os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros – inclusive o direito à herança.

compatível com a Constituição, privem determinado sujeito do seu *status* de herdeiro. É nesse sentido que na seção 5.3 sustentaremos a inconstitucionalidade da ordem de vocação hereditária que invisibiliza relações de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo *de cuius* que não se encaixam, nem por analogia, no modelo tradicional da “família sexual”.

3.1.2.2 A mais-valia jurídica do direito fundamental à herança

Para além da composição de uma ordem objetiva de valores, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a sua caracterização como um reforço ou complementação da eficácia normativa dessas normas – uma “mais-valia” jurídica (SARLET, 2015, p.153). Aqui estamos tratando do desenvolvimento de novos conteúdos normativos para os direitos fundamentais, potencialmente autônomos em relação à dimensão subjetiva, mas nem por isso destituídos de exigibilidade pela via judicial. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.111) se refere a esta característica como um “complemento e suplemento da dimensão subjectiva”, denominando-a também “dimensão objetiva em sentido funcional” (ANDRADE, 2001, p.138).

De todo modo, podemos identificar cinco desdobramentos desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais: sua eficácia irradiante; sua eficácia na esfera privada; as garantias institucionais; dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e a conformação e o procedimento da atividade estatal.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.153), o primeiro desdobramento desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais, decorrentes de sua dimensão objetiva, é a sua eficácia irradiante (em alemão, *Ausstrahlungswirkung*). Em outras palavras, segundo Sarlet, os direitos fundamentais, “na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”. Nesse contexto, na esteira de Pietro Perlingieri (2002, p.05), devemos lembrar que o ordenamento jurídico é unitário; conseqüentemente, ao analisarmos as controvérsias, não devemos levar em consideração apenas o artigo legal que aparentemente as contém e resolve, porém todo o ordenamento jurídico e particularmente os seus princípios fundamentais. Conforme Daniel Sarmento (2008, p.124), as atuações do Legislativo, da Administração Pública e do Judiciário são impulsionadas e

direcionadas pelos valores que lastreiam os direitos fundamentais; conseqüentemente, a ordem jurídica é humanizada, pois o operador do direito deverá sempre, antes de aplicar as normas jurídicas, reexaminá-las à luz do tecido constitucional, em especial da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça substancial. Aqui identificamos substancialmente a importância do fenômeno já mencionado no capítulo 2, a assim chamada “filtragem constitucional”; o aplicador do direito deve adotar uma postura voltada à promoção da Constituição (e em especial dos direitos fundamentais), ainda que esteja aplicando uma legislação infraconstitucional editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário (SARMENTO, 2008, p.125).

O intérprete deve, então, seguindo os parâmetros acima mencionados, aplicar o direito sucessório infraconstitucional levando em consideração a existência também de um direito fundamental à herança. Tal direito fundamental também goza de eficácia direta, no sentido de dever ser aplicado “tanto quanto possível, mesmo sem alguma interposição do legislador constituído” (GOMES, 2015, p.98). Por conta disso, por exemplo, entendemos que negar direitos hereditários à prole concebida por reprodução assistida póstuma, com fundamento na inexistência de previsão legislativa nesse sentido, é uma clara violação do direito fundamental desses filhos. Resolver a questão aplicando acriticamente o *droit de saisine*⁹⁸ é promover o texto da lei⁹⁹ em detrimento da Constituição.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais está intimamente relacionada com a questão de sua eficácia na esfera privada¹⁰⁰; a ideia básica é a de que eles não são apenas oponíveis aos poderes públicos, mas também aos sujeitos privados (SARLET, 2015, p.154). Isto vem sendo estudado como eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Reconhecendo o

98 Código Civil de 2002, Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Código Civil de 2002, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Resumidamente, existe corrente doutrinária que recusa o reconhecimento de direitos sucessórios no caso da reprodução assistida *post mortem* na medida em que a prole, nesse cenário, não existia no momento da abertura da sucessão. Novamente ousamos remeter o leitor ou a leitora à nossa Dissertação de Mestrado (RIBEIRO, 2016), em especial o capítulo 5, ao menos para uma compreensão do estado da arte do debate doutrinário a este respeito.

99 Texto legal este que, embora promulgado em 2002, ignorou a então já existente hipótese, possibilitada pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, de filhos biológicos do autor da herança concebidos após a sua morte.

100 Tanto que Vieira de Andrade (2001, p.141-142) estuda ambos os desdobramentos conjuntamente; o autor português reconhece, entretanto, que “não se pode limitar a irradiação e a eficácia externa dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, que estes fenômenos, a existirem, se não-de forçosamente repercutir em toda a ordem jurídica, designadamente no direito administrativo, substantivo e procedimental, bem como no direito criminal e no direito processual”.

extenso debate doutrinário a respeito da existência e da forma dessa eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para os fins a que se propõe a presente Tese, e em coerência com a metodologia civil-constitucional, adotamos a perspectiva de Daniel Sarmiento (2008, p.245), segundo quem “existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”¹⁰¹. Quando falamos em vinculação direta, referimo-nos ao fato de que ela independe de intervenção legislativa, ou seja, de uma norma infraconstitucional que regulamente o modo pelo qual o particular, em suas relações, deve respeitar os direitos fundamentais¹⁰².

Uma hipótese em que podemos verificar a incidência do direito fundamental à herança nas relações entre particulares é a sucessão forçada em favor de determinadas pessoas que mantinham vínculo qualificado com o *de cuius*. Com base no artigo 5º, XXX da Constituição Federal e na solidariedade familiar – que por sua vez decorre tanto do dever constitucional de solidariedade quanto de a família ser a base constitucional da sociedade –, de fato entendemos que a algumas pessoas devem ser reconhecidos direitos sucessórios intangíveis sobre o patrimônio alheio, dos quais somente em casos excepcionais podem ser privadas¹⁰³. Dessa forma, reconhecemos fundamento constitucional para, em casos de extrapolação da parte disponível, a invalidade da doação¹⁰⁴ e a possibilidade de redução das disposições testamentárias¹⁰⁵. O poder de disposição da propriedade a título gratuito, de que goza o particular, é restringido pelo direito fundamental à herança de certas pessoas que guardam um vínculo de proximidade e dependência com ele.

101 O autor continua: “Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas”. O referenciado livro de Daniel Sarmiento (2008) é uma das obras essenciais sobre o assunto no Brasil, ficando aqui a nossa recomendação para o leitor interessado especificamente nos fundamentos que levaram à posição adotada, por Sarmiento e pela presente investigação, na discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

102 Assim como Juan María Bilbao Ubillos (2008, p.232), entendemos como falsa a contraposição entre eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ao admitirmos que os direitos fundamentais têm vigência imediata nas relações entre particulares, obviamente não estamos excluindo a eficácia desses direitos através da legislação infraconstitucional.

103 Na seção 4.1 abordaremos com profundidade essa questão. Registramos desde logo, entretanto, que ao reconhecermos a constitucionalidade da sucessão forçada não estamos afirmando que a conformação legislativa dada pelo Código de 2002 à legítima dos herdeiros necessários é necessariamente adequada, em todos os casos, para atender satisfatoriamente aos fundamentos e funções atribuídas pela Constituição ao direito à herança.

104 Código Civil de 2002, Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

105 Código Civil de 2002, Art. 1.967, *caput*. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.154), igualmente decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a figura jurídica das garantias institucionais, no sentido de “determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”¹⁰⁶. Conforme José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.139) leciona, determinados setores (econômicos, sociais ou administrativos) são regulamentados por um conjunto jurídico-normativo; a Constituição então reconhece esses institutos ou instituições, assegurando-lhes proteção especial quanto à sua essência e aos seus traços característicos. Isso não significa que inexista liberdade de conformação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que ao legislador é vedada a destruição, a descaracterização ou a desfiguração dessa instituição – contrário fosse, haveria uma violação ao núcleo essencial do direito fundamental estabelecido pela garantia institucional (ANDRADE, 2001, p.141).

No caso da herança, percebemos imediatamente a função limitadora do artigo 5º, XXX da Constituição Federal; o próprio dispositivo constitucional diz que tal direito é garantido. Dessa forma, salta aos olhos a existência de uma garantia constitucional ao instituto jurídico da herança; a transmissão intergeracional de riqueza não pode ser abolida por ação do legislador infraconstitucional. Por essa razão, a doutrina de modo geral tem certa facilidade em reconhecer o artigo 5º, XXX da Constituição Federal como uma garantia do instituto da herança. Assim, a título de exemplo, podemos mencionar Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.619-620), para quem o referido dispositivo constitucional tem como objetivo “impedir que a sucessão mortis causa seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte”.

Na doutrina encontramos afirmações como a de Roberta Drehmer de Miranda (2009, p.13), segundo quem “não veio a Constituição de 1988 regular o direito civil em lugar da legislação ordinária, ou tornar o direito civil constitucional, mas tão-somente dar segurança jurídica à própria existência de tais institutos (resguardando-os de eventual arbítrio do legislador)”. Contudo, Pietro Perlingieri (2008, p.571) afirma que, apesar de ser inegável o reconhecimento de que as normas constitucionais estabelecem limites às ordinárias, não podemos tomar esta como a única função

106 Sarlet exclui de sua abordagem as garantias institucionais não fundamentais, bem como os direitos-garantia (que assumem feição típica de direito subjetivo, sem prejuízo de uma eventual e por vezes secundária dimensão institucional).

dos preceitos fundamentais¹⁰⁷. Dessa forma, não podemos entender, de forma simplista, que impedir a abolição da sucessão *causa mortis* é a única função do artigo 5º, XXX da Constituição. De forma semelhante, Felipe Lima Gomes (2015, p.87-88) critica tentativas doutrinárias de reduzir o direito fundamental à herança a apenas uma garantia do instituto. Para o referido autor, a teoria das garantias do instituto não pode erodir a força normativa dos direitos fundamentais, que devem, tanto quanto possível, ser classificados como direitos subjetivos. Do mesmo modo, ele ainda afirma que a força jurígena do direito à herança vai além de impor limites à atuação estatal, servindo de base inclusive para a restrição a outros direitos fundamentais – a exemplo do artigo 496, *caput* do Código Civil de 2002, que restringe o poder de disposição do proprietário de forma a proteger os interesses dos seus eventuais herdeiros¹⁰⁸ (GOMES, 2015, p.88).

Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre a atribuição, ao Estado, de um dever geral de efetivação, que por sua vez serve de base para o reconhecimento de deveres estatais de proteção (*Schutzpflichten*). Ao Estado “incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (SARLET, 2015, p.155)¹⁰⁹. Dessa forma, o Estado deve adotar medidas, de natureza diversa, visando notadamente a proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais¹¹⁰.

Felipe Lima Gomes (2015, p.52) menciona dois exemplos de como o legislador cumpre o seu dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança. O primeiro exemplo é a causa suspensiva do artigo 1.523, I do Código Civil de 2002. De acordo com esta norma, a pessoa viúva não deve casar, se tiver filho do cônjuge falecido, enquanto os bens do casal não forem inventariados e partilhados entre os herdeiros. O legislador evita, assim, que a nova relação conjugal do cônjuge supérstite cause confusão patrimonial e eventual prejuízo ao direito

107 Perlingieri então se refere à existência de uma função promocional das normas constitucionais, para além da função limitadora da legislação infraconstitucional. Abordaremos a função da herança na seção 3.3.

108. Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

109 Este dever também se relaciona simultaneamente com a noção dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela e com o monopólio estatal do exercício da força. Na medida em que a autotutela privada é ordinariamente vedada, compete ao Estado proteger os indivíduos contra violações e ameaça de violações aos seus interesses, advindas do Estado ou de outros indivíduos.

110 Na esteira de Vieira de Andrade (2001, p.143), temos de reconhecer que o Estado sempre atuou (ao menos em tese) para proteger certos bens jurídicos, tanto com base na criminalização de condutas antissociais quanto com a proteção dos seus nacionais em relação a outros Estados. Contudo, a ideia que este papel se relaciona à efetivação das normas de direitos fundamentais é relativamente recente.

fundamental à herança dos demais sucessores do falecido. O segundo exemplo é o artigo 168, § 1º do Código Penal, que aumenta em um terço a pena do agente que pratica apropriação indébita na condição de inventariante ou testamentário¹¹¹.

Já da perspectiva do sucedido, entendemos que um exemplo de proteção quanto ao seu interesse na herança é a exclusão por indignidade daquelas pessoas que, por violência ou fraude, atentaram contra a sua liberdade de testar¹¹². Do mesmo modo, esse interesse também deve ser considerado como um dos fatores relevantes (apesar de não o único) do desenho normativo da sucessão legítima; na seção 5.1, veremos que a vontade presumida do morto é um dos critérios orientadores das escolhas legislativas na estruturação da sucessão *ab intestato*.

Do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, decorre também o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), “nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*” (ANDRADE, 2001, p.144). Nesse sentido, o legislador é obrigado a promover os direitos fundamentais¹¹³; semelhantemente, “toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional” (SARMENTO, 2008, p.107).

Obviamente, a resposta legislativa clássica para a promoção do direito à herança é a inclusão de um livro do Direito das Sucessões no Código Civil. Entretanto, a simples positivação não é suficiente; conforme mencionado, devemos questionar se existe um nível mínimo adequado de proteção a esse direito. As críticas que vemos tecendo demonstram uma terrível inadequação da legislação civil em relação a diversos aspectos do fenômeno hereditário. Seleccionamos alguns desses problemas, os quais abordaremos com profundidade nos próximos capítulos. A título ilustrativo, do ponto de vista do sucedido, sua liberdade de testar é sufocada pelo desnecessário

111 O mencionado autor reconhece que a legislação penal referida é anterior à Constituição de 1988, mas defende que, de todo modo, a norma infraconstitucional destacada cumpre o dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança; posição essa com a qual concordamos.

112 Código Civil de 2002, art. 1814, III. Remetemos o leitor à crítica que fizemos a este dispositivo na seção 2.3. Melhor agiria o legislador se tivesse tutelado a liberdade testamentária de modo geral, em vez de apenas a livre disposição de bens por testamento.

113 De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2009, p.115-116), “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. (...) o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de proteção dos direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um ato do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”.

excesso de formalidades legais; já do ponto de vista do sucessor, a obsessiva busca por segurança e eficiência faz com que a vocação hereditária inclua pessoas que não deveriam ser chamadas à sucessão e exclua pessoas que, ao revés, deveriam ser chamadas¹¹⁴. Com base no dever de proteção atribuído especificamente ao legislador em relação ao direito fundamental à herança, argumentaremos na seção 5.6 que não podemos considerar a existência da sucessão testamentária como mecanismo suficiente para suprir as falhas na estruturação da sucessão *ab intestato*. Conclusivamente, em todos esses casos mencionados, a proteção existe, mas é insuficiente para promover a devida proteção do direito à herança, inserido no contexto axiológico constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p.156) menciona como derradeiro desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a função de “parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento”. Tipicamente existem os direitos fundamentais a um procedimento (também chamados procedimentais), como, por exemplo, o direito ao *habeas corpus* ou ao *habeas data*, dos quais não estamos aqui tratando em relação à perspectiva objetiva. Para além deles, reconhecemos que a concretização e o exercício de direitos fundamentais (isto é, a efetivação do seu conteúdo material) demanda uma formatação de organizações e procedimentos que lhe sirvam de auxílio. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (2001, p.146-147) distingue direitos fundamentais dependentes de um procedimento (o seu exercício só é faticamente possível através de uma organização e segundo um procedimento); direitos sujeitos a um procedimento (a rigor, seu exercício não é impossível sem procedimentos, contudo a Constituição ou a lei os exigem); direitos fundamentais de cunho procedimental (“direitos ou faculdades cujo exercício ou cumprimento impliquem a participação de outrem, em especial quando sejam direitos a prestações, que não são pensáveis sem uma organização e um procedimento, ainda que estes possam ser de dimensão e intensidade muito diversas”); e direitos fundamentais afetados por um procedimento, administrativo ou judicial (como o direito à propriedade perante um procedimento de expropriação). Em qualquer desses casos, os direitos fundamentais impõem que as normas organizacionais e procedimentais sejam “conformadas no

114 E aqui reiteramos o necessário questionamento feito por Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p.74): “esse sistema normativo do Direito Sucessório brasileiro, conforme se apresenta atualmente no Código Civil em vigor, é adequado à proteção das pessoas que estejam em situação de dependência econômica para com o de cujus ou em situação de vulnerabilidade econômica?”

sentido de assegurar o exercício ou a efectividade desses direitos ou, pelo menos, em termos que ponderem os valores jusfundamentais em causa” (ANDRADE, 2001, p.148).

O modelo sucessório adotado no Brasil faz com que a herança seja um direito fundamental sujeito a um procedimento – qual seja, o inventário, com a posterior partilha – e que, por isso, requer a criação e organização de um aparelho estatal para tanto. Nosso Código Civil adota o *droit de saisine*, o que significa que a transmissão *mortis causa* da posse e da propriedade do acervo hereditário se opera de forma automática com a morte, independentemente de qualquer ato ou formalidade para isso¹¹⁵; não sendo faticamente impossível sem o inventário, o direito à herança não é dependente de um procedimento, nos termos descritos no parágrafo anterior. Ocorre que o mesmo modelo também considera a herança um todo indivisível até ser partilhada, aplicando-se a ela as normas pertinentes ao condomínio¹¹⁶. O sistema é totalmente direcionado para que a partilha ocorra, judicialmente (em regra) ou extrajudicialmente (preenchidos os requisitos para tanto), o que sujeita o direito fundamental ao já mencionado procedimento do inventário.

Assim, o Estado deve disciplinar o procedimento que possibilita que a herança seja partilhada, o inventário. Também deve criar, organizar e manter a estrutura em que esse procedimento ocorrerá: seja o órgão jurisdicional com competência para matéria de Sucessões, seja os Tabelionatos em que se lavram partilhas extrajudiciais. Ocorre que o Estado não tem o dever de simplesmente criar esses órgãos e procedimentos relacionados à herança. É também dever do Estado zelar para que o esquema organizacional e procedimental por ele arquitetado adequadamente assegure o exercício de tal direito fundamental¹¹⁷. Assim, a simplificação procedimental nos casos de arrolamento é um exemplo de tentativa, da parte do legislador, de facilitar a concretização deste direito constitucional. No mesmo sentido, a possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na lei 6858/1990¹¹⁸ – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento

115 Por essa razão, a partilha tem natureza declaratória, não constitutiva: a partilha não transmite propriedade, ela reconhece uma transmissão que já se operou desde a abertura da sucessão.

116 Código Civil de 2002, Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

117 A simplificação do processo de inventário, visando à rápida e adequada divisão dos bens, não se trata de uma exigência recente. Há mais de 60 anos Sady Gusmão de Cardoso (1958, p.37) já defendia essa necessidade.

118 Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da

constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria claro retrocesso social. Por outro lado, na medida em que temos como notória a morosidade das varas competentes para processar e julgar os inventários, inevitavelmente reconhecemos nesse cenário o péssimo papel do Judiciário na efetivação do direito à herança. Por fim, na seção 5.7 verificaremos que um dos principais argumentos contrários à atribuição de maior discricionariedade ao juízo sucessório é o aumento do tempo necessário e dos custos para solução das questões hereditárias. Entendemos que o Estado não pode se furtar a cumprir com seu dever de elaborar um procedimento adequado à inserção dessa discricionariedade em matéria sucessória e de equipar as Varas de Sucessões com os recursos necessários para lidar com as demandas daí decorrentes.

Importante notarmos, entretanto, que aos poucos caminhamos para uma “desinventarização” da sucessão *causa mortis*. Já em meados da década de 1980 John Langbein (1984) mencionava uma revolução no Direito das Sucessões (batizada por ele de *nonprobate revolution*), com o advento de mecanismos para evitar a necessidade de se passar pelo processo de inventário, aos quais a doutrina costuma se referir como “substitutos dos testamentos”¹¹⁹. A legalidade de tais mecanismos no Brasil é questionável e merece estudo próprio; entretanto, a sua introdução no ordenamento jurídico nacional configurará uma desprocedimentalização do direito fundamental à herança.

Por fim, devemos enfrentar a afirmação de Daniel Sarmiento (2008, p.108) no sentido de que certas limitações aos direitos fundamentais são justificadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em prol dos interesses da coletividade. Sarmiento aduz ainda que, sempre respeitando o núcleo essencial e a proporcionalidade, pode haver restrições ao âmbito dos direitos fundamentais, conformando-os às necessidades coletivas. Por outro lado, para Sarmiento, isso não significa que o direito fundamental deva ser funcionalizado, “numa postura organicista e antiliberal”, aos interesses da coletividade. Para ele, o que ocorre é que o direito fundamental deixa

legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

119 No original, *will substitutes*. Esses mecanismos recebem esse nome justamente porque substituem o complexo procedimento de feitura de um testamento, que além de tudo também envolve a apresentação em juízo para cumprimento. Não devemos confundir com instituição, no testamento, de substitutos para o herdeiro ou legatário indicado que não possa ou não queira aceitar a disposição testamentária. A busca por evitar o inventário é ainda mais antiga do que o mencionado artigo de Langbein; vejamos, por exemplo, a obra *How to Avoid Probate*, de Norman Dacey, publicada em 1965.

de ser analisado sob uma visão individualista abstrata e impalpável, mas centrada no ser humano concreto e situado (SARMENTO, 2008, p.123).

Na próxima seção, observaremos que o direito à herança não é um elemento solto, avulso na Constituição Federal. No contexto constitucional, a herança tem fundamentos e funções, tanto no interesse do indivíduo titular do direito sucessório subjetivo quanto no da sua família e, também, no interesse da coletividade. Entenderemos assim como o direito subjetivo à herança deverá ser conformado para se tornar adequado ao projeto de sociedade delineado pelo constituinte.

3.2 FUNDAMENTO DO DIREITO À HERANÇA

Iniciamos a presente seção com duas perguntas. Afinal, por que reconhecemos um direito (fundamental) à herança? Para quem e para que serve – ou deveria servir – a herança no ordenamento jurídico brasileiro?

Compreendemos, assim como Luiz Edson Fachin (2008, p.17; 2012, p.98-99), que o ordenamento jurídico de caráter civil-constitucional exige uma “permanente interrogação que almeja, sempre, saber para que serve e a quem serve o Direito”. À luz da teoria crítica, devemos nos afastar da postura do “Direito Civil clássico”, que se reduz às operações silogísticas levando em consideração aquelas escolhas previamente feitas pelo legislador. Como ressaltado por Fachin, a teoria tradicional do Direito Privado apreende pessoa e relação jurídica como categorias insulares, abstratas, atemporais e despidas de historicidade, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica. Nesse contexto, a relação jurídica entre os sujeitos abstratos é um dos mecanismos pelos quais a histórica exclusão social e econômica se legitima (FACHIN, 2012, p.117).

Ao mesmo tempo, Giselda Hironaka (2014, p.94-95) argumenta que, por força da inspiração romana do nosso sistema, acostumamo-nos a compreender a sucessão *causa mortis* como mecanismo de preservação do patrimônio e, por outro lado, “não nos acostumamos a questionar os fundamentos jurídicos e nem mesmo os fundamentos não jurídicos desse costume”. A autora aduz, assim, que o discurso jurídico atual se perde na análise dos fundamentos do fenômeno sucessório. Para ela, isso é problemático porque, fundamentando a herança no mundo

romano, com meras adaptações às demandas atuais, não avançamos na fundamentação racional do nosso próprio pensamento jurídico.

Entendemos que (re)discutir o fundamento da herança à luz da Constituição é superar o excessivo foco patrimonialista e individualista tradicionalmente associado ao Direito das Sucessões, trazendo para o fenômeno hereditário uma inovadora perspectiva emancipadora, protetora e promotora do pleno desenvolvimento da pessoa. As consequências dessa análise transcendem o plano meramente teórico. Como veremos na seção 3.3, esse debate possibilita até a busca por tentativas de conciliar elementos *a priori* contraditórios, como herança, de um lado, e justiça social e redução das desigualdades, de outro. Por essa razão, vemos com certa estranheza afirmações como a de Paulo Nader (2010, p.32), segundo quem a discussão sobre o fundamento da sucessão “não guarda relevância prática, pois a transmissão de bens por morte é costume enraizado e plenamente aceito pelas sociedades”.

No Brasil, é muito comum encontrar nas obras sobre Direito das Sucessões, em especial (mas não exclusivamente) nos manuais de graduação, referências à obra *A Cidade Antiga*, de Numa-Denys Fustel de Coulanges. Resumidamente, com base em sua análise da Antiguidade, este autor fundamenta o fenômeno hereditário na continuidade da religião doméstica. A hereditariedade deriva do fato de o filho ser continuador natural e obrigatório do culto da família e, portanto, da propriedade.

Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece. (FUSTEL DE COULANGES, 2006)

Entendemos que a repetição acrítica da teoria de Fustel de Coulanges como explicação para o fundamento da herança é problemática por dois motivos. Em primeiro lugar, porque falta uma conexão entre os costumes ali relatados e a contemporaneidade. Cria-se uma falsa ligação entre as práticas da Antiguidade e o fenômeno sucessório dos dias atuais; não se leva em consideração todos os desenvolvimentos doutrinários e legislativos, notadamente a partir do século XVII, que efetivamente moldaram a concepção de herança que temos hoje em dia. Em segundo lugar, conforme Giselda Hironaka (2014, p.111) sustenta, a despeito de todo o respeito que Fustel de Coulanges já recebeu no passado entre os historiadores, contemporaneamente seu trabalho vem

sendo atualizado pelos estudos críticos de história. Fustel de Coulanges trabalhou em uma época em que havia poucos recursos para a documentação da pesquisa histórica, e sua obra inclui não apenas efetivas evidências, mas também noções literárias, mitológicas, religiosas e sociológicas; por essas razões, *A Cidade Antiga* é uma obra atualmente considerada ultrapassada e metodologicamente falha pelos historiadores (HIRONAKA, 2014, p.115-116).

De modo geral, para além dos que se conformam em citar *A Cidade Antiga*, encontramos na doutrina correntes que oferecem diferentes fundamentos para o fenômeno hereditário. Há os que encontram a razão de ser da herança na vontade, real ou presumida, do falecido. Há ainda aqueles que enxergam na sucessão *causa mortis* um mero complemento do direito de propriedade. Há também os que entendem a herança essencialmente como um mecanismo de proteção à família. Há ainda uma concepção, mais recente e ainda minoritária, de sucessão hereditária enquanto mecanismo de continuidade e enfrentamento da mortalidade através da propriedade.

3.2.1 A vontade real ou presumida do falecido

A tradição voluntarista do Direito Civil se manifesta em algumas explicações sobre o fundamento do fenômeno hereditário. Assim, encontramos autores como José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.198), para quem “a fonte de onde deriva a sucessão é a vontade do falecido, quer ela tenha sido declarada de forma expressa, por via do testamento ou do codicilo, ou esteja presumida pela lei”. Também Roberto de Ruggiero (1973, p.405) enxergava como fundamento racional e jurídico da sucessão testamentária a autonomia da vontade, bem como sendo a presunção de vontade do falecido um dos fundamentos da sucessão legítima. Outros doutrinadores focam menos no elemento vontade, fundamentando o direito de suceder na afeição, real ou presumida, do sucedido (MAXIMILIANO, 1964, v.I, p.87).

Há também aqueles que enxergam o fundamento da sucessão hereditária na associação da vontade do sucedido com outros fatores. Por exemplo, para Luigi Miraglia (1943, p.553), além da vontade do proprietário, o direito sucessório se baseia na comunidade familiar: “se se fundasse inteiramente na família, o indivíduo estaria absorvido por este corpo coletivo; se fosse tudo individualidade, haveria negação dos deveres familiares”.

Sob a lógica oitocentista de se pensar o Direito Privado, que tinha o voluntarismo como uma das características principais, fazia todo o sentido buscar na vontade do sucedido o fundamento (ou um dos fundamentos) da sucessão hereditária. Entretanto, conforme amplamente discorreremos na seção 2.1, atualmente, sob um paradigma neoconstitucionalista, já não é mais cabível encontrar na vontade do sujeito a razão de ser do Direito, inclusive do Direito das Sucessões. Assim como Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.624), compreendemos que reconduzir inteiramente o fenômeno sucessório à vontade (expressa ou presumida) do sucedido é uma postura ultrapassada que deve ser abandonada, na medida em que “está apoiada em premissas altamente individualistas, que compreendem a vontade individual como a causa dos efeitos jurídicos das relações privadas, cabendo à lei tão-somente o dever de reconhecê-la e tutelá-la”.

Apesar de rejeitarmos que se entenda a vontade do falecido como único fundamento da sucessão hereditária, reconhecemos que se trata de um elemento importante na configuração infraconstitucional da sucessão hereditária. Por um lado, como veremos na seção 4.1, a liberdade de testar é um direito fundamental e, dessa forma, o fenômeno sucessório se abre, em conformidade com a Constituição, para a manifestação expressa de vontade do sucedido. Por outro lado, como veremos na seção 5.1, a vontade presumida do morto é um dos parâmetros orientadores da estruturação da ordem legal de chamamento à sucessão. Admitir isso não é um indevido retorno ao voluntarismo oitocentista, na medida em que essa vontade presumida não é fundamento da sucessão *ab intestato*, apenas um critério orientador; existe significativa diferença de grau da sua importância sob essas duas perspectivas. Nesse sentido, a ordem de vocação hereditária deverá equilibrar a vontade do *de cuius* com outro critério orientador, qual seja, a existência de deveres do morto para com determinadas pessoas; e muitas vezes o legislador deverá priorizar o cumprimento desses deveres, em detrimento do elemento volitivo, notadamente nas circunstâncias de dependência e vulnerabilidade do sucessor.

3.2.2 Complemento da propriedade

Já a tradição patrimonialista do Direito Civil se reflete nas tentativas de encontrar os fundamentos da sucessão *causa mortis* como complemento ou suporte dos direitos reais e

obrigacionais¹²⁰. A título ilustrativo, podemos mencionar Alberto Trabucchi (1952, p.735), para quem, se a propriedade se extinguisse com a morte, as coisas que eram do morto se tornariam *res nullius* passíveis de ocupação, causando o enriquecimento ilícito de quem as ocupasse¹²¹; enquanto que, se as obrigações se extinguissem, os credores seriam prejudicados e a economia sofreria um golpe. Também encontramos em Roberto de Ruggiero (1973, p.400) uma explicação econômica para o fenômeno hereditário, no sentido de “que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral”.

Há também aqueles que, como Marcel Planiol e Georges Ripert (1933, p.07), identificam na sucessão *causa mortis* um elemento que completa a propriedade privada e lhe dá valor econômico e social¹²². Pontes de Miranda (1968, p.181) também vê o fundamento do direito sucessório na propriedade individual, que não se extingue com a morte.

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro (2011, p.18) igualmente enxerga no fenômeno hereditário um simples complemento do direito de propriedade, conjugado ou não com o direito de família. Monteiro adere à célebre afirmação de que “propriedade que se extinga com a morte do respetivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto”; ele também sustenta que “família que não tenha direito de recolher patrimônio deixado por um de seus membros não pode subsistir como coletividade nuclear, como célula do Estado”. Ressaltamos a profunda semelhança com a doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves (1951, p.1318), segundo quem “o instituto da sucessão é o complemento necessário do direito de propriedade, conjugado ou não com o direito de família”; “propriedade que se extingue com a morte do seu titular e não se transmite ao seu sucessor, por sua vontade expressa ou presumida, não é

120 Como exemplo de doutrina nacional nesse sentido, citamos Dilvanir José da Costa (1978, p.227): “e assim surge o Direito das Sucessões, como consequência natural e desdobramento lógico dos Direitos Reais e Obrigacionais e do Direito de Família. Com efeito, os direitos reais e obrigacionais denunciam a existência de um patrimônio sem sujeito ou titular, enquanto que o Direito de Família aponta aqueles que, pelo grau de parentesco ou vinculação afetiva com o morto, se credenciam à sucessão. Fecha-se o círculo do Direito Civil, desde o início até o fim da personalidade.”

121 No mesmo sentido, Orosimbo Nonato (1957, v.II, p.17) afirmou que “Em *res derelicta* não se converte o patrimônio com a morte do respectivo titular. O contrário produziria um trouble social: as exigências de ordem no consórcio civil fazem da sucessão uma necessidade”.

122 Reconhecendo que a análise do fenômeno hereditário depende da política legislativa de cada Estado, Francisco José Cahali (2003, p.27) afirma que, quando se prestigia a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, “o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade. É o corolário do direito de propriedade. A transmissão *causa mortis* é a decorrência lógica da propriedade, tal como caracterizada, dentre outros aspectos, pela perpetuidade e estabilidade da relação jurídica formada; ou sob outro ângulo, é o complemento do direito de propriedade, prolongando-se além da morte do seu titular”.

propriedade, mas sim usufruto vitalício”; “família que não tenha direito aos bens de um dos seus membros, especialmente aos dos ascendentes ou descendentes, não pode subsistir como colectividade natural, núcleo da sociedade organizada, base do Estado”.

De forma mais elaborada, mas em sentido semelhante, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004, p.184-185) aduz que a noção de perpetuidade da propriedade depende do recurso ao direito das sucessões relacionado ao direito de família – o que ressalta um nexo íntimo entre esses ramos e os direitos reais. Segundo ele, “a propriedade é perpétua na medida em que tem como ser titularizada e mantida pela família a que o bem passou a pertencer e, dentro da perspectiva cultural de perpetuação da família nas gerações seguintes, a propriedade do bem nunca deixará de existir”.

Não aderimos à tendência doutrinária de entender a herança como mero desdobramento ou complemento da propriedade. Acreditamos que se trata de fenômenos distintos e que, portanto, não devem ser confundidos. A propriedade incorpora os poderes sobre a coisa: usar, gozar, dispor e reaver do poder de quem injustamente a possui ou detenha¹²³. Quando se questiona, porém, se no poder de disposição necessariamente coexistem a transferência *inter vivos* e a *causa mortis*, ou se há somente a *inter vivos*, a resposta não é tão óbvia. Acreditamos, assim como Mark Ascher (1990, p.83), que a transmissão *causa mortis* não é um componente teoricamente imprescindível da propriedade.

Não estamos aqui afirmando que não existe uma íntima conexão entre sucessão *causa mortis* e propriedade. Obviamente essa relação existe, e a negar seria um contrassenso teórico. O nosso argumento é no sentido de que a transferência intergeracional da propriedade não é um elemento intrínseco a esse direito. O proprietário continuaria tendo esse *status*, e todos os poderes a ele inerentes, ainda que não houvesse a transmissão hereditária do seu patrimônio.

Dessa forma, entendemos como totalmente equivocada a afirmação de que sem a transmissão *causa mortis* a propriedade seria mero usufruto. A afirmação, tanto repetida na doutrina, tem certo poder de convencimento, mas não tem qualquer embasamento na teoria dos Direitos Reais. A propriedade é direito real em coisa própria, enquanto o usufruto é direito real em coisa alheia; a eventual inexistência de sucessão hereditária não transformaria a coisa própria em alheia. Nesse mesmo sentido, ao proprietário é dado o direito de dispor da coisa, o que é logicamente vedado ao usufrutuário, que não pode dispor de coisa que não é sua e sequer pode

123 Código Civil de 2002, art. 1228.

alienar o usufruto¹²⁴. A inexistência de herança em nada impediria que o proprietário dispusesse *inter vivos* da coisa, poder que continuaria não sendo atribuído ao usufrutuário.

Além disso, nosso ordenamento admite a propriedade resolúvel, que se extingue em razão de elemento accidental do negócio jurídico¹²⁵. Com o implemento da condição ou o advento do termo, a propriedade se extingue em relação àquele sujeito, não se transmitindo aos seus sucessores. Isso, todavia, não significa que aquele direito que existia era mero usufruto; titular de propriedade resolúvel é proprietário com todos os poderes inerentes ao domínio – um domínio resolúvel, porém. No próprio Direito das Sucessões encontramos, por exemplo, a substituição fideicomissária, na qual o testador pode estabelecer que o domínio do fiduciário se extingue com a sua morte, passando então para o fideicomissário. O fideicomissário é sucessor do testador, não do fiduciário. Isso não significa que o fiduciário era mero usufrutuário; ele era proprietário com todos os poderes inerentes ao domínio, ainda que, com a sua morte, os bens não tenham sido transmitidos aos seus próprios sucessores.

Para além de tudo isso, acreditamos que seria de uma pobreza teórica e normativa sem tamanho se o constituinte tivesse dedicado um inciso próprio ao direito de herança, no rol de direitos fundamentais, se se tratasse de mero complemento da propriedade, outro direito fundamental já listado poucos incisos antes.

Por fim, aceitar a propriedade em si mesma como fundamento da sucessão *causa mortis* também configuraria uma excessiva reverência ao tradicional patrimonialismo do Direito Civil clássico, o que devemos recusar por força de adotarmos a metodologia civil-constitucional. Como Pietro Perlingieri (2002, p.32-34), entendemos que não se pode colocar no mesmo plano os interesses patrimoniais e os existenciais, estritamente ligados à pessoa; a funcionalização daqueles em relação a esses é uma das tarefas realizadas pela metodologia civil-constitucional. O autor italiano pontua: interesses de natureza diversa demandam tutelas qualitativamente diversas. Caminhamos, assim, para uma “despatrimonialização” do Direito Civil. Conforme ressaltado por Perlingieri, a despatrimonialização não significa a expulsão do conteúdo patrimonial do sistema

124 Código Civil de 2002, Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos. Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

125 Código Civil de 2002, Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possui ou detenha.

jurídico; significa, sim, fundamentar esse conteúdo patrimonial no suporte ao livre desenvolvimento da pessoa – o que, inclusive, permite uma distribuição com mais justiça.

Entendemos, assim, que a transferência intergeracional de propriedade, para se conformar à inteireza da tábua axiológica da Constituição, deve estar relacionada com, entre outros aspectos, a promoção da personalidade dos sujeitos envolvidos no fenômeno sucessório. Isso envolve – mas não em todo caso e também não se reduz a – encarar o patrimônio hereditário como um meio de assistência à vida digna do sucessor. Assim, uma das razões pela qual a propriedade é transmitida *mortis causa* é para assegurar a subsistência ou, talvez, a residência do herdeiro. Não podemos, entretanto, desconsiderar que, em alguns casos, a herança é tão pequena que se faz insuficiente para tal mister; ou tão grande que permite uma vida ociosa de rentista. Isso nos obriga a repensar o perfil funcional da herança, o que faremos na seção 3.3.

3.2.3 Proteção à família

Para além da vontade do falecido e complemento da propriedade, comumente se enxerga a sucessão *causa mortis* como um mecanismo de proteção à família do morto. Notamos, entretanto, que existem diferentes formas de se abordar a conexão entre herança e família.

Giuseppe D’Aguanno (1943, p.446-453) buscou desenvolver um fundamento científico do direito sucessório, com base na antropologia e na biologia. O autor italiano criou uma analogia entre a família e uma célula de um organismo; da mesma forma que os animais herdam caracteres orgânicos, herdam também caracteres psíquicos e morais, além de institutos sociais e costumes. Uma consequência lógica desse fenômeno é que as pessoas herdem os pertences particulares de seus pais. Basicamente, para D’Aguanno, o fenômeno hereditário se justifica porque os filhos são continuação fisiológica e psicológica dos pais. Não se trata de teoria sem qualquer receptividade no Brasil. Por exemplo, Luís Pinto Ferreira (1990, p.09-10) também enxergou como fundamento da herança “o vínculo de sangue próprio da hereditariedade em que o filho herda as particularidades gerais da espécie e da raça, como da própria família, assim como, além do laço de hereditariedade, as consequentes relações de afeto e atração geradas da comunidade de sangue”. Ocorre, porém, que há muitas décadas estamos caminhando para uma “desbiologização da paternidade” (VILLELA, 1979) e da família de modo geral. Consequentemente, notamos a fragilidade a falta de

embasamento científico-jurídico desse fundamento biológico da sucessão hereditária quanto às relações familiares.

Mesmo na doutrina mais recente encontramos argumentos semelhantes. Por exemplo, para Arnaldo Rizzardo (2011, p.139), a sucessão legítima se fundamenta na “necessidade de proteção aos membros da família do de cujus, os quais em regra formam o mesmo grupo sanguíneo, residindo quase sempre em idêntico prédio, e todos usufruindo das vantagens que advém dos bens”. Ainda segundo Rizzardo, “sobretudo as relações de parentesco aconselham que fique a herança concentrada no círculo familiar do morto, grupo de pessoas unidas por laços sanguíneos”. Notamos aqui novamente um recurso ao argumento biológico, que já deixamos de lado. Observamos também uma presunção de que os familiares vivem conjuntamente, afirmação essa para qual faltam evidências comprovadoras; e que torna difícil de explicar, então, por que se reconhecem direitos hereditários mesmo quando não é este o caso.

Por outro lado, segundo Pontes de Miranda (1968, p.190; p.202), a sucessão legítima tem o seu fundamento na existência de vínculo familiar; o laço familiar, por sua vez, “serve de elemento do suporte fáctico, elemento que se encontra nos grupos animais, ela existência de comunidade e de continuidade”. Em sentido semelhante, Francesco Messineo (1955, p.49) explica a sucessão legítima na reafirmação, pelo ordenamento jurídico, do vínculo familiar e conjugal; no reconhecimento de que o vínculo entre o defunto e os familiares não se rompe com a morte; e no interesse superior da família, que não se compromete com a morte de um dos seus componentes.

Não podemos negar a conexão entre sucessão hereditária e família. Essa relação existe mesmo nos sistemas jurídicos que enfatizam mais o aspecto da livre disposição testamentária sobre a propriedade. Por exemplo, muitos países com regimes inspirados na *common law* inglesa adotam a *family provision*, um mecanismo de proteção à família do testador sobre o qual discutiremos nas seções 4.1.2.1 e 5.8. Até mesmo nos Estados Unidos, onde o individualismo e a liberdade de testar são mais intensas, as legislações estaduais de modo geral protegem o cônjuge do testador, e a doutrina¹²⁶ já há algum tempo se preocupa com os descendentes do *de cujus*, defendendo a sua proteção contra os efeitos da deserdação.

126 Por todos, recomendamos Ralph Brashier (2004, p.32; p.91; p.118); Thomas J Oldham (1999, p.271-273) e Ronald Chester (p.406-407).

No Brasil, entendemos que não procedem tentativas de se desassociar a proteção à família da sucessão hereditária para se dar mais prestígio à liberdade de testar. Nosso entendimento se fundamenta em duas razões que se completam. Por um lado, a família é um elemento essencial do discurso evolutivo do direito sucessório¹²⁷ brasileiro. A formação do Direito das Sucessões é marcada pelo espírito de compromisso entre o individualismo romano, o espírito comunitário germânico e as exigências canônicas de proteção à pessoa e à família (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2000, p.273). Por outro lado, a família foi elevada pelo *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988¹²⁸ ao posto de base da sociedade. Desse modo, acreditamos que a sucessão hereditária é um campo de especial eficácia dessa normativa constitucional.

Devemos aqui fazer uma ressalva. Para Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p.74), há um duplo fundamento para o direito sucessório no Brasil, a propriedade¹²⁹ e a família. Segundo as autoras, “a proteção à família como causa justificadora do direito à herança encontra base na norma ordinária que estipula o rol de herdeiros com base nas relações de parentesco e conjugalidade”. Discordamos dessa premissa. As mencionadas autoras usam a ordem de vocação hereditária, constante da legislação infraconstitucional, como fator hermenêutico da norma constitucional – o que já observamos, no quarto comentário introdutório à seção 3.1, ser inadequado. Conforme demonstraremos no capítulo 5, a própria norma infraconstitucional estabelecida da ordem de vocação hereditária é insuficiente para atender ao projeto constitucional. Utilizando a metodologia civil-constitucional para uma releitura do fenômeno hereditário, a fonte onde devemos buscar a conexão hierarquicamente superior entre família e herança não é o Código Civil, mas a própria Constituição – por isso há pouco mencionamos o artigo 226.

127 Para uma teoria sobre os discursos por trás do desenvolvimento do Direito das Sucessões, recomendamos novamente a obra *Inherited Wealth*, de Jens Beckert (2008). Resumidamente, como Jens Beckert (2007, p.86), compreendemos que o discurso político e a posituação de normas sobre a herança tomam forma de acordo com os repertórios culturais de cada sociedade. Esses mesmos repertórios determinam as estratégias apropriadas para alcançar determinados objetivos. Por exemplo, os valores norte-americanos de intenso individualismo e busca de proteção contra a intervenção do Estado levaram ao desenvolvimento de uma ampla liberdade testamentária nos Estados Unidos; ao mesmo tempo, a noção de igualdade como luta contra os privilégios legitimou, na França, a intervenção do Estado nas relações familiares para assegurar o tratamento isonômico entre herdeiros (BECKERT, 2007, p.98). No Brasil, o vínculo familiar sempre desempenhou um papel significativo no repertório cultural e discursivo que conformou o fenômeno hereditário no ordenamento jurídico nacional.

128 Art. 226, *caput*. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

129 “O Direito Sucessório permite a continuidade do direito de propriedade para além da vida do titular, e seus fundamentos são os mesmos princípios que justificam o direito de propriedade individual, em especial a livre iniciativa, a função social e a autonomia privada, com positiva influência na produção de riqueza” (BORGES; DANTAS, 2017, p.76)

Ocorre que a ideia de sucessão enquanto continuação do vínculo familiar, apesar de popular, há mais de um século já havia sido criticada como vaga e indeterminada por Pietro Bonfante (1916, p.472). Assim como acentuado por Marcos Catalan (2010, p.140), entendemos inadequado o ainda enxergar a família enquanto uma entidade de produção. Semelhantemente, como Ana Luiza Maia Navares (2008, p.625), entendemos que se encontra anacrônica e superada a noção de sucessão fundamentada em um interesse superior da família. A doutrina civilista, sob a Constituição de 1988, abandonou a concepção de família enquanto uma instituição merecedora de tutela em si mesma; em seu lugar atualmente prevalece a ideia de família-instrumento, “assegurando assistência à mesma na pessoa de cada um dos seus membros”. Como bem notado por Perlingieri (2008, p.974), “a família não é titular de um interesse autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa”.

De fato, conforme discorremos na seção 2.3, encontra-se superada a tendência a se dar à família, enquanto entidade abstrata, uma consideração superior do que à dada aos seus membros. Contrariaria essa lógica encontrar no vínculo familiar, por si só, o fundamento da sucessão hereditária. O que devemos fazer é encontrar, na fundamentação do direito à herança, a proteção à família enquanto instrumento de promoção da dignidade dos seus membros, individualmente considerados. Retomaremos esse ponto tratando da função familiar da herança na seção 3.3.3.

3.2.4 Continuidade

Ainda no começo do século passado, Francesco Ricci (1916, p.01-02) entendia que, na medida em que a propriedade é meio de conservação, a sua transmissão *causa mortis* corresponde à necessidade da consciência humana de se perpetuar. Encontramos em Arnaldo Rizzardo (2011, p.03) a ideia de que “a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias”. Semelhantemente, Euclides de Oliveira (2004) afirma que há uma espécie de imortalidade do titular dos bens na transmissão da propriedade a certas pessoas e sob certas condições.

Segundo Hannah Arendt (2007, p.26), “imortalidade significa continuidade no tempo”. Para ela, “a tarefa e a grandeza potencial dos mortais têm a ver com sua capacidade de produzir

coisas – obras e feitos e palavras – que mereceriam pertencer e, pelo menos até certo ponto, pertencem à eternidade” (ARENDDT, 2007, p.27). Assim, “por sua capacidade de feitos imortais, por poderem deixar atrás de si vestígios imorredouros, os homens, a despeito de sua mortalidade individual, atingem o próprio tipo de imortalidade e demonstram sua natureza ‘divina’” (ARENDDT, 2007, p.28).

Shelly Kreiczer-Levy (2012a, p.501-503) parte da ideia de mortalidade para construir sua teoria sobre a sucessão *causa mortis*. A jurista ressalta que os sistemas jurídicos, ao contemplar e caracterizar a instituição “herança” na elaboração das leis sucessórias, devem levar em consideração a questão da mortalidade, inerente à condição humana.

Na teoria da herança como vínculo de continuidade, identificam-se três atributos simbólicos do fenômeno hereditário. Em primeiro lugar, ao contrário das transferências *inter vivos*, a sucessão *causa mortis* envolve mortalidade e certa aspiração de alcançar a imortalidade. Além disso, na medida em que o proprietário perde esta qualidade jurídica no momento da sua morte, a coisa apropriada deve ser passada para alguém. Por fim, a herança estabelece uma conexão entre o morto e os sobreviventes, através da transferência da propriedade (KREICZER-LEVY, 2014, p.737). Desse modo, conforme a mencionada teoria, a propriedade tem o potencial de conectar gerações.

Shelly Kreiczer-Levy (2012a, p.501-503) argumenta que, culturalmente, a resposta à mortalidade é a noção de continuidade, que possui uma dupla dimensão. De um lado, há a continuidade sócio-cultural, relativa à formação de uma cultura e à subsistência dos artefatos culturais. Por outro lado, há a continuidade individual, que inclui dois elementos complementares: o indivíduo tem a necessidade de deixar sua contribuição, sua influência no mundo mesmo quando não mais nele estiver; e o indivíduo também tem a necessidade de “raízes” (em termos de nação, grupo ou família), o que Kreiczer-Levy define como uma conexão de pertencimento com o mundo que já existia antes de a pessoa nele aparecer. Nesse contexto, Kreiczer-Levy sustenta, com base no significado da propriedade enquanto importante símbolo social e pessoal no mundo ocidental, que a herança é um dos artifícios culturais que estabelecem a noção de continuidade necessária para as pessoas transcenderem suas existências limitadas. Para ela, na medida em que a propriedade é um importante artefato cultural, símbolo de identidade, relações e influência; as pessoas usam a propriedade para se definir, para se comunicar, para melhorar as próprias vidas e para fazer transações. Dessa forma, a propriedade tem o potencial para ser instrumento de transcendência da

limitada existência humana. Assim, para Kreiczler-Levy (2012a, p.539-540), a herança cria e mantém a noção de continuidade através da propriedade, no sentido de que a transmissão *causa mortis* de propriedade simboliza continuidade de identidade, de ideias e de conexões. Como se trata de fenômeno cultural e simbólico, há uma profunda diferença em relação à noção clássica do Direito Civil, na qual se enxergava no herdeiro um continuador da personalidade do *de cujus*¹³⁰.

Nesse contexto, desenvolve-se a ideia de *intergenerational bond*, ou vínculo intergeracional: tanto o sucessor quanto o sucedido têm interesse de participar do fenômeno hereditário. A herança desempenha sua função quanto à ideia de continuidade tanto para o sucedido quanto para o sucessor; os interesses de ambos são interdependentes e complementares, e o deste deriva do daquele (KREICZLER-LEVY, 2012a, p.503-506; p.539-540). Conforme Shelly Kreiczler-Levy, para o sucedido, a herança é meio de influenciar o mundo após a sua partida, através da distribuição de propriedade. Por outro lado, a transmissão *causa mortis* da propriedade envolve a transferência das identidades e laços que nesta havia – o que atende à necessidade de “raízes” por parte do sucessor, o que lhe permite estabelecer seu senso de pertencimento. Comunica-se assim uma mensagem de inclusão – ou de exclusão, no caso daquelas pessoas não chamadas a suceder.

Encontramos na psicologia social evidências de que, de fato, a sucessão *causa mortis* se relaciona com a relação de continuidade entre sucedido e sucessor. Tykocinski e Pittman (2013, p.507-514) realizaram um estudo sobre como as pessoas gastam ou investem dinheiro herdado. Essa quantia é peculiar em relação a dinheiro recebido em outras ocasiões (como, por exemplo, presentes de aniversário ou de casamento), na medida em que, por um lado, é resultado de um evento excepcional que ocorre apenas uma vez (a morte de alguém) e, por outro, muitas vezes traz consigo emoções e memórias. Na investigação realizada, Tykocinski e Pittman notaram que há uma maior relutância em efetivamente gastar o dinheiro herdado; e que essa relutância também se reflete na forma como o dinheiro é gasto. Os pesquisadores concluíram que a personalidade do falecido fica marcada no acervo hereditário e que essa associação, combinada com a natureza da relação entre sucedido e sucessor, afeta o modo em que a herança é utilizada¹³¹. Os resultados são

130 A título ilustrativo, Lacerda de Almeida (1915, p.201) afirmava que “o herdeiro é pois o continuador de uma personalidade”.

131 “Whereas in general people shy away from spending the inheritance on frivolous hedonic pursuits, we found that they also consider the personality of the departed, and hedonic spending may increase to the extent that it is judged harmonious with their values and lifestyle” (TYKOCINSKI; PITTMAN, 2014, p.514). Em tradução livre: “enquanto geralmente as pessoas evitam gastar a herança de forma frívola ou hedonista, descobrimos que elas também consideram

particularmente interessantes porque, ao contrário de um imóvel ou um automóvel, o dinheiro tem natureza eminentemente fungível e, portanto, deveria despertar um sentimento de continuidade muito menos intenso do que o revelado pelo experimento.

Shelly Kreiczer-Levy (2012a, p.539) argumenta que tanto sucessor quanto sucedido têm interesse de participar do vínculo intergeracional e, assim, seus papéis não são de antagonismo, mas de complementaridade; portanto, o sucesso do fenômeno sucessório depende da cooperação de ambos. Segundo ela, a variedade dos modelos sucessórios nos diferentes sistemas jurídicos pode ser compreendida com base na ênfase dada, seja no sucedido, seja no sucessor, seja no grupo familiar. Cada sistema busca equilibrar o poder entre o sucedido e o sucessor; os debates sobre esse equilíbrio pendem, em algumas ocasiões, para a liberdade de testar, e, em outras, para a proteção a determinadas pessoas próximas ao morto, em especial a sua família (KREICZER-LEVY, 2012a, p.499). Conforme Shelly Kreiczer-Levy (2014, p.738), as normas sobre herança, tanto históricas quanto contemporâneas, compartilham a ideia de transmitir propriedade para transcender a mortalidade. Ela ressalva, porém, que esse propósito pode ser alcançado de diversas formas. Assim, o ordenamento pode focar mais na proteção à família ou na defesa da autonomia do proprietário.

Assim, acreditamos que há méritos na teoria de da herança enquanto continuidade. Ela considera a propriedade um mero instrumento pelo qual se estabelece um vínculo entre sucedido e sucessor. Assim, ela não ignora a relevância do direito à propriedade para a sucessão *causa mortis*, mas em sua tese este interesse patrimonial é instrumentalizado para a realização de interesses existenciais dos sujeitos envolvidos no fenômeno sucessório. Entretanto, devemos tomar essa teoria em conjunto com tudo que já desenvolvemos sobre solidariedade familiar e promoção da personalidade humana.

3.2.5 O perfil funcional enquanto fundamento do direito subjetivo à herança

Após analisarmos as correntes que pretendem justificar a sucessão hereditária, concordamos com a conclusão de Norberto Bobbio (2004, p.36-40), no sentido de que é ilusório

a personalidade do morto, e gastos hedonistas podem crescer à medida que isso é considerado harmônico com os seus valores e estilo de vida”.

buscar, para cada direito, um fundamento absoluto, uma razão e um argumento irresistível ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. De acordo com Bobbio, não existe direito fundamental por natureza: aquilo que parece fundamental em um tempo e lugar não necessariamente é fundamental em outros tempos e outros lugares; “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”. O próprio Bobbio sustenta essa opinião referindo-se à disputa entre os jusnaturalistas quanto ao fundamento natural da sucessão hereditária: retorno à comunidade, transmissão familiar ou livre disposição pelo testador. Conforme o pensador italiano, todas as três soluções são adequadas, conforme se considere a pessoa como membro da comunidade, como membro da família, ou como pessoa livre e autônoma.

A título ilustrativo, John Locke (1994, p.87-88) considerava a herança um direito natural; para ele, todo homem tem “o direito, de preferência a qualquer outro homem, de dividir com seus irmãos os bens de seu pai”. Em sentido diametralmente oposto, para John Stuart Mill (2009, p.200-202), ao contrário do direito de testar, o direito de herança não está incluso no direito de propriedade. De acordo com Mill, o ascendente tem um dever social de se esforçar para fazer de seus descendentes membros valiosos da sociedade; e tem um dever para com seus descendentes de os prover educação, sustento e meios de começar uma vida com razoável chance de obter, com os próprios esforços, sucesso; entretanto, os filhos não têm direito a qualquer outra coisa além disso. Ademais, na concepção de Mill, na medida em que a propriedade se justifica economicamente como forma de estimular que o sujeito se esforce e acumule, não há justificativa para a propriedade por parte de quem não trabalhou na terra nem nela produziu – como o herdeiro.

Norberto Bobbio (2004, p.42-44) alerta, ainda, que historicamente a ilusão de um fundamento absoluto dos direitos serviu de obstáculo à introdução de novos direitos, ou seja, atuou como mecanismo de manutenção de posições conservadoras. Por exemplo, a teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade colocou severos empecilhos em relação ao progresso da legislação social. Por essa razão, Bobbio afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Bobbio argumenta que a busca não deve ser pelo fundamento absoluto do direito, mas, em cada caso concreto, pelos vários fundamentos possíveis; e essa busca deve ser acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais os direitos podem ser realizados.

Devemos trazer o alerta de Bobbio para a questão do fundamento da herança. Se focarmos na vontade do *de cuius* ou no direito de propriedade, podemos perder de vista a necessidade de, por imposição constitucional, funcionalizar os interesses patrimoniais aos existenciais. Encontrar uma base exclusivamente voluntarista ou patrimonialista para o fenômeno hereditário levantaria o risco de termos um sistema egoístico em que predomina a vontade do testador em detrimento das necessidades daquelas pessoas dele dependentes. Por outro lado, quando aceitamos acriticamente a noção de solidariedade familiar como base da sucessão *causa mortis*, deixamos de lado as situações em que a noção codificada de família não protege suficientemente quem deveria ser protegido, bem como, por outro lado, permite direitos sucessórios ilimitados com consequências negativas no sentido de concentração de riqueza. Por fim, se nos contentarmos em reconhecer na herança um vínculo de continuidade entre sucedido e sucessor, negligenciamos tanto a solidariedade familiar quanto o papel do patrimônio hereditário no desenvolvimento da personalidade do sucessor.

Com a metodologia civil-constitucional, devemos buscar na Constituição o fundamento do direito hereditário. É claro que existe uma norma expressa nesse sentido, sobre a qual com profundidade tratamos na seção 3.1. Porém o artigo 5º, XXX deve ser compreendido no contexto global da Constituição.

Com Pietro Perlingieri (2002, p.12) acreditamos que a incidência da normativa constitucional sobre os institutos de Direito Civil evidencia os seus respectivos perfis funcionais. A consequência disso, para o autor italiano, é a individuação de um sistema de Direito Civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; semelhantemente, o conteúdo das relações subjetivas é funcionalizado aos valores constitucionais.

Assim, Pietro Perlingieri (2002, p.96) argumenta que a função é a síntese causal, a profunda e complexa razão justificadora de um fato (e, aqui acrescentamos, de um instituto) ser juridicamente relevante. Pietro Perlingieri (2008, p.940; 942; 945) também defende que é na função social que encontramos a razão pela qual o direito subjetivo¹³² em primeiro lugar foi atribuído a determinado sujeito. Segundo Perlingieri, a função se apresenta como parte essencial da garantia e do reconhecimento do direito subjetivo; a “causa de legitimação ou de justificação das intervenções

132 O autor italiano se refere à propriedade, mas aqui tomamos a liberdade de estender seu pensamento ao direito subjetivo em sentido amplo. Não há maiores prejuízos, notadamente no caso específico de estarmos tratando da herança, que, conforme já vimos, guarda íntima relação com a propriedade.

legislativas, que devem sempre ser submetidas a um controle de conformidade com a Constituição”. Dessa forma, o controle de legitimidade de um instituto, em relação à sua função social, passa por verificar a sua idoneidade para a realização das finalidades indicadas pela normativa constitucional.

De um lado, Bobbio defende, em vez da busca por simples justificativas para os direitos, o estudo das condições, dos meios e das situações nas quais eles podem ser realizados. Por outro lado, Perlingieri entende que a função é a razão justificadora das situações jurídicas subjetivas. Acreditamos, então, que a metodologia civil-constitucional nos obriga a buscar o fundamento da herança no perfil funcional desse instituto, renovado à luz da Constituição Federal. É o que faremos na seção seguinte.

3.3 FUNÇÃO DA HERANÇA

Concluimos a seção anterior sustentando que devemos buscar o fundamento da sucessão *causa mortis* no seu renovado perfil funcional à luz da Constituição Federal. Como Perlingieri (2002, p.91), entendemos que um fato jurídico não é direcionado somente e necessariamente a apenas um fim, mas a vários fins; o instituto jurídico tem uma diversa qualificação e uma diversa função de acordo com a ordem de interesses em que se encaixa. Nesse sentido, o fenômeno hereditário envolve três elementos: o individual; o familiar; e o social. Para cada um desses aspectos, podemos e devemos encontrar uma função de promoção dos valores estampados na Constituição. É importante que o façamos, na reconstrução civil-constitucional da herança, em um esforço de superar as posturas individualistas e patrimonialistas que a doutrina tende a adotar nessa seara.

A pergunta que devemos fazer então é: em um contexto constitucional orientado especialmente à promoção da dignidade do ser humano, qual a função (ou quais as funções) da herança no ordenamento jurídico brasileiro? Nas subseções seguintes, discutiremos uma renovada função individual do fenômeno hereditário; criticaremos a ideia tradicional de que se trata de mero estímulo ao trabalho e à acumulação; debateremos a noção de solidariedade familiar no contexto da sucessão *causa mortis*; alertaremos para os potenciais efeitos nocivos da transmissão

intergeracional de riqueza; e defenderemos uma melhor compatibilização da herança com os interesses da sociedade.

3.3.1 A função individual da herança e o equívoco de se entender a herança como um direito exclusivamente individual

A herança é um direito subjetivo com claro caráter de proteção aos interesses individuais dos envolvidos no fenômeno hereditário, tanto do sucedido quanto do sucessor.

Em relação aos interesses do sucedido, é claro que existem componentes relacionados à sua autonomia privada (em especial quando elabora testamento) e ao seu direito de propriedade. Sua vontade real orienta a sucessão testamentária, enquanto a busca por sua vontade presumida é um dos fatores que o legislador deve levar em consideração ao estruturar a sucessão *ab intestato*. Contudo, conforme discutimos nas seções 3.2.1 e 3.2.2, devemos evitar uma postura de colocar esses elementos como fundamentos (e funções) máximos da sucessão hereditária. Em consonância com a metodologia civil-constitucional, devemos funcionalizar essas situações patrimoniais à realização de interesses existenciais do *de cuius*. Uma das possibilidades que enxergamos nesse sentido é a noção de continuidade que abordamos na seção 3.2.4. Para além disso, por exemplo, vemos interesses existenciais do sucedido serem atendidos com a destinação dos seus bens para a promoção de assistência material àqueles que dele dependiam.

Por outro lado, o sujeito que de forma mais evidente tem seus interesses diretamente tutelados pela sucessão *causa mortis* é o sucessor. Afinal, trata-se de quem está recolhendo bens a título gratuito. Devemos ter cuidado, entretanto, para não cairmos no equívoco de achar que o recebimento de patrimônio hereditário é um interesse tutelado em si mesmo; estaríamos reincidindo no patrimonialismo oitocentista que é tanto combatido pela metodologia civil-constitucional. Em conformidade com a tábua axiológica da Constituição, o direito à herança é tutelado enquanto instrumento de promoção da personalidade daquele que por ele beneficiado.

De fato, em muitos casos pode existir um forte vínculo entre o fenômeno hereditário e a subsistência digna do herdeiro. A título ilustrativo, Elizabeth Cooper e Kate Bird (2012, p.528) ressaltam que há evidências ligando a pobreza à falta de acesso à herança. Segundo as autoras, a

negativa de direitos sucessórios pode isolar indivíduos e exacerbar sua vulnerabilidade econômica; por exemplo, mulheres tendem a ser mais vulneráveis à pobreza nos países que não reconhecem um direito feminino à herança.

Nesse mesmo sentido, o UN Millennium Project¹³³ (2005, p.66; p.88), sugeriu que assegurar os direitos de propriedade e de herança às mulheres seria um mecanismo de empoderamento feminino tanto econômico quanto social. Do mesmo modo, na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a primeira meta é a erradicação da pobreza, em todas as suas formas e em todos os lugares. O item 1.4 dessa meta consiste, entre outras coisas, em assegurar a todos os homens e mulheres, em especial os pobres e vulneráveis, direitos à propriedade e à herança¹³⁴. Por essas razões, aderimos então ao pensamento de Heloisa Helena Barboza (2008, p.322), segundo quem “a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência, e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades”. Encontramos assim, com base em seu perfil funcional, um dos possíveis fundamentos para a sucessão *causa mortis*.

Receber herança se relaciona com a dignidade humana especialmente nos casos em o sujeito teria a sua subsistência comprometida se não fosse beneficiado pelo patrimônio sucessório. Enxergamos essa situação, a título ilustrativo, se, com a morte do dono do imóvel, as pessoas que com ele viviam ficassem desabrigadas. Semelhantemente, se, com o falecimento da pessoa provedora, seus dependentes não tivessem os meios de prover o próprio sustento. Podemos ver essa conexão até mesmo nos casos em que o estilo de vida dos envolvidos sofreria uma dramática e desarrazoada queda por força da morte de quem o bancava.

Quando reconhecemos a conexão entre herança e subsistência digna, compreendemos o porquê de os sistemas jurídicos de modo geral se preocuparem em especial com aqueles que tinham o *de cuius* como provedor. Encontramos aí um dos fundamentos para as restrições quantitativas à liberdade de testar, tópico que enfrentaremos na seção 4.1.2.1. Dessa forma, é pela proteção a essas

133 O UN Millennium Project é um órgão consultivo independente, ligado ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que propõe as melhores estratégias para o atingimento das Metas do Milênio da ONU.

134 “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares. 1.4. Até 2030, garantir que todos os homens e mulheres, particularmente os pobres e vulneráveis, tenham direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a serviços básicos, propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, herança, recursos naturais, novas tecnologias apropriadas e serviços financeiros, incluindo microfinanças” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

pessoas que teriam, por exemplo, sua moradia comprometida ou seu sustento prejudicado que conseguimos justificar, abstratamente, a ideia de sucessão forçada. Também aqui encontramos o fundamento para que um dos critérios norteadores da estruturação da sucessão *ab intestato* sejam os deveres do falecido para com certas pessoas, tema que aprofundaremos na seção 5.1.

Devemos, porém, evitar a ideia reducionista de que a função primordial da herança é, sempre e necessariamente, a promoção da subsistência do herdeiro. A proteção da pessoa e o desenvolvimento da sua personalidade não se restringem a quem é vulnerável e impossibilitado de trabalhar. Portanto, não vemos como intrinsecamente inadequada a transmissão hereditária em favor de quem não é vulnerável. Por essa razão, admitimos a sucessão *causa mortis* (tanto legítima quanto testamentária) mesmo nos casos em que o sucessor não apenas é capaz de prover o próprio sustento como efetivamente o faz. Se pessoas aptas ao trabalho são legitimadas pelo ordenamento jurídico para receber doação, por que não poderiam receber transferências *causa mortis*?

Podemos então também reconhecer como uma das funções da herança a destinação do patrimônio deixado pelo morto para melhorar as condições de vida daqueles com quem ele mantinha vínculos enquanto vivo, independentemente de aptidão dessas pessoas para prover o próprio sustento, dentro dos limites de razoabilidade. Um sujeito plenamente capaz pode ter interesse legítimo em ser beneficiado pela sucessão *causa mortis*. A título ilustrativo, há desenvolvimento da personalidade do herdeiro se o patrimônio hereditário for destinado ao aperfeiçoamento acadêmico ou profissional. Semelhantemente, se o imóvel deixado pelo *de cuius* for utilizado como moradia, significando o fim da obrigação de pagar aluguel, há uma clara proteção à pessoa do sucessor. Por outro lado, se o herdeiro decidir ser empreendedor e o acervo recebido for investido no desenvolvimento de atividade empresarial, a princípio há legitimidade à luz do princípio constitucional da livre iniciativa¹³⁵. Podemos até mesmo aceitar que a herança seja destinada, no todo ou em parte, ao lazer do beneficiado, na medida em que este é considerado um direito social e uma forma de promoção social, devendo inclusive sendo incentivado pelo Poder Público¹³⁶. Em todos esses exemplos, pessoas capazes têm a oportunidade de melhorar suas condições de vida utilizando-se de uma transferência patrimonial a título gratuito, sem que isso de qualquer maneira ofenda, *a priori*, a Constituição Federal.

135 Constituição Federal de 1988, artigo 170.

136 Constituição Federal de 1988, art. 6º e art. 217.

Por outro lado, nos casos de *de cuius* muito ricos, os valores transmitidos hereditariamente excedem e muito o necessário para uma subsistência digna. Existe, claro, um interesse individual de o herdeiro receber esse enorme patrimônio sucessório, enriquecer e, em algumas hipóteses, até mesmo se retirar do mercado de trabalho para viver uma confortável vida de rentista. O problema é que esse interesse pode ser considerado egoístico e contrário aos demais valores constitucionais. A Constituição realmente tutela o enriquecimento a título gratuito¹³⁷ e a possível reprodução intergeracional, com isso, do cenário de desigualdades sociais? Conseqüentemente, será mesmo que a Constituição protege um direito ilimitado à herança, em especial quando os interesses individuais do sucedido se contrapõem a interesses outros também considerados relevantes?

Partindo das perguntas acima, devemos veementemente afastar a concepção de que o direito à herança tem uma função exclusivamente individual. O fenômeno sucessório indiscutivelmente engloba interesses individuais, como vimos, mas a eles não se reduz. Se assim o fosse, a herança seria entendida como um direito absoluto, um espaço de sobrevivência das características marcantes do Direito Civil oitocentista. Podemos até mesmo afirmar que a função individual da sucessão *causa mortis* não necessariamente corresponde ao seu principal perfil funcional.

É simplesmente equivocado afirmar que a herança é um direito que diz respeito exclusivamente às esferas individuais dos sujeitos nela envolvidos. Essa concepção era negada até mesmo pela doutrina mais tradicional¹³⁸. Estudando os discursos sobre herança e o desenvolvimento do Direito das Sucessões na França, na Alemanha e nos Estados Unidos, Jens Beckert (2007, p.84-86) notou 4 esferas que dominam os debates sobre o fenômeno sucessório: seus efeitos em relação à família; seus efeitos econômicos; sua relação com os valores sociais; e suas conseqüências políticas. Para o autor alemão, a interação dessas esferas influencia no desenvolvimento institucional do Direito das Sucessões em cada país. Quanto à relação entre herança e família, Beckert ressalta a solidariedade familiar, a formação da identidade e os conflitos familiares suscitados por disputas sucessórias. Sobre os efeitos econômicos, Beckert menciona tanto a importância da acumulação intergeracional de patrimônio para a formação do capital,

137 Aqui usamos gratuito como oposição a título oneroso, no sentido de que não há trabalho ou investimento do sucessor que justifique o seu enriquecimento via recebimento de herança.

138 Por exemplo, de acordo com Pontes de Miranda (2005, v. I, p.35) “atendem-se os interesses gerais (estabilidade social, da família e outros proventos coletivos) no determinar-se a sucessão legítima (necessária ou não); bem assim, a interesses do falecido, obedecendo-se ao que, por sua vontade, dispõe no testamento”. Semelhantemente, para Carlos Maximilano (1964, p.346), o elemento individual se reflete na liberdade de testar, um “impulso individualista, expansão do egoísmo” que se abrandava por força dos interesses familiares e sociais.

notadamente nas sociedades em desenvolvimento, quanto o impacto negativo da concentração de riqueza. A respeito dos valores sociais, Beckert relaciona o confronto entre os valores de igualdade e liberdade, bem como a perpetuação da distribuição da riqueza e os consequentes impactos nas oportunidades individuais. Por fim, sobre a interferência da herança na política, Beckert aborda discussões sobre como a concentração de riqueza pode tornar o poder econômico uma ameaça à democracia pluralista¹³⁹.

Aderimos aqui ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.228), para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidade para resolver problemas complexos”. Ao mesmo tempo, com Perlingieri (2008, p.680), entendemos que no ordenamento jurídico vigente não existe direito subjetivo que se destine exclusivamente aos interesses individuais do seu titular; “o que há é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”. Por essa razão, rejeitamos reduzir a função da herança à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário, em especial do sucessor. O direito à herança é funcionalizado também a outros valores, tanto familiares quanto sociais.

Não nos convence o argumento de que historicamente somente se reconhece a natureza individual dos interesses tutelados pela sucessão hereditária. O perfil funcional da herança não é imutável. Na esteira de Pietro Perlingieri (2008, p.141-142), entendemos que os conceitos jurídicos não são estáticos ao longo da história; pelo contrário, eles podem ser adaptados e utilizados para realizar novas funções. Assim, “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais”. Se o passado da transmissão hereditária é marcado por um forte individualismo, nada impede que a sua revitalização à luz da Constituição resulte em seu direcionamento também para a promoção de outros valores. Buscaremos traçar, então, os demais perfis funcionais da herança, para além da perspectiva individual.

139 Focaremos a presente Tese nas questões individuais, econômicas e sociais. O impacto político da herança (assim como o fenômeno dos “herdeiros políticos”) foge aos objetivos propostos na nossa investigação. Entretanto, reconhecemos se tratar de tema relevante, em especial no Brasil, onde é disseminada a existência dos clãs políticos. Chama a nossa atenção, por exemplo, o fato de o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, ter um filho Senador, outro Deputado e, por fim, outro Vereador no Município do Rio de Janeiro. A respeito da criação de dinastias políticas em fluxos de herança, recomendamos a leitura de Daniel Halliday (2018, p.151).

3.3.2 A visão clássica do interesse social na herança: estímulo à produtividade e poupança

De modo geral, encontramos na doutrina afirmações de que a sociedade como um todo se beneficia com a existência de sucessão hereditária por se tratar de estímulo à poupança, à produtividade, à economia. Existe uma clara função econômica da herança; mas rejeitamos a tão difundida visão tradicional, porque a consideramos baseada mais em senso comum do que em argumentos científicos, além de excessivamente patrimonialista.

Clovis Bevilacqua (1978, p.16) tentou identificar a função social do direito hereditário no fato de, em seu entendimento, a herança ser um fator poderoso para o aumento da riqueza pública; um meio para distribuir a riqueza de forma apropriada à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família; bem como estímulo para sentimentos altruísticos. Para Washington de Barros Monteiro (2011, p.18), a função social do direito das sucessões se resume à conservação de “unidades econômicas a serviço do bem comum”. De acordo com esse autor, “ocorreria, sem dúvida, improdutivo dispêndio de energias se essas unidades devessem desaparecer pela morte das pessoas que as criaram e as mantiveram, impondo-se-lhes a restauração por outros homens”.

Alguns enxergam na propriedade uma função econômica no sentido de estímulo à conservação dos bens (LORENZETTI, 1998, p.99). Comumente vemos na doutrina nacional afirmações como a de Silvio Rodrigues (2003, p.06), no sentido de que a função do direito sucessório é incentivar a poupança, na medida em que o indivíduo busca aumentar os seus haveres almejando assegurar o bem-estar de seus sucessores¹⁴⁰. Ainda segundo Rodrigues, caso a herança não fosse admitida, o sujeito não teria incentivo para adquirir e conservar riqueza, podendo inclusive passar “os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pode deixar aos seus entes queridos”. Em sentido semelhante, afirma-se que a herança é um estímulo à iniciativa individual e um incentivo ao trabalho (TRABUCCHI, 1952, p.736). Por exemplo, de acordo com Silvio Venosa (2011, p.04), “se não houvesse herança, estaria prejudicada a capacidade produtiva

140 Em sentido semelhante, Luís Pinto Ferreira (1990, p.10) afirma que “o trabalho, a operosidade, a economia que levam ao acúmulo de bens são feitos também visando o bem-estar futuro da família e a garantindo economicamente, amparando e desenvolvendo o direito hereditário”. Igualmente, Orosimbo Nonato (1957, v.II, p.366).

de cada indivíduo, que não teria interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço”.

Para Francisco José Cahali (2003, p.27-28), a função social da herança se encontra no fato de que ela propulsiona, direta ou indiretamente, o desenvolvimento da sociedade ao valorizar o interesse individual na poupança, no progresso econômico e no avanço patrimonial. Semelhantemente se posiciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004, p.185), para quem a função social da sucessão hereditária consiste na valorização da aquisição, da conservação e do aprimoramento da propriedade; no aumento patrimonial; no crescimento da poupança individual e familiar; no estímulo ao aperfeiçoamento familiar. Segundo Gama, esses fatores, entre outros, levam ao desenvolvimento da própria sociedade.

De acordo com Gustav Radbruch (1997, p.305; p.310), a função social da herança é o estímulo à atividade econômica. Para ele, as unidades econômicas (agrícolas, industriais e comerciais) existem no interesse lucrativo dos seus donos, mas também atendem ao bem comum; dessa forma, é desejável que elas perdurem para além da morte dos atuais proprietários. O próprio Radbruch entende, porém, que há certo caráter ilusório nessa hipótese, na medida em que esse cenário levaria à conclusão de que apenas aqueles com condições de continuar as atividades econômicas poderiam ser herdeiros. Radbruch também menciona a existência, na herança, de, por um lado, interesses individuais (a autonomia testamentária da parte do *de cuius* e a permanência no patrimônio por parte do sucessor); e, de outro lado, interesses familiares (a perduração e a conservação da família).

Não negamos a relação entre o direito sucessório e a estrutura econômica nacional. Tratando do Direito Civil de modo geral, Rodrigo Daniel Félix da Silva (2014, p.59) demonstrou as relações entre o modo de produção capitalista e o fenômeno jurídico, em especial como este é moldado por aquele; as normas positivadas de modo geral visam a garantir o funcionamento da ordem capitalista, em especial assegurando o movimento e a lógica da mercadoria nas relações sociais.

Ocorre que rejeitamos aceitar o aspecto econômico como o principal perfil funcional da herança. Na esteira de Luiz Edson Fachin (2012, p.51), recusamos nos render a um “aprisionamento conceitual” que meramente faz uma releitura mercadológica da instância jurídica, submetendo-a aos critérios de um regime econômico. Como Fachin, preferimos focar no sentido transformador e construtivo do Direito, em especial no contexto do neoconstitucionalismo. Então, assim como

Pietro Perlingieri (2008, p.509), compreendemos que a função do ordenamento jurídico não deve ser entendida exclusivamente e prevalentemente a serviço de razões econômicas; na verdade, deve se opor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade.

Ademais, para Perlingieri (2002, p.37-38), o princípio da solidariedade constitucional exige que as formações sociais não sejam direcionadas ao eficientismo, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa. Rejeitamos as tentativas de exaurir os institutos jurídicos e as normas a uma avaliação exclusivamente econômica, ou seja, de elevar a economia a um parâmetro de controle da atuação do jurista. Acreditamos, como Perlingieri (2002, p.63), que se trata de uma postura “individualista, materialista e conservadora, certamente em contraste com a legalidade constitucional”.

Mesmo que tomássemos o parâmetro econômico como adequado para fundamentar o Direito, entenderíamos como inadequada a adesão acrítica à ideia de que a função da herança é estimular o empreendedorismo, a iniciativa, o trabalho, a acumulação, com consequências benéficas para a economia. Como bem apontou Anton Menger (1908, p.09), há mais de um século, o argumento da herança enquanto incentivo ao trabalho deve ser questionado na medida em que as classes que mais trabalham apenas conseguem subsistir, deixando na melhor das hipóteses uma parca pensão para suas viúvas e órfãos.

Por outro lado, discordamos da alegação de que a extinção da herança seria necessariamente um desestímulo ao trabalho e à acumulação; não há qualquer evidência que sustente essa afirmação tão repetida nos livros de Direito das Sucessões. Como ressaltado por Mark Ascher (1990, p.100), as pessoas trabalham e acumulam por muitas outras razões, a exemplo dos próprios interesses imediatos relacionados ao dinheiro – subsistência e lazer e, a partir de determinado nível de vida, poder e prestígio.

Também Harlan Eugene Read (1918, p.58-60) critica o argumento de que a função da herança consiste na preservação e na eficiência das unidades econômicas: muitas vezes o herdeiro não preserva a atividade, mas a destrói; afinal, para ser sucessor, não se exige qualquer habilidade ou qualificação acadêmica ou profissional, apenas uma certidão de nascimento ou de casamento¹⁴¹. Jens Beckert (2007, p.85) aduz que, de um ponto de vista economicista, na medida em que a

141 Estas são as palavras de Read, em um contexto distinto do atual. Hoje no Brasil reconhecemos como herdeiros pessoas sem certidão de nascimento ou casamento: os companheiros. Além disso, também não podemos deixar de suscitar a possibilidade de o testador levar em consideração as habilidades gerenciais ou negociais de eventuais sucessores para destinar, por testamento, as atividades econômicas de que é titular.

herança não está inserida no Mercado, ela tende a ser ineficiente; ademais, em matéria comportamental, a riqueza herdada (ou seja, adquirida gratuitamente) é um incentivo a uma vida de ócio. De fato, como demonstraremos na seção 3.3.4, notadamente em sociedades com fraco crescimento da atividade econômica, surge a figura do rentista, que nada mais é do que o sujeito que subsiste, principal ou exclusivamente, da renda do capital herdado.

Marcos Catalan (2010, p.139) afirma que uma consequência da impossibilidade de transmissão *causa mortis* de parcela do patrimônio é a sua utilização em vida, o que tem como consequência a efetiva circulação dessa riqueza. Entretanto, não entendemos essa estimativa como óbvia. Afinal, conforme ressaltado por Mark Ascher (1990, p.106), o aumento do consumo por parte do sucedido seria compensado pela redução do consumo por parte do sucessor.

Por fim, ressaltemos que, ainda que se pudesse identificar a existência de sucessão hereditária como mecanismo maximizador de riqueza, isso não necessariamente estaria em conformidade com a Constituição. Como Michael Trebilcock (1997, p.158), acreditamos ser muito pobre a visão que foca exclusivamente na maximização dos recursos, sem se preocupar como eles são distribuídos ou utilizados para melhorar a vida das pessoas (e não de apenas algumas pessoas). É necessário, então, questionar a quem essa riqueza beneficiaria. Nesse sentido, Zygmunt Bauman (2013) notou que o tratamento benéfico aos ricos de modo geral fez as desigualdades dispararem¹⁴². Ele também apontou para a existência de um fenômeno interessante: externamente, o desenvolvimento econômico dos países subdesenvolvidos diminuiu a sua distância em relação aos mais ricos; porém, ao mesmo tempo, internamente aprofundou os abismos sociais. Bauman alertou inclusive que o aprofundamento das desigualdades é um risco para a democracia. Retomaremos essa questão na seção 3.3.4.

142 “In addition, however, all studies agree on yet another point: almost everywhere in the world inequality is growing fast and that means that the rich, and particularly the very rich, get richer, whereas the poor, and particularly the very poor, get poorer – most certainly in relative, but in a growing number of cases also in the absolute terms. Moreover: people who are rich are getting richer just because they are rich. People who are poor get poorer just because they are poor” (BAUMAN, 2013). Em tradução livre: “Ademais, porém, todos os estudos concordam em outro ponto: em quase todo o mundo, a desigualdade está crescendo rapidamente, e isto significa que os ricos, particularmente os muito ricos, fica ainda mais ricos, enquanto os pobres, particularmente os mais pobres, ficam ainda mais pobres – certamente em termos relativos, mas em um crescente número de casos também em termos absolutos. Além disso: pessoas que são ricas estão ficando mais ricas simplesmente porque são ricas. Pessoas que são pobres estão ficando mais pobres simplesmente porque são pobres”.

3.3.3 A “função familiar” da herança

Para além do aspecto individual, não é necessário muito esforço para identificarmos interesses familiares tutelados pelo perfil funcional da sucessão hereditária. Na seção 3.2.3 discorreremos sobre a íntima conexão entre a família e o Direito das Sucessões.

Mesmo sob a predominância do individualismo típico do Direito Civil oitocentista, a doutrina mais tradicional já reconhecia a funcionalização da sucessão *causa mortis* aos interesses familiares. Por exemplo, tratando sobre a legítima dos herdeiros necessários, Pontes de Miranda (2005, v.IV, p.74-75) enxergava na proteção à família uma negação da sucessão individualista, em que há irrestrito direito de testar. Segundo ele, atualmente não há cabimento para uma sucessão com plena liberdade de testar¹⁴³. Assim, Pontes de Miranda afirmava que, não havendo socialização dos bens da vida, o direito sucessório necessário tem que existir; se um Estado o abolir, deverá assegurar a subsistência dos descendentes dos mortos. Semelhantemente, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.263) elenca três objetivos da política sucessória dominante: o dever para com a família; a conservação dos bens nas famílias; e um mínimo de igualdade entre os herdeiros necessários. Mais recentemente, encontramos em Paulo Lôbo (2014, p.41-42) a noção de que a funcionalização da herança passaria pela mudança de paradigma sucessório, com a redução do papel da vontade do testador e aumento do prestígio à sucessão legítima, uma vez que esta última “contemplaria melhor os valores sociais e de solidariedade familiar”.

Ocorre que, conforme já defendemos, a Constituição Federal não tutela a família enquanto entidade abstrata, mas enquanto vínculo de promoção da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros.

Dentro da lógica de promoção da dignidade dos membros da família, individualmente considerados, o foco dado à proteção à família em si mesma cede espaço à noção de solidariedade familiar. Esta linha argumentativa não é nova, muito menos surgida com a Constituição de 1988: há muitas décadas já havia sido proposta como razão de ser da sucessão legítima por Alberto Trabucchi (1952, p.736). Semelhantemente, Orosimbo Nonato (1957, v.II, p.360) identificou

143 “Ora, sucessão individualista com a plena liberdade de testar só a fantasia podia aceitar fora das condições gerais da Roma patriarcal, prepotente, rígida, que passou, como tudo, e dos anglo-saxões da era individualista e mercantilista” (PONTES DE MIRANDA, 2005, v.IV, p.74).

“elevados deveres de ordem moral e social” como fundamentos da herança. O referido autor continua: “mais do que a simples prestação alimentícia deve o pai ao filho, à família: deve-lhes todos os esforços e desvelos para sua felicidade e também para seu conforto material, conservando-lhes e guardando-lhes o patrimônio”.

Para Carlos Maximiliano (1964, v.I, p.132-133), a sucessão legítima decorre da preocupação social com a unidade e a solidariedade da família; nesse sentido, o direito de suceder se estende até onde pode se presumir a existência dessa solidariedade. Segundo ele, na medida em que os membros da família “se apoiam, animam, estimulam e consolam mutuamente nas provações, dificuldades e desastres”, é justo que participem “todos da riqueza, para a qual contribuíram quando se lhes ofereceu oportunidade e na medida das próprias forças: um laborando, outro economizando, este vigiando, aquele aconselhando, reprendendo, providenciando”.

Quanto à doutrina mais atualizada, encontramos em Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Rettore (2015, p.126-127) a fundamentação da sucessão legítima no princípio da solidariedade constitucional¹⁴⁴. Segundo as autoras, o objetivo da solidariedade econômica entre os membros da mesma família é a proteção patrimonial da entidade familiar, “proporcionando-lhe condições de continuar a subsistir sem aquele que poderia ser o provedor”. Por ter esse caráter protetivo, a sucessão legítima não se encontra no terreno da autonomia privada, e sim da ordem pública. Já para Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p.88), a solidariedade familiar enquanto fundamento da herança somente se sustenta “quando os herdeiros forem vulneráveis economicamente”, na medida em que “a transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade”¹⁴⁵.

Em sentido semelhante, de acordo com Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.626-627), a sucessão hereditária no âmbito familiar é um instrumento de concretização da solidariedade constitucional. Daí derivam as regras da sucessão legítima,

especialmente aquelas que consagram a sucessão necessária, uma vez que estas estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os

144 Constituição Federal de 1988, artigo 3º, I.

145 As autoras completam: “em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários”. Acreditamos que essa afirmação é totalmente pertinente e, por isso mesmo, refletiremos com profundidade sobre a questão no capítulo 5.

familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna.¹⁴⁶

Os argumentos acima mencionados abordam libertação das necessidades, bem como a subsistência após a morte de quem seria o provedor da família. Contudo, conforme ressaltou Josiah Wedgwood (1939, p.203-204), é sem sentido imaginar que o fenômeno hereditário necessariamente envolve viúvas indigentes e órfãos pobres, que não podem prover por si mesmos. Utilizando dados referentes ao seu próprio tempo e local, Wedgwood afirmou que a idade média da pessoa que recebe herança era aproximadamente 40 anos; no momento da morte do *de cuius*, o herdeiro médio já está inserido no mercado de trabalho, podendo obter subsistência por suas próprias forças¹⁴⁷.

Não entendemos que a solidariedade familiar deva ser destinada exclusivamente aos vulneráveis. Conforme discorremos na seção 3.3.1, admitimos que mesmo uma pessoa capaz de prover o próprio sustento pode ter interesses legítimos na herança, no sentido de esta ser utilizada para melhorar as suas condições de vida dentro de um certo nível de razoabilidade (entenda-se: proteção à pessoa e desenvolvimento de sua personalidade). Assim, por exemplo, identificamos a existência de solidariedade familiar como fundamento da transferência de um patrimônio hereditário que será destinado a assegurar moradia própria a um sucessor que até então vivia pagando aluguel com os frutos do próprio trabalho. Apesar disso, reconhecemos que, na hipótese de haver um conflito entre a garantia de subsistência do vulnerável que dependia do *de cuius*, de um lado, e a melhoria da condição de vida do não-vulnerável, de outro, familiar a primeira deverá prevalecer. Por essa razão, defenderemos na seção 5.4.4.1 que as necessidades excepcionais de um dos sucessores poderão ser utilizadas como critério legitimamente desequiparador deste em relação aos demais, afastando a presunção de isonomia formal na distribuição da herança.

Acreditamos que a ideia de solidariedade familiar é adequada à releitura constitucional do fenômeno familiar, já que se trata de reconhecer a proteção à família, enquanto base da sociedade,

146 Ana Nevares aponta criticamente, entretanto, que a solidariedade constitucional não está sendo adequadamente realizada sem que as qualidades pessoais do sucessor, assim como suas relações com o sucedido, sejam avaliadas. Retomaremos essa questão na seção 5.4.

147 Um cálculo desse tipo, mesmo grosseiro, para a nossa realidade nacional deve levar em consideração a expectativa de vida do brasileiro, que é de 76 anos, e a idade média em que se têm filhos no Brasil, informação esta que não está disponível. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística disponíveis em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23206-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-76-anos-mortalidade-infantil-cai>.

mas com foco na dignidade dos seus membros, individualmente considerados. Assim como Nelson Rosenvald (2018), compreendemos que esse princípio implica a responsabilização recíproca dos membros “para que a felicidade seja uma via possível, através da formação da personalidade de cada um, que tem ampla liberdade para construir-se segundo as próprias concepções individuais”¹⁴⁸. Faz sentido, portanto, que o patrimônio deixado pelo morto, no todo ou em parte, seja direcionado tanto à promoção da vida digna quanto à melhoria das condições de vida de pessoas a ele ligadas pelo vínculo familiar. Ocorre, porém, que a solidariedade familiar dificilmente se encontra adequadamente realizada por nossa legislação infraconstitucional; destacamos três fenômenos nesse sentido.

Em primeiro lugar, o Código Civil atribui a qualquer pessoa, independentemente do tamanho do seu patrimônio, o direito de dispor de metade dos seus bens pela via testamentária. Acreditamos que não se cumpre a promessa de solidariedade quando, desconsiderada a parte disponível, os bens que restam na legítima dos herdeiros necessários¹⁴⁹ se mostram insuficientes para proporcionar um sustento digno àqueles sobreviventes necessitados. Voltaremos a essa questão na seção 4.1.

Em segundo lugar, o sistema desenhado por nossa ordem de vocação hereditária¹⁵⁰ estabelece de forma rígida aqueles que são chamados à sucessão, colocando os descendentes em primeiro lugar, em alguns casos com a concorrência do cônjuge supérstite. Se algum dependente econômico do *de cuius* não atender à lógica de “o parente mais próximo exclui o mais remoto”, não terá qualquer direito sucessório atribuído pelo Código Civil. Onde está, nesse caso, a solidariedade familiar? Voltaremos a essa questão na seção 5.3.

Em terceiro lugar, é muito forçado fundamentar a solidariedade familiar como função da sucessão *causa mortis* nos casos em que o patrimônio hereditário é extenso e vai muito além do necessário para manter a subsistência digna dos economicamente dependentes do falecido. Conforme ressaltado por Mark Ascher (1990, p.111), dificilmente o propósito de sustento à família justifica direitos hereditários ilimitados. Como veremos na seção 3.3.4, as grandes (e mesmo as médias) heranças contribuem para a concentração de riqueza e têm um efeito cumulativo em

148 Ressalvemos que Rosenvald relaciona a solidariedade familiar à existência de vulnerabilidade, algo com o que, reiteramos, não concordamos.

149 Que, por sua vez, ainda será repartida igualmente entre eles, independentemente de suas condições pessoais.

150 Código Civil de 2002, artigo 1829.

gerações sucessivas. Não vemos como a solidariedade familiar pode ser utilizada como argumento para embasar a existência de, a título ilustrativo, herdeiros rentistas.

Por essa razão, sem desconsiderar a íntima relação entre sucessão hereditária e solidariedade familiar, aderimos ao pensamento de Gustavo Tepedino (2017, p.11), que sugeriu que talvez seja o momento de uma reformulação qualitativa do conteúdo desse princípio: de um lado, para que seja “efetivamente exigida no âmbito de toda e qualquer entidade familiar”; de outro, para que se analise se o sistema sucessório codificado se mostra “consentâneo com a proteção que se pretende atribuir às famílias da atualidade, constituídas ou não pelo casamento”.

3.3.4 A função antissocial da herança: um direito fundamental que contribui para a concentração de riqueza e aumento das desigualdades sociais?

Propusemo-nos na presente investigação a uma reconstrução crítica do fenômeno hereditário à luz da Constituição Federal de 1988. Para Norberto Bobbio (2007, p.92), uma teoria crítica da sociedade deve não apenas ver como uma sociedade funciona, mas também como ela não funciona ou como deveria funcionar; por essa razão, a crítica de um instituto começa com a crítica à sua função. E aqui cabe uma constatação: de fato, a herança desempenha um papel problemático na concentração de riqueza. É o que chamamos de função antissocial da herança, no sentido de esse instituto poder beneficiar alguns poucos privilegiados em detrimento da coletividade.

Na fundamental obra *O Capital no Século XXI*, o economista francês Thomas Piketty estuda a concentração de riqueza. Piketty (2014, p.238-241) afirma que a desigualdade em todas as sociedades resulta da soma de dois componentes: a desigualdade da renda do trabalho e a desigualdade da renda do capital¹⁵¹. A desigualdade total será maior quanto mais desigual a distribuição em cada um desses componentes; e isso é potencializado à medida que as pessoas que

151 Na definição de Piketty (2014, p.52), capital consiste em “todo tipo de riqueza que, pressupõe-se, pode pertencer a indivíduos (ou a grupos de indivíduos), além de também poder ser transmitida, comprada ou vendida, de modo permanente, em algum mercado”. De acordo com Piketty (2014, p.238), as “rendas do trabalho compreendem sobretudo os salários, e, para simplificar a exposição, iremos nos referir à desigualdade dos salários para designar a desigualdade da renda do trabalho. Na verdade, para sermos exatos, as rendas do trabalho abrangem, igualmente, as rendas do trabalho não assalariado, que há muito desempenham um papel essencial e hoje ainda são bastante relevantes. As rendas do capital também tomam diferentes formas: representam o conjunto de rendas recebidas sobre títulos de propriedade do capital, independentemente de qualquer trabalho e da denominação jurídica formal (aluguéis, dividendos, juros, royalties, lucros, ganhos de capital etc.)”.

dispõem das mais altas rendas do trabalho são as mesmas pessoas que têm as mais elevadas rendas do capital. Piketty observa que, na prática, “a desigualdade do capital é sempre mais forte do que a do trabalho”, no sentido de que “a distribuição da propriedade do capital e das rendas que dele provêm é sistematicamente mais concentrada do que a distribuição das rendas do trabalho”. De acordo com Piketty, um dos fatores significativos que explicam a forte concentração do capital é a herança e os seus efeitos cumulativos¹⁵², particularmente em um cenário de estagnação econômica. A tese de Piketty (2014, p.227) é a de que, em sociedades com crescimento econômico fraco, há um aumento considerável da importância dos patrimônios acumulados no passado.

Quando a taxa de remuneração do capital excede substancialmente a taxa de crescimento da economia – como ocorreu durante a maior parte do tempo até o século XIX e é provável que volte a ocorrer no século XXI -, então, pela lógica, a riqueza herdada aumenta mais rápido do que a renda e a produção. Basta então aos herdeiros poupar uma parte limitada da renda de seu capital para que ele cresça mais rápido do que a economia como um todo. Sob essas condições, é quase inevitável que a fortuna herdada supere a riqueza constituída durante uma vida de trabalho e que a concentração do capital atinja níveis muito altos, potencialmente incompatíveis com os valores meritocráticos e os princípios de justiça social que estão na base de nossas sociedades democráticas modernas. (PIKETTY, 2014, p.33)

Segundo Piketty (2014, p.368-369), quando a taxa do rendimento do capital se mantém, por um longo período, muito mais elevada do que a taxa de crescimento econômico, “o passado tende a devorar o presente”: as riquezas vindas do passado – transmitidas intergeracionalmente através da herança – tendem a automaticamente progredir mais rápido – e sem qualquer necessidade de trabalho para isso – do que as riquezas produzidas pelo trabalho¹⁵³. Por essa razão, Piketty (2014, p.342) afirma que “estão dadas as condições ideais para que prospere uma sociedade de herdeiros, caracterizada ao mesmo tempo por uma enorme concentração da riqueza e uma forte continuidade, ao longo dos anos e das gerações, desses patrimônios elevados”. O capital constituído se reproduz sozinho e mais rapidamente do que a produção; conseqüentemente, o empresário “tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho” (PIKETTY, 2014, p.555).

152 Piketty (2014, p.241) ilustra os efeitos cumulativos da herança: “por exemplo, é mais fácil poupar quando se herdou um apartamento e não se tem de pagar aluguel”.

153 Em relação aos Estados Unidos, Kotlikoff e Summers (1981, p.707; p.730) demonstraram que o papel da poupança durante a vida é bem pequeno, uma vez que estatisticamente a acumulação de capital resulta principalmente de transferências intergeracionais de riqueza.

Piketty observa que, quanto maior o patrimônio acumulado, muito provavelmente o seu retorno será mais elevado: quando se dispõe de mais reservas, há também mais meios para investir, melhores consultorias, maiores margens de conforto para aplicar em investimentos arriscados de alto retorno, mais paciência para aguardar o retorno do capital. Assim, “se o patrimônio do décimo superior ou do centésimo superior da hierarquia mundial do capital avançam mais rápido do que o dos décimos inferiores, a desigualdade da riqueza tende a se ampliar sem limites” (PIKETTY, 2014, p.420). Isso é reforçado pelo fato de que, a partir de um determinado patamar de riqueza, o patrimônio tem o potencial de se recapitalizar quase integralmente: o estilo de vida do seu titular absorve apenas uma pequena parcela do rendimento, e todo o restante pode ser reinvestido. Isso significa que o dinheiro acaba se reproduzindo sozinho (PIKETTY, 2014, p.429).

Por outro lado, Thomas Piketty (p.409-410) reconhece que o número de heranças enormes hoje em dia é bem menor do que nos séculos XIX e anteriores, muito em razão da abolição de antigos mecanismos hereditários como a primogenitura, bem como a repartição obrigatória entre os herdeiros. Entretanto, ele também aponta que, em números absolutos, a massa global de riquezas transmitidas hereditariamente permanece a mesma, o que significa que ainda existem muitas heranças médias e médias-altas. Elas não são suficientes para garantir uma vida como rentista, mas ainda assim representam uma quantia significativa em relação ao que boa parte da população pode acumular exclusivamente com seu trabalho. De acordo com Piketty, então, “passamos de uma sociedade com um pequeno número de grandes rentistas para uma sociedade com um grande número de rentistas menores: uma sociedade de pequenos rentistas, de certa maneira”.

Vemos no Brasil um terreno fértil para a reprodução do cenário acima descrito por Piketty. Em primeiro lugar, porque, no momento em que a presente Tese é elaborada, o país tem enfrentado há alguns anos cenários desanimadores (quando não desoladores) de crescimento econômico¹⁵⁴. Além disso, como bem ressaltou Aluizio Porcaro Rausch (2016, p.569), a tributação de heranças é “significativamente inferior à da aquisição onerosa pelo trabalho, em termos absolutos”¹⁵⁵. Para

154 De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), tanto em 2017 quanto em 2018 o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro cresceu 1,1%; em 2016 o PIB sofreu uma retração de 3,3%, e em 2015, de 3,5%. Mais informações podem ser encontradas em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib%23evolucao-taxa#evolucao-taxa.

155 Conforme Resolução 09/1992 do Senado Federal, a alíquota máxima do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* atualmente é de 8%. Ao mesmo tempo, a do Imposto de Renda da pessoa física é de 27,5% e da pessoa jurídica de 15% sobre o lucro apurado (com adicional de 10% sobre a parcela do lucro que exceder R\$ 20.000,00). Aluizio Rausch (2016, p.566) aduz que “é inevitável a conclusão de que a atual tributação de heranças e doações no Brasil, cuja alíquota

agravar esse cenário, profissionais oferecem seus serviços de “planejamento sucessório”¹⁵⁶, justamente para, entre outras finalidades, reduzir ao máximo o valor do imposto de transmissão devido à Fazenda Pública.

Marcos Catalan (2010, p.141-142) argumenta que nada justifica a manutenção de um sistema sucessório que apenas legitima a transmissão de patrimônio acumulado ao longo de um processo histórico de apropriação de riqueza, ao mesmo tempo em que grande parte da população brasileira ainda continua experimentando miséria e exploração. Nesse mesmo sentido, pouco tempo após a promulgação da Constituição de 1988, Dalmo Dallari publicou um artigo em tom pessimista. Dallari (1993, p.430) denunciou um conflito aparente entre duas orientações diferentes dentro da Constituição, “uma fortalecendo os Direitos Humanos e ampliando suas garantias e outra privilegiando os interesses econômicos”. Para ele, o conflito seria meramente aparente na medida em que, no conjunto, a Constituição prioriza a pessoa humana e subordina a atividade econômica aos direitos fundamentais e interesses sociais. Apesar disso, e a despeito de trazer como princípios expressos a função social e a redução das desigualdades sociais, a Constituição também “manteve integralmente e sem restrições o direito de herança, por força do qual haverá brasileiros nascendo muito ricos ao lado de outros que já nascerão miseráveis, porque só herdarão a miséria dos seus pais” (DALLARI, 1993, p.432). Sua conclusão é a de que “os Direitos Humanos ainda não adquiriram existência real para grande número de brasileiros”, uma vez que “a marginalização social é imensa e a discriminação econômica e social está apoiada na própria Constituição” (DALLARI, 1993, p.436). Mais de uma década depois, depois, Daniel Sarmiento (2006, p.01) também ressaltou o abismo que meia as promessas generosas da Constituição e a realidade nacional: “a Constituição fala em justiça social, mas o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo”.

máxima é 8%, é extremamente injusta, anacrônica e, por permitir excessivo acúmulo intergeracional de riqueza, desestimula o trabalho, leva a menor desenvolvimento econômico e a maior pobreza, e ofende a democracia e a meritocracia”.

156 Agradecemos aqui ao Professor Leandro Reinaldo da Cunha, que no Exame de Qualificação da presente Tese levantou a interessante questão: não estaria o planejamento sucessório, em contrariedade à visão constitucionalizada que adotamos, fomentando excessivamente a patrimonialização da sucessão hereditária? Se esse planejamento estiver focado principalmente em medidas visando à redução do tributo a ser pago, a resposta é positiva. Infelizmente, aparentemente essa é a tendência; faltam-nos os dados necessários para fazer uma afirmação peremptória nesse sentido. De todo modo, não descartamos a existência de um planejamento sucessório constitucionalizado, focando na busca por uma partilha que atenda, por exemplo, à proteção a sucessores vulneráveis, à promoção da função social da posse, à distribuição mais cômoda a todos os envolvidos, ao respeito ao direito à moradia dos envolvidos.

Agravando o cenário acima descrito, observamos também que a transmissão intergeracional de riqueza é potencializada quando levamos em consideração que ela não envolve pura e simplesmente a transferência *causa mortis* de patrimônio. Liam Murphy e Thomas Nagel, em *The Myth of Ownership: Taxes and Justice* (2003, p.143; p.159-160), analisam a herança enquanto uma relevante fonte de desigualdade econômica na sociedade¹⁵⁷. Ademais, ressaltam que outro fator promotor da desigualdade social é a passagem de capital humano, em especial vantagens educacionais, o que ocorre no seio da família antes da idade na qual as pessoas geralmente se tornam herdeiras. A esse respeito, os autores sugerem que uma solução para essa questão é a educação pública universal de qualidade. Mark Ascher (1990, p.71) também apontou que há diferenças em habilidade, sorte e educação que impedem que a competição na seara econômica não seja isonômica; e que, apesar disso, sem uma boa razão, a sociedade permite que alguns competidores – notadamente aqueles que já têm mais vantagens educacionais e culturais – herdem enormes riquezas, não merecidas em qualquer sentido.

Em *Ralé Brasileira: Quem É e Como Vive*, Jessé Souza (2009, p.15-20) aponta que o processo de competição social já está pré-definido na socialização familiar produzida por “cultura de classe” distintas. O mencionado autor ressalta que facilmente se enxerga a herança material, mas a perspectiva economicista não presta atenção à transferência de valores imateriais na reprodução das classes sociais e de seus privilégios. Para os mais ricos, isso envolve manter certo estilo de vida, saber o que é de “bom tom”, partilhar certo capital cultural; não é apenas o patrimônio que garante acesso a relações sociais privilegiadas (que, por sua vez, permitirão a reprodução do próprio capital material¹⁵⁸). Por outro lado, na classe média se verifica ainda mais intensamente o papel significativo da herança imaterial, na medida em que as transmissões patrimoniais *causa mortis* são de valor menos elevado. Com a chamada “transmissão afetiva”¹⁵⁹,

157 Ressalvamos, porém, que os autores focam especificamente na questão da tributação da transmissão de riqueza *causa mortis*.

158 Essas relações sociais privilegiadas também facilitam o acesso a oportunidades melhores no mercado de trabalho. O filho do empresário de sucesso, para além da herança e da educação de alto nível, também receberá do seu ascendente indicações para cargos de prestígio. Nesse sentido, recomendamos o livro de Daniel Halliday (2018, p.148). Para uma análise mais aprofundada do fenômeno do nepotismo no mercado de trabalho, em especial no setor privado, remetemos o leitor para o artigo de Robert G. Jones e Tracy Stout (2015).

159 “O filho ou filha da classe média se acostuma, desde tenra idade, a ver o pai lendo jornal, a mãe lendo um romance, o tio falando inglês fluente, o irmão mais velho que ensina os segredos do computador brincando com jogos. O processo de identificação afetiva — imitar aquilo ou quem se ama — se dá de modo “natural” e “pré-reflexivo”, sem a mediação da consciência, como quem respira ou anda, e é isso que o torna tanto invisível quanto extremamente eficaz como legitimação do privilégio” (SOUZA, 2009, p.18).

legitimam-se os privilégios e se reproduzem certas precondições que darão à nova geração da classe média a possibilidade de competir com chances de sucesso no mercado de trabalho: capital cultural, predisposição para o aprendizado, concentração e disciplina. A inexistência de todos esses fatores nas classes mais baixas representa as raízes familiares da reprodução e legitimação dos privilégios de classe, nos sentidos econômico e cultural.

A combinação entre sucessão *causa mortis* e a transferência de capital humano aos filhos foi estudada por Daniel Halliday (2018, p.123-152). A tese de Halliday é que a transmissão intergeracional de riqueza não pode ser analisada como um fenômeno isolado, mas sim como um elo em uma cadeia de transferências com efeito cumulativo. Halliday menciona o *grandparent effect*: pais que receberam herança dos próprios pais têm um potencial maior de transmitir capital humano para os seus filhos, além do próprio patrimônio hereditário material. Existem práticas de criação dos filhos que não consistem em transferências formais de riqueza, mas ao mesmo tempo comprovadamente exercem um impacto positivo em relação às vantagens competitivas: leituras para a criança, ajuda com o dever de casa, exposição à cultura, atividades extracurriculares. Halliday documenta como a existência de riqueza herdada ajuda a aumentar e melhorar essas práticas no seio das famílias em gerações sucessivas. Em sua opinião, há aos menos três razões pelas quais pais mais ricos têm melhores condições de transmitir capital humano para sua prole¹⁶⁰: eles têm que passar menos tempo trabalhando e, portanto, têm mais tempo livre para acompanhar os filhos nas atividades; eles têm mais dinheiro para bancar as atividades extracurriculares desde a mais tenra idade dos filhos; e eles buscam um maior investimento na educação formal dos filhos, na medida em que outros pais de mesma classe social estão fazendo o mesmo. Dessa forma, pais que herdaram estão em melhor posição de proporcionar vantagens competitivas aos seus filhos do que aqueles que não herdaram. Assim, para Halliday, os efeitos cumulativos da herança tornam a sucessão *causa mortis* um mecanismo que permite a replicação, de uma geração para outra, de uma concentração de capital tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

Reconhecer o papel da herança no fenômeno de concentração de riqueza é ainda mais problemático quando se levam em conta os objetivos fundamentais da República, em especial a

160 E aqui não estamos, de maneira alguma, afirmando que pessoas mais ricas criam melhor os seus filhos; compreendemos, sim, que o dinheiro facilita proporcionar aos filhos futuras vantagens competitivas no mercado de trabalho.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais.

De forma a combater os efeitos negativos do fenômeno hereditário, entre os quais o principal podemos identificar como sendo a concentração de riqueza, já se defendeu a extinção da sucessão *causa mortis*. Assim, por exemplo, em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels (1997) publicaram seu *Manifest der Kommunistischen Partei*. Entre as sugestões ali apresentadas, eles defenderam a abolição do direito de herança. Já em 1869, escrevendo só, Karl Marx¹⁶¹ (2005) afirmou que o direito sucessório, assim como qualquer outra legislação burguesa, não é a causa e sim o efeito da organização econômica fundada na propriedade privada dos meios de produção; nesse sentido, o desaparecimento da herança “será o resultado natural de uma mudança social que suplantará a propriedade privada dos meios de produção”. Marx então afirmou que a abolição da sucessão hereditária “não pode ser jamais o ponto de partida de uma tal remodelação”, pois isso “significaria apenas desviar a classe trabalhadora do verdadeiro centro de atenção da sociedade contemporânea”. Marx então sugeriu como medidas transitórias: a ampliação da tributação sobre a herança; a aplicação dos respectivos fundos em projetos de emancipação social; bem como a limitação do direito de testar.

Anton Menger (1898, p.394) entendia que o Direito das Sucessões era uma instituição aristocrática, na medida em que o regime hereditário favorece a aglomeração de riqueza nas mãos de poucos, fazendo com que o número de pobres aumente e a sua vida seja pior. Segundo ele, a estrutura do direito sucessório exerce um influxo decisivo sobre a estratificação das classes sociais. Menger (1908, p.09) defendia a criação de um Estado Democrático do Trabalho, no qual haveria herança apenas de bens de consumo. Segundo o jurista austríaco, uma restrição dessas eliminaria um dos aspectos mais obscuros do direito, qual seja, a sorte do indivíduo estar ligada ao seu nascimento, não ao seu mérito. Para Menger (1908, p.05), seria de supremo interesse que os bens acumulados fossem, com a morte do dono, distribuídos racionalmente entre as novas gerações.

Harlan Eugene Read (1918, p.03) chegou a afirmar que riqueza herdada é inimiga da liberdade, perpetuadora de desigualdades, reprodutora de pobreza e aristocracia. Para ele, a herança

161 “O Direito de herança possui apenas importância social na medida em que deixa para o herdeiro o poder exercido pelo falecido durante o tempo em que viveu, nomeadamente: o poder de atribuir a si mesmo, por meio da propriedade do de cujus, os frutos do trabalho alheio” (MARX, 2005).

rouba da nova geração as suas oportunidades e, portanto, deve seguir o caminho da monarquia¹⁶² e da escravidão em direção à lista de coisas do passado. A conclusão de Read (1918, p.138) é simples e direta: não pode haver civilização perfeita enquanto o poder de herdar riqueza não for inteiramente destruído¹⁶³. No Brasil, encontramos em Alvaro Costa (1939, p.55) um crítico à noção de direitos hereditários, que, sendo um privilégio comparável aos antigos privilégios de casta e de sangue, devem ser condenados pela economia política.

Costumamos encontrar na doutrina referências às experiências comunistas de abolição da sucessão hereditária. Ocorre que, conforme Frances Foster-Simons (1985, p.35-43) relata, o direito sucessório, tanto na União Soviética quanto na China, acabou se expandindo em vez de desaparecer; a herança não apenas sobreviveu, como se institucionalizou e se expandiu. Na União Soviética, não houve abolição absoluta da herança. Em 1918, aproximadamente 4 meses após a tomada do poder, os soviéticos de fato determinaram que, com a morte do proprietário, todos os seus bens móveis e imóveis se tornariam propriedade da República Soviética Russa. Ocorre que desde inicialmente já havia exceções em favor de certos parentes, em casos específicos¹⁶⁴. Em 1922, o Código Civil institucionalizou novamente os direitos sucessórios na União Soviética; em 1936, a herança ganhou *status* constitucionalmente garantido. Em 1945, o Código Civil Soviético foi emendado, e o regime sucessório ali adotado muito se assemelhava aos demais sistemas codificados do restante da Europa. Na década de 1960, a União Soviética passou a permitir uma liberdade testamentária semelhante à de países capitalistas.

Por outro lado, na lição de Frances Foster-Simons (1985, p.37-44), os comunistas chineses não decretaram a abolição da herança, ao contrário dos soviéticos; ela foi mantida como um vestígio da China pré-comunista. O governo ignorou a herança, focando em reestruturar

162 Read (1918, p.80-82) chega a traçar um paralelo entre os argumentos a favor da herança e a teoria do Direito Divino dos Reis. Em primeiro lugar, trata-se da vontade do *de cuius* ou do rei morto. Em segundo lugar, há um direito natural ao patrimônio hereditário como há um direito inato à coroa. Em terceiro lugar, assim como a estabilidade econômica depende da herança, a estabilidade do reino depende da ascensão pacífica do novo monarca ao trono. Em quarto lugar, a ideia de que a família do *de cuius* é mais apta a administrar o patrimônio por ele deixado, assim como as famílias reais são mais aptas a governar do que as pessoas comuns. Por fim, a ideia comum de que herança e monarquia se justificam simplesmente porque sempre foi assim.

163 Traduzimos livremente do original: “a perfect civilization cannot exist until the power to inherit wealth is entirely destroyed”.

164 Entre as exceções, espólios menores do que 10 mil rublos ou consistentes principalmente de mobiliário doméstico e meios de economia familiar; até mesmo mais do que 10 mil rublos poderiam ser herdados, no que fosse necessário para o sustento do herdeiro. Já em 1919 determinou-se que o teto de 10 mil rublos não se aplicava a membros da família dos trabalhadores, o que significava que os espólios passariam automaticamente para o cônjuge ou parentes próximos do morto (FOSTER-SIMONS, 1985, p.36).

radicalmente a sociedade chinesa através de reforma agrária e social. Direitos sucessórios foram expressamente reconhecidos na Lei de Casamentos de 1950, bem como protegidos pela Constituição chinesa de 1954.

Ocorre que, na medida em que a herança foi expressamente incluída entre os direitos fundamentais, não podemos sequer discutir a possibilidade de sua extinção por força tanto da sua natureza de cláusula pética quanto da proibição do retrocesso, na medida do quanto discorreremos na seção 3.1. Por outro lado, essa limitação não significa que não devamos buscar meios de combater a função antissocial da herança, compatibilizando a sucessão hereditária com os interesses da coletividade.

O papel da transferência intergeracional de riqueza em relação às desigualdades sociais vem sendo discutido com maior intensidade sob o ponto de vista tributário. Já mencionamos *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, obra de Liam Murphy e Thomas Nagel. Uma das sugestões de Thomas Piketty em *O Capital no Século XXI* para a diminuição da concentração de riqueza é a tributação mais pesada do capital transmitido por herança.

No Brasil, um dos principais estudos sobre a tributação mais severa da herança enquanto mecanismo de combate às desigualdades foi realizado por Nathália Daniel Domingues (2017), sob uma perspectiva do liberalismo econômico. Ademais, objetivando a redução das desigualdades e a maior distribuição de riquezas, o já referido Aluizio Porcaro Rausch (2016, p.569-570) defende uma dupla reforma tributária: de um lado, a fixação de alíquota mínima, para o imposto sobre heranças, em patamar ao menos superior à tributação da renda sobre o trabalho; de outro, uma progressividade do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* que leve em consideração três variáveis, quais sejam, o valor transmitido, o patrimônio do herdeiro e o grau de parentesco.

Acreditamos, entretanto, que é muito pouco confiar no Direito Tributário como instrumento de controle da função antissocial da herança. Estamos desde o começo desta Tese defendendo a releitura do Direito Civil à luz da Constituição, para dar aos institutos civilísticos, entre os quais a herança se encontra, um novo perfil funcional adequado à promoção dos valores e objetivos constitucionais. Por essa razão, acreditamos que a metodologia civil-constitucional nos permite reconfigurar o conteúdo do direito subjetivo à herança para, sem necessidade de recorrer a um controle externo (tributário), conformar a sucessão *causa mortis* aos interesses da coletividade.

3.3.5 A função social da herança

Na seção 3.1.2.1 descrevemos o direito fundamental à herança enquanto componente de uma ordem de valores fundamentais objetivos. Argumentamos que, em conformidade com sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais não devem ser analisados exclusivamente com base no ponto de vista da pessoa individualmente considerada, mas também sob a perspectiva social, isto é, da comunidade como um todo. Sustentamos também a dificuldade atual em se sustentar que um direito é exclusivamente particular ou individual, não considerando o interesse público ou coletivo. Por essa razão, rechaçamos a conclusão apressada de que o direito fundamental à herança se trata apenas de um direito subjetivo e individual que interessa apenas aos sujeitos envolvidos no fenômeno sucessório, quais sejam, sucedido (*de cuius*) e sucessores. Antecipamos, na mencionada seção, que podemos identificar interesses da coletividade relativos ao direito à herança; e que esses interesses sociais podem atuar enquanto fatores de limitação do conteúdo e alcance do referido direito.

Adotamos na presente Tese a metodologia civil-constitucional. Consequentemente, abandonamos a concepção tradicional de que os institutos jurídicos estão à livre disposição do indivíduo e de sua vontade; acreditamos que o exercício de qualquer direito – inclusive a herança – deve transcender os interesses individuais (sem, obviamente, desconsiderá-los). Desse modo, a postura metodológica que utilizamos, na esteira de Anderson Schreiber (2013, p.20), enfatiza a “necessidade de que os institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial à realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”. Como bem expôs Paulo Lôbo (2017, p.147), na medida em que a Constituição de 1988 orientou a transição do paradigma individualista e liberal das titularidades, também o Direito das Sucessões está direcionado à função social.

Na presente seção, então, apontaremos de que forma os interesses da coletividade limitam o conteúdo e alcance do direito subjetivo à herança, ou seja, conformam o seu âmbito de proteção.

Dessa maneira, identificaremos uma função social da herança¹⁶⁵, de modo a tornar esse direito verdadeiramente compatível com a tábua axiológica constitucional, em especial a promoção da dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a redução das desigualdades sociais.

Sobre o interesse social no fenômeno hereditário, Jens Beckert (2010, p.14) relembra, ainda, que a herança já foi encarada como um mecanismo de modernização e reforma da sociedade, envolvendo discussões sobre igualdade, liberdade e justiça social. O autor alemão reconhece, porém, que o interesse na questão vem amplamente desaparecendo, em razão de fatores como a antipatia em relação à tributação *causa mortis*; a falta de solidariedade decorrente das pressões sobre a classe média; a ideia de que a herança é uma proteção à própria prole contra as adversidades do mercado; e a legitimação social do crescente desejo de enriquecer independentemente de performance individual (seja por trabalho, por ser uma celebridade, pela loteria ou até mesmo pela herança). Acreditando no papel transformador do Direito, em especial com o direcionamento da metodologia civil-constitucional, pretendemos resgatar aquela postura original apontada por Jens Beckert.

3.3.5.1 Restrição à ocorrência do fenômeno sucessório

Precisamos primeiramente analisar criticamente a ideia de que, para compatibilizar a herança com os interesses sociais, devemos restringir direitos sucessórios apenas a casos específicos, especialmente quando os sucessores se encontram em posição de vulnerabilidade.

Marcos Catalan (2010, p.144) sustenta não há conflito entre, de um lado, as garantias à propriedade e à herança e, de outro, a busca da redução das desigualdades sociais. O mencionado autor entende que há fundamento constitucional, então, para que se determine que parte da herança seja distribuída aos necessitados; o que falta é vontade política para tomar essa medida. A sugestão de Catalan (2010, p.145-146) é a criação de um fundo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, a ser gerido pela iniciativa privada sob a fiscalização do poder público.

165 Destacamos aqui que buscaremos “uma”, e não “a”, função social da herança. Como Tepedino e Schreiber (2000, p.49) afirmaram, é “infrutífera resulta a tentativa de atribuir conceito unitário para a função social, visto tratar-se de noção flexível, variável”.

Catalan (2010, p.142-143) ressalva, porém, que a questão passa pelo respeito à transmissão do mínimo para a subsistência digna dos filhos menores ou de outros sucessores sem condições para o trabalho (ou seja, assegurando-se-lhes o mínimo existencial); e que, ao menos inicialmente, não se deve causar a redução drástica do padrão econômico familiar. Semelhantemente, Mark Ascher (1990, p.73) propôs que a herança não fosse sempre protegida, mas apenas tolerada estritamente quando necessária – ou seja, em casos excepcionais, como uma pessoa sem aptidão para prover o próprio sustento e que dependia do morto.

Por quatro razões entendemos inadequada a proposta de se fazer justiça distributiva limitando a sucessão *causa mortis* às hipóteses de vulnerabilidade. Em primeiro lugar, conforme discutimos na seção 3.1, a herança foi incluída pelo constituinte no rol de direitos fundamentais e, como tanto, deve ter seu núcleo essencial preservado. Tornar a transmissão hereditária uma exceção, e não uma regra, é subverter a lógica do sistema, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser promovidos. Em segundo lugar, acreditamos se tratar de um contrassenso querer conformar um instituto do Direito Civil aos interesses da sociedade basicamente abolindo o referido instituto. Em terceiro lugar, como demonstramos na seção 3.3.1, existem situações nas quais mesmo o sujeito apto para o trabalho tem interesse constitucionalmente tutelado em receber herança. Em quarto lugar, por fim, não se pode ignorar que algumas incapacidades (notadamente a por idade) são passageiras, enquanto a transmissão *causa mortis* de propriedade é definitiva. Nesses casos, quando o herdeiro supervenientemente adquirisse capacidade, haveria uma desigualdade injustificada em relação a pessoas de mesmo vínculo com o *de cuius* que nada receberam porque, no momento da morte, já eram capazes.

3.3.5.2 Alteração estrutural do direito subjetivo à herança

Como Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2000, p.47) ensinam, a ideia original de função social nasce como antítese do direito subjetivo à propriedade, representando a propriedade como um dever, uma tarefa¹⁶⁶. Na Itália, a doutrina deu um melhor sentido a essa concepção, compreendendo a função social como um elemento capaz de alterar a estrutura do direito subjetivo.

166 Remetemos o leitor à obra clássica de León Duguit (1923). Mencionaremos novamente mais à frente a fundamental concepção de função social elaborada por este autor francês.

Assim, a função social é inserida no perfil interno do direito, atuando como critério de valoração do seu exercício. Isso não significa, porém, que o direito subjetivo se torna exclusivamente social; ele ainda atende, sim, aos interesses individuais do seu titular. Entretanto, reconhece-se uma capacidade expansiva do direito subjetivo, no sentido de atender simultaneamente também aos interesses daqueles que dele não são titulares.

Dessa forma, Gustavo Tepedino (2004b, p.317) leciona que, com o fenômeno da funcionalização, a propriedade deixa de ser uma atribuição de poder com potencial de plenitude, de acordo com a qual o proprietário teria liberdade irrestrita para o exercício do seu domínio sobre o bem. No contexto de função social, “a determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”. Semelhantemente, na esteira de Pietro Perlingieri (2008, p.677), entendemos que a tutela jurídica de um direito depende de sua conformidade tanto com o interesse do titular quanto o da coletividade. É nesse contexto que surge o que Perlingieri chama de “crise do direito subjetivo”:

enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.

Compreendemos, assim, que, após uma filtragem constitucional, a estrutura do direito subjetivo à herança é alterada. Não se eliminam dela os interesses individuais, em especial os daqueles sucessores ligados ao sucedido por vínculos familiares ou beneficiados em testamento. O que a releitura do fenômeno hereditário à luz da Constituição faz é determinar que o conteúdo do direito à herança dependa também de centros de interesses não-herdeiros, ou seja, da coletividade, passando a ter assim uma configuração solidarista.

Acreditamos então que a função social da herança é atendida quando os interesses individuais e familiares envolvidos fenômeno hereditário estão em conformidade com os interesses da coletividade. Existem casos em que isso é evidente. Assim, por exemplo, há violação da função social da sucessão *causa mortis* um testamento no qual se afasta um herdeiro (mesmo que apenas da parte disponível) por motivações machistas, racistas, homofóbicas ou transfóbicas. A sociedade como um todo é atingida por uma disposição como essa, ainda que o diretamente patrimonialmente

prejudicado seja um único indivíduo; por essa razão, o juízo do inventário deve recusar o registro e cumprimento de tal negócio jurídico. Com base na doutrina de Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.184), compreendemos que o controle quantitativo das disposições testamentárias é insuficiente para assegurar que os valores constitucionais sejam tutelados e realizados; dessa forma, acreditamos ser necessário o desenvolvimento da noção de tutela qualitativa da liberdade testamentária, sobre o que trataremos na seção 4.1.2.2.

De forma semelhante, há descumprimento da função social da herança quando se reconhecem direitos sucessórios em favor de pessoas que praticaram atos excessivamente reprováveis em desfavor do sucedido. É nesse sentido que entendemos adequada a reforma legislativa que introduziu a legitimidade do Ministério Público para demandar a exclusão por indignidade do sujeito que tenha atentado contra a vida do *de cuius* ou de pessoas próximas a ele¹⁶⁷. Por essa mesma razão, na seção 5.4.4.2 defenderemos a inclusão do abandono e da violência doméstica entre as causas de indignidade.

Também há violação da função social da sucessão hereditária quando se dá injustificadamente tratamento desigual a pessoas em situações semelhantes. Essa é uma das razões que justificaram a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do tratamento sucessório dado pelo Código Civil de 2002 à união estável. Por outro lado, argumentaremos na seção 5.4 que descumpra a função social da herança garantir mera igualdade formal a possíveis sucessores em condições materialmente distintas.

3.3.5.3 Os deveres associados ao direito à herança

Devemos, por fim, conciliar a noção de herança ao dever de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estabelecido como primeiro objetivo fundamental da República pela Constituição Federal de 1988¹⁶⁸. A tutela da pessoa humana se relaciona inseparavelmente com a solidariedade: “ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa” (PERLINGIERI, 2008, p.461). A Constituição coloca a solidariedade social em uma posição normativa privilegiada. Para

167 A Lei 13.532/2017 inseriu essa possibilidade no art.1815 do Código Civil de 2002.

168 Art. 3o, I.

Nelson Rosenvald (2018, p.01), a solidariedade deixa de ser reputada como um sentimento genérico de fraternidade, sendo entendida como um princípio que é dotado de exigibilidade; ela “se desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo a fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum”. De acordo com Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.627), a Constituição não determina que uma pessoa efetivamente sinta algo de bom pela outra, mas que aja como efetivamente sentisse; “tem-se, portanto, o que podemos chamar de solidariedade objetiva, ou, em outras palavras, dever de solidariedade”. A solidariedade social é projetada nas normas do assim tradicionalmente chamado Direito Privado por força do princípio da função social, que “indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório” (MARTINS-COSTA, 2005, p.41).

Não podemos reduzir, no plano da sucessão hereditária, a solidariedade constitucional à noção de solidariedade familiar. Como bem ressaltou Pietro Perlingieri (2008, p.462), a solidariedade constitucional não se restringe aos confins de um único grupo social, mas impõe a cooperação e a igualdade na concretização da dignidade social de todas as pessoas. Rosa Maria de Andrade Nery (2011, p.763-764) ressaltava a transição da ideia primitiva de proteção ao grupo para atingir aqueles que não pertencem ao grupo; “a passagem da ideia da solidariedade em face dos seus, para a de solidariedade para com todos, convive com a transposição dos conceitos jurídicos em torno da tribo/cidade e ainda marca, de alguma forma, os nossos dias”. Conforme a autora sustenta, nas diferentes vertentes do Direito Privado há reflexos dessa contraposição entre, de um lado, a realização dos interesses dos seus, e, de outro, os interesses dos outros¹⁶⁹. Como vimos, a solidariedade familiar é um princípio conformador do Direito das Sucessões; entretanto, ele não justifica a transmissão de enormes patrimônios hereditários, que por sua vez contribuem para a concentração de riqueza e aumento das desigualdades sociais. Assim, concluímos que o fenômeno hereditário deve ser orientado também pela solidariedade em relação à coletividade como um todo, não apenas à família do falecido.

Pietro Perlingieri (2008, p.925) afirma ainda que a sucessão *causa mortis* é instrumento de tutela do indivíduo, mas que, ao mesmo tempo, o ordenamento realiza obra de justiça distributiva

169 Para Rosa Nery, no fenômeno hereditário, essa questão se relaciona com as discussões sobre a fundamentalidade do direito de sucessão hereditária e testamentária, bem como sobre a tributação pesada sobre transmissão *causa mortis* de grandes fortunas.

freando a sucessão hereditária que supere uma certa consistência; para isso, são utilizados gravames, deveres específicos e ônus. Por outro lado, Luiz Edson Fachin (2012, p.180) argumenta que o regime jurídico das titularidades não se limita aos interesses dos titulares atuais, ou seja, daquelas pessoas que, em determinado momento, são os sujeitos concretos de um patrimônio específico; esse regime jurídico deve coexistir com a “garantia de um patamar digno de bens materiais indispensáveis à vida, proporcionar vias reais de acesso a essa esfera jurídico-patrimonial”.

Encontramos em Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.27-28) um adicional ponto de partida para nossa concepção de funcionalização do direito à herança. Na seção 3.1.1.2 mencionamos a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O reconhecimento dessa eficácia é um pouco mais problemático em se tratando de direitos a prestações sociais. Nesse sentido, Sarlet afirma que “os particulares não estão obrigados, em princípio e com base nas normas de direitos fundamentais sociais, a edificar escolas e hospitais, fornecer medicamentos ou outras prestações sociais típicas”. Apesar disso, não é possível reduzir a oponibilidade desses direitos sociais apenas em face do Estado; por exemplo, pelo menos os direitos dos trabalhadores são expressamente e diretamente vinculantes nas relações entre particulares, inclusive aqueles que envolvem prestações, como o salário mínimo¹⁷⁰ e os adicionais de insalubridade e periculosidade¹⁷¹. Além disso, aos direitos a prestações também é reconhecida aplicabilidade imediata¹⁷². Da mesma forma, o princípio da solidariedade “implica deveres de solidariedade decorrentes da própria dignidade da pessoa”; sob essa perspectiva, ele pode ser utilizado como argumento a justificar uma eficácia de direitos a prestações fáticas em relação a particulares. Sarlet ressalva, porém, que é necessário ter cautela, na medida em que “também em homenagem ao bom nome da solidariedade é sempre possível justificar uma limitação excessiva da dimensão individual e subjetiva dos direitos fundamentais”.

De acordo com Daniel Sarmento (2008, p.295-297), a construção da sociedade justa e igualitária projetada pela Constituição é um dever tanto do Estado quanto de toda a sociedade e de cada um dos seus integrantes, na medida das respectivas possibilidades. Para Sarmento, a solidariedade é um princípio jurídico dotado de certo grau de eficácia imediata, apesar da sua

170 Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV.

171 Constituição Federal de 1988, art. 7º, XXIII.

172 Constituição Federal de 1988, art. 3º, § 1º.

abertura e indeterminação semântica; ela significa que a sociedade não é um espaço de concorrência entre indivíduos isolados, mas de assunção de responsabilidades comuns, em especial em benefício daqueles que se encontrarem em situação de maior vulnerabilidade. Por essa razão, segundo Sarmiento, justifica-se a concepção de que, sem excluir dever primário do Estado, os particulares também têm um dever secundário de assegurar os direitos sociais. Semelhantemente, em Pietro Perlingieri (2002, p.38) encontramos a noção de que os direitos sociais possuem como pressuposto e fundamento uma forte carga de solidariedade e devem ser entendidos como instrumentos para construir uma comunidade.

Também encontramos em Perlingieri (2008, p.940) a ideia de que, por força da solidariedade, “o conteúdo da função social assume um papel promocional”. Para o autor italiano, isso significa que o regime jurídico do direito subjetivo deve não apenas garantir, mas também promover os valores fundantes do ordenamento jurídico. Perlingieri (2002, p.113; p.107) defende ainda que a configuração solidarista do ordenamento é exprimida pela complexidade das situações subjetivas, que são compostas de poderes, deveres, obrigações e ônus. Pietro Perlingieri (2008, p.16) acentua que o Estado Social não apenas se funda sobre direitos, mas também sobre deveres sociais; “a democracia é também a assunção de responsabilidades”. Para o autor italiano, a crise do Estado Social vem justamente do fato de a cultura dos deveres não ser difusa. Perlingieri (2008, p.728-729) defende então uma perspectiva relacional do ordenamento, que examina as correlações entre as diferentes situações jurídicas: “não é suficiente aprofundar no poder atribuído a um sujeito se não se compreende ao mesmo tempo os deveres gerais, os deveres específicos, os interesses dos outros”. O autor italiano propõe, dessa forma, a superação da tendência a se construir os institutos do Direito Civil exclusivamente em termos de atribuição de direitos. Conforme Pietro Perlingieri (2002, p.120-121), o mais básico dever que acompanha o direito subjetivo, que o funcionaliza e socializa, é o relativo ao seu exercício em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social, sem provocar danos excepcionais aos outros.

Semelhantemente, Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.312) afirma que a funcionalização outorga um feixe unificado de direitos, deveres, poderes e faculdades ao titular de um direito, para que este seja regularmente exercido em conformidade com sua finalidade social. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p.317) relaciona a ideia de interesse social à noção de “distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres”.

Assim como Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2000, p.48-49), entendemos que a função social remodela o conteúdo interno do direito subjetivo, vinculando-o ou gravando-o com deveres de atuação, tanto negativa quanto positiva; com a funcionalização, passam a ser exigidas atuações positivas do titular do direito, para que se adeque ao que dele se espera na sociedade. Podemos estender os comentários dos referidos autores, que se referem especificamente à propriedade, para os direitos subjetivos de modo geral: de um lado, estes passam a enfeixar poderes, deveres, ônus e obrigações; de outro, seu conteúdo passa a ser modelado levando em consideração, também, os interesses de quem não é titular.

É dessa forma que fundamentamos a existência de deveres atribuídos aos sujeitos envolvidos na sucessão *causa mortis*. Tanto sucedido quanto sucessor devem participar do fenômeno hereditário atuando para a promoção dos valores constitucionais, beneficiando assim toda a coletividade. A existência desses deveres independe de quanta riqueza foi transmitida *causa mortis*; entretanto, quanto maior o acervo hereditário, maiores as exigências daí decorrentes.

Por força do esquema rígido de vocação hereditária estabelecido no Código Civil, potencialmente haverá dependentes do *de cuius* que não terão título legal ao acervo hereditário necessário para a sua subsistência. Alguns não serão chamados, outros terão de repartir patrimônio igualmente com sucessores que estão em condições de prover adequadamente o próprio sustento. No capítulo 5, defenderemos reformas legislativas que adequem a sucessão intestada aos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal. Enquanto isso não é feito, enxergamos a existência de um dever do sucedido/testador, no sentido de buscar beneficiar o mais adequadamente possível essas pessoas pela via testamentária.

Ocorre que devemos reconhecer também a possibilidade de o falecido não cumprir com os referidos deveres, ou seja, não remediar os graves defeitos da sucessão *ab intestato* por via da sucessão testamentária. Como discutiremos na seção 4.3, a própria lei dificulta excessivamente tanto a feitura quanto o registro e o cumprimento do testamento; por essas e outras razões, na seção 5.6 demonstraremos que a sucessão testamentária é remédio insuficiente para compensar o mau trabalho legislativo em matéria de sucessão intestada. Também precisamos refletir até que ponto esse dever do sucedido é juridicamente (judicialmente) exigível, dentro do sistema brasileiro.

De todo modo, nas circunstâncias acima mencionadas, acreditamos haver a imposição de uma responsabilidade aos beneficiados pela herança. Entendemos que, particularmente quando as

peessoas com quem o *de cuius* tinha vínculos de dependência são indevidamente deixadas desprotegidas pela sucessão *ab intestato*, aqueles que foram efetivamente chamados à sucessão têm o dever de zelar para que a subsistência digna daquelas não fique comprometida. A título ilustrativo, imaginemos o caso de alguém que vivia com o *de cuius* em uma relação de natureza não conjugal ou de união estável – um irmão, por exemplo. Se o morto tinha descendentes, eles serão chamados a suceder, enquanto o irmão não terá qualquer direito sucessório por força de lei. Se este acabasse ficando desabrigado em razão da conduta daqueles enquanto herdeiros, haveria uma clara violação à função social da herança.

Encontramos outro dever dos sucessores quando associamos a herança, em especial as de grande volume, à noção de produtividade da propriedade. Conforme discorreremos na seção 3.3.4, ainda que o herdeiro se retire do mercado de trabalho ou do empreendedorismo, os rendimentos do capital herdado têm potencial de se reproduzir sozinhos, e a pessoa se torna mais rica pelo simples fato de ser rica. Isso estimula a criação de uma sociedade de herdeiros rentistas. Entendemos que tal cenário é diametralmente oposto ao projeto de sociedade estabelecido na Constituição Federal de 1988. Por essa razão, defendemos que o patrimônio hereditário que fica apenas rendendo juros ao sucessor não está cumprindo a sua função social, sendo inclusive um aspecto contrário aos princípios da ordem econômica nacional¹⁷³. Há claro estímulo ao ócio e evidente atendimento dos interesses exclusivamente individuais do sujeito que passa a ter essa vida confortável, luxuosa e preguiçosa. Por outro lado, há também a retirada de circulação de recursos que poderiam ser investidos de forma a melhor atender também aos interesses da coletividade, como por exemplo no empreendedorismo (e, portanto, na geração de empregos e de tributos). Por essas razões, compreendemos que o sucessor tem um dever de aproveitar racionalmente e adequadamente o patrimônio recebido, em atenção aos interesses sociais, sob pena de aceitarmos o retorno ao absoluto individualismo do Direito Civil oitocentista.

3.3.5.4 A sucessão *causa mortis* e a filantropia

173 Constituição Federal de 1988, artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade.

Em se tratando de transmissões intergeracionais de grandes fortunas, aumentam significativamente os deveres, tanto de sucedido quanto de sucessor, em relação à coletividade. Como vimos na seção 3.3.4, as grandes heranças contribuem para a concentração de riqueza e, em gerações sucessivas, para o aumento das desigualdades sociais. Um dos possíveis meios de evitar esse cenário negativo é estimular que a sucessão hereditária seja espaço de promoção da filantropia.

Ainda na virada do século XIX para o século XX, Paul Leroy-Beaulieu (1906, 282-294) identificou três funções sociais da fortuna: apoio e contribuição para a busca do progresso, o que envolve o financiamento de experimentos e testes; “filantropia remunerativa”, que envolve, a título ilustrativo, o oferecimento de créditos a preços populares e restaurantes a bom preço; e a “filantropia não remunerativa”, no sentido de financiamento a museus, escolas, orfanatos e observatórios. Léon Duguit (1923, p.619-620) afirmava que o detentor da riqueza deve perseguir certas obrigações sociais com o capital que detêm, sob pena de não ser socialmente protegido.

Também no final do século XIX o magnata Andrew Carnegie¹⁷⁴ (1962, p.20-28) escreveu um famoso artigo chamado *The Gospel of Wealth*¹⁷⁵. Carnegie criticou o ato de se deixar grandes fortunas para os filhos (o que, para ele, geraria mais males do que benefícios); por outro lado, ele também defendeu a pesada tributação sobre a herança¹⁷⁶. Para Carnegie, na sociedade ideal, o excesso de riqueza não deveria simplesmente ser redistribuído aos mais pobres; grandes fortunas acumuladas teriam um potencial benéfico maior do que pequenos montantes distribuídos a diferentes pessoas. Carnegie defendeu, assim, que as grandes fortunas fossem destinadas à filantropia, de modo a promover o bem para os mais necessitados, ajudando-os a dignificar as

174 Nascido na Escócia, Carnegie se tornou um dos maiores expoentes do capitalismo nos Estados Unidos na América. Sua biografia costuma ser utilizada como exemplo do *self made man*, o sujeito que enriqueceu por seus próprios esforços – não encontramos tanta ênfase em relação à importância de sua amizade com políticos do alto escalão norte-americano para a construção de sua fortuna. De todo modo, Andrew Carnegie, além de ter construído o famoso prédio Carnegie Hall, em New York City, deixou um robusto legado filantrópico. Ele contribuiu para a construção de centenas de bibliotecas e museus, bem como criou diversas fundações de caridade. Um exemplo é a Carnegie Endowment for International Peace, que ainda mantém suas atividades (<https://carnegieendowment.org>).

175 Em tradução livre, “O Evangelho da Riqueza”. Ressalvemos que Carnegie defendia que havia muito mais valor em fazer filantropia em vida do que no momento da morte.

176 “Of all forms of taxation this seems the wisest. Men who continue hoarding great sums all their lives, the proper use of which for public ends would work good to the community from which it chiefly came, should be made to feel that the community, in the form of the State, cannot thus be deprived of its proper share. By taxing estates heavily at death the State marks its condemnation of the selfish millionaire's unworthy life” (CARNEGIE, 1962, p.22). Em tradução livre: “De todas as formas de tributação, essa parece a mais sábia. As pessoas que durante a vida continuam acumulando grandes quantias – as quais poderiam ser usadas para finalidades sociais em benefício da comunidade da qual elas majoritariamente derivam – deveriam sentir que a comunidade, na forma do Estado, não pode ser privada de sua adequada parcela. Com a pesada tributação de heranças, o Estado reafirma a sua reprovação quanto à vida indigna dos milionários egoístas”.

próprias vidas. Ele sugeriu que o excesso de riqueza fosse direcionado a bibliotecas, parques, atividades de lazer, artes e instituições públicas de diversos tipos que melhorem as condições gerais das pessoas.

A filantropia sucessória tem um papel significativo na cultura dos ricos nos Estados Unidos. Boa parte dessas disposições são feitas utilizando-se de *charitable trusts*, uma criação da jurisprudência anglo-americana que de modo geral é estranha aos países da *civil law* (MILLER, 1961, p.01). Mas os testamentos também são usados para fazer legados para instituições de caridade, institutos de pesquisa, universidades e obras religiosas. A título ilustrativo, conforme Lawrence Friedman (2009, p.140), em 2005 havia 68 mil fundações assim originadas, que por sua vez movimentaram 33,6 bilhões de dólares no desempenho das suas atividades.

Acreditamos que deve ser desenvolvida no Brasil uma cultura de incentivo à filantropia por via sucessória, no sentido de a promoção de interesses sociais ser efetivamente considerada um dever daqueles que transmitem e que recebem grandes heranças. Obviamente reconhecemos que a sociedade norte-americana tanto possui mais recursos quanto um número maior de pessoas com fortunas imensas. Apesar disso, também temos os nossos magnatas nacionais: segundo o *World Wealth Report 2018*, da consultoria Capgemini¹⁷⁷, há mais de 171 mil milionários no Brasil. Além disso, de acordo com dados de 2019 da Forbes¹⁷⁸, há 58 bilionários no país, cuja fortuna somada é de quase 180 bilhões de dólares.

Em tese, os mecanismos para isso já existem. O artigo 62 Código Civil de 2002, reformado pela lei 13.151/2015, prevê que o testamento pode ser usado para a instituição de fundação destinada a fins sociais, quais sejam: a assistência social; a cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e atividades religiosas. Já o artigo 1799, III reforça que podem ser chamadas a suceder as pessoas jurídicas cuja organização for

177 Disponível em <https://www.capgemini.com/ch-de/wp-content/uploads/sites/26/2018/06/Capgemini-World-Wealth-Report-19.pdf>.

178 Disponível em <https://forbes.uol.com.br/negocios/2019/03/brasil-volta-a-concentrar-bom-numero-de-bilionarios/>.

determinada pelo testador sob a forma de fundação. Ressalvemos que não se trata especificamente de instituição de herdeiro testamentário ou de legatário, mas de *dotação* (MASAGÃO, 1945, p.70).

De todo modo, ocorre que basicamente não se promove a função altruística e filantrópica da sucessão hereditária. Em contato com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a 1ª Promotoria de Justiça de Fundações da Capital nos informou que sob sua supervisão se encontra apenas uma única fundação criada por testamento nos últimos anos; também a 2ª Promotoria informou supervisionar apenas uma fundação criada por testamento (instituída em 1987). O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nos informou que, entre as 290 fundações cadastradas em seu sistema, apenas oito foram instituídas pela via testamentária. O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios comunicou não ter em seus arquivos a informação sobre qualquer fundação com origem testamentária; contudo, relatou ter notícia de um inventário sigiloso em tramitação com a previsão da criação de um ente fundacional¹⁷⁹.

Conforme apontado por Norberto Bobbio (2007, p.13-16), com a transição do constitucionalismo liberal clássico para um constitucionalismo pós-liberal, além de tutelar e garantir, o Estado também tem a função de promover. Podemos identificar, desse modo, de um lado, o tradicional ordenamento-protetivo repressivo, que se preocupa em desencorajar comportamentos socialmente indesejáveis; e, de outro lado, um ordenamento promocional, ao qual interessam os comportamentos socialmente desejáveis, que por sua vez devem ser encorajados. De acordo com Bobbio (2007, p.19-20), enquanto as medidas de desencorajamento têm como objetivo predominante a conservação social (as coisas permanecerem como estão), as medidas de encorajamento têm notadamente objetivo de transformação social (ou seja, mudança)¹⁸⁰. Ainda segundo Bobbio (2007, p.24; p.136-137), com a função repressiva, o ordenamento tende a impedir que se verifiquem comportamentos não desejados; por outro lado, com a função promocional, o sistema tende a provocar comportamento desejados, tornando-os mais fáceis ou vantajosos. É o que Bobbio chama de sanções positivas, “que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente

179 Contatamos Promotorias de Fundações em Estados de todas as regiões; contudo, apenas os Ministérios Públicos do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal e Territórios responderam. O Ministério Público do Estado da Bahia – ente da Federação no qual esta Tese é defendida – ignorou o contato que fizemos a este respeito.

180 Pietro Perlingieri (2002, p.02) também identifica duas possíveis funções do direito positivo: “pode exercer historicamente uma função de conservação das situações de fato ou, sob o impulso de interesses contrastantes e alternativos, de transformação das estruturas preestabelecidas”.

nocivos”. Para além dos comportamentos desejados e não desejados, o autor italiano identifica a existência dos comportamentos inexistentes, entre os quais ele exemplifica participar ou não de um concurso, contrair ou não matrimônio, e deixar ou não testamento.

Um elemento que falta ao ordenamento jurídico brasileiro atual, para que a sucessão *causa mortis* possa cumprir a sua função social no caso da transmissão de grandes fortunas, é o estímulo à filantropia hereditária. Ao contrário do que mencionamos acima sobre a doutrina de Bobbio, acreditamos que deixar testamento, em alguns casos, deve ser encarado como um ato socialmente útil, com potencial de transformação social, e que, portanto, deve ser provocado e incentivado.

Encontramos alguns exemplos de incentivos econômicos à filantropia testamentária. Por exemplo, no contexto dos Estados Unidos, legados para a caridade são deduzidos da base de cálculo da tributação sobre a herança. Buscando incentivar ainda mais a beneficência sucessória, Sarah E. Waldeck (2005, p.672) sugeriu que, em vez de simples redução da base de cálculo, as disposições hereditárias para a filantropia gerassem um crédito fiscal. Ela reconhece que se trata de uma medida mais onerosa para o Estado, na medida em que, operando-se a compensação entre esse crédito e o tributo a ser pago, este último pode até mesmo ser reduzido a zero (WALDECK, 2005, p.690). Apesar disso, ela entende que o resultado final seria mais positivo que o cenário atual. Os indivíduos tendem a contribuir de melhor grado (e, conseqüentemente, a sonegar menos) se escolhem a entidade filantrópica para a qual estão doando. De fato, essa hipótese permitiria simultaneamente que parcela da herança fosse utilizada para o interesse social, ao mesmo tempo em que os envolvidos têm a oportunidade de escolher aquelas fundações ou entidades que melhor refletem as suas escolhas e os seus valores (WALDECK, 2005, p.701).

Além de estímulos econômicos, a filantropia sucessória pode ser estimulada com bases morais. Tomemos como exemplo a doação de órgãos e de tecidos, como sangue e plasma. Seguindo as recomendações de organizações internacionais, o Brasil veda constitucionalmente o pagamento por essas partes do corpo¹⁸¹. Na medida em que não cabe o incentivo financeiro, essas doações são incentivadas com o apelo aos sentimentos de generosidade e altruísmo dos potenciais doadores. Da mesma forma como existem campanhas na área da saúde promovendo a noção de responsabilidade

181 Constituição Federal de 1988, art. 199, § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

para com o próximo, poderia haver os mesmos mecanismos de convencimento direcionados ao fenômeno hereditário.

Conforme o pensamento de Bobbio, acima mencionado, o ordenamento pode promover comportamentos não apenas os tornando mais vantajosos, mas também facilitando a sua prática. Dessa forma, se queremos estimular a feitura de disposições testamentárias filantrópicas, acreditamos que um mecanismo para alcançar esse fim é simplificar e facilitar o ato de testar.

Por outro lado, entendemos que o incentivo (econômico ou moral) ao altruísmo na sucessão *causa mortis* não deve ser direcionado exclusivamente ao sucedido. Obviamente, há um interesse social claro na promoção da feitura de testamentos com disposições que beneficiem a coletividade. Contudo, reconhecemos que na sociedade brasileira não há cultura de se fazer testamento e o próprio ato de testar é dificultado pelas excessivas formalidades. Por essa razão, também os sucessores devem ser estimulados a direcionar para a caridade parcela daquilo que receberam.

Acreditamos, por fim, que a filantropia na sucessão hereditária não deve ser estimulada apenas nos casos de grandes fortunas. Para além da criação de fundações, o próprio Código Civil já prevê disposições de última vontade sobre “esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar”¹⁸², bem como cláusulas “em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública”¹⁸³. Mesmo quem pouco tem pode fazer o bem com esse pouco. Além disso, a legislação sequer exige as formalidades testamentárias para as deixas de pequeno valor, que podem ser feitas por codicilo. O que se faz necessário é que o ordenamento efetivamente promova práticas nesse sentido. Também devem ser estimulados nos sucessores hábitos como entregar para instituições de caridade objetos de uso pessoal deixados pelo falecido, como roupas e calçados; ou ainda doar para bibliotecas o acervo de livros que pertencia ao morto.

Conclusivamente, entendemos que a filantropia é uma das formas pelas quais os interesses sociais podem ser atendidos diretamente pela sucessão hereditária. Isso não exclui, obviamente, tantas outras formas pelas quais o fenômeno hereditário deve estar em conformidade com os interesses da coletividade.

182 Art. 1881.

183 Art. 1902.

4 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O fenômeno sucessório envolve duas posições subjetivas¹⁸⁴: a de sucedido e a de sucessor. O sucedido é aquele que morre, deixa de existir. Apesar de fúnebre, a sua participação no fato jurídico sucessão hereditária é de uma importância significativa. Ainda que o sujeito não faça absolutamente coisa alguma, e permaneça em vida em um estado de passividade quanto à própria sucessão, é por força da natureza qualificada do seu vínculo com certas pessoas que estas serão chamadas por lei a lhe suceder. No entanto, claramente o papel mais ativo do morto no fenômeno hereditário se dá quando ele, obviamente enquanto vivo, exerceu a sua autonomia privada testamentária. Se assim o fez, deixou de ser simplesmente *de cuius* ou sucedido, passando a ostentar também a qualidade jurídica de testador.

No presente capítulo, analisaremos criticamente o papel do testador no atual ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988. Primeiramente, discutiremos se o direito de testar tem natureza de direito fundamental. Na sequência, observaremos a necessidade de limites quantitativos e qualitativos à liberdade testamentária; refletiremos se as atuais restrições atendem adequadamente às demandas impostas pelo texto constitucional.

Na segunda seção, criticaremos o excessivo patrimonialismo com que o Código Civil de 2002 ainda trata a sucessão testamentária, a despeito de ter inovado reconhecendo a validade das cláusulas testamentárias extrapatrimoniais. Discutiremos ainda a possibilidade de introdução, em nosso ordenamento, do testamento ético, instrumento focado essencialmente em disposições testamentárias de natureza existencial.

Por fim, na terceira seção, criticaremos o excessivo e atrasado formalismo testamentário ainda presente na codificação civil. Buscaremos soluções para o exacerbado rigor com que a lei, tradicionalmente com apoio doutrinário, trata os vícios formais na elaboração dos testamentos. Do mesmo modo, debateremos a modernização das formas testamentárias, visando a abrir o Direito das Sucessões brasileiro à era das revoluções eletrônica e audiovisual.

184 Aqui utilizamos “duas posições subjetivas” em vez de “dois sujeitos”, na medida em que um único sucedido pode ter mais de um sucessor. As referências deste trabalho a “sucessor”, no singular, servem exclusivamente à fluência da leitura. Sacrificamos em diversos pontos a precisão terminológica para facilitar o tratamento da matéria.

4.1 LIBERDADE DE TESTAR

Na dogmática do Direito das Sucessões, aprendemos que há dois títulos de vocação hereditária: a lei e o testamento. Conforme o título de chamamento do sucessor, a sucessão é designada legítima ou testamentária, respectivamente. Sobre a ordem de vocação estabelecida em lei, dedicaremos o capítulo 5 a uma análise crítica da matéria. Agora nos debruçaremos sobre a margem de liberdade que é dada ao sucedido, enquanto vivo, de manifestar aquela que é considerada a sua última vontade¹⁸⁵.

Na presente seção, analisaremos se o ato de testar pode ser considerado um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, compreenderemos de que modo alguns valores estampados na Constituição conformam e limitam – tanto quantitativamente quanto qualitativamente – a liberdade de testar. Demonstraremos também que o sistema sucessório positivado no Código Civil de 2002, notadamente quanto às restrições à autonomia privada testamentária, é inapropriado para adequadamente promover os valores estampados na Constituição Federal.

4.1.1 O direito fundamental a fazer testamento

Na seção 2.3, abordamos a tendência individualista ainda fortemente existente no Código Civil de 2002, que também notadamente conforma o Direito das Sucessões brasileiro. Naquela oportunidade, criticamos a tendência a considerar o testamento um elemento direcionado a realizar os interesses exclusivos do testador. Ainda sobre o regime da codificação de 1916, Orosimbo Nonato (1957, v.I, p.76) já alegava que, na medida em que o testamento é o instituto que mais energeticamente exprime o individualismo, as doutrinas socialistas e coletivistas remetem contra ele, propugnando sua abolição ou intensa restrição.

185 Ressalvemos nesse sentido, na esteira de Zeno Veloso (2004, p.118), que o testamento não se trata da vontade de um morto, na medida em que morto não tem vontade; trata-se da vontade manifestada por um vivo e cujos efeitos ocorrem com o falecimento do agente.

Historicamente muitos autores criticam a faculdade de testar. A título ilustrativo, Harlan Eugene Read (1918, p.38) considerava que, do túmulo, o morto não tem o direito de governar o mundo dos vivos; quando uma pessoa morre, suas vontades, desejos e poderes acabam no mesmo tempo, cessando a sua autoridade nos assuntos dos vivos. Para Read (1918, p.70), tratar o testamento como uma manifestação de vontade é uma contradição nos próprios termos, na medida em que, quando o testador está morto, sua vontade não mais existe. Jeffrey Sherman (1999, p.1281-1284) sustentava que testar é uma anomalia. Sua afirmação se embasa na comparação com as eleições: simplesmente não permitimos que mortos votem, ainda que não haja obstáculos práticos a isso¹⁸⁶. Uma objeção ao voto póstumo é que o adequado ato de votar exige conhecimento das circunstâncias contemporâneas à eleição; outro problema seria a tendência ao voto póstumo ser mais irresponsável, já que o eleitor não estará mais vivo para sofrer as consequências. Sherman argumenta que, se tudo isso é verdade em relação a direitos políticos, também é em relação ao uso e à distribuição de propriedade. Para este autor, então, a liberdade de testar, anômala que é, só deve ser permitida nos limites do necessário para evitar as consequências negativas que haveria com a proibição de se fazer testamento.

A discussão sobre o fundamento do direito de testar não é recente, podendo inclusive ser encontrada na obra de filósofos da Antiguidade greco-romana (MIRAGLIA, 1943, p.555). Acreditamos, porém, que a concepção moderna sobre a natureza do testamento ganhou os atuais contornos a partir dos debates sobre o tema no movimento jusracionalista europeu dos séculos XVII e XVIII¹⁸⁷. De um lado, tínhamos Hugo Grotius (2012, p.143) e seus seguidores considerando que a sucessão testamentária decorre naturalmente do direito de propriedade e, assim, tem seu fundamento no Direito Natural. Por outro lado, tínhamos Samuel Pufendorf (1703, p.369) e seus discípulos negando que a livre disposição *post mortem* seja inerente à propriedade e compreendendo assim o testamento como meramente fundamentado em leis humanas (e suscetível, portanto, de abolição pelas legislações).

186 Sherman ilustra seu comentário com o exemplo de uma urna em que, após as devidas formalidades para dar mais segurança ao ato, o sujeito deixasse seu voto em um partido pelas próximas 3 eleições presidenciais para depois de sua morte.

187 Na medida em que o aprofundamento do debate jusracionalista foge ao escopo da presente Tese, remetemos o leitor à nossa contribuição sobre o tema, *Hugo Grotius and Samuel Pufendorf on Last Wills and Testaments*, referenciada ao final (RIBEIRO, 2019).

Imaginemos hipoteticamente que, supostamente movido pelo espírito civil-constitucional, o legislador brasileiro queira combater o individualismo oitocentista do Código Civil com uma proposta de revogar, em território nacional, a liberdade de testar. Um dos possíveis argumentos para tanto é facilmente encontrado na doutrina (e sobre ele comentaremos mais à frente): a sucessão legítima atende adequadamente aos valores estampados na Constituição e, assim sendo, o testamento é desnecessário. A pergunta que devemos fazer então é: tal medida legislativa seria constitucional? O direito de testar pode ser abolido no Brasil? Acreditamos que a resposta é negativa. Entendemos que fazer testamento é um direito fundamental, protegido assim pela Constituição e consequentemente pela intangibilidade das cláusulas péticas.

Se procurarmos no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição, não encontraremos ali um dispositivo expressamente tutelando o direito de testar. Contudo, isso não é um impeditivo para nossa análise, uma vez que o próprio texto constitucional admite a existência de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados¹⁸⁸.

Na doutrina brasileira, normalmente encontramos reflexões imputando o fundamento do direito de testar como decorrência da propriedade, da vontade ou até mesmo da personalidade do testador. Por exemplo, Itabaiana de Oliveira (1936, p.46) considerava a sucessão testamentária como uma emanção do direito de personalidade. Carlos Maximilano (1964, v.I, p.338) entendia que o direito de testar tem um duplo fundamento, econômico e moral. Trata-se primeiramente de desdobramento do poder de disposição patrimonial; e, também, de poder da personalidade o fazer ou revogar ato *causa mortis*. Segundo o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, por um lado, providenciar o futuro dos filhos é justo e animador para a pessoa que trabalha e economiza; por outro lado, é justa a oportunidade de ponderar os méritos e deméritos pessoais de cada descendente¹⁸⁹. Semelhantemente, e mais recentemente, para Zeno Veloso (2004, p.123), o testamento emana tanto do direito de propriedade quanto da personalidade. Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.302) igualmente considera que o fundamento da faculdade de testar é encontrado na liberdade de dispor livremente do próprio patrimônio, bem como de tomar outras decisões extrapatrimoniais com eficácia póstuma. Pontes de Miranda (2005, v.I, p.36) defendia que no poder

188 Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

189 “Ponderando, quanto a uns, os méritos pessoais, os serviços, a dedicação, os sacrifícios, o afeto demonstrado; noutros, a indiferença, a frieza, a ingratidão; galardoa o que fez jus ao prêmio, esquece ou destitui o desamoroso” (MAXIMILIANO, 1964, v.I, p.338).

de testar existe um “inteiro reconhecimento legal da dignidade humana e concepção de ser assaz respeitável, só por si, a vontade individual”. Entretanto, o mencionado jurista argumentava que a faculdade de testar pressupõe uma postulação político-individualista e, também, um grande enfraquecimento da extrema significação que a família tinha nas sociedades antigas.

Não negamos a íntima relação entre o direito de testar e a liberdade, a propriedade e a autonomia privada (em suas dimensões patrimonial e existencial). Entendemos, porém, que a faculdade de testar é fundamental notadamente porque se trata de um desdobramento da perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança. Primeiramente, conforme terceiro comentário introdutório à seção 3.1, devemos recordar que adotamos na presente Tese a teoria da dupla titularidade da herança. O fenômeno sucessório envolve dois diferentes aspectos, o direito de transmitir e o direito de receber; conseqüentemente, de um ponto de vista individual, ele interessa tanto ao sucedido quanto ao sucessor.

Com base na doutrina de Robert Alexy sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, verificamos que estes podem ser entendidos como “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”. Na seção 3.1.1.2, identificamos que a ideia de “liberdade jurídica” envolve uma alternativa de ação, ou seja, a possibilidade de o titular desse direito fazer ou não fazer algo. Dessa forma, compreendemos que no âmbito de proteção do direito fundamental à herança, quando se considera o sucedido, está a alternativa de ação, ou seja, a faculdade de fazer testamento.

Já na seção 3.1.1.3 depreendemos que os direitos fundamentais, em sua perspectiva subjetiva, podem se apresentar como competências, através das quais uma situação jurídica é alterada, seja pela criação de normas (tanto individuais quanto gerais) ou pela alteração das posições jurídicas daqueles indivíduos submetidos às normas. Aduzimos também que existe uma relação entre liberdades e competências: a atribuição de competências a alguém cria novas (e, portanto, aumenta o número de) alternativas de ação disponíveis a esse sujeito. Identificamos assim a competência para fazer testamento no âmbito de proteção do direito fundamental à herança do ponto de vista do sucedido: o testador altera a situação jurídica dos sucessores, em especial modificando, dentro de certos limites, o esquema legal de distribuição do patrimônio hereditário. Sustentamos, por fim, que existe uma proteção contra a ação do legislador direcionada à eliminação ou à alteração substancial desses institutos jurídicos de Direito Privado que configuram direitos

fundamentais a competências, o que se relaciona com a “teoria da garantia de institutos”. Nessa perspectiva, a competência para testar é protegida contra a ações legislativas tendentes a aboli-la.

Ressaltamos, porém, que demonstraremos na seção 4.2 as crescentes interações entre o testamento e autonomia privada existencial, o que faz o direito de testar se relacionar cada vez mais intensamente com interesses existenciais e mesmo com direitos da personalidade do testador. Caminhamos assim para a superação da tendência de se enxergar o testamento exclusivamente com a transmissão *post mortem* de propriedade. Entretanto, sustentaremos, na oportunidade, que o direito sucessório codificado dedica pouca (quase nenhuma) atenção a essas interfaces.

Por fim, devemos enfrentar o argumento encontrado, por exemplo, na doutrina de Paulo Lôbo (2017, p.150), no sentido de que os valores sociais e de solidariedade familiar são mais bem contemplados na sucessão legítima, enquanto a sucessão testamentária privilegia excessivamente a autonomia individual. Não concordamos com a generalização feita pelo referido autor nem com a sua pressuposição de que a autonomia individual é necessariamente antissocial e realizadora de valores contrários aos estampados na Constituição.

Assim como Jeffrey P. Rosenfeld (1979, p.03), discordamos da tendência de rotular disposições testamentárias como intrinsecamente antissociais ou idiossincráticas. Já discorremos na seção 3.3.5.3 que a solidariedade constitucional se relaciona com a solidariedade familiar, contudo a ela não se limita. Semelhantemente, Rosenfeld critica o considerar que a sucessão em benefício da família sempre deve prevalecer em relação a obrigações para com terceiros; para este autor, esta crença obscurece as forças sociais que atuam quando alguém dispõe de patrimônio. Compreendemos que, com a liberdade de testar, o sujeito pode chamar à própria sucessão pessoas que dele dependiam e que seriam deixadas de lado pela rígida ordem de vocação hereditária prevista em lei, como por exemplo um irmão – no capítulo 5 demonstraremos que a ordem sucessória definida em lei é insuficiente para adequadamente promover os valores constitucionais. A título ilustrativo, Daniel Monk (2011, p.231) relata que, antes de as legislações ou os tribunais reconhecerem a existência de direitos sucessórios legítimos nas relações entre pessoas do mesmo sexo, foi a liberdade de testar que permitiu que homossexuais beneficiassem seus parceiros. Ademais, como defendemos na seção 3.3.5.4, a sucessão testamentária pode e deve ser utilizada como instrumento de filantropia, em especial no que se refere a grandes heranças.

Obviamente reconhecemos a possibilidade de a autonomia testamentária ser utilizada de forma abusiva. Identificar o direito de testar como fundamental não significa que ele seja absoluto, ilimitado. Na seção seguinte, refletiremos sobre alguns dos limites à liberdade de testar, que conformam o âmbito de proteção do referido direito aos demais valores e objetivos estampados na Constituição da República.

4.1.2 Limites à liberdade de testar

Aprendemos com Luiz Edson Fachin (2012, p.53) que a ideia tradicional do direito subjetivo é marcada pelo individualismo, envolvendo as tensões entre liberdade, igualdade e propriedade. Podemos identificar esse cenário em relação ao direito subjetivo de testar¹⁹⁰. Ao exercer sua liberdade de dispor de sua propriedade para além de sua morte, o testador potencialmente contradiz o esquema sucessório estabelecido em lei. A sucessão legítima, em tese, assegura a igualdade formal entre as pessoas que com ele guardam o mesmo vínculo. Diferentemente, o testamento pode chamar alguém de grau de proximidade distinto, bem como atribuir quinhões diferentes a pessoas com vínculo de parentesco teoricamente igual.

Na medida em que as decisões no campo sucessório influenciam o bem-estar alheio e têm um impacto econômico e social significativo, o testador tem o dever de refletir sobre as possíveis consequências de suas ações, inclusive em uma análise custo-benefício (KREICZER-LEVY, 2012b, p.939). Ocorre que, como revela Giselda Hironaka (2014, p.303), há um grande caráter afetivo no ato de testar, e este caráter é evidenciado no delicadíssimo momento de definição daquilo que será destinado a cada sucessor. O cálculo afetivo, segundo Hironaka, provavelmente influencia a distribuição de quinhões, tornando mais pesado e difícil o ato de testar. Por outro lado, o testamento pode ser motivado por razões vingativas, injustas, egoístas, mesquinhas da parte do testador (KREICZER-LEVY; PINTO, 2011, p.127).

190 Para os fins da presente seção, focaremos nas disposições testamentárias de caráter patrimonial. Isso não significa que damos menos importância às disposições extrapatrimoniais do testamento; pelo contrário, dedicaremos toda a seção 4.2 à matéria. Nossa presente limitação se justifica pelo recorte que demos em relação às tutelas quantitativa e qualitativa da distribuição *post mortem* de patrimônio.

Tratando amplamente sobre interpretação do testamento, Carlos Maximiliano (1964, v.II, p.87-88) defendeu que a autonomia da vontade¹⁹¹ deve ser respeitada e prevalecer ainda que mal orientada ou injusta – *dicat testator et erit lex*¹⁹². Ele já então ressaltava, porém, que os textos legais imperativos ou proibitivos e a ordem pública são limites às disposições testamentárias.

Entendemos que a liberdade testamentária exercida abusivamente não é tutelada pelo ordenamento constitucional. Afinal, não há um direito subjetivo de testar ilimitado e absoluto. De acordo com Gustavo Tepedino (2007, p.03), a autonomia privada é funcionalizada e tem seu valor social assegurado em razão da sua imprescindível submissão aos princípios constitucionais, que estão no vértice da hierarquia normativa. De igual modo, para Daniel Sarmento (2008, p.155), a autonomia privada não é absoluta e deve ser conciliada primeiramente com a autonomia privada alheia, bem como com outros valores constitucionais como a democracia, a igualdade, a solidariedade e a segurança. Por essa razão, os interesses patrimoniais não são protegidos como um fim em si mesmos, mas como meios de concretização da realização existencial da pessoa e de interesses socialmente relevantes (SARMENTO, 2008, p.179).

O direito de testar não é um fim em si mesmo. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a liberdade testamentária sofre uma alteração estrutural, passando por um juízo de compatibilidade com os princípios que conformam e orientam o nosso sistema normativo. Como Luiz Edson Fachin (2008, p.16) ensina, o Direito Civil brasileiro contemporâneo deve abandonar a noção de titularidades absolutas e também superar os debates que se restringem a abordar limites exógenos da propriedade e do contrato; o que se deve buscar é uma “teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Na seção 3.1.2.2 compreendemos que um dos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua eficácia nas relações privadas. Se testar é um direito fundamental, ele por vezes entra em tensões com direitos fundamentais de outras pessoas envolvidas na sucessão. Nesse sentido, entendemos, como Paulo Lôbo (2008, p.27), que a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais não se restringe às situações em que há desigualdade de poderes entre os

191 Em se tratando de autor cuja atuação se deu em meados do século XX, natural nele encontrarmos referência a “autonomia da vontade” em vez de “autonomia privada”. Mantivemos o termo original por fidelidade acadêmica, todavia ressaltamos o anacronismo de se utilizar “autonomia da vontade” já no fim da segunda década do século XXI.
192 Em tradução livre feita pelo próprio Maximiliano, “fale o testador, e o que disser será lei”.

particulares. Da ponderação dessas tensões, então, surgem restrições ao exercício da autonomia privada testamentária. Desse modo, a liberdade de testar tem fronteiras que a limitam, quantitativamente e qualitativamente, de modo a conformá-la à tábua axiológica da Constituição. Ao testamento que ultrapassar tais fronteiras deverá ser recusado cumprimento, no todo ou em parte.

4.1.2.1 A restrição quantitativa e proteção aos dependentes do testador

Na seção 3.2.3 reconhecemos a íntima relação entre sucessão hereditária e família. Na seção 3.3.3 identificamos de que modo a solidariedade constitucional se reflete no fenômeno sucessório, notadamente em função de a família ser a base da sociedade. Verificamos que o vínculo familiar qualifica a relação de certas pessoas para com o *de cuius*, e o ordenamento lhes direciona o patrimônio hereditário, no todo em parte, de forma a lhes assegurar tanto a promoção da vida digna quanto a melhoria das condições de vida. Sustentamos ainda que a solidariedade familiar não se verifica exclusivamente em razão de vulnerabilidades. Agora, compreenderemos a solidariedade familiar enquanto um fator de limitação e conformação da autonomia privada testamentária.

De acordo com Carlos Maximiliano (1964, v.I, p.346), a liberdade plena de testar decorre de um impulso individualista e egoísta, que deve ser abrandada pela ação dos meios familiar e social; a sucessão forçada, então, “foi instituída para limitar o arbítrio do pai, que muitas vezes, de modo injustificado, não atende às necessidades, nem aos méritos dos filhos”.

O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente acredita proteger a família – na esteira do quanto discorremos na seção 3.3.3, mais adequado seria dizer os membros da família – com a instituição da legítima, uma tradição dos países do *civil law*. Nesse sentido, o legislador de 2002 no atual artigo 1789 repetiu *ipsis litteris* o quanto disposto pelo artigo 1576 da codificação de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. O Código Civil de 2002 manteve assim um sistema misto de liberdade testamentária, com um critério quantitativo, matemático. O sucedido é livre para decidir a destinação póstuma de metade seu patrimônio; a outra metade é compulsoriamente destinada a certas pessoas, que receberão ainda que contra eventual vontade expressa do autor da herança. A legítima é considerada matéria de ordem pública

e, portanto, inderrogável por vontade do interessado. Se o testador ultrapassar esse critério quantitativo, as disposições poderão ser reduzidas aos limites da porção disponível¹⁹³.

Ainda no regime anterior, Pontes de Miranda (2005, v.IV, p.79) defendeu que a porção disponível tem como função mediar, de um lado, a liberdade do proprietário e, de outro, o direito dos descendentes e ascendentes¹⁹⁴. É a margem que a lei dá para o testador distribuir os seus bens com mais plasticidade e talvez até mesmo mais justiça. Segundo Pontes de Miranda, conciliam-se assim todos os interesses: “os da sociedade e os da família com os da amizade e do reconhecimento”. Semelhantemente, Orosimbo Nonato (1957, v.II, p.358) considerou o legislador brasileiro “bem inspirado” ao acolher o instituto da legítima, limitando a liberdade de testar em defesa dos interesses da família e conseqüentemente da sociedade. Muitas décadas atrás, o mencionado autor criticou aqueles que defendem liberdade plena de testar por duas razões: na medida em que a pessoa é elemento da sociedade, a ideia de limitação é ínsita à de liberdade; além disso, a propriedade não é direito absoluto, tendo se esvaziado o conceito pretendido pelo Código Civil francês.

Já no regime atual, Heloisa Helena Barboza (2008, p.322) considera que esse sistema misto é adequado à orientação constitucional, “na medida em que de um lado, preserva os direitos à liberdade (aqui traduzida em autonomia) e à propriedade, e de outro assegura aos integrantes da família uma parcela do patrimônio do autor da herança, efetivando o princípio da solidariedade”. A doutrina de modo geral segue esse entendimento. Alguns autores defendem que somente deveria haver sucessão forçada em casos de vulnerabilidade; ainda assim, os que sustentam tal ideia também aderem à ideia de que a solidariedade constitucional se cumpre com a reserva de metade do patrimônio hereditário. Entretanto, acreditamos que o instituto da legítima, como estruturado no Código Civil brasileiro, mostra-se inadequado para atender aos objetivos e valores que a Constituição Federal impõe ao fenômeno sucessório.

193 O remédio estabelecido no Código Civil para os eventuais prejudicados é a redução das disposições testamentárias, disciplinada nos artigos 1966, 1967 e 1968. A solução aqui se encontra no plano da eficácia e, portanto, é menos gravosa do que o caso das doações inoficiosas (art. 549), cuja sanção se encontra no plano da validade.

194 Pontes de Miranda escreveu sua obra sob a vigência do Código de 1916, portanto antes da alteração legislativa que alçou o cônjuge à condição de herdeiro necessário. Ressaltamos ainda que, com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer o entendimento de que o companheiro também goza do *status* de herdeiro necessário.

Ressalvamos, em primeiro lugar, que não defendemos aqui de forma alguma o sistema de amplíssima liberdade testamentária existente nos Estados Unidos, que por vezes é sustentado por alguns setores doutrinários minoritários. Considerando as peculiaridades de cada legislação estadual¹⁹⁵, de modo geral no sistema norte-americano existe apenas uma proteção do cônjuge contra a deserção integral, sem que haja sucessão forçada em favor de qualquer outra pessoa, inclusive descendentes.

Thomas J. Oldham (1999, p.268-270) relata que basicamente todos os países ocidentais criaram proteções aos interesses hereditários dos cônjuges sobreviventes. Entretanto, especificamente nos Estados Unidos, de modo geral os descendentes não estão protegidos contra a deserção arbitrária por parte dos seus ascendentes; por configurar uma tendência contrária à adotada pelas demais jurisdições, Oldham considera a postura norte-americana uma aberração. Semelhantemente, Ralph Brashier (2004, p.91-92) critica o poder que, nos Estados Unidos, os ascendentes têm de afastar basicamente todos os direitos sucessórios dos seus descendentes. Até mesmo algumas tentativas legais de proteger as crianças vêm se mostrando tímidas e insuficientes. Já se notou também uma tendência de pais privarem de herança aqueles filhos dos quais eles não têm a guarda. Brashier igualmente considera que o sistema norte-americano se afasta do restante do mundo ocidental, inclusive até mesmo dos países cujo esquema hereditário se originou nos princípios da *common law* inglesa. Para o mencionado autor, o Direito das Sucessões nos Estados Unidos, principalmente em relação a filhos menores, é constrangedoramente primitivo (BRASHIER, 2004, p.118). Por outro lado, Brashier (2004, p.100) reconhece que a sucessão forçada em favor de adultos capazes não tem acolhimento na cultura local, uma vez que o que se espera deles é autossuficiência, ou seja, prover pelo próprio sustento.

Thomas J. Oldham (1999, p.273), procurando uma explicação para esse fenômeno, entende que se trata de uma consequência do fraco vínculo existente entre pais e filhos na cultura dos Estados Unidos¹⁹⁶. Ele igualmente argumenta que tal sistema também pode ser explicado pela

195 Por exemplo, a Louisiana adota um sistema semelhante à legítima dos países de *civil law*, enquanto na Georgia historicamente não há qualquer proteção sucessória, sendo amplíssima a liberdade de testar. Por outro lado, alguns estados protegem aos menos os filhos incapazes de prover o próprio sustento. Ademais, a fração da herança à qual o cônjuge tem direito (*forced share*) varia de acordo com cada legislação estadual.

196 Lá, as pessoas encaram com mais facilidade a perspectiva de se mudar para outra cidade ou estado; semelhantemente, um adulto vivendo com seus pais é considerado um fracasso e um problema social (OLDHAM, 1999, p.272). Oldham (1999, p.271) sugere que as regras que facilitam a deserção encorajam os filhos a manter contato e proximidade com os pais.

resistência do individualismo norte-americano de aceitar interferência do Estado na distribuição de sua propriedade, o que conseqüentemente gera antipatia pelo esquema de sucessão forçada. Semelhantemente, Ronald Chester (1997, p.406-407) identificou no individualismo norte-americano a explicação para os Estados Unidos, basicamente sozinhos entre as nações ocidentais, permitirem a deserdação dos filhos pelos pais. Segundo ele, lá há uma tolerância extrema pelo controle sobre a própria propriedade, não tendo a família estima o suficiente para superar os interesses individuais do proprietário.

Tamanho individualismo não era tolerado pelo nosso sistema nem mesmo sob a vigência do paradigma oitocentista do assim chamado “Direito Civil tradicional”. Acreditamos ser evidente a total incompatibilidade de um sistema sucessório como o norte-americano com o paradigma neoconstitucionalista que atualmente adotamos no Brasil. Por essa razão, defendemos a total constitucionalidade da limitação da liberdade de testar pela reserva de uma porção do patrimônio em favor de pessoas ligadas ao *de cujus* por um vínculo qualificado, notadamente decorrente da solidariedade familiar¹⁹⁷. Na seção 3.1.2.2, concluímos que a sucessão forçada se trata de uma decorrência da incidência do direito fundamental à herança na relação entre particulares. Restringe-se assim a autonomia privada testamentária de modo compatível com a Constituição Federal de 1988. O que criticamos aqui é a forma como isso é feito no Código Civil de 2002.

O legislador brasileiro estabeleceu que todo patrimônio é abstratamente dividido em duas porções *a priori*¹⁹⁸ iguais: a legítima dos herdeiros necessários e a parte disponível. Identificamos nesta regra um exemplo de legislação *one size fits all*, que indevidamente desconsidera as particularidades dos casos concretos, em especial a relação entre as necessidades dos herdeiros necessários, de um lado, e o tamanho do acervo hereditário, de outro. A regra do Código Civil estabelece uma solução única e rígida para toda e qualquer ponderação entre solidariedade familiar e liberdade de testar; ao juízo sucessório não é dada qualquer margem de discricionariedade para adaptar a extensão das partes disponível e indisponível às circunstâncias de cada sucessão. Dessa forma, o sistema brasileiro da sucessão forçada se afasta duplamente da noção de solidariedade constitucional, tanto quanto a legítima é pequena demais quanto quando ela é excessiva.

197 Ressalvamos que no capítulo 5 criticaremos a forma como atualmente se estrutura a ordem de vocação hereditária no Código Civil, pois insuficiente para chamar à sucessão todas as pessoas que mantêm esse vínculo qualificado com o sucedido.

198 Fizemos a ressalva de que a igualdade é *a priori* na medida em que ao valor da legítima é adicionado ainda o valor dos bens sujeitos à colação, conforme artigo 1847 do Código Civil de 2002.

Imaginemos um indivíduo que morre deixando um filho menor de idade e, como patrimônio sucessível, apenas um automóvel avaliado em 30 mil reais. Permitido pelo Código Civil de 2002, esse sujeito testou em favor do seu amigo, plenamente capaz e empresário de sucesso, deixando-lhe metade do seu único bem. A lei brasileira presume que a solidariedade familiar estará satisfeita com o descendente incapaz recebendo em dinheiro metade do valor do carro (ou eventualmente ficando com o veículo, tendo que pagar ao sucessor testamentário a quantia referente à outra metade). Defendemos que essa presunção é equivocada. Evidentemente o caso em questão é exagerado. Ocorre que acreditamos que a solução legal é criticável tanto na hipótese ora desenhada quando em qualquer circunstância na qual, por força do exercício da liberdade de testar, sobrem aos herdeiros necessários bens insuficientes para a realização da função familiar da herança.

Encontramos em outras jurisdições uma postura distinta diante de situações como a descrita. Por exemplo, na Califórnia, há um tratamento específico quando o valor total do patrimônio hereditário é consideravelmente pequeno (até 20 mil dólares), podendo-se até deixar de lado, *a priori*, a autonomia testamentária do falecido. Nesses casos, chamados de *small estate set-aside*, os pequenos espólios podem totalmente direcionados para se garantir a subsistência ao cônjuge supérstite e aos filhos menores¹⁹⁹ (FRIEDMAN, 2009, p.36).

Identificamos na mencionada lei californiana o mérito de sobrepor, em cenários específicos, os interesses dos dependentes vulneráveis à liberdade de disposição do testador. Contudo, não a consideramos a solução ideal, por pré-estabelecer um teto fixo (e consideravelmente baixo) à aplicabilidade do *small estate set-aside*. Conseguimos imaginar situações em que tal regra permaneceria insuficiente para assegurar os interesses constitucionalmente tutelados dos dependentes do *de cuius*. Imaginemos um falecido que deixa três descendentes incapazes e somente um imóvel de 1 quarto, avaliado em 100 mil reais. O valor relativamente elevado do bem pode desnaturar a ideia de “pequeno espólio”, mas ainda assim não justifica que metade dele seja legado a um terceiro, com potencial de comprometer o direito à moradia digna daqueles filhos vulneráveis.

Ressalvamos que não pretendemos interditar aos mais pobres o ato de testar. O exercício da autonomia privada testamentária não está condicionado à pobreza ou à riqueza do indivíduo. O fator condicionante é a responsabilidade para com certas pessoas, cujas personalidades teriam sua

199 *California Probate Code*, 6600 e seguintes. A lei californiana dá certa margem de discricionariedade ao magistrado, que considerará, entre outros aspectos, as necessidades do cônjuge sobrevivente e dos filhos menores, a vontade do falecido e outros fatores relevantes.

proteção e desenvolvimento prejudicados pelo não recebimento do adequado patrimônio hereditário. Remetemos à seção 3.3.1, na qual abordamos a relação entre precariedade social e falta de acesso à herança.

Até mesmo patrimônios hereditários mais amplos podem ser inteiramente necessários ao cumprimento das responsabilidades familiares do *de cujus*: pensemos no caso de uma herança consistente em um investimento no valor de 1 milhão de reais, cujos rendimentos são destinados integralmente ao custeio de tratamento e remédios em benefício de um dependente acometido de uma doença rara. Disposição testamentária que destine a um terceiro a metade desse enorme valor pode comprometer até mesmo os direitos à vida e à integridade física do dependente doente. Diferentemente, após esse sujeito se curar ou morrer, não mais se encontra presente a circunstância que poderia afetar a eficácia do testamento.

Por outro lado, se a legítima dos herdeiros necessários é fundamentada na solidariedade familiar, dificilmente podemos a utilizar para justificar o recebimento de grandes fortunas por cada sucessor nos casos de enormes heranças. Nos casos de patrimônios hereditários muito amplos, a intangibilidade de 50% resulta em uma legítima de valor consideravelmente elevado, que ultrapassa e muito os fundamentos de proteção à pessoa do herdeiro e desenvolvimento da sua personalidade. A título ilustrativo, relembremos de Antônio Ermírio de Moraes, que em 2014 morreu deixando um patrimônio de quase 4 bilhões de dólares (correspondentes, à época, a aproximadamente 9 bilhões de reais)²⁰⁰. Se localizado inteiramente no Brasil, seu patrimônio englobaria uma parte indisponível correspondente a 4,5 bilhões de reais. Simplesmente não conseguimos admitir que a promoção da dignidade dos seus sucessores requer a reserva de um valor tão alto.

Conforme demonstramos na seção 3.3.4, a transmissão intergeracional de riqueza tem um grande potencial de contribuir para a concentração de riqueza dentro das famílias, sem considerar também a transferência de capital humano. Sugerimos que uma das formas de se combater esse fenômeno é o estímulo à filantropia sucessória. Bill e Melinda Gates, por exemplo, deixarão os seus 100 bilhões de dólares quase integralmente para a caridade, reservando para cada um de seus

200 Dados retirados da Folha de São Paulo, disponíveis em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/08/1505488-antonio-ermirio-de-moraes-tinha-uma-das-500-maiores-fortunas-do-mundo.shtml>; e do Portal UOL, disponíveis em <https://glamurama.uol.com.br/parte-do-patrimonio-de-antonio-ermirio-de-moraes-ira-para-caridade/>.

filhos “apenas” 10 milhões de dólares²⁰¹ (SALTMAN, 2010, p.01). No Brasil, além de culturalmente improvável, isso não seria juridicamente permitido. O legislador determina que a fortuna²⁰² – não importa o quanto grande nem se o sucessor é dependente do *de cuius* ou não – necessariamente permaneça na família. Em vez de cumprir a sua função familiar, de assegurar aos membros a proteção e o desenvolvimento das suas personalidades, a herança aqui desempenha sua função antissocial, aumentando as desigualdades sociais. Sugerimos então a reflexão de quantas fundações poderiam ser criadas no interesse coletivo pela via testamentária, mas não o são porque a dotação necessária não cabe na parte disponível.

Um fator adicional no presente debate é a questão de gênero envolvendo a reserva de uma porção da herança para o cônjuge ou companheiro supérstite²⁰³. A fórmula genérica da porção reservada ao cônjuge sobrevivente, aplicável igualmente para homens e mulheres, aparenta neutralidade de gênero, mas na verdade acaba prejudicando mais estas últimas. Segundo Ralph Brashier (2004, p.32), há duas evidências que demonstram que o recebimento de herança pelo cônjuge sobrevivente tende a ser uma matéria especialmente mais problemática em relação às mulheres: em primeiro lugar, ainda há uma disparidade de riqueza entre os sexos, notadamente marcada por uma concentração de patrimônio nas mãos dos homens; em segundo lugar, por força das distintas expectativas de vida (as mulheres tendem a viver mais), há mais viúvas do que viúvos. Para desenvolver sua tese, Brashier usou dados dos Estados Unidos do começo dos anos 2000. Entretanto, podemos traduzir essas informações para a realidade nacional, uma vez que já se demonstrou que, no Brasil, a pobreza tem um rosto feminino (MELO, 2004, p.37). São historicamente documentadas as dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, às carreiras de mais prestígio, aos cargos de direção; mesmo com o aumento da participação feminina em todos esses setores, ainda há uma visível disparidade salarial entre homens e mulheres (estas recebem em

201 Dados atualizados da Forbes disponíveis em <https://forbes.uol.com.br/negocios/2019/04/fortuna-de-bill-gates-alcanca-us-100-bi/> e <https://forbes.uol.com.br/fotos/2017/10/6-bilionarios-que-nao-deixarao-suas-fortunas-para-seus-filhos/>.

202 Grande fortuna essa que, por inércia legislativa, não é tributada no Brasil.

203 No presente parágrafo nos embasamos na doutrina de Ralph Brashier e, como ele, usamos como padrão casais formados por pessoas de sexos opostos. Não desmerecemos os casais formados por pessoas do mesmo sexo; ocorre que, estatisticamente, tais entidades familiares ainda são minoria. Além disso, considerando que os seus direitos (em termos de Família e Sucessões) vêm sendo efetivamente reconhecidos no Brasil apenas desde o começo dos anos 2010, ainda não houve tempo o bastante para que a sucessão de casais homoafetivos altere o quadro traçado por Brashier.

média 79,5% dos rendimentos daqueles²⁰⁴). Ademais, conforme dados mais recentes²⁰⁵, no Brasil a expectativa de vida masculina é de 72,5 anos, enquanto a feminina é de 79,6 anos. Por essa razão, entendemos pertinente ao cenário brasileiro a crítica que Brashier faz aos Estados americanos, que ignoram a mencionada distinção de impacto da herança nos diferentes sexos.

Pelas razões acima expostas, acreditamos que a previsão abstrata e absoluta da reserva de 50% do patrimônio hereditário é insuficiente para atender adequadamente aos valores constitucionais. Acreditamos, assim, que a garantia da solidariedade familiar requer um mecanismo flexível, que se adapte às circunstâncias do caso concreto, tanto em relação ao tamanho do espólio quanto às necessidades dos dependentes. Isso requer que o Direito das Sucessões atribua ao juízo sucessório a discricionariedade para definir, com base nas peculiaridades de cada caso, a extensão do patrimônio hereditário necessária e suficiente para a devida proteção aos herdeiros, à luz da Constituição Federal. É nesse sentido que analisamos a *family provision*, ou ainda *family maintenance*, um instituto do direito anglo-saxônico que limita a liberdade de testar na medida em que dá ao Judiciário o poder de alterar as disposições testamentárias para beneficiar a família do testador ou, de modo geral, quem dele dependia (SAWYER; SPERO, 2015).

Acerca da *family provision*, Shelly Kreiczler-Levy (2010, p.678) comenta que a limitação à liberdade de testar não é rígida, pois o testador não tem uma obrigação pré-definida de reservar partes do seu patrimônio para sucessores específicos; entretanto, o sistema reconhece sua obrigação de sustento em relação a algumas pessoas, e esse dever é analisado pelo Judiciário no momento de cumprimento das disposições testamentárias. O juiz vai avaliar se o testador adequadamente deixou provisões para aqueles que dele dependiam; em caso negativo, o magistrado pode discricionariamente ajustar o conteúdo do testamento, assegurando a manutenção dos dependentes do *de cuius*. Trata-se de regime adotado em boa parte do mundo da *common law*, com exceção dos Estados Unidos. Cada jurisdição adota o próprio sistema, definindo quem são as pessoas que podem recorrer a esse remédio e quais os critérios que o Judiciário levará em consideração.

204 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística disponíveis em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23923-em-2018-mulher-recebia-79-5-do-rendimento-do-homem>.

205 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística disponíveis em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>.

Elizabeth High (1984, p.321) descreve a *family provision* como um mecanismo de balanceamento entre a liberdade de testar, de um lado, e o dever de sustento, de outro. Segundo a mencionada jurista, a completa liberdade testamentária ainda existe, mas há também o poder judicial de modificar o testamento de forma a assegurar a provisão em favor daqueles que dependiam do falecido. Assim, se um dependente é deixado sem recursos para subsistência digna, o juiz ordenará que o espólio realize o pagamento de prestações em benefício dessa pessoa em situação de vulnerabilidade. O valor dessas prestações levará em consideração fatores como o tamanho do espólio, a idade, as habilidades e as necessidades das partes. A flexibilidade da *family maintenance* significa que cada caso será resolvido com base em suas próprias circunstâncias (HIGH, 1984, p.336). Dessa forma, às vezes se dará mais ênfase à liberdade de testar; e às vezes se assegurará aos dependentes provisões que superam a metade do patrimônio hereditário, se suas necessidades ou o eventual reduzido valor da herança assim demandarem. Por outro lado, se o *de cuius* não tinha qualquer dependente, a liberdade de testar permanece ampla.

Joseph Laufer (1955, p.277) comparou o sistema flexível da *family provision* com o rígido esquema de fração indisponível (*forced share*)²⁰⁶ adotada por diversos Estados americanos. De acordo com Laufer (1955, p.312), a *family maintenance* se mostra mais adequada e moderna do que a *forced share* notadamente por duas razões. Em primeiro lugar, ela respeita melhor a autonomia testamentária na medida em que não se opera automaticamente em favor de qualquer potencial sucessor legítimo que não tenha sido contemplado pelo testamento. Aqueles interessados que contam com recursos suficientes para a própria manutenção não serão beneficiados por esse remédio. Em segundo lugar, a *family provision* normalmente não se cumpre com a transferência, de uma vez só, de parcela da propriedade hereditária, mas com o pagamento de prestações periódicas de natureza alimentar²⁰⁷. Essas prestações são definidas pelas necessidades dos dependentes, de acordo com as exigências de cada situação em particular. Dessa forma, atendem-

206 Que é semelhante à legítima dos herdeiros necessários nos sistemas de *civil law*. Conforme já mencionamos, quase todas as jurisdições estaduais dos Estados Unidos protegem o cônjuge sobrevivente, considerando-o sucessor forçado ao menos de uma parte do patrimônio hereditário, assim chamada fração indisponível ou *forced share*; ao mesmo tempo, há de modo geral pouca ou nenhuma proteção aos descendentes do testador.

207 Na Inglaterra, o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 deu ao cônjuge (e somente a ele) determinados direitos de propriedade face ao espólio, que serão calculados equitativamente levando-se em consideração uma série de fatores; os demais interessados permanecem com direito apenas ao necessário para suprir suas necessidades. Devemos levar em consideração que o direito inglês não adota um regime *default* de comunhão patrimonial na constância do casamento, razão pela qual há uma preocupação especial em resguardar o cônjuge supérstite.

se simultaneamente os interesses tanto do dependente quanto dos outros interessados; afinal, os pagamentos poderão cessar caso se, por exemplo, em razão de uma mudança nas circunstâncias fáticas, não haja mais o fator “necessidade” ou “dependência”. Joseph Laufer (1955, p.313) concluiu, por fim, que a discricionariedade dada ao juiz nos sistemas de *family maintenance* permite que sejam exploradas as situações familiares, de forma a adequadamente ajustar as questões sucessórias. Essa flexibilidade é uma vantagem em comparação ao rígido esquema de uma divisão patrimonial pré-determinada abstratamente na lei, que normalmente leva a resultados insatisfatórios para todos os envolvidos.

Por outro lado, um problema considerável da *family provision* é o significativamente elevado grau de discricionariedade judicial que esse sistema demanda (LANGBEIN; WAGGONER, 1987, p.314). Mary Ann Glendon (1986, p.1185) argumenta que, a despeito de o sistema da legítima, com regras sucessórias fixas, poder causar injustiça ou resultados desfavoráveis para os envolvidos em determinadas situações, de modo geral ele assegura previsibilidade a um custo baixo. Para Glendon (1986, p.1191), mesmo com todos os seus inerentes problemas, o esquema de *forced share* não deve ser substituído pela discricionariedade da *family maintenance*, que acaba ignorando a vontade do testador, promovendo a judicialização de conflitos familiares e trazendo confusão para o Direito das Sucessões, um ramo do Direito que funciona razoavelmente bem. Devemos reconhecer que uma ilimitada discricionariedade do juiz não é desejável e nem mesmo compatível com o regime constitucional brasileiro. Dessa forma, depreendemos que o magistrado deve atuar dentro de determinados parâmetros. Retomaremos a questão da discricionariedade judicial em matéria sucessória, inclusive em relação aos problemas da eficiência e da previsibilidade, na seção 5.7.

Langbein e Waggoner (1987, p.319-320) sugerem que uma possível solução para essa questão é assegurar ao sobrevivente necessitado a reserva de uma quantia mínima dos bens do espólio. Acreditamos, entretanto, que o estabelecer abstratamente um valor em dinheiro reservado para os herdeiros necessários é tão problemático quanto reservar uma fração da herança, uma vez que essa medida pouco ou em nada considera as peculiaridades de cada situação.

Acreditamos que a sucessão forçada é constitucional, atuando como um limite quantitativo à autonomia privada testamentária. O testador não pode dispor de seus bens de forma a deixar desprotegidas certas pessoas, a ele ligadas por um vínculo de família (base da sociedade). Trata-se

de uma restrição ao direito fundamental à herança por parte do sucedido, ou seja, à sua liberdade de testar, justificada pela função familiar da herança, sobre a qual comentamos na seção 3.3.3. Deprendemos que a sucessão forçada é mais óbvia nos casos de dependência, mas a eles não se limita; a reserva hereditária se justifica constitucionalmente se e na medida em que a herança seja usada para a proteção e o desenvolvimento da personalidade dos sucessores. Por essa razão, entendemos que a solução genérica de em todo e qualquer caso reservar 50% é inadequada para assegurar o devido balanceamento entre solidariedade familiar e liberdade de testar. Como demonstramos nos exemplos acima, em muitos casos esse percentual será insuficiente, enquanto em outros casos a legítima englobará valores tão extensos que não poderá ser justificada com base em solidariedade.

Dessa forma, acreditamos que a promoção da solidariedade familiar em matéria sucessória requer um sistema que efetivamente se adapte ao caso concreto, considerando principalmente o tamanho do espólio e as necessidades dos familiares, bem como outros fatores secundários como a natureza da deixa testamentária ou a relação entre o testador e os sujeitos indicados no testamento. Contrariando essas exigências, o regime adotado pelo Código Civil é excessivamente rígido e abstrato. Como veremos na seção 5.7, não consideramos que os argumentos de previsibilidade e eficiência sejam suficientes para a manutenção de normas sucessórias que, por rigidez e abstração, não cumpram adequadamente os fundamentos e funções atribuídos pela Constituição Federal à sucessão hereditária.

Conclusivamente, visualizamos a inadequação do atual tratamento dado pelo Código Civil de 2002 às limitações quantitativas da liberdade de testar. Na medida em que consideramos imprescindível a flexibilidade da extensão da sucessão forçada, defendemos a efetiva abertura do Direito das Sucessões à discricionariedade judicial. Nesse sentido, fomos particularmente inspirados pelo sistema do *family provision*, adotado amplamente no mundo da *common law*. Entretanto, admitimos que uma ilimitada margem de discricionariedade judicial pode ser problemática e até mesmo desconfigurar por completo a autonomia testamentária. Por essa razão, entendemos que o poder discricionário do juízo sucessório pode e deve ser devidamente parametrizado. Ilustrativamente, pode haver princípios norteadores do cálculo do percentual ou valores que devem ser direcionados aos beneficiados, da mesma forma como já fazemos em relação ao binômio necessidade/possibilidade no caso da definição da obrigação alimentar.

4.1.2.2 A restrição qualitativa: os exemplos das condições e motivos ilícitos

O testamento deve de modo geral respeitar os requisitos impostos por lei para os negócios jurídicos em geral, notadamente a capacidade do agente, a idoneidade (licitude, possibilidade e determinabilidade) do objeto e o respeito às formalidades prescritas no Código Civil²⁰⁸. Quanto ao conteúdo do testamento, a atual codificação impõe algumas restrições pontuais, como a nulidade do fideicomisso para além do segundo grau, ou a exigência de justa causa para a clausulação da legítima. Além disso, conforme discorreremos criticamente na seção acima, a reserva da legítima em favor dos herdeiros necessários é, no sistema sucessório brasileiro atual, uma limitação quantitativa à autonomia privada testamentária.

Atenta à necessidade de trazer o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil para as Sucessões, Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.23) procurou definir limites à liberdade do testador para além dos mencionados acima, com base em uma análise qualitativa das disposições testamentárias à luz dos valores constitucionais. Com base na ponderação de interesses e na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, Nevares (2009, p.184) argumenta que as referidas restrições são insuficientes para resolver conflitos introduzidos no fenômeno sucessório em decorrência de modificações na propriedade e na família. A autora argumenta que, no contexto de um ordenamento promocional, a autonomia privada sucessória não está imune à incidência dos valores constitucionais, “ao contrário: a liberdade de testar encontrará uma tensão sempre que o seu exercício importar em um atentado aos objetivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, informados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade”.

Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.185) desenvolve a teoria das restrições qualitativas à liberdade de testar usando como exemplo a definição da partilha pelo testador, em que a estipulação dos bens que irão compor cada quinhão acaba por violar interesses relevantes (moradia e exercício profissional) dos sucessores. Nevares (2009, p.215) conclui que a autonomia privada testamentária

208 Aqui nos referimos em especial ao artigo 104 do Código de 2002. Apesar disso, existem diversos outros requisitos necessários à validade dos negócios jurídicos em geral (e, conseqüentemente, dos testamentos), como por exemplo a ausência de vícios da vontade e de simulação. Também ganha especial relevo a legitimação para receber por parte do beneficiado pelo testamento. Sobre as formalidades testamentárias, trataremos do assunto na seção 4.3. Ressalvamos, por fim, que as invalidades testamentárias têm uma lógica própria, inclusive com prazos específicos para alegação.

não é absoluta, não sendo merecedora “de tutela se não observar os ditames constitucionais relacionados à solidariedade e à dignidade da pessoa humana”.

De fato, tanto a sucessão *ab intestato* quanto a testamentária chamam pessoas à sucessão e determinam os tamanhos dos respectivos quinhões. Como Shelly Kreiczler-Levy e Meital Pinto (2011, p.127) ressaltam, a primeira está contida na lei e, portanto, claramente deve obedecer aos princípios constitucionais; a segunda é determinada pela vontade do testador, que é movido pelos seus próprios motivos. Ocorre que esses motivos também devem passar por um juízo de valor em relação aos princípios constitucionais, para definição do seu merecimento de tutela (ou não). Kreiczler-Levy e Pinto justificam que os mesmos *standards* sejam aplicados às sucessões legítima e testamentária na medida em que as consequências de ambas são as mesmas, uma vez que a propriedade é um recurso significativo e a herança distribui oportunidades, poder e vínculos simbólicos. Para além do argumento consequencialista, buscaremos com a metodologia civil-constitucional fundamentar nossa compreensão das restrições qualitativas impostas ao testador.

Dessa forma, na presente seção, ampliaremos a discussão sobre os limites qualitativos à autonomia testamentária tomando como exemplos as condições abusivamente impostas no testamento, bem como os motivos ilícitos do testador. Demonstraremos que o regime do Código Civil de 2002 é insuficiente para lidar com essas questões, que acabam tendo de ser resolvidas diretamente à luz da Constituição Federal.

O Código Civil brasileiro admite a nomeação de herdeiro ou legatário sob condição²⁰⁹. Se o testador assim o fizer, deverá respeitar as limitações impostas em geral a tais elementos acidentais dos negócios jurídicos²¹⁰, bem como uma restrição específica: são proibidas as condições captatórias²¹¹. Imaginemos então que uma disposição testamentária condiciona o recebimento da herança ou do legado a condições abusivas, como por exemplo o beneficiário não se casar (de forma genérica ou com determinada pessoa), não ser adepto de certas práticas sexuais ou não seguir

209 Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

210 Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

211 Art. 1.900. É nula a disposição: I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro.

determinada religião²¹². Nesses casos, podemos dizer que a mão dos mortos controla os vivos (*dead-hand control*), ou seja, através de restrições ao patrimônio hereditário, o testador tenta controlar a vida e as escolhas dos seus sucessores (HENRY, 2011, p.217).

Daniel Monk (2011, p.237) ilustra o debate. De um lado, podemos argumentar que os direitos fundamentais não apenas permitem como exigem que disposições testamentárias violadoras de direitos humanos (como privacidade, casamento e liberdade religiosa) sejam impugnadas pelo Judiciário²¹³. Por outro lado, há quem afirme que não há violação, uma vez que o potencial beneficiário é livre para recusar a deixa testamentária.

Entendemos que a possibilidade de renúncia à nomeação feita em testamento não é a solução adequada para a questão. Conforme discorreremos na seção 3.1.1.2, o direito fundamental à herança, em sua perspectiva subjetiva, pode ser considerado um direito a uma liberdade, a uma faculdade de ação. Uma das liberdades do sucessor é escolher se quer ou não ter esse *status* jurídico. Se a alternativa de aceitar a disposição envolve sofrer uma violação em sua esfera íntima, acreditamos então que a escolha não é feita livremente nos casos de condições abusivas.

Jeffrey Sherman (1999, p.1329) acredita que, para além do óbvio caso de disposições pertinentes a casamento e religião, quaisquer restrições testamentárias ao comportamento e às escolhas dos beneficiados são socialmente indesejáveis e não devem ser cumpridas. No que ele chama de *minimalist testation theory*²¹⁴, Sherman defende que qualquer tentativa de induzir ou restringir o comportamento do herdeiro ou legatário deve ser invalidada, ainda que a conduta que se quer induzida seja comumente considerada boa ou que a conduta que se quer proibida seja considerada ruim. Não compartilhamos de tal entendimento, na medida em que consideramos totalmente possível a imposição de condições não-violadoras de direitos fundamentais, ainda que orientadoras do comportamento do beneficiado. Esses elementos acidentais inclusive podem servir de incentivo ao desenvolvimento da personalidade do herdeiro ou legatário, sendo um caso típico de função promocional do testamento. É o caso, por exemplo, de instituir um legado condicionado suspensivamente à colação de grau em ensino superior, o que pode servir de estímulo ao legatário

212 Uma disposição testamentária nesse sentido não parece impossível no contexto de acentuado “conservadorismo nos costumes” pelo qual passam determinados setores da sociedade brasileira.

213 Nesse mesmo sentido, Karla Elena Ruiz Calvo (2013, p.113): “No es jurídicamente aceptable que se declare válida u oficiosa la voluntad testamentaria de una persona cuando ésta es contraria a los derechos humanos establecidos en tratados internacionales”.

214 Em tradução livre, “teoria minimalista do ato de testar”.

para se aperfeiçoar academicamente e profissionalmente. Trata-se então de uma condição que induz um comportamento no beneficiado, mas é compatível com os valores constitucionais.

Tratando do direito europeu, Bart J. De Vos (2008, p.802-817) critica a necessidade de se recorrer à teoria dos direitos humanos ou fundamentais para embasar a declaração de nulidade de disposições testamentárias que afrontem a liberdade (por exemplo, de casar ou religiosa) do beneficiado. De Vos argumenta que esses casos – por ele chamados de atos de despotismo *post mortem* – desde o século XIX já eram invalidados com o recurso a argumentos como liberdades individuais, ordem pública, moral e bons costumes. De Vos argumenta que a lei do direito europeu continental, em especial o artigo 900 do Código Napoleônico²¹⁵, é suficiente para resolver os mencionados problemas, sem ter de se recorrer à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Em um contexto mais amplo, Paulo Lôbo (2008, p.26) sustentou que as soluções do direito europeu que afastam a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não são suficientes para o Brasil, na medida em que aqui não há o mesmo nível de satisfação razoável das demandas sociais. Acrescentamos a essa afirmação o agravante do trabalho legislativo de qualidade ruim referente ao livro de Direito das Sucessões do Código de 2002, conforme as amplas críticas que traçamos na seção 2.3. O recurso à teoria geral dos negócios jurídicos, sem levar em consideração a natureza *causa mortis* e gratuita do testamento, torna as soluções genéricas da Parte Geral insuficientes para resolver os problemas da autonomia privada em matéria sucessória.

Poderíamos simplesmente considerar ilícitas²¹⁶ as condições acima mencionadas, na medida em que visivelmente contrárias a valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial a liberdade e a intimidade em suas diversas vertentes (familiar, sexual, religiosa). Ocorre que essa não é a solução ideal, pois ela resultaria na invalidação da cláusula do testamento, conforme o supramencionado artigo 123 do Código Civil de 2002. Dessa forma, a codificação civil combateria a postura abusiva do testador frente ao sucessor de forma a prejudicar este último, na

215 No original, “dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites”. Em tradução livre, “em qualquer disposição *entre vivos* ou testamentária, as condições impossíveis, contrárias à lei ou aos costumes, serão reputadas não escritas”.

216 Código Civil de 2002, Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

medida em que, com a declaração de nulidade da disposição testamentária, ele nada receberia. A solução adequada para a referida hipótese poderia ser a mesma de quando a nomeação de herdeiro é subordinada a termo – o elemento acidental é considerado não escrito²¹⁷, o que se assemelha à supramencionada norma do *Code* francês. Ocorre que essa não é a previsão da lei brasileira para o caso em questão, o que demonstra a insuficiência do nosso regime sucessório codificado para lidar com a tensão entre a autonomia privada testamentária e os direitos fundamentais do sucessor.

Assim como no caso das condições abusivas, o Código Civil de 2002 também não traz a solução constitucionalmente adequada para as disposições testamentárias cujo motivo determinante é ilícito. Aqui usamos a definição de motivo dada por Marcos Bernardes de Mello (2015, p.164), no sentido do porquê, do móvel que conduz o agente a realizar um negócio jurídico; “os motivos têm caráter subjetivo e dizem respeito às razões, aos escopos, aos objetivos que levam ao negócio jurídico e respondem à questão *por que formalizá-lo*”.

De acordo com Marcos Bernardes de Mello, o motivo, enquanto móvel psíquico, é questão fática e não intrinsecamente jurídica; por essa razão, em regra os sistemas jurídicos consideram irrelevantes as razões que levam ao negócio jurídico. Ocorre que a regra da irrelevância dos motivos é excepcionada em duas hipóteses: quando o motivo declarado como razão determinante do negócio é falso; e quando o motivo determinante, sendo comum a todos os agentes, é ilícito. O Código Civil de 1916 adotava apenas a primeira hipótese. O Código Civil de 2002 trata de ambas²¹⁸. Nossa análise será restrita à ilicitude das razões que movem a disposição testamentária.

Imaginemos então o caso de um ascendente que testa deixando toda a sua parte disponível para um dos seus dois descendentes, expressamente declarando na cédula testamentária que a razão da disposição é a homossexualidade do outro filho (POPOFF, 2014). Pensemos em um testador que clausula de inalienabilidade a parte disponível que caberia à sua filha, explicitamente consignando que o faz em razão de ela ser casada com um homem negro. Consideremos também a possibilidade de alguém ser nomeado herdeiro testamentário ou legatário, mas a disposição instituidora ser posteriormente revogada, e no ato revogador constar que o motivo para tanto foi a conversão do ex-beneficiado a uma religião específica. Há também os casos de disposições

217 Código Civil de 2002, Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita.

218 Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

testamentárias machistas motivadas por razões religiosas. Conforme relatado por Shelly Kreiczler-Levy (2010, p.671), diversas religiões e tradições culturais incluem regras negando total ou parcialmente direitos sucessórios às mulheres. A título ilustrativo, a lei judaica só reconhece um direito feminino à herança caso o *de cuius* não tenha descendentes homens, enquanto a lei islâmica confere às mulheres uma porção do espólio menor do que aos homens. Movido por imperativos religiosos, o testador pode buscar afastar suas filhas de sua sucessão, ao menos nos limites do quanto lhe permite a lei – no caso brasileiro, em relação à parte disponível. Em qualquer desses casos, qual a solução do direito sucessório codificado?

Parece-nos óbvio que tais disposições testamentárias movidas por razões ilícitas, preconceituosas de modo geral, não devem prosperar. Elas são totalmente incompatíveis com os valores do ordenamento constitucional brasileiro. Ocorre que essa solução não é tão evidente se levarmos em consideração a tradicional dogmática sucessória, segundo a qual o testador é livre para dispor como bem entender da parte que não está reservada em favor dos seus herdeiros necessários; seus motivos são irrelevantes. Além disso, também o recurso à teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos não é de ajuda para o caso. No sistema codificado no Brasil, não se invalida negócio jurídico unilateral (como é o caso do testamento) em razão da ilicitude do motivo determinante (MELLO, 2015, p.166). Dessa forma, se apenas pudéssemos recorrer ao Código, como pretendem alguns, tais cláusulas testamentárias prevaleceriam, o que configuraria uma agressão severa à tábua axiológica da Constituição Federal. Não temos sequer um mecanismo semelhante à *querela inofficiosi testamenti*, instrumento usado no Direito Romano para impugnar deserdações desmotivadas (KASER, 1999, p.391).

Disposições testamentárias com motivos preconceituosos são altamente problemáticas e claramente não devem ser cumpridas pelo juízo das Sucessões. Por exemplo, como bem ilustra Shelly Kreiczler-Levy (2010, p.690), do mesmo modo que um empregador não pode deixar de contratar uma funcionária exclusivamente em razão do seu gênero, o testador não pode afastar de sua sucessão (ainda que exclusivamente em relação à parte disponível) uma herdeira pelo simples fato de ela ser mulher. Para além da óbvia questão da igualdade, a sistemática privação de herança motivada por gênero é uma das causas de disparidades econômicas entre os sexos (KREICZLER-LEVY; PINTO, 2011, p.122). O Código não nos oferece sozinho os instrumentos necessários para impugnar tais cláusulas; ainda assim, devemos sempre recorrer ao juízo de compatibilidade da

autonomia privada testamentária com os valores constitucionais. Dessa forma, encontramos um exemplo das restrições qualitativas à liberdade de testar.

Tanto o caso das condições abusivas quanto o dos motivos ilícitos nos mostram que a limitação codificada à liberdade de testar é insuficiente para assegurar a compatibilidade da autonomia privada testamentária à Constituição Federal. Precisamos então avaliar qualitativamente o conteúdo das disposições de última vontade, para assegurar que elas consubstanciam interesses constitucionalmente dignos de tutela. Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.540) afirma que “o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares”. O jurista portenho explica que a autonomia privada não deve impor à sociedade as suas valorações particulares nem invadir territórios socialmente sensíveis. Em Pietro Perlingieri (2002, p.19) encontramos a noção de que os atos de autonomia têm fundamentos diversos, entretanto encontram seu denominador comum no direcionamento à realização de interesses e funções socialmente úteis. Esses atos devem estar em conformidade com os princípios gerais do ordenamento, dos quais se extrai a valoração de merecimento de tutela. Dessa forma, a autonomia não é um valor em si mesmo; ela pode ser considerada um valor, “dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela” (PERLINGIERI, 2008, p.355). Em todos os casos acima mencionados, a autonomia privada testamentária se demonstra não merecedora de tutela, pois incompatível com os valores constitucionais; apesar disso, as soluções codificadas têm resultados insatisfatórios para o devido tratamento da matéria.

Conclusivamente, compreendemos a inadequação do atual tratamento dado pelo Código Civil de 2002 às limitações qualitativas da liberdade de testar. Dessa forma, demonstramos novamente a necessidade do uso da metodologia civil-constitucional para que a autonomia privada testamentária seja exercida em compatibilidade com a Constituição Federal.

4.2 A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO TESTAMENTO

Comumente encontramos afirmações no sentido de que o Direito das Sucessões é notadamente composto por situações jurídicas patrimoniais (BORGES; DANTAS, 2017, p.87). O jurista está acostumado com a fórmula, quase silogística, que sucintamente explica o fenômeno sucessório: a pessoa natural deixa de existir com a morte; as suas relações personalíssimas se

extinguem, pois intransmissíveis; e, quanto às relações jurídicas transmissíveis, o lugar do morto passa a ser ocupado por aqueles chamados à sua sucessão por força da lei ou, eventualmente, do testamento.

Nesse mesmo sentido, o direito de testar é historicamente associado a um exercício de disposição patrimonial. Segundo o senso comum, quem testa o faz porque quer definir o destino da sua propriedade, ou de parte dela, para depois da sua morte. Essa ideia não é recente. A doutrina é uníssona no sentido de que a instituição de herdeiro era intrínseca ao testamento romano (KASER, 1999, p.385; GILISSEN, 2003, p.690; BEVILAQUA, 1978, p.187). Giselda Hironaka (2014, p.288) ensina que as leis que diziam respeito, direta ou indiretamente, às sucessões foram influenciadas pela tendência romana à proteção do patrimônio. No momento de testar, o testador romano exercia seu último poder sobre o seu patrimônio (HIRONAKA, 2014, p.292).

A doutrina clássica do Direito Civil incorporou a noção romana em sua concepção da patrimonialidade do direito de testar. A título ilustrativo, Baudry-Lacantinerie e Colin (1899, p.12) defendiam que o testamento é um ato de disposição de bens; para eles, um ato que não contenha disposição de bens não será um testamento, ainda que adote a forma testamentária. Planiol e Ripert (1946, p.661) até reconheciam a existência de disposições testamentárias extrapatrimoniais, como diretrizes ou conselhos morais dirigidos às pessoas que o testador deixa quando morre; todavia, os mencionados autores franceses sustentavam que tais cláusulas carecem de qualquer importância jurídica, exceto quando constituem condição de uma disposição patrimonial.

Tradicionalmente, tanto o legislador quanto a doutrina brasileira adotaram a mesma postura em território nacional. Por exemplo, ainda na época pré-codificação, Lacerda de Almeida (1915, p.199) afirmava que “testamento é a disposição de última vontade em que se institui herdeiro”. Seguindo esta tendência, o artigo 1626 do Código Civil de 1916 definia testamento como “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte”.

Ocorre que a ideia de que a disposição testamentária necessariamente tem caráter patrimonial foi perdendo a sua correspondência com a realidade. A doutrina foi percebendo que o testador não é obrigado a instituir herdeiro nem a dispor do seu patrimônio, podendo se preocupar apenas em tratar de relações jurídicas outras (RUGGIERO, 1973, p.521; PONTES DE MIRANDA, 2005, p.35, p.44-45). O próprio Código de 1916 trazia hipóteses de disposições testamentárias não-

patrimoniais (como o reconhecimento de filhos²¹⁹ ou a nomeação de tutor para descendentes menores²²⁰). Pontes de Miranda (2005, v.I, p.77), afirmando que “pode haver testamento sem conteúdo econômico”, criticava como deficiente a redação do supramencionado artigo 1626 da codificação anterior.

No Código Civil de 2002, por sua vez, o legislador adotou postura distinta. Em primeiro lugar, não reproduziu um conceito de testamento. A finalidade patrimonial do negócio é explicitada no *caput* do artigo 1.857, em que se estabelece que toda pessoa capaz pode fazer disposição *mortis causa* dos seus bens. O parágrafo segundo do mesmo artigo, todavia, reconhece expressamente que não apenas são válidas as disposições testamentárias de caráter extrapatrimonial, como também o testador pode simplesmente a elas se limitar. Em suma: o artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002 positiva a finalidade extrapatrimonial do testamento. Reconheceu-se, assim, que se pode testar para fins outros que não apenas nomear herdeiros ou legatários. Sem dúvidas reconhecemos um avanço na inovação legislativa. Acreditamos, contudo, que o legislador, para além do artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002, deu pouca ou quase nenhuma atenção às cláusulas testamentárias existenciais.

Na presente seção, analisaremos o fenômeno da despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil, demonstrando a pouca idoneidade do direito sucessório codificado para se encaixar nessa tendência. Demonstraremos a necessidade de se superar a ideia de que a distribuição patrimonial testamentária é um fim em si mesma; e que o testamento pode ser também espaço de promoção de interesses extrapatrimoniais tanto do sucedido quanto do sucessor. Na sequência, analisaremos o testamento ético, uma figura ainda pouco explorada no Brasil, mas com potencial de efetivamente trazer as disposições existenciais para o âmago do fenômeno hereditário.

4.2.1 Despatrimonialização e repersonalização do direito sucessório

219 Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184, parágrafo único.).

220 Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.

Em uma ordem social, distinguem-se dois perfis: o “ter” e o “ser”. O primeiro pertence ao aspecto patrimonial da sociedade, ou seja, à estrutura econômica. Por sua vez, o segundo pertence ao aspecto existencial do ser humano. Cada sistema jurídico, refletindo os valores dominantes na sociedade em determinado momento histórico, privilegia uma dessas categorias contrastantes (PERLINGIERI, 2008a, p.177).

Nosso ordenamento jurídico vem experimentando o fenômeno da despatrimonialização. Como Pietro Perlingieri (2008a, p.121-122) explica, trata-se da “superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores”. Não se reduz nem elimina o conteúdo patrimonial do Direito Civil. O que se busca é a valoração qualitativa do momento econômico, dando-lhe uma tutela qualitativamente diversa. Funcionalizam-se as situações patrimoniais às existenciais, atribuindo-se-lhes a “justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.

Pietro Perlingieri (2002, p.33) ressalta ainda que os institutos patrimoniais de Direito Privado não são imutáveis; ao contrário, eles estão sempre inclinados a se adaptar (tanto em relação à sua função quanto à sua natureza) aos valores existenciais. Como vimos, historicamente o testamento foi tratado pela dogmática civilista como pertencente exclusivamente à esfera do “ter”, ainda que há muito já se admitissem cláusulas testamentárias referentes ao “ser”, como no caso do reconhecimento de filhos. Ocorre que, como sublinhado por Pietro Perlingieri (2008a, p.760), a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas é incompatível com os valores inspiradores do ordenamento vigente; nesse sentido, tanto os interesses extrapatrimoniais são juridicamente relevantes e tutelados, quanto as situações patrimoniais passam também a assumir uma relevância existencial. O autor italiano se referia ao Direito Civil de modo geral, mas aqui estendemos o comentário ao Direito das Sucessões em especial. A força expansiva da tábua axiológica constitucional, com sua cláusula geral de promoção da personalidade humana, penetra inclusive em um dos mais tradicionalmente patrimonialistas ramos jurídicos, a sucessão testamentária. Devemos, portanto, definitivamente deixar de enxergar a autonomia privada testamentária como exclusivamente direcionada à repartição direta ou indireta²²¹ de patrimônio, tida como um fim em si mesma.

221 E aqui devemos igualmente rechaçar a tendência a acreditar que o reconhecimento de filhos por via sucessória só é juridicamente relevante porque tem repercussão patrimonial na distribuição dos quinhões hereditários; ou a tendência

Ocorre que por duas razões não identificamos no Direito das Sucessões brasileiro uma efetiva revisitação da função existencial do testamento. De um lado, pouca importância se dá ao fato de que legítimos interesses extrapatrimoniais podem ser promovidos com a disposição *post mortem* de propriedade. Por outro lado, não há um tratamento legislativo adequado às cláusulas testamentárias de natureza existencial.

A doutrina de modo geral trata da autonomia privada testamentária com antipatia, como se houvesse uma presunção de que o testador é inexoravelmente movido por interesses egoísticos e antissociais; por isso o senso comum de se dizer que os interesses sociais são melhor atendidos pela sucessão legítima, que beneficia a família. Parece-nos que há uma tendência doutrinária de imaginar que ainda hoje predomina a figura do testador romano, que, como ilustrado por Giselda Hironaka (2014, p.292), utilizava-se do seu poder de disposição patrimonial por testamento para se vingar dos seus familiares. É claro que pode haver abusos na liberdade de testar, e por isso mesmo ela deve sofrer limitações, sobre as quais tratamos na seção 4.1.2. Entretanto, não podemos ignorar que também muitas vezes as disposições testamentárias patrimoniais são precipuamente funcionalizadas à promoção de situações existenciais, ora do beneficiado, ora do próprio disponente.

Em primeiro lugar, o testador pode distribuir patrimônio com a finalidade de promover a proteção e o desenvolvimento da personalidade dos beneficiados com quem ele se importa e que não seriam adequadamente contemplados com direitos sucessórios por força da lei. Se o sucedido dispõe *post mortem* de patrimônio preocupado com, por exemplo, a subsistência do herdeiro testamentário ou do legatário, temos uma clara situação em que a situação patrimonial não é um fim em si mesma, mas funcionalizada à promoção da situação existencial dos envolvidos. Essa função é claramente evidenciada no legado de alimentos, cujo escopo é assegurar a subsistência digna do legatário. Contudo, qualquer disposição patrimonial pode ser movida por um interesse existencial constitucionalmente tutelado; a título ilustrativo, o legado de um imóvel pode ser movido pela intenção de garantir uma moradia ao beneficiado. O que queremos deixar claro aqui é que a distribuição de riquezas por testamento não deve ser necessariamente enxergada como um fim em si mesmo nem como tendo finalidades essencialmente egoísticas da parte do disponente.

semelhante de que a nomeação de tutor para os filhos menores é notadamente focada na aptidão de administrar os bens que estes receberão.

Por sinal, esse é um dos fundamentos pelos quais entendemos inadequada a vedação absoluta de deixa testamentária em favor do concubino.

Por outro lado, a cláusula patrimonial pode ser movida também pela promoção de interesses extrapatrimoniais do testador, como por exemplo o seu senso de dever para com algumas pessoas (familiares, amigos) ou instituições (de ensino, filantrópicas). O próprio renascimento do testamento, no século XI, deve-se à uma funcionalização das disposições patrimoniais aos interesses existenciais do testador (entretanto, obviamente, num sentido muito diverso daquele empregado atualmente). Conforme relatado por Pontes de Miranda (2005, p.38), a Igreja, através dos seus tribunais eclesiásticos, fiscalizava a morte, buscando esmolas, dádivas, legados a corporações religiosas, entre outras assim chamadas “disposições piedosas”; caso o sujeito não as instituísse, sofreria a pena de privação de sepultura²²². Para evitar esta sanção, que lhes atingiria espiritualmente, os indivíduos passaram a adotar o costume de instituir legados para prover necessidades piedosas.

Por outro lado, como já mencionamos na seção 2.3, o legislador essencialmente não se preocupou em dar atenção especial às disposições testamentárias de natureza eminentemente extrapatrimonial. O Livro de Direito das Sucessões trata superficialmente de quatro dessas cláusulas: perdão ao indigno, disposições especiais sobre o enterro, nomeação de testamenteiro e sufrágios pela alma do morto. No Livro de Direito de Família encontramos ainda as possibilidades de reconhecimento de filhos e nomeação de tutor por via testamentária. Entendemos em primeiro lugar que o tratamento legislativo dado às referidas matérias tem se mostrado insuficiente para as demandas que elas envolvem. Ademais, a codificação deixou de tratar de diversas outras cláusulas testamentárias existenciais.

O Código de 2002 dispõe sobre o perdão nos casos de indignidade no seu artigo 1818²²³. Acreditamos que a reabilitação do indigno é um importante instrumento de pacificação social e familiar; é a declaração solene de que um ato socialmente gravíssimo foi perdoado e deixado para trás. No ato de reconciliação entre ofendido e ofensor existe um evidente valor existencial que diz respeito intimamente a ambos. Ocorre que o assunto só é interessante à codificação no que diz respeito aos seus aspectos patrimoniais, ou seja, no fato de o perdoado ser admitido à sucessão.

222 No mesmo sentido, John Gilissen (2003, p.691).

223 Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Esse exacerbado patrimonialismo é ressaltado na hipótese de perdão implícito²²⁴, caso em que o ofensor somente é autorizado a suceder no limite da disposição testamentária. Percebemos assim que a lei pouco se importa com a natureza existencial do perdão; contrário fosse, daria mais prestígio ao ato de perdoar, ainda que praticado de forma implícita.

A atual codificação civil cita as disposições de última vontade sobre o enterro como uma das matérias suscetíveis de tratamento por codicilo²²⁵. Consideramos que se trata da positivação do princípio da liberdade dos funerais, segundo o qual, na doutrina de Marcel Planiol e Georges Ripert (1946, p.662), o indivíduo tem o direito de escolher o lugar em que será sepultado, a ocorrência ou não de celebrações religiosas, entre outros detalhes. Acreditamos que outras disposições podem ser feitas, como por exemplo a requisição de cremação²²⁶ ou o pedido específico para que alguém compareça ou deixe de comparecer ao enterro. Verificamos aqui diversos elementos existenciais, como o direito à sepultura, à disposição do próprio corpo, à intimidade, bem como à liberdade religiosa. Ocorre que o legislador não dedicou qualquer esforço para assegurar o cumprimento dessas disposições. Não aceitamos o possível argumento de que, na medida em que morto não tem mais personalidade, não há obrigatoriedade de cumprir o quanto solicitado pelo testador. Nosso ordenamento jurídico tutela penalmente não apenas a sepultura e a integridade física do cadáver²²⁷, mas a própria cerimônia funerária²²⁸; portanto, seria um contrassenso rejeitar a obrigatoriedade civil de atender ao quanto solicitado pelo testador para a celebração da sua última despedida. Apesar disso, a legislação não oferece nenhum mecanismo para tanto²²⁹.

Também associadas à liberdade religiosa são as cláusulas testamentárias ou codicilares em que se pedem sufrágios pela alma do falecido. Entretanto, o legislador apenas delas tratou quanto

224 Art. 1.818. *Omissis*. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

225 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.

226 Lei de Registros Públicos, art. 77, § 2º A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária.

227 Crimes de violação de sepultura; destruição, subtração ou ocultação de cadáver; vilipêndio a cadáver. Artigos 210 a 212 do Código Penal.

228 Crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, artigo 209 do Código Penal.

229 Um caso recente ilustra o quanto problemático pode ser a definição do enterro de alguém. No final de 2018, o local de velório e sepultamento de Mãe Stella de Oxóssi teve de ser determinado pela Justiça do Estado da Bahia. <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2018/12/28/apos-impasse-entre-integrantes-do-terreiro-ile-axe-opo-afonja-e-a-companheira-de-mae-stella-justica-determina-que-corpo-da-ialorixa-seja-enterrado-em-salvador.ghtml>.

ao aspecto patrimonial: as despesas para o seu cumprimento sairão do monte da herança²³⁰. Apesar de o dispositivo legal dizer que o testador *ordenou* esses sufrágios, não há qualquer mecanismo que vincule algum sucessor ou o testamenteiro a cumprir tais disposições (salvo se forem impostas como condição a alguma disposição patrimonial). Novamente, não há qualquer preocupação legislativa em assegurar o respeito à cláusula com fins existenciais.

Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.299), confiando na diligência do testamenteiro, acredita que a imputação do custeio das despesas ao patrimônio hereditário é potencialmente adequada para afastar a dificuldade de cumprimento das disposições de cunho não patrimonial. Não compartilhamos dessa visão otimista, na medida em que consideramos tal previsão legal não assegura suficientemente a coercibilidade das cláusulas existenciais. Ana Nevares (2009, p.307) defende ainda a atuação do Ministério Público como *custus juris* para assegurar a concretização das cláusulas testamentárias extrapatrimoniais, ponderando-as com os fins sociais a que o caso concreto disser respeito. Aderimos a tal posicionamento, todavia permanecemos lamentando a inexistência de outros mecanismos legais que garantam a execução dessas cláusulas²³¹.

Acreditamos que é prejudicial não haver tratamento específico no âmbito do direito sucessório para matérias existenciais, na medida em que identificamos lacunas daí decorrentes que precisam ser preenchidas. A título ilustrativo, o Código Civil de 2002 ao tratar do rompimento do testamento fala que *todas* as disposições de última vontade serão ineficazes caso, após a elaboração do testamento, o disponente venha a ter algum herdeiro necessário²³². Ora, a justificativa de ser da referida norma é a proteção patrimonial desses sucessores forçados; portanto, não faz sentido afetar as disposições de cunho extrapatrimonial nesses casos. Por essa razão, apresentamos à VIII Jornada de Direito Civil proposta de enunciado, aprovada como Enunciado 643: “O rompimento do testamento (art. 1.973 do Código Civil) se refere exclusivamente às disposições de caráter patrimonial, mantendo-se válidas e eficazes as de caráter extrapatrimonial, como o reconhecimento de filho e o perdão ao indigno”. Como visto, a pouca preocupação do legislador com as disposições testamentárias de caráter existencial precisa ser suprida com trabalho doutrinário e jurisprudencial.

230 Código Civil de 2002, Art. 1.998. As despesas funerárias, haja ou não herdeiros legítimos, sairão do monte da herança; mas as de sufrágios por alma do falecido só obrigarão a herança quando ordenadas em testamento ou codicilo.

231 Oferecemos uma possível solução na seção 5.4.4.1, à qual remetemos o leitor.

232 Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador. Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Existem ainda outras possíveis cláusulas testamentárias de natureza existencial que não são sequer mencionadas pelo Código Civil. Por exemplo, em Ana Luiza Maia Nevaes (2009, p.255) encontramos referências a “orientações quanto à publicação de obras inéditas, quanto à utilização de seu nome, imagem e voz em programas ou propagandas, entre outras”. A referida autora (2009, p.258, p.277) menciona ainda disposições relativas à doação póstuma de órgãos e tecidos, bem como que vedem a divulgação de informações relativas à saúde do morto, além do consentimento para a realização de reprodução assistida *post mortem*.

Acreditamos que a falta de regulamentação específica das supramencionadas cláusulas pela codificação civil enseja diversas controvérsias que poderiam ter sido evitadas com um maior cuidado legislativo. Por exemplo, havendo disposição testamentária autorizando a retirada de órgãos e tecidos para transplantes, ainda será necessária a autorização do cônjuge, companheiro ou parente²³³? Havendo cláusula no testamento requerendo o descarte de embriões criopreservados, o outro genitor dos referidos embriões poderá exercer algum direito sobre eles, inclusive no sentido de autorizar o seu uso para fins de pesquisa e terapia²³⁴?

Conclusivamente, observamos que o Código Civil de 2002 avançou com o reconhecimento da validade de cláusulas com caráter existencial. Entretanto, a codificação pouco se preocupou com as disposições testamentárias de caráter extrapatrimonial, o que tem um duplo potencial negativo: por um lado, não são fornecidos os mecanismos para assegurar que elas sejam respeitadas; por outro lado, não são resolvidas diversas controvérsias relativas à eficácia *post mortem* da vontade do testador. Dessa forma, o supramencionado avanço foi muito tímido para verdadeiramente inserir o testamento no fenômeno da despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil.

Na seção seguinte, trataremos do testamento ético, uma modalidade de testamento exclusivamente orientada às disposições existenciais, cujo reconhecimento pelo ordenamento

233 Lei 9434/1997, Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

234 Ao contrário do caso de apenas sêmen ou óvulos congelados, os embriões criopreservados carregam em si material genético dos dois genitores, portanto ambos têm interesse na sua utilização ou descarte. O caso do testador requerendo o descarte é potencialmente problemático porque a Lei de Biossegurança (Art. 5º, § 1º) requer o consentimento de ambos os genitores para a utilização dos embriões para fins de pesquisa e terapia. Contudo, seria possível alegar ser inadequado que o reconhecimento da eficácia *post mortem* da sua vontade acabe impedindo o avanço científico que tem potenciais benefícios para a sociedade.

jurídico poderá efetivamente representar uma despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária.

4.2.2 O testamento ético²³⁵

Quando uma pessoa morre, ela deixa um legado àqueles que ficam. Não utilizamos, aqui, a palavra “legado” no sentido que habitualmente lhe dá o Direito das Sucessões (bem determinado e certo deixado a título singular, por testamento, para um beneficiário denominado legatário). O sentido de legado ora empregado é bem mais amplo, inspirado na ideia de *legacy* da tradição anglo-saxônica: significa tudo o que o morto transmite aos vivos, o que inclui bens tangíveis, mas também disposições intangíveis. Em suma, aquilo que alguém construiu durante sua vida, em termos patrimoniais e existenciais, e que fica para a posteridade.

Com a tendência a se enxergar no fenômeno hereditário um caráter exclusivamente patrimonial, deixa-se de lado o fato de que um indivíduo pode legar muito mais a seus herdeiros do que simplesmente patrimônio. Ao longo da vida, a pessoa adquiriu sabedoria, valores, experiências, histórias, arrependimentos, entre tantas outras aquisições intangíveis, que não necessariamente precisam se extinguir com a morte. Pelo contrário, aqueles que sobrevivem podem se valer muito de tudo isso para o desenvolvimento das próprias personalidades.

Os genitores naturalmente esperam que sua prole evite os erros que eles cometeram em suas vidas. Isso, contudo, só é possível se eles identificarem esses erros e por que foram cometidos (VERNON, 2003, p.01). Esse processo de aprendizado a partir das experiências vividas e sofridas gera conhecimento, crescimento e desenvolvimento. Compartilhando a sabedoria adquirida dessa forma, os mais velhos podem possibilitar que a geração seguinte tome decisões mais adequadas.

O que acontece, então, com os elementos extrapatrimoniais que compõem o legado de alguém? É bom recordar que, se certas histórias não forem contadas, elas serão perdidas para sempre (BAINES, 2003, p.143). Por essa razão, o testador pode dispor dos elementos morais do seu legado utilizando-se do testamento ético, ou *ethical will*. Testamentos éticos são instrumentos

235 Dedicamos a presente seção à Professora Nilza Maria Costa dos Reis, da Universidade Federal da Bahia. Em suas aulas de Direito das Sucessões, a referida docente há muitos anos vem ensinando que as maiores riquezas humanas não são suscetíveis de inventário, mas admitem partilha.

nos quais a última vontade não é manifestada direcionada a destinações patrimoniais. Em verdade, eles expressam disposições existenciais – como instruções morais, conselhos, valores, histórias – do testador para os seus destinatários, sucessores ou não.

O testamento ético se diferencia do tradicional em razão das suas finalidades precípuas. O segundo é convencionalmente utilizado principalmente para distribuir riquezas; o primeiro, por sua vez, transmite valores intangíveis, orientações, direcionamentos para a família (MCCARTY, 2015). De acordo com Denise Federer (2013), o testamento tradicional expressa “o que eu quero que meus entes queridos recebam”; o *ethical will* expressa “o que eu quero que meus entes queridos saibam”. Trata-se de uma oportunidade de compartilhar experiências, ensinar lições aprendidas durante arrependimentos os sucessos pessoais, recordar e guardar momentos importantes; tudo isso para que aqueles que ficam possam ter acesso a experiências que, de outro modo, não encontrariam (FALKNER, 2010, p.457).

Para evitar imprecisões conceituais, é muito importante notar que o testamento ético não se confunde com a conhecida figura do “testamento vital”. Este último, inspirado no *living will* anglo-saxônico, não tem natureza jurídica de negócio jurídico *causa mortis*²³⁶, mas sim de diretriz antecipada de vontade; ou seja, trata-se de instrumento cujo objetivo visa a “garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade da vida” (DADALTO, 2010). Ao contrário do testamento vital, o propósito do *ethical will* não é determinar instruções para cuidados médicos, e sim fazer uma retrospectiva da vida do autor (COHEN-MANSFIELD et al, 2009, p.526), daquilo que ele considera mais importante transmitir para as próximas gerações em termos de valores pessoais, esperanças, preocupações (FALKNER, 2010, p.454).

O *ethical will* se origina na milenar tradição judaica de oferecer direção espiritual para a prole (VERNON, 2003, p.01). Os judeus da Antiguidade pouco ou nenhum controle tinham sobre a disposição *post mortem* dos seus pertences, na medida em que a sucessão *causa mortis* era definida com certa rigidez pela Lei Mosaica; por essa razão, desenvolveu-se o costume de

236 Adotamos aqui a teoria de Marcos Bernardes de Mello (2011, p.249), segundo quem “diz-se *mortis causa* o negócio jurídico *cuja eficácia depende* da morte. (...) O negócio à causa de morte existe tão logo composto seu suporte fático, sendo válido ou inválido desde aí. (...) É preciso ressaltar que a *morte* somente faz caracterizar o negócio jurídico como *mortis causa* quando compõe o seu suporte fático como elemento que deflagra sua eficácia”. O testamento vital não é negócio jurídico *causa mortis* porque sua eficácia antecede a morte; consequentemente, não tem natureza jurídica de testamento, sendo sua nomenclatura uma contradição no objeto.

direcionar a última manifestação de alguém para compartilhar histórias familiares, práticas religiosas e valores espirituais (FALKNER, 2010, p.452)²³⁷.

Em suas origens, o testamento ético era feito oralmente, geralmente no leito de morte (BAINES, 2003, p.141). A doutrina é unânime no sentido de que se passou a utilizar a forma escrita para o testamento ético no século XII (RAPHAEL, 1999). Nesse mesmo período, o costume passou a ser compartilhado por cristãos e muçulmanos, sendo bastante popular e difundido até o século XVIII (FALKNER, 2010, p.452), quando acabou caindo em desuso. Recentemente, em especial nos países de tradição anglo-saxônica, este instrumento vem ganhando novamente popularidade e sendo reconhecido como uma forma de passar adiante pelas gerações aquilo que realmente mais importa (KEEVA, 2005, p.88). Quais fatores explicam o renascimento do testamento ético?

Steven McCarty (2015) lista seis razões pelas quais se deve fazer um *ethical will*: esses instrumentos proporcionam uma oportunidade de a pessoa deixar algo para trás e ser lembrada; eles ajudam a documentar a história e a contar histórias com as quais os outros podem aprender no futuro; proporcionam uma oportunidade de o testador esclarecer os seus próprios valores antes de passá-los adiante; geram autoconhecimento e autocompreensão; dão a chance de aceitar os erros passados e de lidar com a própria mortalidade; criam um gratificante sentimento de completude e realização. Do mesmo modo, há relatos pessoas que, após o processo de feitura do testamento ético, encontram uma nova razão para viver; o exercício faz com que elas percebam que ainda têm algo a oferecer (KEEVA, 2005, p.88). Há também relatos da importância que vem sendo dada aos testamentos éticos por pessoas em estágios iniciais de doenças mentais degenerativas, que querem passar uma última mensagem a suas famílias antes da enfermidade lhes retirar essa oportunidade (SHULTZ, 2006, p.12).

Ademais, o testamento ético tem um grande potencial para promover interação entre gerações, mesmo que transcendendo a vida dos escritores (COHEN-MANSFIELD et al, 2009, p.525-527). Nos Estados Unidos, muitos *ethical wills* são elaborados como apresentações de PowerPoint, apresentações de fotos de família, vídeos, DVDs, páginas do Facebook e até mesmo aplicativos de smartphones (GUSTKE, 2014). Identificamos assim no momento de abertura e

237 A doutrina costuma identificar tal instrumento mesmo em algumas passagens do Antigo Testamento da Bíblia, entre as quais a mais famosa está no capítulo 49 do Livro de Gênesis, em que se relatam os conselhos de Jacó para a sua prole. Outro exemplo famoso está no I Livro de Reis, capítulo 2, em que constam as últimas instruções de Davi a Salomão.

leitura do testamento ético uma oportunidade de celebração da memória do falecido, uma ressignificação do momento de luto, o que efetivamente se consubstancia em uma promoção dos valores existenciais tanto do *de cuius* quanto das pessoas que permanecem vivas.

Nesse sentido, não há vantagens somente para o autor do *ethical will*, mas também para os seus destinatários. Em primeiro lugar, receber tal mensagem ajuda no desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, na construção do próprio legado moral. Além disso, ter acesso às histórias do falecido pode permitir que seus amigos e em especial seus familiares compreendam melhor as próprias identidades e os reflexos das experiências pretéritas (FALKNER, 2010, p.457). Por fim, uma mensagem final deixada pelo morto pode ajudar a lidar com o luto e suas conseqüências muitas vezes devastadoras.

Por outro lado, não podemos deixar de lado a existência de reflexos patrimoniais, ainda que indiretos, do testamento ético. Por exemplo, quando se trata de sucessão em uma empresa familiar, o testador pode contar a história da sua atividade, inclusive os objetivos e princípios sobre os quais ela se iniciou e os ideais que a direcionaram. Dessa forma, os sucessores terão maior compreensão acerca dos motivos e meios pelos quais as principais decisões empresariais foram tomadas (STEIN; BRIER, 2001, p.115). O autor pode compartilhar, também, quais atributos pessoais ele acredita que o levaram ao sucesso (GAUDIANI, 2007, p.33), o que configuraria uma verdadeira transferência *causa mortis* de *know-how*.

Não se trata, entretanto, de um instrumento que conta com a simpatia de toda a comunidade jurídica. Questionamentos são feitos a respeito da possível incompatibilidade de um documento emocional e cheio de subjetividades com uma circunstância em que o principal objetivo é resolver rapidamente questões financeiras (KASLOW; BENJAMIN, 2015, p.173). Por outro lado, também deve ser levado em consideração que os filhos (ou destinatários, de modo geral) podem não ser muito receptivos aos conselhos recebidos (KAHN, 2001, p.93).

De fato, reconhecemos que o testamento ético deve ser elaborado com cautela. O testador deve estar ciente da força de suas palavras, que podem criar danos severos se mal direcionadas, ainda que proferidas do túmulo (ALEXANDER, 2006, p.32). Por essa razão, em sua feitura devem ser evitados abusos. Desse modo, por exemplo, não se deve usar esse instrumento como última oportunidade de insultar alguém nem para revelar casos que possam violar a intimidade e a privacidade de outrem. Nesse sentido, Pontes de Miranda (2005, v.III, p.51) já se referia ao “direito

das disposições contumeliosas”. Trata-se das disposições testamentárias que contém censuras, repreensões, ou até mesmo afrontas e injúrias, aos herdeiros ou legatários. Elas podem ser incluídas como um desabafo, um castigo ou com um intuito correccional. Segundo Pontes de Miranda, nelas pode haver “luta íntima entre a vontade de assegurar recursos a alguém e a verificação de que este alguém, descendente, ascendente, parente, afilhado, protegido ou amigo, não lhe merece”. Ressalvamos, entretanto, que a referência a este tipo de dispositivo na obra de Pontes de Miranda se restringe à sua acessoriedade em relação à disposição de natureza patrimonial: “temos de reputar não escrita, e salvar o testamento e a própria deixa ao herdeiro ou legatário que tão acerbamente se exprobo”.

Apesar das críticas e cautelas necessárias, a importância do *ethical will* no cenário norte-americano é revelada pela frequência com que vem sendo utilizado não apenas pelas pessoas comuns, mas também por celebridades. Também vem ganhando popularidade notadamente entre fundadores de empresas, que contemplam o que será dos seus negócios quando eles se aposentarem ou morrerem (KAHN, 2001, p.91). Nelson Rosenvald (2018, p.304) cita o exemplo de Phillip Seymour Hoffman, que em seu testamento “exigiu que o filho cresça em Nova York, Chicago, ou São Francisco, ou que visite essas cidades pelo menos duas vezes por ano para estar exposto à cultura, às artes e à arquitetura que elas oferecem”.

Entendemos que o testamento ético é totalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, apesar da falta de tratamento legislativo específico. Com o supramencionado artigo 1.857, § 2º do Código Civil de 2002, o legislador reconheceu a validade dos negócios jurídicos *mortis causa* com disposições de caráter exclusivamente extrapatrimonial. Além disso, enxergamos claramente a função promocional de valores existenciais (para a proteção e desenvolvimento da personalidade humana), determinada pela Constituição Federal, em um testamento elaborado com a finalidade de distribuir histórias, valores, crenças, princípios, experiências, sabedoria.

Outra questão que devemos analisar é a eficácia jurídica do testamento ético. Certas cláusulas testamentárias extrapatrimoniais claramente produzem efeitos concretos no mundo do Direito; por exemplo, com o reconhecimento de filho, o testador voluntariamente declara a existência de um vínculo jurídico entre ele e o seu descendente (o que, indiretamente, gera consequências patrimoniais decorrentes da vocação hereditária daí decorrente). Quais seriam,

contudo, os efeitos derivados de um *ethical will*? É basicamente consenso na doutrina norte-americana o fato de que, nos Estados Unidos, o testamento ético não tem força vinculante (SHULTZ, 2006, p.12). Em se tratando de Brasil, Nelson Rosenvald (2018, p.305) entende que o conteúdo do testamento ético não é exequível, não sendo possível constranger o destinatário a cumprir as diretrizes valorativas do testador; eventuais descumprimentos por si só não atuam como condições resolutivas.

Entendemos, porém, que a busca por um efeito jurídico “concreto” ou “exequível” é aparentemente decorrente de um paradigma patrimonialista e pode chegar a ser contraditória com a natureza eminentemente existencial do testamento ético. Por outro lado, conseguimos ver ao menos um efeito estritamente jurídico do *ethical will*: seu papel na hermenêutica testamentária. O artigo 1.899 do Código Civil de 2002 determina que, “quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”. Ocorre que o testamento não pode ser interpretado recorrendo-se a elementos externos, apenas à própria cédula testamentária. Como, então, é possível assegurar a melhor observância da vontade do testador, se o intérprete não pode recorrer a instrumentos não testamentários para interpretar as disposições de última vontade? Se o sujeito deixou um *ethical will*, com reconhecida natureza jurídica de negócio *mortis causa*, então o conteúdo ali constante – histórias, valores, princípios – poderão orientar a atividade hermenêutica relativa às cláusulas patrimoniais do testamento tradicional.

Ressalvamos ainda, por fim, que a razão de ser do *ethical will* não é substituir o tradicional. Ambos podem conviver harmoniosamente, inclusive nada impede que estejam contidos na mesma cédula testamentária. Em verdade, o seu propósito é contribuir para o testador traçar um plano mais completo, que envolve não apenas propriedade e finanças (ALEXANDER, 2006, p.31). A sucessão testamentária não sofre uma redução de sua função patrimonial, mas recebe o acréscimo de uma tutela qualitativamente diversa, sendo também espaço de desenvolvimento da pessoa do testador e também dos destinatários (PERLINGIERI, 2002 p.34).

Conclusivamente, vemos no testamento ético um importante instrumento de promoção de interesses existenciais do sucedido no fenômeno hereditário. Nelson Rosenvald (2018, p.306) já chegou a afirmar que “o que presenciamos agora é a própria revisitação da função do testamento,

rumo à despatrimonialização”. De fato, acreditamos que o reconhecimento da validade do *ethical will* poderá ser um importante passo na repersonalização da sucessão testamentária no Brasil.

4.3 NEOFORMALISMO E AS SOLENIDADES TESTAMENTÁRIAS

A força expansiva das normas constitucionais incide sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre as disposições legais a respeito da forma dos negócios jurídicos. Nesse contexto, o formalismo do Direito Civil tradicional perde espaço, na medida em que já não se admite que o instrumento (um meio) seja transformado em um fim; nem que a forma sufoque a substância, que continente e conteúdo se dissociem, que da linguagem se faça fetiche (FACHIN, 2012, p.138). Necessária se faz a releitura da matéria das solenidades do negócio jurídico à luz do que aqui chamamos de “neoformalismo”²³⁸.

Pietro Perlingieri (2008a, p.443) aduz que a disciplina da forma do negócio jurídico ficou por muito tempo estranha às considerações funcionais e axiológicas. O autor italiano defende, então, a necessidade de análise crítica da matéria, “para evitar que se crie uma não justificada zona franca de sobrevivência de concepções da autonomia negocial não mais conciliáveis com o atual ordenamento”. Segundo Perlingieri (2008a, p.446), considerar que as prescrições de forma são indiferentes ou neutras em relação ao quadro constitucional é uma posição inaceitável considerando a unidade do ordenamento jurídico; desse modo, as formas negociais devem ser valoradas constitucionalmente em relação aos interesses sobre os quais se fundam. A postura tradicional de simplesmente se constatar a existência ou inexistência de requisito formal mostra-se insuficiente; é necessário que nos perguntemos também a que esses requisitos servem (PERLINGIERI, 2008a, p.455). Conforme Pietro Perlingieri (2008a, p.452-453), a efetiva valoração funcional de cada prescrição formal conduz à conclusão de que forma e conteúdo devem ser um conjunto unitário; “a forma não pode faltar ou permanecer insensível aos aspectos funcionais da composição negocial”. Por essa razão, o autor italiano conclui que

não há espaço nem para quem manifesta simpatia para com as formas legais obsoletas – desgastadas porque previstas para tutelar interesses não mais emergentes e prevalecentes – nem para quem quisesse de repente esposar a

238 Não utilizamos aqui este termo no sentido de retorno ao formalismo e aos valores de certeza e previsibilidade (MURRAY JR, 2002, p.870).

cruzada antiformalista, considerando qualquer forma como ‘rigorismo obsoleto’. (PERLINGIERI, 2008a, p.448)

Em posicionamento semelhante, Pontes de Miranda (2005, v.II, p.05-06) há muitas décadas já defendia que, sendo a forma um processo técnico, ela é um meio para se alcançar a segurança jurídica, e não um fim em si mesma. As solenidades, portanto, não podem ter um caráter ritual; segundo ele, seria uma inconseqüência “alimentar a superstição dos formalismos obsoletos, que prejudicaram, em vez de servir à vida”. Pontes de Miranda sustenta que devemos observar a utilidade social e individual do emprego das formas: se a prescrição formal é contrária à existência coletiva e individual, ela é contrária ao Direito. Sua conclusão é no sentido de rejeitar uma “mal compreendida servidão à forma solene”, na medida em que “o invólucro plástico não deve sacrificar os fatos ou atos que devem revestir”.

O testamento é, ao lado do casamento, um dos atos jurídicos mais solenes de todo o nosso ordenamento civil. Na realidade, Santiago Dantas (1991, p.505-506) entendia que a sucessão testamentária é o domínio mais formalista do Direito Civil atual, na medida em que as omissões de formalidades em matéria de casamento são examinadas de forma mais branda, enquanto no caso dos testamentos os vícios formais conduzem frequentemente ao aniquilamento do ato.

Nas seções seguintes, estudaremos criticamente a regulamentação codificada das solenidades testamentárias com base no neoformalismo acima descrito. Isso significa que, em vez de focarmos na estrutura das formas requeridas por lei para os testamentos, analisaremos, à luz dos interesses constitucionalmente tutelados, a compatibilidade, adequação e coerência dessas exigências formais em relação à função que elas devem desempenhar no contexto do fenômeno sucessório. O que procuramos aqui não é fazer uma crítica em si mesma às prescrições formais nem abstratamente defender a abolição pura e simples das solenidades; mas sim as submeter a um estudo racional e crítico (PERLINGIERI, 2002, p.293), de forma a entender até que ponto a regulamentação codificada se justifica e em que aspectos se afasta do projeto constitucional.

Inicialmente identificaremos os problemas do exacerbado formalismo imposto pelo Código Civil de 2002 à sucessão testamentária. Na sequência, analisaremos as tentativas de superar o excessivo rigor da lei quanto às solenidades testamentárias. Por fim, defenderemos a superação da anacrônica taxatividade das formas de testamento previstas na codificação civil.

4.3.1 Os problemas do exacerbado formalismo testamentário

No sistema sucessório brasileiro atual, o testador apenas pode manifestar aquela que ele deseja que seja a sua última vontade por meio de uma das formas taxativamente previstas na lei. O Código Civil de 2002 prescreve três formas ordinárias de testamento: o público, o cerrado e o particular. As diversas solenidades exigidas para cada uma dessas formas são detalhadas entre os artigos 1864 e 1880. Semelhantemente, a codificação estabelece três formas especiais de testamentos, que somente são admitidas em situações excepcionais: o marítimo, o aeronáutico e o militar. As respectivas solenidades são previstas entre os artigos 1888 e 1896.

Acreditamos que o atual tratamento normativo sobre as formalidades testamentárias, que ainda são excessivas e complexas, é triplamente problemático. Por um lado, o testamento se manteve no Código de 2002 altamente solene e conseqüentemente desconectado do dinamismo dos avanços tecnológicos e das relações sociais na atualidade. Por outro lado, o rigor com que se tratam os vícios formais acaba por sobrepor a forma à substância, na contramão do que se espera do ordenamento jurídico constitucionalizado. Por fim, o formalismo excessivo é um dos fatores que contribuem para que o testamento se mantenha um instituto jurídico totalmente distante da realidade do brasileiro.

4.3.1.1 O anacronismo das formas testamentárias admitidas no Código Civil de 2002

O primeiro problema da sucessão *causa mortis* codificada é o anacronismo da lista taxativa de formas testamentárias admitidas no direito brasileiro. A atual codificação inovou ao positivar a possibilidade de o testamento ser elaborado por meios mecânicos; entretanto, essa previsão está muito aquém da tecnologia atual, sendo já atrasada para as demandas de uma sociedade cada vez mais digitalizada e eletrônica. Imputamos parte desse anacronismo do Código ao fato de seu projeto ter sido gestado na década de 1970, quando esses avanços ainda se mostravam incipientes no Brasil; contudo, é injustificável que nas décadas de tramitação no Congresso Nacional as devidas atualizações não tenham sido realizadas. Em pleno século XXI, na era digital e do áudio e vídeo,

nossa sucessão testamentária permanece presa ao papel. A título ilustrativo, muito maior efetividade prática teria alcançado o legislador se, em vez de inovar inserindo a possibilidade de se testar em aeronave perante pessoa designada pelo comandante, tivesse autorizado o testamento elaborado em computador pessoal ou mesmo em gravador de voz nas circunstâncias autorizadoras do testamento aeronáutico²³⁹. Voltaremos com profundidade à matéria na seção 4.3.3.

4.3.1.2 A complexidade das solenidades e o excessivo rigor quanto ao seu descumprimento

Um segundo problema da atual disciplina das formalidades testamentárias é a sua alta complexidade. O testador deve não apenas manifestar sua vontade por uma das formas prescritas em lei, mas também rigorosamente atender a todas as solenidades determinadas para cada forma (VELOSO, 2004, p.125). As exigências são inúmeras e variadas, indo por exemplo desde a necessidade de declarações verbais do disponente no testamento público até o lacre do testamento cerrado. Algumas desses requisitos podem ser extremamente problemáticos, como na hipótese de faltarem todas as testemunhas no momento de apresentação em juízo do testamento particular (caso em que, mesmo o ato tendo sido validamente celebrado, a codificação não autoriza a sua confirmação pelo juiz).

O Código Civil de 2002 até tentou simplificar o ato de testar, porém o fez muito timidamente. Por exemplo, nos testamentos público e cerrado, o Código de 1916 exigia 5 testemunhas²⁴⁰, enquanto o atual requer apenas 2²⁴¹. Ademais, a codificação atual não repetiu a exigência da anterior no sentido de, no testamento com forma pública, o oficial do tabelionato ter de especificar cada uma das formalidades, dando fé de terem sido todas observadas²⁴². Além disso, em relação ao testamento particular, o Código de 1916 requeria a participação de 5 testemunhas, das quais ao menos 3 deveriam confirmar o negócio quando de sua apresentação em juízo²⁴³; enquanto isso, o Código de 2002 requer apenas a subscrição de 3 testemunhas, podendo até 2 delas

239 Art. 1.889. Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.

240 Código Civil de 1916, art. 1632, I e art. 1638, IV.

241 Código Civil de 2002, art. 1864, II e art. 1868, I.

242 Código Civil de 1916, art. 1634.

243 Código Civil de 1916, art. 1648.

faltar por morte ou ausência²⁴⁴. No contexto geral das solenidades que ainda são exigidas, esses avanços foram muito pequenos, ainda prevalecendo desnecessariamente o caráter ritualístico do ato de testar.

Por outro lado, até mesmo a inovação mais significativa a respeito da flexibilização formal, o testamento hológrafo simplificado²⁴⁵, que dispensa a intervenção de testemunhas, não recebeu o devido tratamento legislativo. Em primeiro lugar, a lei exige elaboração de próprio punho. Foram desconsiderados pelo legislador os casos em que o testador não pode escrever (em razão, por exemplo, de estar em um leito de hospital). Também foi desconsiderada toda uma evolução tecnológica que permite de forma muito mais adequada e satisfatória o registro da vontade de quem testa, como meios digitais, além de gravação de áudio ou vídeo (casos sobre os quais trataremos na seção 4.3.3). Por fim, há ainda um risco de o magistrado entender que inexistência circunstância emergencial justificadora da forma hológrafa simplificada, o que enseja a rejeição da confirmação do testamento²⁴⁶.

A complexidade formal do ato de testar se torna ainda mais grave por força das consequências de sua inobservância. A doutrina civilista comumente considera as formalidades testamentárias como sendo *ad solemnitatem*, não meramente *ad probationem*, ou seja, elas são tidas como elemento essencial do negócio (NONATO, 1957, v.I, p.198). Desse modo, Zeno Veloso (2004, p.125) considera que no testamento “vontade e forma se integram e se fundem, resultando um todo indivisível”. Após fazer afirmação quase idêntica a esta última, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.312) chega a aduzir que “o testamento é um ato sagrado na medida em que ele é formalista: não existe ato sagrado sem liturgia, não existe testamento sem forma”. Autores clássicos como Baudry-Lacantinerie e Colin (1899, p.11), Roberto de Ruggiero (1973, p.524), Lacerda de Almeida (1915, p.205), Carlos Maximiliano (1964, v.I, p.391) e Orosimbo Nonato (1957, v.I, p.201; p.203) até mesmo consideram as formalidades relacionadas com a *existência* do testamento.

Em Marcos Bernardes de Mello (2015, p.169-170), aprendemos que o vício formal pode ser pelo desatendimento à forma prescrita ou proibida em lei, quanto pelo não cumprimento de alguma solenidade que integra a forma. A título exemplificativo, o primeiro caso seria o de um

244 Código Civil de 2002, art. 1878.

245 Código Civil de 2002, Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

246 A título ilustrativo, STJ, REsp 1639021/SP.

testamento oral²⁴⁷; a segunda hipótese seria a ausência de uma testemunha durante a lavratura do testamento público. As duas situações são distintas, mas em se tratando dos negócios jurídicos em geral ambas ensejariam a mesma consequência, qual seja, a nulidade do ato. Ocorre que Marcos Bernardes de Mello (2015, p.82) considera o testamento um caso peculiar: se realizado por uma das espécies previstas em lei, a falta de solenidade o faz nulo; quando feito por outra forma que não as enumeradas em lei, o ato será inexistente.

De todo modo, seja pela nulidade, seja pela inexistência, o testamento com defeito formal não produzirá os efeitos que o testador dele esperava, o que é potencialmente problemático. Aqui entendemos relevante a ressalva feita por Pontes de Miranda (2005, p.240-241), no sentido de que, enquanto nos atos *inter vivos* a nulidade é reparável, na medida em que os agentes podem praticar novamente o ato de forma a respeitar as formalidades, o mesmo não acontece com as declarações de última vontade: “nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas – morreu quem as fez”.

Em razão do quanto expusemos acima, entendemos que o tratamento imposto pelo ordenamento ao testamento com defeito formal é consideravelmente grave. Assim, precisamos verificar se existe um juízo de razoabilidade entre a sanção de invalidade e os objetivos que com ela o legislador busca alcançar. Embasamo-nos assim em Pietro Perlingieri (2002, p.291), com quem aprendemos que “a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma”.

Segundo Perlingieri (2002, p.295), “toda forma negocial tem uma função, ainda que heterogênea”. De modo geral a doutrina enxerga uma função garantidora de segurança e autenticidade nas solenidades exigidas para o testamento. De acordo com Zeno Veloso (2004, p.125-126), existe uma verdadeira “escravidão da forma” na sucessão testamentária, que é necessária para garantir veracidade, autenticidade, certeza e segurança. Para o jurista paraense, “o formalismo, no caso, não vem para complicar, burocratizar ou constranger, mas para salvaguardar, preservar e proteger a facção testamentária”. Semelhantemente, Orosimbo Nonato (1957, v.I, p.197-198) argumenta que, para efetivamente consubstanciar a inequívoca vontade do morto, o

247 Com exceção da hipótese de testamento nuncupativo, excepcionalmente acolhido pelo Código Civil de 2002, Art. 1.896. As pessoas designadas no art. 1.893, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas. Parágrafo único. Não terá efeito o testamento se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento.

testamento deve ser cercado de cautelas. Por essa razão, “longe de representar um obstáculo à faculdade de testar, o formalismo aqui vale como garantia e salvaguarda dessa faculdade”. Carlos Maximiliano (1964, v.I, p.388-390) refere ainda aos efeitos subjetivos da solenidade, que são: obrigar o testador a pensar, chamar a sua atenção para a importância do ato, evitar precipitações e disposições por impulsos ou motivos injustos, dificultar a coação. Ainda segundo Maximiliano, “os próprios herdeiros aproveitam com a certeza das disposições e o ensejo dado ao testador para meditar: os legítimos livram-se de preterições impensadas, precipitadas; os que recebem, ficam mais seguros, liberto de controvérsias o benefício”.

Pontes de Miranda (2005, v.I, p.239-240) reconhece que as exigências formais atendem ao intuito de assegurar a manifestação de última vontade, de modo a prevenir “insídias e maquinações”. O referido autor ressalva, porém, que a função das solenidades testamentárias é asseguradora e preventiva; elas não devem dificultar, empecer ou postergar a vontade de testar. Por essa razão, elas não devem ser entendidas como absolutas, como fins em si mesmas. Dessa forma, Pontes de Miranda argumenta que “seria péssima política jurídica romper o testamento de quem não atribuía ao legislador tão ríspido formalismo”. Assim, ele entende que devem ser evitadas o quanto possível as nulidades de testamento por motivo de forma, e na dúvida se decidirá em favor da disposição testamentária, desde que se comprove que o documento consubstancia a última vontade do disponente.

Salvador Fornieles (1950, p.225-229) critica as concepções segundo as quais a solenidade testamentária adquire vida própria e constitui um fim em si mesma; para ele, quando o fator decisivo é o rito, e não a vontade do testador, o que se cria é um direito fictício, “*alejado de la vida*”, contrário ao bom senso. O referido jurista admite que as formalidades testamentárias são necessárias e sua inexistência ensejaria transtornos; todavia, ele entende que deve haver apenas as formalidades que racionalmente assegurem a verdade e a autenticidade do ato, não havendo espaço para as supérfluas que se convertem em verdadeiras armadilhas.

Observamos assim que as exigências formais têm como função precípua assegurar a autenticidade e a segurança da vontade manifestada no testamento. Compreendemos que se trata de uma função razoável, na medida em que, sendo *mortis causa*, esse negócio jurídico somente produzirá efeitos quando o agente não mais estiver vivo para reafirmar sua idoneidade. Também visualizamos que os sucessores são interessados nessa função, notadamente porque o respeito à

forma diminui a possibilidade de conflitos judiciais no âmbito da sucessão testamentária. Por outro lado, também entendemos que proteger não pode significar sufocar. Não defendemos aqui a abolição das solenidades, mas que se encontrem formalidades que cumpram sua função a um custo proporcional, considerando meios e fins. Como bem colocado por Melanie B. Leslie (1996, p.236), a liberdade de testar se transforma em um mito com o paradoxo das formalidades: seu propósito é assegurar que prevaleça a vontade do testador, contudo a insistência em sua observância estrita acaba frustrando a intenção do testador quando se invalidam as disposições que ele claramente pretendia fazer.

Identificamos uma clara desproporção entre os fins buscados pelo ordenamento com o formalismo testamentário – em especial os valores “segurança” e “autenticidade” –, de um lado, e, do outro, os meios utilizados para alcançar tais fins – as sanções de inexistência e nulidade do testamento que não atenda às formas ou às solenidades prescritas em lei. Não há como deixarmos de lado o fato de o sucedido já estar morto quando aplicadas as sanções de inexistência ou de nulidade significa que em nenhuma hipótese a sua última vontade será eficaz. A situação se torna ainda mais grave quando consideramos o excessivo número de solenidades que devem ser estritamente observadas, havendo o risco de uma mínima inobservância ensejar a incidência da norma invalidante.

O cenário acima descrito também é potencializado por inexistir, no direito sucessório codificado, um mecanismo que dê ao juiz uma margem de discricionariedade em relação aos defeitos formais do testamento. Veremos na seção seguinte que os tribunais brasileiros vêm aplicando o princípio da *favor testamenti*²⁴⁸ para, o quanto possível, conservar tais negócios jurídicos; todavia, como analisaremos, a construção nacional do entendimento jurisprudencial sobre a matéria ainda não alcançou níveis ideais, pois ainda é excessivamente formalista. Acreditamos que, se houver outro modo de se demonstrar suficientemente a autenticidade do negócio que contém uma manifestação de última vontade, não há razão para que sua validade e sua eficácia sejam negadas; entretanto, essa não é a solução codificada. Enxergamos nesse fator um prejuízo muito grave e irreparável ao interesse do testador no fenômeno hereditário. Havendo essa desproporção entre meios e fins, concluímos que o Código Civil de 2002 tende a tratar o

248 A *favor testamenti* é uma aplicação, no Direito das Sucessões, do princípio da conservação dos negócios jurídicos. De acordo com Max Kaser (1999, p.384), por força da *favor testamenti*, devem ser favorecidos mais os testamentos do que os negócios *inter vivos*.

formalismo testamentário como um fim em si mesmo, o que claramente não é compatível com a Constituição Federal.

4.3.1.3 Desincentivo à faculdade de testar

Por fim, um terceiro problema do formalismo testamentário é o seu impacto negativo em relação à cultura de se fazer disposição *post mortem* no Brasil. A liberdade de testar é um direito de modo geral muito pouco exercido pelos brasileiros. Alguns autores, como Silvio Venosa (2011, p.179), atribuem esse fenômeno à “excelência da sucessão legítima”, algo com que não concordamos e sobre o que trataremos no capítulo 5. Outros autores, como Giselda Hironaka (2014, p.22; p.332), atribuem a fatores culturais, como o testamento ser um tabu e algumas pessoas acreditarem que ele pode até mesmo atrair o azar²⁴⁹. Reconhecemos que o tema requer obviamente uma pesquisa específica. Contudo, assim como Paulo Lôbo (2014, p.189), identificamos no excesso de solenidades um fator que encarece e dificulta o ato de testar, sendo assim um dos fatores pelos quais a população em geral não tem esse hábito.

Tornando o exercício da faculdade de testar mais difícil e trabalhosa, o ordenamento jurídico acaba por desincentivar esse comportamento. Conforme já vimos em Bobbio (2007, p.16), na contramão do ordenamento promocional, a legislação repressiva utiliza como sua técnica típica o desencorajamento. Comportamentos desencorajados são aqueles considerados socialmente indesejáveis ou nocivos. Também com Bobbio (2007, p.19) vimos que a função do desencorajamento é a conservação social, a manter as coisas como estão. Observamos aqui uma inconsistência entre o que o Código Civil faz e o que ele deveria fazer. Testar é um direito fundamental, cuja eficácia deve ser promovida, conforme o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, sobre os quais discorreremos na seção 3.1.2.2. Ademais, como vimos na seção 3.1.1.2, o direito de herança confere ao seu titular um direito ao não embaraço de atuação por parte do

249 John Astrachan (1979) busca na psicologia uma explicação para as pessoas serem relutantes quanto ao testamento: “To make a will, one must come to grips with the idea that dying and death are real possibilities. This produces anxiety, and most individuals will defend themselves on a level commensurate with their anxiety”. Em tradução livre, “Para testar, a pessoa deve enfrentar a ideia de que morrer é uma possibilidade. Isso produz ansiedade, e a maioria dos indivíduos vai adotar uma postura defensiva proporcional a essa ansiedade”.

Estado. Conseqüentemente, entendemos como um contrassenso, além de inconstitucional, dificultar desarrozoadamente o exercício de uma liberdade fundamental.

Se já consideramos desde já o papel desencorajador das formalidades testamentárias para o exercício da liberdade de testar, a questão se torna ainda mais grave quando levamos em consideração as repercussões classistas do exacerbado formalismo do direito sucessório codificado. Anton Menger (1898, p.421-423) denunciava que as disposições formais do direito hereditário atendem às necessidades apenas das altas classes sociais, na medida em que as solenidades complicadas e custosas por si só convertem o testamento em um privilégio dos ricos, sem guardar qualquer relação com os interesses das classes mais pobres. De fato, com exceção da forma particular (que por sua vez tem menos garantias de efetivo cumprimento em face dos riscos de faltarem as testemunhas), os custos atuais de se fazer testamento são altos. A título ilustrativo, para o ano de 2019, em São Paulo, um testamento público ou cerrado com conteúdo patrimonial custava R\$ 1.699,70²⁵⁰; no Rio de Janeiro, R\$ 653,31²⁵¹; em Pernambuco, R\$ 652,99²⁵²; na Bahia, R\$ 600,00²⁵³; em Minas Gerais, R\$ 406,93 pela aprovação do testamento cerrado (se escrito a rogo do testador pelo tabelião, sai por R\$ 542,70) e um valor flutuante pelo testamento público, considerando o acervo hereditário (podendo custar de R\$ 136,87 até R\$ 6.658,46)²⁵⁴.

Conclusivamente, identificamos três problemas relativos às formalidades testamentárias exigidas pelo Código Civil de 2002. De um lado, a falta de conexão das formas testamentárias, tanto ordinárias quanto especiais, com os avanços tecnológicos e com o atual dinamismo da vida em sociedade. De outro lado, o excessivo rigor com que a legislação trata os defeitos formais. Por fim, o indevido papel desempenhado pelo exacerbado formalismo para afastar o brasileiro do ato de testar. Acreditamos, como Arnaldo Rizzardo (2011, p.218), que “não se justifica a complexidade de regras e fórmulas sacramentais exigidas para dar em testamento, que foram mantidas pelo

250 Dados disponíveis em http://www.cnbsp.org.br/___Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/Tabela_Custas/cnb_tabela_versao_impressao_2019_2_capital.pdf. Acesso em 05 de julho de 2019.

251 Dados disponíveis em <http://www.sextooficiorj.com.br/tabela-de-custas>. Acesso em 05 de julho de 2019

252 Dados disponíveis em <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/127135/Tabela+de+Custas+e+Emolumentos+2018.pdf/be6834af-62d8-fac9-82f0-6e38308c7987>. Acesso em 05 de julho de 2019.

253 Dados disponíveis em http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2019/03/Tabela-de-Custas-2019_07_03_Final_Imp_28032019.pdf. Acesso em 05 de julho de 2019.

254 Dados disponíveis em <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/custas-emolumentos/tabela-de-emolumentos-2019.htm>. Acesso em 05 de julho de 2019.

vigente Código”. Nas seções seguintes, debateremos novas perspectivas para os mencionados problemas.

4.3.2 A superação do excessivo rigor quanto às solenidades testamentárias: a *substantial compliance* e o *dispensing power*; a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Nos países de *common law*, dois distintos mecanismos foram desenvolvidos para combater o excessivo rigor formal da sucessão testamentária: a *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça vem cada vez mais solidificando um entendimento jurisprudencial que se aproxima bastante do primeiro mecanismo. Entretanto, entendemos que o *dispensing power* seria uma solução melhor, *de lege ferenda*, para o ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1975, John Langbein publicou *Substantial Compliance with the Wills Act*, um artigo revolucionário para o direito sucessório norte-americano. Langbein criticou o severo e implacável formalismo da sucessão testamentária, segundo o qual mesmo o menor defeito formal enseja a nulidade do testamento, independentemente do quanto se demonstre que o vício não tenha gerado maiores prejuízos. A opinião do mencionado jurista era no sentido de que insistir em tal formalismo seria desnecessário e equivocado²⁵⁵. Dessa forma, Langbein (1975, p.489) desenvolveu sua tese da *substantial compliance*, segundo a qual encontrar um vício formal no testamento não deveria levar automaticamente à invalidade do ato, mas a uma subsequente dupla análise: por um lado, se aquele documento consubstancia uma vontade testamentária²⁵⁶; e, por outro lado, se as suas solenidades se aproximam suficientemente daquelas exigidas em lei, de forma a permitir que o magistrado conclua que elas atendem aos propósitos da legislação²⁵⁷.

255 Comentando o artigo de Langbein, John T. Gaubatz (1977, p.499) argumentou que o excessivo formalismo do direito sucessório ilustra uma dificuldade desse ramo do Direito, qual seja, a falta de mecanismos suficientemente flexíveis para moldar as normas sucessórias às peculiaridades dos casos concretos. Trataremos no próximo capítulo dessa dificuldade em relação às características pessoais dos sucessores; e isso também é aplicável à natureza dos bens que estão sendo transmitidos.

256 Vontade testamentária é a intenção de que o documento seja um testamento, ou seja, que ali esteja contida a última vontade do sujeito, aquela que ele espera que tenha efeitos para além de sua morte. Assim como James Lindgren (1992, p.1016), podemos utilizar também a expressão *animus testandi*.

257 Tratando do *Wills Act* dos Estados Unidos, J. G. Miller (1987, p.565) aduz que 4 são os propósitos das formalidades testamentárias: servir de evidência de que o ato se trata de uma vontade testamentária; chamar atenção para o

Como vimos, por força da *substantial compliance*, um testamento defeituoso poderá ser cumprido desde que se demonstrem a existência de vontade testamentária e o respeito substancial às formalidades que suficientemente garantam certeza e segurança ao ato de testar. Langbein (1975, p.513) reconhece que a *substantial compliance doctrine* não maximiza, não minimiza nem abole as formalidades testamentárias ou sua importância; o que tal doutrina faz é prestar atenção à função das solenidades, qual seja, assegurar que o patrimônio sucessório será distribuído conforme a vontade do testador.

No Brasil, encontramos no Superior Tribunal de Justiça uma tendência de se permitir a flexibilização do formalismo testamentário, de forma a preservar a vontade do testador²⁵⁸. Assim, diversos julgados admitem que o magistrado analise os vícios, podendo superar aqueles de menor gravidade. A Ministra Nancy Andrighi, em trecho Acórdão do Recurso Especial 1583314/MG, consigna o entendimento do STJ:

(...) 3- A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que, para preservar a vontade do testador, são admissíveis determinadas flexibilizações nas formalidades legais exigidas para a validade do testamento particular, a depender da gravidade do vício de que padece o ato de disposição. Precedentes. 4- São suscetíveis de superação os vícios de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e que se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento particular, ao passo que vícios de maior gravidade, que podem ser chamados de formais-materiais porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretam a invalidade do testamento lavrado sem a observância das formalidades que servem para conferir exatidão à vontade do testador. (...) (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1583314/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 21/08/2018.)

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça considerou supríveis a leitura do testamento particular para apenas 2 das 3 testemunhas²⁵⁹, a leitura do testamento público para o

significado e importância do ato; proteger o testador contra ação de terceiros; e facilitar (bem como tornar mais eficiente e menos caro) o processo de transferência *post mortem* de bens, o que seria alcançado por força da padronização dos testamentos.

258 REsp 1583314/MG; REsp 1639021/SP; REsp 1618754/MG; REsp 1677931/MG; AgInt no REsp 1521371/MG; AgRg no AREsp 773835/SP; REsp 1432291/SP; AgRg no REsp 1401087/MT; REsp 1419726/SC; AgRg no REsp 1073860/PR; REsp 753261/SP; REsp 1001674/SC; REsp 600746/PR; REsp 701917/SP; AgRg no Ag 570748/SC; REsp 828616/MG; REsp 302767/PR.

259 Código Civil de 2002, Art. 1.876. *Omissis*. § 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.

cego apenas 1 vez²⁶⁰, bem como a assinatura do ato por testemunhas instrumentárias, funcionárias do cartório, que não presenciaram a lavratura do testamento²⁶¹. Por outro lado, o STJ tem se recusado a desconsiderar os vícios de maior gravidade. Desse modo, a Corte rejeitou a validade de um testamento particular sem testemunhas fora das hipóteses excepcionais autorizadas da forma hológrafa simplificada²⁶², bem como de um testamento apócrifo, isto é, sem a assinatura do testador²⁶³. Assim, concluímos que, apesar de não se utilizar a expressão em qualquer decisão, a jurisprudência da nossa Corte Superior parece adotar uma versão brasileira da *substantial compliance doctrine* em relação à observância estrita das solenidades previstas em lei.

Acreditamos ser positiva a tentativa do Superior Tribunal de Justiça de superar o absoluto formalismo testamentário tradicionalmente defendido pela doutrina civilista, conforme discorreremos na seção anterior. Entretanto, um dos problemas da nossa construção jurisprudencial é a falta de parâmetros mais ou menos claros que nos permitam definir o maior ou menor grau de gravidade dos vícios analisados. Sem uma mínima definição desses parâmetros, não estaremos falando de discricionariedade judicial, mas de puro arbítrio. Por exemplo, ficando com um dos exemplos acima, seria totalmente razoável entender que apenas uma leitura do testamento público para o cego é um defeito gravíssimo, na medida em que relacionado com uma vulnerabilidade do testador. A exigência de duas leituras visa a assegurar que o tabelião de fato consignou na cédula tudo aquilo quanto declarado pelo disponente; afinal, na medida em que este não pode enxergar, seu modo de conferir a idoneidade da cédula é pela repetição das palavras registradas nas notas do oficial público. Entretanto, o STJ considerou a inobservância formal em questão um vício menor.

Além do problema acima mencionado, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem ido na contramão do mais moderno avanço legislativo em matéria sucessória. Para lidar com o exacerbado formalismo testamentário, as jurisdições vêm tendendo a adotar não a *substantial compliance*, mas um mecanismo alternativo: o *dispensing power*. Trata-se de um poder conferido pela lei ao magistrado, permitindo que, para determinar o cumprimento de um testamento, ele

260 Código Civil de 2002, Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

261 REsp 1419726/SC.

262 REsp 1639021/SP e REsp 1432291/SP.

263 REsp 1444867/DF.

dispense a análise quanto à observância das formalidades testamentárias pelo disponente, desde que fique suficientemente provado que o documento contém uma manifestação de última vontade.

Como vimos, com a *substantial compliance doctrine*, o juiz desconsiderará a não observância às formalidades legais se ela for mínima. Por outro lado, com o *dispensing power*, o magistrado poderá mandar cumprir-se o testamento independentemente do grau de atendimento aos requisitos formais, desde que se demonstre que o sujeito pretendia que o documento fosse o seu testamento, mesmo que não tenha o revestido das solenidades testamentárias. Consequentemente, mesmo vícios considerados altamente graves podem ser desconsiderados, se por outros meios for provado que se trata de uma manifestação de última vontade.

Podemos encontrar alguns exemplos legislativos positivando o *dispensing power*. A título ilustrativo, a seção 12(2) do *Wills Act* de South Australia²⁶⁴ determina que um documento será admitido como testamento, ainda que seu autor não tenha atendido às formalidades legais, se a Corte estiver satisfeita que ali estão expressas intenções testamentárias e que o sujeito pretendia que aquele documento fosse o seu testamento. Semelhantemente, a seção 18 do *Succession Act* do estado australiano de Queensland²⁶⁵ permite que, para determinar o cumprimento de um testamento, o magistrado dispense a observância estrita às formalidades legais, desde que esteja satisfeito de que o disponente pretendia que aquele documento fosse a sua manifestação de última vontade. Como veremos na seção seguinte, a experiência australiana tem contribuído para a informalização do ato de testar. No mesmo sentido, a seção 23 do *Wills Act* da província canadense de Manitoba²⁶⁶ admite que, demonstradas as intenções testamentárias do morto, o documento poderá ser reconhecido como testamento ainda que nenhum dos requisitos formais tenha sido respeitado. Nos Estados Unidos, a seção 2-503 do *Uniform Probate Code*²⁶⁷ confere o *dispensing power* ao juízo de Sucessões que se convença, por clara e suficiente evidência, que o documento constitui o testamento do falecido.

264 Disponível em <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/WILLS%20ACT%201936/CURRENT/1936.2302.AUTH.PDF>. Acesso em 06 de julho de 2019.

265 Disponível em http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/qld/consol_act/sa1981138/s18.html. Acesso em 06 de julho de 2019.

266 Disponível em <https://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/w150e.php>. Acesso em 06 de julho de 2019.

267 Disponível em <http://njwills.blogspot.com/2015/03/section-2-503-harmless-error-uniform.html>. Acesso em 06 de julho de 2019. O *Uniform Probate Code* é uma tentativa de harmonizar as legislações sucessórias entre as diversas jurisdições norte-americanas, sendo atualmente adotado, integralmente ou parcialmente, por 18 Estados norte-americanos.

Segundo Bruce H. Mann (1994, p.1040), o *dispensing power* atua de forma mais direta do que a *substantial compliance*, subordinando o formalismo e suas funções à natureza da vontade do testador. O interessado poderá provar que, mesmo que não tenha atentado às solenidades testamentárias, o autor de um documento teve a intenção de que aquele fosse o seu testamento. O grau de atendimento às solenidades pode até ser relevante, mas somente no que diz respeito a evidenciar a intenção do disponente, não para se medir o quanto se aproxima do cumprimento integral das exigências legais. O próprio John Langbein (1987, p.53), autor da supramencionada tese da *substantial compliance*, reconheceu que o *dispensing power* é um mecanismo mais adequado, na medida em que a *substantial compliance* acaba deixando de lado o aspecto principal da matéria, que é justamente a análise de se houve ou não intenção testamentária.

Pelas razões acima, acreditamos que conceder o *dispensing power* ao magistrado é uma solução melhor do que a *substantial compliance doctrine*. O elemento decisivo para decidirmos em favor do *dispensing power* é a mudança de foco, da forma à substância. Quando pensamos em flexibilizar as solenidades testamentárias, o objetivo é assegurar o cumprimento à manifestação de última vontade. Apesar dos méritos pioneiros de rejeitar o formalismo absoluto, a *substantial compliance* de fato padece de uma forma amenizada do mesmo problema que ela busca combater: o seu tratamento da matéria ainda vê a forma como um fim em si, o avanço apenas se resume a não mais se admitir que uma inobservância mínima enseje o descarte de tudo aquilo que atendeu às exigências legais. Por outro lado, o *dispensing power* adequadamente não trata a forma como um fim, mas como um meio de garantir a certeza, a segurança e a autenticidade da vontade testamentária. Havendo outros modos de se alcançar a mesma finalidade, sentido não há em invalidar o negócio jurídico por vício formal, por mais grave que este seja. Obviamente, devemos ter em mente que, quanto mais o documento se afastar das exigências legais, maior deverá ser o lastro probatório que demonstre a existência de vontade testamentária no caso concreto. Ainda assim, havendo evidências o bastante de que o indivíduo pretendia que aquela fosse a sua última vontade, por mais grave que tenha sido o defeito formal, defendemos que o testamento deverá ser validado, registrado e cumprido.

Em J.G. Miller (1987, p.575-584) encontramos uma interessante análise sobre as objeções a um *dispensing power*. Em primeiro lugar, pode-se argumentar que seria um desencorajamento ao uso das formalidades prescritas em lei; a isso, Miller aduz que o instinto humano é mais tendente a fazer coisas de forma apropriada, ou seja, no caso, respeitando as solenidades o máximo possível.

Em segundo lugar, pode-se sugerir que a judicialização aumentaria, pois haveria um encorajamento à apresentação em juízo de documentos aos quais, atualmente, seria rejeitada qualquer eficácia. Miller responde que, nas jurisdições em que o *dispensing power* foi adotado, não houve significativo aumento da judicialização e, mesmo que houvesse, ele seria compensado pela diminuição na complexidade dos procedimentos, uma vez que o magistrado teria mais liberdade para decidir. Em terceiro lugar, pode-se argumentar que haveria mais incerteza e insegurança jurídica em matéria sucessória; Miller responde que o *dispensing power* traz a discussão para o que realmente importa, a vontade do testador, e que a certeza é um objetivo importante do sistema jurídico, mas deve ser balanceado com outros objetivos, entre os quais o respeito à última vontade de um indivíduo. Por fim, pode-se sugerir que haveria um aumento inadequado no processo de inventário; Miller reconhece o problema, mas aduz que esta desvantagem deve ser considerada justificável quando ponderada em relação às vantagens.

Conclusivamente, acreditamos que o Superior Tribunal de Justiça merece elogios por, rejeitando o posicionamento doutrinário tradicional, ter desenvolvido uma jurisprudência de flexibilização do formalismo testamentário. Entretanto, acreditamos que a versão nacional da *substantial compliance doctrine* ainda é insuficiente, na medida em que faltam parâmetros claros para definir a maior ou menor gravidade de uma inobservância às solenidades testamentárias. Atualmente, a matéria está totalmente entregue ao arbítrio judicial, sem quaisquer parâmetros orientadores – o que podemos imputar à falta de legislação pertinente ao tema. Ademais, o foco ainda é na forma em vez de no conteúdo; a análise ainda é referente à gravidade do vício, em vez de na existência ou não de intenção testamentária suficientemente comprovada. Por todas essas razões, entendemos que melhor estaria o ordenamento jurídico nacional se nele fosse introduzido o *dispensing power*, poder conferido ao magistrado de dispensar a análise formal do testamento, independentemente do grau de observância das formalidades legais, desde que haja evidências que suficientemente demonstrem que o documento consubstancia uma manifestação de última vontade.

4.3.3 Superando a taxatividade das formas previstas no Código Civil: o testamento em áudio ou vídeo; o testamento eletrônico

Segundo Santiago Dantas (1991, p.505), o Direito moderno tende à transição do formalismo pelo antiformalismo, ou seja, inclina-se pela simplificação das condições de forma para a validade dos atos jurídicos. Segundo o mencionado jurista, atualmente qualquer forma pode ser aceita, desde que exprima com clareza a vontade do manifestante; ele excepciona, entretanto, os negócios jurídicos com especial relevo na vida de uma pessoa, que por sua importância exigem um excepcional formalismo, como seria o caso do testamento.

Atualmente, apesar da ressalva de Santiago Dantas, o advento do antiformalismo tem demonstrado alcançar, na medida do possível, até mesmo a sucessão testamentária. Kenneth Reid, Marius de Wall e Reinhard Zimmerman (2011, p.463-465) documentam a tendência das legislações, no sentido de afastamento do formalismo testamentário, principalmente em razão do desejo de dar eficácia à intenção do testador expressada em um documento com natureza testamentária. Os pesquisadores mencionam as históricas reduções de formalidades, a título ilustrativo, na Alemanha, Itália, Hungria, Estados Unidos, Espanha e Holanda; os autores referem até mesmo à redução do número de testemunhas no Código Civil brasileiro de 2002.

Ocorre que, na entrada da terceira década do século XXI, o direito sucessório codificado no Brasil ainda está preso ao modo como se testava nos séculos passados. São estabelecidas três formas ordinárias e três formas especiais de testamentos, todas por escrito (salvo o excepcionalíssimo caso do testamento nuncupativo). Em um mundo digital, a sucessão testamentária permanece em um universo de papel. Até mesmo a inovadora forma hológrafa simplificada, que deveria consagrar a superação do formalismo, requer cédula testamentária escrita de próprio punho.

A exigência de forma escrita, impressa ou feita de próprio punho, para o testamento demonstra que o Código Civil de 2002 continua parado em um contexto pré-digital, que já vem se revelando completamente atrasada desde as últimas décadas do século XX. Nossa codificação ainda se encontra naquilo que Joseph Karl Grant (2008, p.111) chama de “Paradigma Gutenberg”²⁶⁸, em referência ao alemão inventor da imprensa.

268 Nas palavras de Grant (2008, p.114-115), “in stark contrast to the rapid adoption of printed text, substantive areas of the law have been slow to recognize and adopt electronic means of communication. Indeed, legal regimes still pay deference to printed and written communications. (...) A clear paradigm has emerged: printed text is the preferred means of memorializing an ambulatory document such as a will”. Em tradução livre, “em absoluto contraste com a rápida adoção do texto impresso, os ramos materiais do direito têm sido lentos em reconhecer e adotar meios eletrônicos de comunicação. De fato, os regimes jurídicos ainda guardam deferência às comunicações impressas e

Entendemos e concordamos com a relutância do legislador em admitir, em circunstâncias normais, o testamento puramente oral, em razão da completa insegurança envolvida, principalmente porque o conteúdo do testamento deverá ser definido exclusivamente com base em prova testemunhal. Apesar disso, também acreditamos ser inadequado o tratamento normativo dado à matéria, autorizando o testamento nuncupativo somente em favor de militares empenhados em combate. Encontramos em Patricia Critchley (1999, p.56-57) duas críticas aos testamentos privilegiados em favor dos militares que podem ser perfeitamente aplicadas ao direito brasileiro. Em primeiro lugar, o legislador não levou em consideração que outras pessoas, que não militares em campanha, também exercem profissões de risco, como por exemplo bombeiros e policiais. Além disso, se o testamento nuncupativo é justificado pelo risco de morte súbita, razão não há para que ele não seja permitido em favor de outras pessoas, em outras circunstâncias, que são acometidas pelo risco de morte súbita e querem testar antes de morrer.

Acrescentamos às críticas acima o fato de que, no direito brasileiro, é admitido o casamento nuncupativo²⁶⁹. Mesmo o casamento sendo um dos atos jurídicos mais solenes do nosso ordenamento, a lei autoriza a sua celebração com flexibilização formal, com base no risco de vida de um dos nubentes. A dispensa das formalidades típicas é compensada, em termos de assegurar a idoneidade do ato, pela exigência da presença de um elevado número de testemunhas, 6. Como não se exige que um dos contraentes esteja ferido em batalha, qualquer pessoa em iminente risco de vida pode se casar; a lógica deveria ser a mesma para o testamento nuncupativo, mas não é.

Deixando-se de lado as questões de risco de vida, o problema de se depender exclusivamente da prova testemunhal para definir o conteúdo de um testamento feito oralmente simplesmente não existe quando o testador se utilizou de recursos de áudio ou vídeo, atualmente amplamente disponíveis e acessíveis. Com números do primeiro semestre de 2019, o Brasil tem 230 milhões de *smartphones* em uso²⁷⁰, sendo o 5º país em uso diário de celulares em todo o

escritas. (...) Um evidente paradigma surgiu: texto impresso é o meio preferencial para um documento de natureza ambulatorial como o testamento”.

269 Código Civil de 2002, Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

270 Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html>. Acesso em 08 de julho de 2019.

mundo²⁷¹. Assim, é absolutamente plausível que o indivíduo pegue o seu celular, abra o aplicativo do gravador ou da câmera de vídeo, e assim registre a sua manifestação de última vontade. Podemos identificar com facilidade a sua voz e a sua imagem, cujas perícias para verificar autenticidade, se necessárias, são tão desenvolvidas quanto a investigação grafotécnica. Ocorre que, nos termos do atual ordenamento jurídico brasileiro, tal conduta será considerada um ato juridicamente inexistente, na medida em que o disponente não atendeu a uma das formas taxativamente previstas no Código.

Obviamente, reconhecemos que há potenciais problemas quanto aos testamentos feitos por vídeo. Por exemplo, Karen Sneddon (2011, p.734-735) se mostra preocupada com as confusões quanto ao conteúdo das disposições, decorrentes tanto das divagações do testador, se ele improvisa, quanto de um eventual discurso excessivamente ensaiado. A jurista argumenta que essa modalidade de testamento pode ser convidativa às impugnações por incapacidade do disponente. Por outro lado, James Lindgren (1992, p.1021) afirma que o vídeo oferece melhores evidências para verificar a validade de um testamento, as circunstâncias da sua elaboração, a capacidade do testador, entre outros elementos. Apesar disso, o referido autor admite que testamentos escritos são mais fáceis de arquivar e apresentar em juízo, assim como trazem maior padronização à sua feitura.

Mesmo com as objeções feitas acima, acreditamos que os recursos audiovisuais, cada vez mais democraticamente acessíveis, permitem um acesso facilitado ao ato de testar, inclusive para aquelas pessoas que não sabem ou não podem escrever. Além disso, o áudio e o vídeo podem ser meios de registrar mais fielmente a efetiva vontade do testador, com suas próprias palavras em viva voz, em oposição a um testamento escrito a rogo por terceiro ou lavrado pelo tabelião em seu livro de notas. Reconhecemos que pode haver impugnações quanto às circunstâncias do ato, bem como quanto à capacidade do disponente; também pode haver disputas em relação ao uso de expressões peculiares ou até mesmo de determinado tom de voz. No entanto, tais objeções são superáveis. Qualquer modalidade testamentária, mesmo a pública, é suscetível de alegações de vícios quanto à vontade, à celebração, à capacidade. Ademais, o áudio e o vídeo fornecem elementos qualitativamente e quantitativamente superiores ao papel na busca de se interpretar aquilo que o testador desejava. Por essa razão, acreditamos que o Brasil está perdendo uma oportunidade de ao

271 Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/brasil-foi-5o-pais-em-ranking-de-uso-diario-de-celulares-no-mundo>. Acesso em 08 de julho de 2019.

menos discutir uma abertura da sua sucessão testamentária às (já não tão) novas tecnologias audiovisuais.

Por outro lado, ainda que mantenhamos o apego do regime sucessório codificado à forma escrita, as inovações tecnológicas das últimas décadas tornam incompreensível que os testamentos ainda estejam totalmente presos ao papel, ou seja, à forma impressa (se elaborada por meios mecânicos) ou escrita de próprio punho. Como apontado por Gerry Beyer e Claire Hargrove (2007, p.887), na medida em papel pode ser facilmente destruído, armazenar o testamento em um formato eletrônico parece logicamente ser o próximo passo.

Em 2001, de forma inovadora, o Estado norte-americano de Nevada inseriu em sua legislação²⁷² os testamentos eletrônicos, com os quais toda pessoa maior de 18 anos pode dispor de todo o seu patrimônio mobiliário e imobiliário. Eles devem ser criados e mantidos em meio eletrônico, contendo a data e a assinatura eletrônica do testador. Além disso, essa modalidade testamentária ainda necessita de pelo menos um dos seguintes requisitos: uma característica autenticadora do testador²⁷³; a assinatura ou o selo eletrônico de um notário público; ou as assinaturas eletrônicas de pelo menos duas testemunhas.

A doutrina não é unânime em relação ao testamento eletrônico. A título ilustrativo, Scott Boddery (2012, p.199-201) considera que as jurisdições não devem seguir o exemplo de Nevada, ou seja, não devem adaptar as suas leis sucessórias aos sempre constantes desenvolvimentos tecnológicos e eletrônicos. O mencionado jurista acredita que, apesar dos benefícios da praticidade, os testamentos eletrônicos estão vulneráveis a atividades ilícitas. Por causa disso, Boddery reconhece que qualquer legislação sobre testamento terá de lidar com precauções de segurança e de autenticação, o que acaba sendo inconveniente para o testador. Dessa forma, mesmo em se

272 *Nevada Revised Statutes* 133.085.

273 Nos termos do estatuto de Nevada, “‘authentication characteristic’ means a characteristic of a certain person that is unique to that person and that is capable of measurement and recognition in an electronic record as a biological aspect of or physical act performed by that person. Such a characteristic may consist of a fingerprint, a retinal scan, voice recognition, facial recognition, video recording, a digitized signature or other commercially reasonable authentication using a unique characteristic of the person”. Em tradução livre: ‘característica autenticadora’ significa uma característica de uma certa pessoa que a ela é única e que é capaz de medida e reconhecimento em um meio eletrônico como um aspecto biológico ou um ato físico praticado por aquela pessoa. Tal característica pode consistir de uma impressão digital, um *scan* de retina, reconhecimento de voz, reconhecimento facial, gravação de vídeo, uma assinatura digitalizada ou outra comercialmente razoável autenticação usando uma característica única da pessoa”.

tratando de ato praticado eletronicamente, a regulamentação legal dessa forma testamentária ainda se mantém complexa e técnica²⁷⁴.

De fato, não podemos deixar de lado a preocupação com a segurança e com a autenticidade do testamento eletrônico. Entretanto, também sempre houve a possibilidade de fraude envolvendo testamento em papel. Assim, as mesmas preocupações historicamente serviram de base para o extremo formalismo quanto ao testamento impresso ou manuscrito, algo que criticamos extensamente nas seções anteriores. Em um mundo onde cada vez mais riquezas circulam em função de atividades desenvolvidas eletronicamente, os mecanismos de combate a fraudes vêm sendo progressivamente aperfeiçoados e reforçados. Um desses mecanismos é a assinatura digital.

Com Scott Boddery (2012, p.201-202) aprendemos a distinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital. A primeira consiste em caracteres identificadores eletrônicos utilizados por um sujeito com a intenção de autenticar um documento; assim, por exemplo, simplesmente digitar o próprio nome ao final de um e-mail torna o correio eletrônico assinado eletronicamente. Por outro lado, a segunda envolve um identificador eletrônico que utiliza medidas de segurança da informação, normalmente criptografia, para garantir a integridade e autenticidade da respectiva informação; uma petição protocolada com o certificado digital de um advogado é considerada assinada digitalmente.

Tratando da realidade brasileira, Ana Lúcia Feliciani (2012, p.47-51) entende que as exigências de solenidade e a segurança jurídica quanto ao testamento eletrônico podem ser atendidas com a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil²⁷⁵, uma vez que as assinaturas digitais e manuscritas guardam identidade funcional. Além disso, a autora menciona que há previsão legal de formação de autos digitais, sem papel. Por fim, Feliciani argumenta que “não se deve temer a possibilidade de falsidades documentais, que sempre existiram na história, mas que a ordem jurídica dispõe de instrumentos capazes de solucioná-las”.

Evidentemente reconhecemos que a assinatura digital é muito mais segura do que a eletrônica, ao menos em termos de garantir a autenticidade da manifestação de vontade. No entanto, também devemos ter em mente que os certificados digitais são custosos e envolvem certa

274 Por essas razões, para Boddery, é suficiente que as cortes tenham o *dispensing power* para validar, quando apropriado, documentos elaborados eletronicamente quando houver demonstração suficiente de que o seu autor tinha intenções testamentárias.

275 Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001.

complexidade quanto à instalação e ao uso²⁷⁶. A exigência de um *token* para a elaboração do testamento eletrônico traz segurança à custa da praticidade e da acessibilidade. Acreditamos que pode haver outros meios de garantir que o *de cuius* de fato fora o autor do documento. Boa parte dos atos jurídicos praticados eletronicamente são vinculantes independentemente de envolverem certificados digitais. Em uma era de senhas pessoais e intransferíveis, bem como de rastreamento do IP, já deveria haver uma presunção, ao menos relativa, da autoria de um documento pelo dono ou usuário ativo do equipamento eletrônico, do e-mail, da conta em *websites* ou da rede social.

Por outro lado, Gerry Beyer e Claire Hargrove (2007, p.890-896) apontam 6 obstáculos para uma perfeita implementação do testamento eletrônico: uma barreira técnica (o *software* necessário para a autenticação do ato); uma barreira social (clientes e até mesmo advogados mais velhos podem ser mais relutantes quanto à nova tecnologia); uma barreira econômica (os custos com o *software* e os processos de autenticação podem aumentar); uma barreira motivacional (uma possível ausência de demanda para tais atos); uma barreira quanto à obsolescência (como a tecnologia informacional está em constante e rápida transformação, é possível que um testamento armazenado eletronicamente em tecnologia mais antiga esteja inacessível quando o disponente falecer); e, por fim, uma resistência à mudança (a transição de uma sociedade baseada no papel para um baseada em meio eletrônico nem sempre é fácil, e isso se potencializa em um ramo do direito resistente a transformações como é a sucessão testamentária). Os juristas concluem que, apesar de à primeira vista um documento digital aparentemente ter diversas vantagens sobre o papel, a realidade é que o papel é muito mais vantajoso do que o armazenamento digital (BEYER; HARGROVE, 2007, p.899).

Ocorre que Beyer e Hargrove publicaram a referida opinião mais de uma década atrás, em um contexto totalmente diferente de popularidade das redes sociais, de acesso a servidores de armazenamento “na nuvem”, de penetração dos aparelhos eletrônicos nas diferentes classes sociais e faixas etárias. Além disso, existe pouca resistência à prática de atos jurídicos por meios eletrônicos, tanto substancialmente quanto processualmente (até mesmo com a digitalização dos procedimentos processuais).

276 A título ilustrativo, a seccional de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil teve de disponibilizar um suporte técnico gratuito aos advogados com problemas com seus *tokens* digitais.

O problema de se perder o testamento eletrônico por extravio ou obsolescência do *hard drive* depende muito de como e onde esse documento foi elaborado. Com base no editorial *Developments in the Law*, volume 131 da *Harvard Law Review* (2018, p.1791-1792), podemos distinguir três categorias de testamentos eletrônicos: testamentos eletrônicos *off-line*; testamentos eletrônicos *online*; e testamentos eletrônicos com guardião qualificado. Os primeiros são aqueles digitados em um equipamento eletrônico pelo testador, assinados eletronicamente e armazenados no *hard drive* local; tipicamente não são impressos nem armazenados em algum *website*. Os segundos envolvem incidentalmente²⁷⁷ um terceiro, provedor de armazenamento digital onde será guardado o testamento, em servidores ou “nuvens” como o *Google Drive*, o *iCloud* ou o *Dropbox*; em redes sociais como o *Twitter* e o *Facebook*; ou até mesmo em serviços de mensagens de texto como SMS ou o *Whatsapp*. Essa modalidade envolve as normas de dados pessoais e privacidade, mas também maior segurança quanto a aspectos críticos, como por exemplo em relação a informações sobre a criação e modificações do documento. Por fim, os terceiros são criados e armazenados por um órgão governamental ou entidade privada legalmente reconhecidos como um “guardião qualificado”, sujeito a regulamentação estatal. Esse “guardião qualificado” existiria basicamente com a função de coletar e armazenar as evidências de intenção testamentária.

O mencionado editorial defende que os principais problemas associados ao testamento eletrônico *off-line* são a fraude e a obsolescência. Em primeiro lugar, na medida em que é muito fácil fazer alterações em documentos no computador ou no celular, não é uma tarefa simples determinar qual a versão “verdadeira”, definitiva do testamento ali elaborado; ademais, também é difícil determinar se de fato foi o *de cuius* o autor do documento. A análise de metadados do documento eletrônico pode determinar, por exemplo, quando o arquivo foi criado ou modificado pela última vez; entretanto, é insuficiente para demonstrar a ausência de coação ou a autoria por parte do disponente. Ademais, como a única cópia deste testamento está no *hard drive* de um equipamento eletrônico, o dispositivo pode ser descartado sem o devido *backup* ou então danificado, com a perda irreparável do arquivo contendo a manifestação de última vontade.

Por outro lado, os testamentos eletrônicos *online* podem oferecer metadados ainda mais confiáveis do que os *off-line*. As companhias podem fornecer dados quanto à data de criação dos

277 De acordo com o editorial da *Harvard Law Review*, o envolvimento do terceiro é incidental, pois o testador se utiliza dos seus serviços pois já tem uma conta com o provedor ou servidor, e não porque esse terceiro se ofereceu especificamente para armazenar testamentos eletrônicos.

arquivos, alterações e até mesmo quantas vezes eles foram visualizados e modificados. Uma vantagem adicional é o potencial armazenamento *ad aeternum* do documento, que pode em tese ser acessado a qualquer tempo e a qualquer lugar pelos interessados. Apesar disso, eles estão suscetíveis às políticas dos provedores de serviço de armazenamento ou das redes sociais²⁷⁸. O editorial da *Harvard Law Review* exemplifica: e se o *Dropbox* deletar o testamento em razão de um longo tempo de inatividade do arquivo? E se o *Facebook* rejeitar o acesso dos interessados ao documento de um falecido, em razão de sua política de privacidade?

Por outro lado, o “guardião qualificado”, sendo responsável por acompanhar a elaboração do testamento eletrônico, bem como por seu armazenamento, tem o potencial de afastar os problemas acima referidos. Por essa razão, entendemos o otimismo com que a *Harvard Law Review* analisa essa modalidade. No Brasil, visualizamos que esta poderia ser uma função do já mencionado Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Entretanto, acreditamos que há um grande potencial para que seja uma forma de testar burocrática, solene e cara; a diferença para as formas “tradicionais” será apenas a modernização do meio em que o testamento será elaborado e guardado.

Por tudo quanto expusemos, sustentamos que o testamento eletrônico é um possível meio de democratizar e popularizar o acesso ao ato de testar. Apesar disso, reconhecemos que há problemas envolvendo a garantia de autenticidade e o armazenamento (tanto em um *hard drive* quanto na “nuvem”). Por duas razões entendemos que essas questões podem ser superadas.

Em primeiro lugar, existe uma tendência global de desenvolvimento de mecanismos de combate às fraudes nas transações jurídico-econômicas realizadas digitalmente; é um contrassenso lógico defender que apenas o Direito das Sucessões não pode se adaptar a esta realidade. Além disso, até mesmo no juízo criminal, com toda a carga probatória de que a acusação deve dar conta, é possível demonstrar a autoria dos crimes praticados virtualmente; por que isso não seria possível no juízo sucessório?

Em segundo lugar, conforme amplamente discutimos na seção 4.3.2, devemos caminhar para a superação da tradicional visão que enxergava a forma como um fim em si mesma, como o único meio de se garantir a certeza e a segurança do ato de testar; as solenidades existem em função da idoneidade da manifestação de última vontade, mas a garantia desta não se resume àquelas.

278 No Brasil, a questão passa ainda por uma análise à luz do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014.

Desse modo, havendo como suficientemente demonstrar que a declaração eletrônica de um indivíduo foi feita com a intenção de consubstanciar uma vontade testamentária, a ela deve ser reconhecida a natureza jurídica de testamento (eletrônico).

Como mencionamos na seção anterior, o *dispensing power* tem permitido que as cortes determinem o cumprimento de testamentos informais, ou seja, aqueles que não atenderam aos requisitos formais impostos na legislação. Conforme relatado por Ben McEniery (2014, p.06-07), isso tem gerado efeitos práticos consideráveis em relação a novas tecnologias, tanto audiovisuais quanto eletrônicas. Assim, a título ilustrativo, na Austrália já se reconheceram como testamentos válidos um documento digitado no bloco de notas de um iPhone²⁷⁹, um documento em Microsoft Word²⁸⁰, bem como uma gravação audiovisual em DVD²⁸¹. Recentemente, até mesmo uma mensagem de texto não enviada foi admitida pelo juízo sucessório²⁸², pois se entendeu que nela havia clara vontade testamentária. Se adotarmos semelhante mecanismo jurídico no Brasil, poderemos abrir o nosso Direito das Sucessões aos avanços tecnológicos, com potencial de melhor garantir a eficácia do direito fundamental à liberdade de testar.

Conclusivamente, acreditamos que a taxatividade das formas testamentárias previstas no Código Civil de 2002, necessariamente impressas ou manuscritas, demonstram que nosso fenômeno sucessório continua estacionário no “Paradigma Gutemberg”. Caminhando ao primeiro quarto do século XXI, ainda testamos como nos séculos passados, o que se revela totalmente anacrônico em uma era da revolução tecnológica. Reconhecemos que controvérsias há quanto a potenciais problemas dos testamentos em áudio, em vídeo ou em meios eletrônicos; contudo, entendemos ser inadequada a crença de que o papel é o único instrumento seguro para veicular uma vontade testamentária. A inércia do legislador quanto à modernização das formas testamentárias vem sendo um obstáculo à popularização e democratização do acesso à liberdade de testar, contribuindo para uma proteção deficiente a este direito fundamental.

279 *Re Yu* [2013] QSC 322.

280 *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor* [2012] NSWSC 594.

281 *Mellino v Wnuk & Ors* [2013] QSC 336.

282 *Nichol v Nichol* [2017] QSC 220.

5 PROPOSTAS DE RELEITURA CRÍTICA DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No presente capítulo, demonstraremos que a ordem de vocação hereditária codificada atualmente no Brasil não é compatível com a Constituição Federal, notadamente por duas razões. Em primeiro lugar, as normas de sucessão *ab intestato* são altamente conservadoras em matéria familiar, tendo sido estruturadas com base exclusivamente em um específico modelo de família. Por essas razões, tais normas deixam a desejar no atendimento adequado às várias modalidades de entidades familiares, inclusive relegando muitas delas a uma posição de invisibilidade. Em segundo lugar, excessivamente rígida e fechada a considerações concretas de necessidade e conduta do sucessor, a sucessão intestada constante do Código Civil de 2002 frustra as exigências constitucionais de atendimento à isonomia material, para além da isonomia formal. Consequentemente, concluiremos que a atuação legislativa foi insuficiente até mesmo para atender satisfatoriamente às duas tradicionais justificativas para o delineamento da sucessão *ab intestato*: a teoria da vontade presumida do *de cuius* e a teoria dos deveres do *de cuius* para com pessoas próximas a ele.

Identificaremos ainda que comumente há duas tentativas de sanar as deficiências da sucessão intestada: em primeiro lugar, reformas legislativas que busquem melhor adaptar as abstratas normas sucessórias às mudanças sociais; e, em segundo lugar, a crença de que o exercício da liberdade testamentária seria o único remédio adequado para atender às especificidades de cada sucessão concreta. Contudo, verificaremos que ambas as soluções permanecem insuficientes para adequar a ordem legal de vocação hereditária aos mandamentos constitucionais.

Notaremos que há uma forte resistência ao exercício de discricionariedade judicial em matéria sucessória, especificamente por conta do inevitável aumento de custos (inclusive em questão de tempo) e da imprevisibilidade dos resultados da análise judicial. Por fim, verificaremos como o estabelecimento de critérios orientadores da discricionariedade do juízo sucessório pode contribuir para uma melhor realização da justiça material em questões hereditárias. Esperamos, assim, construir um Direito das Sucessões de natureza emancipatória, que tenha maior potencial de promover os fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal de 1988.

5.1 A ARTIFICIALIDADE DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Em primeiro lugar na nossa crítica à estrutura atual da sucessão *ab intestato*, devemos desmitificar a noção de que a ordem de vocação hereditária codificada é um dado, um mero reflexo do que as coisas devem naturalmente ser. Trata-se de resultado de uma série de opções legislativas, notadamente no que diz respeito a quem vai ser chamado a recolher o patrimônio hereditário e em que proporção. Conseqüentemente, em decorrência da força normativa da Constituição, essas escolhas devem ser feitas pelo legislador em conformidade com as normas constitucionais.

Conforme acentuado por Lawrence Friedman (1966, 351-352), várias são as possibilidades de se destinar a propriedade após a morte do seu titular: destruição dos bens ou seu enterro com o dono²⁸³; conversão do bem em *res nullius*, permitindo a sua aquisição pelo primeiro que o ocupasse ou talvez pelo mais forte que o desejasse; confisco da propriedade pelo Estado. Friedman ressalva, porém, que, na medida em que essas soluções são desvantajosas para o modelo econômico atual, de modo geral os sistemas jurídicos ocidentais têm optado pelo sistema de sucessão (transmissão da propriedade para outrem), conciliando a liberdade de testar e a herança em benefício de certas pessoas determinadas por um esquema legal fixo.

Para Ronald J. Scalise Jr. (2006, p.172-173), as normas de sucessão intestada incorporam os julgamentos coletivos de uma sociedade em relação a como a propriedade de alguém deve ser distribuída postumamente. De acordo com o referido autor, esse julgamento social é um produto de, entre outras coisas, influências culturais e a disponibilidade de recursos econômicos.

Se tomarmos como exemplo o processo pelo qual se estruturou a vocação hereditária no direito francês, compreenderemos o quanto a definição das normas de sucessão *ab intestato* é um momento em que o legislador faz escolhas valorativas, políticas e potencialmente excludentes. De acordo com Marcel Planiol e Georges Ripert (1933, p.10-12), a estrutura sucessória na França pré-Revolucionária era complexa, com a presença de instituições de direito feudal (em especial o *droit d'aînesse*, consagrador da primogenitura e masculinidade), de direito costumeiro e de direito escrito. Cada um desses modelos preponderava nas diferentes regiões francesas. Assim, os

283 John Gilissen (2003, p.44; p.677) descreve certas antigas práticas: “com a morte do chefe do clã, o que lhe pertence é muitas vezes enterrado ou incinerado com ele, em virtude da lei da participação”; “assimilação dos bens ao corpo de quem os possuía em vida – *mobilis ossibus personae inhaerent*”.

redatores do *Code Napoléon* tiveram trabalho para encontrar uma solução conciliatória que assegurasse estabilidade. Houve uma tentativa fracassada de desenvolvimento de um modelo híbrido que contivesse o direito escrito e o consuetudinário. Os legisladores franceses optaram, dessa forma, pelo Direito Romano como modelo dominante da transmissão hereditária. O *Code* jamais aspirou à originalidade em matéria sucessória: sua concepção de sucessão intestada é elaborada com base na Novela 118 de Justiniano.

Em John Gilissen (2003, p.675), aprendemos que as Novelas de Justiniano reformaram o direito sucessório, estruturando a ordem de vocação hereditária em quatro classes: “descendentes (admitida a representação), ascendentes e colaterais privilegiados (irmãos germanos); irmãos unilaterais; outros colaterais”. As normas romanas previam ainda o recebimento de herança pelo cônjuge na falta de colaterais, bem como o direito do fisco sobre os bens eventualmente vacantes. As Novelas estabeleciam ainda, o princípio de que a classe de herdeiros mais próxima afasta a mais remota, bem como que dentro de cada classe o grau mais próximo afasta o mais remoto.

Entendemos que os comentários feitos por Natalino Irti (2007, p.44) sobre a economia de mercado se aplicam integralmente ao Direito das Sucessões. A ordem de vocação hereditária não é um *locus naturalis*, e sim um *locus artificialis*. Rejeitamos a ideia de um *naturalismo sucessório*, no sentido de se considerar que a lei simplesmente reproduz uma ordem superior e externa ao Direito (uma suposta ordem natural das coisas) ao definir quem é sucessor e o quanto cada sucessor receberá. Na verdade, a artificialidade da estrutura de chamamento à sucessão deriva de escolhas do legislador, que por sua vez são orientadas por decisões políticas. Do mesmo modo, na medida em que essas decisões políticas são mutáveis, há várias possibilidades de se estruturar a sucessão *ab intestato*; conseqüentemente, como os modelos de vocação hereditária são marcados pela historicidade, nenhum deles pode se dizer absoluto e definitivo.

Na medida em que a ordem de vocação hereditária é uma construção legislativa, o legislador está vinculado a estruturá-la em conformidade com as normas constitucionais. Sucessão *ab intestato* que não atenda aos fundamentos e funções que lhe são impostos pela Constituição Federal é sucessão intestada inconstitucional. Há inconstitucionalidade quando o legislador deixa de chamar uma pessoa que, à luz da Constituição Federal, deveria ser reconhecida como sucessor. Semelhantemente, há inconstitucionalidade quando ao sucessor vocacionado não é atribuído o quinhão adequado (por desrespeito, por exemplo, ao tratamento isonômico).

Na seção seguinte, identificaremos os critérios tradicionalmente orientadores das escolhas legislativas no momento de se estruturar a sucessão *ab intestato*.

5.1.1 Critérios orientadores das escolhas legislativas na estruturação da ordem de vocação hereditária

Na seção anterior, defendemos que a ordem de vocação hereditária não é um dado, é uma construção legislativa, fruto de decisões políticas. Uma das primeiras decisões tomadas pelo legislador consiste justamente na seleção de quais critérios serão atendidos na definição de quem é herdeiro e do quanto cada um receberá. Conforme temos defendido, tais critérios devem estar em conformidade com as normas constitucionais. Por essa razão, se o Código Civil de 2002 tivesse orientado o chamamento à sucessão com base na varonia (privilégio aos homens) ou na primogenitura (privilégio aos filhos mais velhos), a ordem de vocação hereditária contrariaria os mandamentos constitucionais (notadamente o de isonomia) e, portanto, seria inconstitucional.

A codificação civil brasileira se pautou notadamente em duas teorias para ordenar o chamamento à sucessão: a vontade presumida do *de cuius*, de um lado; e os deveres do falecido para com pessoas próximas a ele. Verificaremos o significado desses critérios e analisaremos a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Ronald J. Scalise Jr. (2006, p.172) identifica duas teorias que motivam e fundamentam as regras de sucessão intestada: a teoria do testamento presumido (*presumed will theory*) e a teoria dos deveres do *de cuius* (*duty theory*). A *presumed will theory* vê em uma vontade presumida do falecido (ou seja, em suas preferências, sua intenção, seu afeto) o direcionamento que a ordem legal de vocação hereditária deve seguir. Já a *duty theory* se preocupa não com aquilo que o morto iria querer, e sim com aquelas pessoas para quem o *de cuius*, aos olhos da sociedade, guarda certos deveres (como, por exemplo, o de sustento). Ainda de acordo com Scalise Jr. (2006, p.176), na medida em que os resultados de ambas as teorias historicamente são muito semelhantes, ao menos nas situações mais comuns, não há muito debate sobre qual delas deve prevalecer.

No mesmo sentido, Susan N. Gary (2000, p.07-09) classifica em duas categorias os diversos objetivos normalmente identificados pela doutrina em relação à estruturação legislativa da sucessão

ab intestato. Em primeiro lugar, o respeito aos interesses do sucedido; assim, o fundamento comumente suscitado é a vontade presumida do *de cuius*. Na medida em que, conforme a referida autora, é impossível desenvolver um esquema sucessório que atenda perfeitamente a todas as pessoas, o objetivo da lei é corresponder às necessidades e desejos da maioria possível de sucedidos. Por outro lado, em segundo lugar, a ordem legal de vocação hereditária deve também prestar atenção a interesses sociais. De acordo com Susan N. Gary, quando se mencionam esses interesses sociais, principalmente se faz referência a questões de suporte e dependência econômica dos sucessores, em especial membros da família do morto; mas aqui também se encaixam outros objetivos da lei, como por exemplo a manutenção do regime de propriedade privada, o incentivo à acumulação de patrimônio, evitar a excessiva repartição da propriedade e facilitar a divisão no juízo do inventário.

Semelhantemente, Irene D. Johnson (2009, p.310-316) reconhece que há diversas justificativas para as normas de sucessão intestada, focando particularmente em três. Em primeiro lugar, a teoria da vontade do falecido, ou seja, a vocação hereditária legal deve refletir aquilo que o morto teria determinado se tivesse deixado testamento. Em segundo lugar, a ideia de que as normas de sucessão *ab intestato* devem se conformar aos interesses sociais, que não dependem da vontade do *de cuius*, mas de fatores externos; entre esses fatores, o suporte àquelas pessoas que dependiam do morto para seu sustento. Em terceiro lugar, a sucessão intestada deve promover a partilha da herança com a maior facilidade possível.

A postura da doutrina dos países europeus de tradição jurídica romano-germânica influenciou significativamente o tratamento dogmático da sucessão *ab intestato* pelos doutrinadores brasileiros. Para justificar e fundamentar as opções legislativas em matéria sucessória, essa doutrina normalmente recorre (com pouco rigor técnico em questões de sistematização) aos argumentos acima mencionados.

Podemos aqui ilustrar a postura da doutrina europeia. Por exemplo, o francês Charles Demolombe (1875, p.98) encontrava as raízes da ordem de vocação hereditária na afeição presumida do morto, bem como na ideia de espírito familiar²⁸⁴. O português Luiz da Cunha Gonçalves (1955, p.377) também compreendia que o legislador embasava a ordem da sucessão legítima na vontade presumida do falecido, de acordo com a intensidade de suas afeições, bem

284 Ideia muito semelhante é defendida no Brasil por José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.200).

como a proteção à família. Por outro lado, o italiano Roberto de Ruggiero (1973, p.484) rejeitava a ideia de que a lei sucessória parte de uma presunção de vontade do *de cuius*; defendendo a noção de uma compropriedade familiar, “à qual têm maior direito aqueles que com o defunto tinham comunhão de vida e de interesses, do que qualquer outra pessoa estranha ao grupo”.

Para Marcel Planiol e Georges Ripert (1933, p.13), ao inspirar o *Code* na Novela de Justiniano, o legislador francês adotou uma organização há muito consagrada, cuja interpretação clássica era de que a sucessão *ab intestato* não era mais do que o reflexo da vontade presumida do morto – o que igualmente refletia a preeminência da sucessão testamentária e o costume de não morrer intestado. Entretanto, os clássicos doutrinadores ora mencionados ressaltaram os perigos de, na prática, essa vontade presumida pela lei constantemente contrariar manifestamente a realidade. Por essa razão, Planiol e Ripert entendiam que a teoria do testamento presumido deve ser descartada, passando-se a justificar a vocação hereditária especificamente em um dever, tanto pessoal quanto social, do indivíduo em relação à sua família.

Entre os brasileiros, encontramos atitudes semelhantes. Para Mário Figueiredo Barbosa (2010, p.45), em se tratando de herança, a lei beneficia os membros da família, pois há uma presunção legislativa de que com eles o autor da herança guarda os mais fortes vínculos afetivos. Para o doutrinador ora mencionado, a herança se transfere dentro da família, e assim a sucessão legítima é um fator de coesão e unidade familiar, permanecendo os bens dentro da entidade familiar. Do mesmo modo, para o mencionado autor, a ordem de chamamento seria também uma ordem de graduação afetiva.

Por sua vez, San Tiago Dantas (1991, p.481) compreendia que, havendo relação íntima entre família e patrimônio, é muito razoável que a devolução da herança se dê em favor dos parentes. Entretanto, ele sustentava que a determinação de quem é parente sucessível varia de acordo com a lei, os costumes e o grau de coesão familiar em dado momento histórico. Tal ideia já tinha sido exposta por Itabaiana de Oliveira (1936, p.155) no começo do século XX. Semelhantemente, Dolor Uchoa Barreira (1967, p.126) argumentava que a ordem de vocação hereditária se baseia em relações familiares e, desse modo, os direitos sucessórios dos diferentes países divergem porque variam as ideias com que cada povo encara a família²⁸⁵.

285 Anne Alstott (2009, p.148) ilustra como a evolução da sucessão *ab intestato* reflete as mudanças no entendimento do que é família: o modelo dinástico marcado pela primogenitura deu espaço à sucessão em que os herdeiros são

Na verdade, com Heloisa Helena Barboza (2005, p.148), entendemos que a estrutura familiar e o sistema patrimonial estão intimamente ligados, uma vez que por muito tempo a família foi meio de gerenciamento da propriedade privada. Segundo a referida autora, desde o século IV, o modelo canônico de regras de parentesco, fundado no casamento e no uso do testamento, contribuiu para a Igreja se tornar uma potência econômica. Tal modelo foi incorporado pelo Estado moderno, consolidando-se desse modo a família enquanto instrumento da ordem social, bem como enquanto categoria de redistribuição e de transferências sociais.

Como já antecipamos, identificamos que, no Brasil, dois critérios principais orientam as escolhas legislativas na estruturação da sucessão intestada: a vontade presumida do falecido, de um lado; e os deveres dele para com determinadas pessoas, de outro lado. Acreditamos que *a priori* esses critérios são compatíveis com a Constituição Federal, na medida em que o equilíbrio entre eles prestigia os interesses, em relação à sucessão hereditária, tanto do sucedido (aquele que tem a sua vontade presumida respeitada) quanto do sucessor (a pessoa em favor de quem o *de cuius* tinha determinados deveres).

Ressalvamos aqui que, ao contrário do que analisamos na seção 3.2.1, não estamos considerando a vontade do *de cuius* como fundamento da herança, mas simplesmente como um dos critérios orientadores das escolhas legislativas na definição da ordem de vocação hereditária. O papel da vontade do falecido no Direito das Sucessões não é eliminado, mas o grau de voluntarismo é significativamente reduzido. Isso porque o critério “vontade” sempre deverá estar em equilíbrio com o critério “deveres”. Equilibrar esses fatores não significa necessariamente dar a ambos o mesmo peso sempre: a título ilustrativo, compreendemos que em situações de vulnerabilidade e dependência, o legislador deverá estruturar a sucessão *ab intestato* dando mais atenção à teoria dos deveres do *de cuius*, em detrimento da sua vontade. Nesse mesmo sentido, com a atenção que inexoravelmente deve ser prestada aos “deveres”, prestigia-se o caráter de solidariedade da sucessão hereditária, o que representa uma mitigação do tradicional individualismo em matéria sucessória.

Do mesmo modo, admitir a vontade como um critério orientador da sucessão *ab intestato* não significa um indevido retorno ao voluntarismo oitocentista na medida em que esse parâmetro

tratados igualmente independentemente de gênero; do mesmo modo, passaram a ser reconhecidos direitos sucessórios em favor de filhos tidos fora do casamento e, mais recentemente, de parceiros do mesmo sexo.

deve estar sempre conformado pelos valores constitucionais. Dessa forma, o legislador não poderia atribuir menos direitos sucessórios a filhas mulheres alegando ser essa a vontade presumida da maior parte dos falecidos; ainda que assim fosse na realidade, o mandamento constitucional de isonomia entre homens e mulheres não admitiria que a vontade do *de cuius* elegesse tal critério para desequiparar os sucessores. Acrescente-se aqui que a sucessão hereditária tem função expressiva²⁸⁶, conseqüentemente o legislador deve estar sempre atento à mensagem social que a legislação transmite.

O legislador, ao estruturar a sucessão intestada, busca (ou deveria buscar) atender adequadamente às concepções individuais e sociais a respeito de quem deve ser sucessor e do quanto deve ser atribuído a cada um chamado a ter esse *status*. Nesse sentido, recordemos aqui do quanto mencionado, em contexto mais amplo, por Luiz Edson Fachin (2012, p.123) a respeito da “historicidade dessas concepções, no intuito de visualizá-las no bojo do contexto histórico em que foram produzidas, e, dessa maneira, constatar a função de espelho que essa codificação assume frente à sociedade que regula”.

Se reconhecemos a historicidade da ordem de vocação hereditária, concluímos que com o tempo também vai mudando o conteúdo de cada um dos seus critérios orientadores. Cabe ao legislador zelar para que a sucessão intestada positivada corresponda à constante evolução da ideia que se tem de quem são as pessoas prestigiadas pela vontade presumida do falecido, bem como aquelas pessoas em favor de quem ele tem deveres que têm de ser observados.

5.1.2 A opção legislativa brasileira e as suas insuficiências

Em tese observando os critérios de vontade presumida do morto e dos deveres do *de cuius* para com certas pessoas, o legislador brasileiro positivou a atual ordem de vocação hereditária no artigo 1829 Código Civil de 2002.

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação

286 Remetemos o leitor à seção 5.2.3.

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.

Em primeiro lugar, o que nos chama a atenção é o fato de que este dispositivo reproduz, com poucas adaptações, a supramencionada estrutura consagrada pelas Novelas de Justiniano; a principal diferença é o maior prestígio sucessório conferido ao cônjuge. Também chama atenção o fato de que, com exceção do lapso temporal em que houve normas específicas de chamamento do companheiro à herança, o supramencionado modelo milenar de sucessão intestada é historicamente o único reconhecido por nossas codificações civis, independentemente de todas as transformações sociais, em especial no âmbito familiar, ocorridas desde então. Nesse sentido, aderimos à afirmação de Shelly Kreiczler-Levy (2013, p.301) no sentido de que, como a maior parte das normas sucessórias vem de longa data, elas de modo geral são pouco adequadas às modernas e pós-modernas estruturas familiares.

Com Oliver Brand (2007, p.415) compreendemos que a função de determinados institutos jurídicos pode se perder com a transformação do contexto social, econômico e político; dessa forma, a sua permanência nos ordenamentos só pode ser explicadas por força da tradição histórica, uma vez que tais institutos podem ser inadequados para as circunstâncias contemporâneas. Acreditamos que esse seja o caso da imposição do artigo 1829 do Código Civil de 2002 como única estrutura normativa da sucessão *ab intestato*; o legislador trata da matéria presumindo que *one size fits all*, ou seja, que todos os casos de sucessão hereditária estão adequadamente atendidos pelo mencionado dispositivo legal.

Essa única fórmula de chamamento à sucessão se consubstancia naquilo que Frances H. Foster (2001) denominou de “paradigma familiar” em matéria hereditária. Esse paradigma às vezes corresponde à realidade, mas potencialmente exclui indivíduos cujos estilos de vida, valores e crenças divergem daqueles majoritariamente consagrados no texto legal. Ou seja, não estamos aqui afirmando que o artigo 1829 do Código Civil de 2002 se trata de uma norma inadequada para todos os casos; de fato, em algumas (talvez em muitas) hipóteses, essas regras podem ser perfeitamente suficientes. O problema todo é que também em muitos casos elas são insuficientes.

Podemos identificar essas insuficiências com base nas duas principais justificativas para a estruturação da sucessão *ab intestato*, a teoria da vontade presumida do *de cuius* e a teoria dos deveres. Se considerarmos a primeira teoria, concluímos que é uma ficção jurídica muito forçada (até mesmo ruim) acreditar que todas as pessoas presumidamente disporiam *post mortem* da mesma forma, independentemente da enorme variedade possível de qualidades pessoais tanto dos próprios sucedidos quanto dos seus sucessores, bem como das diversas possibilidades de dinâmicas relacionais em que eles se encontravam inseridos. Da mesma forma, se considerarmos a teoria dos deveres do *de cuius*, depreendemos que o Código Civil de 2002 ignora, para fins sucessórios, quaisquer noções de isonomia material. Também são desprezados os vínculos de dependência para com o falecido que não se encaixam nas presunções feitas pela norma supratranscrita.

Por outro lado, essas normas podem também ser insuficientes para proteger as pessoas que fazem parte de famílias não-tradicionais, o que viola o mandamento constitucional de isonomia entre entidades familiares. Ainda na década de 1970, nos Estados Unidos, John Gaubatz (1977, p.556) criticou o fato de a sucessão intestada se embasar em uma mítica situação familiar “normal”, deixando assim de atender devidamente às situações em que o *de cuius* e sua família não se encaixam nesse modelo tradicional. O modelo sucessório da lei é desenhado para corresponder a um número limitado de situações, sendo insuficiente para todos os outros casos. Assim como o mencionado doutrinador, consideramos que, se o sistema hereditário *ab intestato* promove essas situações inadequadas e até mesmo injustas, ele está apenas cumprindo parcialmente o seu papel.

5.2 A INVISIBILIDADE DAS FAMÍLIAS NÃO TRADICIONAIS

Como vimos na seção anterior, a sucessão intestada é construída a partir de escolhas feitas pelo legislador: de um lado, quem vai ser chamado a suceder; de outro lado, quanto vai receber cada um dos vocacionados à sucessão. Na presente seção, criticaremos as opções do Código Civil de 2002 na definição de quem será reconhecido como sucessor.

Em relação aos sujeitos do fenômeno sucessório, Shelly Kreiczler-Levy (2012a, p.506-508) afirma que, apesar de ser evidente quem é o sucedido, a escolha de quem será o sucessor não é autoexplicativa, dependendo das ideias sociais de continuidade intergeracional através

propriedade²⁸⁷ em cada sociedade. Diferentes sistemas legais têm diferentes compreensões sobre o vínculo entre gerações, cujo conteúdo pode ser definido por vínculo biológico, relacional, comportamental e assim por diante; pode inclusive ser determinado pura e simplesmente pelo exercício de vontade do falecido, como se dá nos sistemas de plena liberdade testamentária. Assim, segundo a referida autora, se a visão social de continuidade é estabelecida em razão do cuidado, o sucessor deve ser quem tomou conta do sucedido; se o fundamento é transmissão de conhecimento, o herdeiro será um estudante ou discípulo do morto. Kreiczler-Levy reconhece que os sistemas jurídicos de modo geral estabelecem que essa continuidade se dá entre membros da mesma família, entretanto ela argumenta que isso não significa que relações familiares necessariamente são a melhor forma de reconhecer e assegurar a continuidade entre gerações.

Compreendemos que a escolha feita pelo legislador no sentido de delinear a sucessão intestada com base nas relações familiares é, no Brasil, uma solução normativa adequada, *a priori*²⁸⁸; afinal, a Constituição Federal determina que a família é a base da sociedade²⁸⁹. O que consideramos problemático é o modo como o Código Civil de 2002 o fez.

Ao definir quem é chamado à sucessão por força de lei, o Código Civil de 2002 privilegiou especificamente um modelo de família – aquela fundada na biologia²⁹⁰ (vínculos sanguíneos) ou em um *status* jurídico formal (adoção ou casamento)²⁹¹. Os arranjos análogos a este modelo – como por exemplo a união estável, a união entre duas pessoas do mesmo sexo ou a parentalidade socioafetiva simples (da qual não resulta multiparentalidade) – conseguem se adaptar ao modelo eleito pelo Código. Contudo, aquelas famílias que falham nessa tentativa de equiparação, por não serem análogas ao modelo codificado, acabam sendo relegadas à invisibilidade em matéria

287 Remetemos o leitor à seção 3.2.4.

288 Aqui nos utilizamos da expressão *a priori* porque demonstraremos na seção 5.2.2 que o legislador não deveria marginalizar em absoluto os vínculos de afeto, cuidado e dependência mantidos pelo *de cuius* e que não se encaixam no paradigma da família sexual, em especial as relações íntimas não-(hetero)normativas e as amizades.

289 Art. 226, *caput*.

290 O Código Civil de 2002 é tão apegado à biologia que se refere ao parentesco biológico como “natural” (art. 1.593). Daí se depreende que, para a codificação, qualquer parentesco não-biológico também não é natural, ou seja, é anormal, desviante.

291 O legislador pós-Constituição de 1988 até inovou ao reconhecer a existência de direitos sucessórios em uniões estáveis, marcadas notadamente pela informalidade de sua configuração; entretanto, essa concessão no Código Civil de 2002 foi mal feita. O artigo 1.790 sequer localizado estava entre as regras de chamamento à sucessão; tornava o companheiro sucessor daquilo que ele já era meeiro; e apenas lhe concedia a totalidade da herança na ausência de parentes sucessíveis. Não surpreendentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo (Recurso Extraordinário 646.721 e Recurso Extraordinário 878.694, sobre os quais trataremos mais à frente). Consequentemente, atualmente à união estável se aplicam as normas originalmente previstas para o casamento.

sucessória. Dessa forma, uma considerável diversidade de modelos familiares existentes na sociedade brasileira contemporânea, cada qual com suas especificidades e necessidades hereditárias próprias, são marginalizadas por não terem normas de sucessão *ab intestato* que as contemplem satisfatoriamente.

Ao prever uma ordem de vocação hereditária, o legislador determina quais relações jurídicas mantidas pelo *de cuius* eram pertinentes para fins sucessórios – e, conseqüentemente, quais não eram. Com Luiz Edson Fachin (2012, p.125), notamos que o Direito decide o que é relevante ou não; desse modo, se um fato é juridicamente indiferente, é porque ele foi legislativamente julgado como tal. Nesse mesmo sentido, aprendemos que o Direito opera um corte epistemológico, cooptando apenas os fatos da realidade que lhe interessam; assim, o sistema jurídico “acaba por excluir diversas outras nuances das relações, pois não as reconhece no seu corpo normativo e, quando o faz, força a definição das mesmas, enquadrando-as de acordo com os conceitos presentes no sistema normativo vigente” (FACHIN, 2012, p.42-43).

Assim, o Direito estabelece uma moldura, na qual determinados fatos (e, acrescentamos, relações) não são convidados a integrar, “pois há um juízo historicamente localizado dessa exclusão; juízos de valor, partícipes e motores dessa exclusão em nada neutra” (FACHIN, 2012, p.133). Identificamos que, no que diz respeito à sucessão *ab intestato*, essa moldura tem uma definição bem específica: a ordem de vocação hereditária é historicamente construída com base em uma família heterossexual, monogamicamente constituída a partir do casamento – por muito tempo um vínculo indissolúvel, exclusivamente do qual nasceram os filhos do casal. Historicamente, aqueles que não se encaixassem nesse modelo supramencionado não estavam chamados a ser sujeitos da sucessão hereditária. Dessa forma, em matéria sucessória, a filiação ilegítima e a união estável (então chamada de concubinato puro), por exemplo, estavam tradicionalmente naquilo que Luiz Edson Fachin (2012, p.202) chama de “história periférica”. Até muito recentemente, não se reconhecia o *status* de sucessor ao parceiro de mesmo sexo do *de cuius*. Os filhos adotivos, por sua vez, no regime original do Código Civil de 1916, se concorressem com filhos legítimos supervenientes da adoção, receberiam apenas metade da herança cabível a cada um destes²⁹².

Contudo, como as pessoas estabeleciam relações de fato independentemente do modelo previsto no Código, e como os fatos pressionam a mudança do Direito, tanto filhos ilegítimos

292 Código Civil de 1916, art. 1605, § 2º.

quanto companheiros, bem como parceiros do mesmo sexo, foram admitidos como integrantes do fenômeno hereditário. Já os filhos adotivos passaram a herdar em igualdade de condições com os biológicos. Com a pressão dos fatos, o clamor doutrinário e o trabalho jurisprudencial, tais relações historicamente marginalizadas foram trazidas para o centro do fenômeno hereditário. Ocorre que, lamentavelmente, ainda hoje há diversas relações que faticamente se qualificam como “familiares”, mas que continuam à margem do Direito das Sucessões.

Se alguém mantinha uma relação faticamente relevante com o morto, mas acaba sendo excluído da ordem de vocação hereditária por não fazer parte da moldura idealizada pelo legislador para a sucessão intestada, consideramos que tal relação é marginalizada aos olhos do ordenamento jurídico, ao menos em matéria sucessória. Nesse sentido, com base nas lições de Luiz Edson Fachin (2012, p.109), compreendemos que, na contramão do quanto sustentado pela teoria civilista clássica, podemos desenvolver um meio de pensar criticamente o Direito Civil que concretamente o abra para uma certa porosidade, “no sentido de apreender essas relações, dar relevância jurídica, inclusive na lacuna da lei e, às vezes, até mesmo contra o sentido literal da regra, quando a aplicação desse sentido não conduz a resultado justo e razoável num caso concreto”. Devemos, assim, reconhecer a diversidade e, conseqüentemente, a dignidade que nela há; “a diversidade passa a ser uma chave apta a abrir a porta de acesso ao estatuto de sujeito de direito subjetivo” (FACHIN, 2012, p.201-202).

Nas seções seguintes, em relação às diferentes entidades familiares que assim já são pacificamente reconhecidas, criticaremos o fato de o ordenamento jurídico brasileiro aplicar a todas um único regime de vocação hereditária, que por sua vez foi construído com base em apenas um modelo específico de família. Na sequência, investigaremos as potenciais relações íntimas mantidas pelo *de cujus* que permanecem invisíveis ao Direito das Sucessões por não terem uma estrutura relacional análoga à “família tradicional”. Por fim, veremos ainda que, por força da “função expressiva” do direito hereditário, para além da falta de proteção patrimonial adequada, excluir esses vínculos da sucessão *ab intestato* passa uma mensagem negativa à sociedade a respeito de tais relações.

5.2.1 A inadequação de um mesmo regime sucessório para todas as famílias: *one size DOES NOT fit all*

Atualmente, a vocação hereditária *ab intestato* de todos os arranjos familiares se dá com base no artigo 1829 do Código Civil de 2002. Na presente seção, demonstraremos que, na medida em que tal norma foi construída com base em uma estrutura familiar específica, a sucessão intestada codificada é potencialmente insuficiente para atender satisfatoriamente as necessidades e anseios próprios de outros modelos existentes dentro da variedade de famílias já reconhecidas no ordenamento brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a tradição das anteriores, que estabeleciam ser a família baseada exclusivamente no casamento. O texto constitucional atual trouxe expressamente, para além da entidade familiar casamentária, as figuras da união estável (entre homem e mulher) e da família monoparental. Com a edição do Código Civil de 2002, o legislador configurou dois regimes sucessórios distintos: previu a tradicional ordem de vocação hereditária, da qual um dos elementos fundantes é o casamento (artigo 1829); e também chamou o companheiro à sucessão (artigo 1790), revogando o chamamento previsto nas leis 8971/1994 e 9278/1996. Por outro lado, legislação infraconstitucional não contemplou a família monoparental com qualquer norma específica de ordem de vocação hereditária; entendemos que ou o Código considerou que este arranjo estaria bem atendido pela ordem *default* de chamamento à herança; ou simplesmente sequer considerou a possibilidade de haver anseios e necessidades específicos deste tipo de família.

Importantes e significativas construções doutrinárias e jurisprudenciais posteriores a 1988 trouxeram o Direito Civil brasileiro ao estágio atual, em que reconhecemos que a lista constitucional de modelos familiares não é *numerus clausus*, mas meramente exemplificativa; os demais modelos de família estão igualmente protegidos, de forma implícita, pelo texto constitucional (LÔBO, 2011, p.07). Nesse sentido, o mais marcante avanço foi o reconhecimento de que uniões entre pessoas do mesmo sexo são plenamente dignas de tutela jurídica²⁹³, inclusive sucessória. Semelhantemente, a socioafetividade vem constantemente recebendo tutela jurídica

293 A título ilustrativo, os julgamentos paradigmáticos sobre união e casamento entre pessoas do mesmo sexo: no Supremo Tribunal Federal, ADI 4277, ADPF 132; no Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.183.1378/RS.

cada vez mais reforçada. Por outro lado, como veremos na seção seguinte, ainda há forte resistência à aceitação de modelos não-(hetero)normativos de família²⁹⁴.

De todo modo, o discurso predominante na doutrina nacional, ao qual aderimos por completo, é o de inexistência de hierarquia entre entidades familiares, tanto em sentido valorativo quanto em merecimento de proteção jurídica. Um tipo de família não é melhor do que o outro; conseqüentemente, um tipo de família não deve ser arbitrariamente privado de direitos conferidos a outros tipos. Em outras palavras, compreendemos que não se pode deixar determinadas famílias sem a devida proteção normativa, uma vez que “a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana” (LÔBO, 2011, p.08). Movido por essas razões, o Supremo Tribunal Federal decretou, com repercussão geral, que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art.1829 do Código Civil de 2002”²⁹⁵.

O julgamento acima mencionado é um curioso caso em que concordamos com as premissas (a inexistência de hierarquia entre modelos de família, de um lado, e o tratamento injustificadamente discriminatório em matéria sucessória conferido à união estável pelo Código Civil de 2002, por outro); igualmente concordamos com o resultado imediato (a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790); todavia criticamos um possível e provável resultado mediato, não pretendido pelo Pretório Excelso: a consolidação, na doutrina e na jurisprudência nacionais, da equivocada ideia de que um regime sucessório único – o do artigo 1829 – é suficiente para atender satisfatoriamente todas as entidades familiares brasileiras.

No Recurso Extraordinário 878.694/MG, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, criticou o regime do art.1790 em diversos pontos: a restrição da participação sucessória do companheiro aos bens dos quais ele já teria meação; o fato de que, em regra, o quinhão do companheiro é muito inferior ao que lhe caberia se casado fosse com o *de cujus*; e o posicionamento extremamente desvantajoso do companheiro na ordem de vocação hereditária, tornando-se herdeiro único exclusivamente se faltar qualquer parente sucessível. Entendemos pela procedência de todos esses

294 Por exemplo, há uma resistência muito grande em relação ao reconhecimento de uniões familiares entre mais de duas pessoas, a assim chamada poliafetividade. Remetemos o leitor ao Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, CNJ.

295 Recurso Extraordinário 878.694/MG.

argumentos, razão pela qual concordamos com a declaração de inconstitucionalidade do lamentável dispositivo do Código Civil de 2002. Do mesmo modo, também aderimos ao argumento do Relator, no sentido de que ao cônjuge foram dados muito mais recursos para levar sua vida de forma digna, concluindo-se daí que o legislador tratou a união estável como se fosse merecedora de menor proteção em matéria sucessória.

Ainda no voto vencedor do Recurso Extraordinário 878.694/MG, o Ministro Relator reconheceu que união estável e casamento são organizações familiares distintas; apesar disso, ressaltou que inexistente hierarquia entre tais arranjos. Na sequência, o Relator sublinhou que, no sistema constitucional brasileiro, “o legislador pode atribuir regimes jurídicos diversos ao casamento e à união estável”; entretanto, “só será legítima a diferenciação de regimes entre casamento e união estável se não implicar hierarquização de uma entidade familiar em relação à outra, desiguando o nível de proteção estatal conferido aos indivíduos”.

Da inexistência de hierarquia entre famílias, o Ministro Barroso concluiu que o artigo 1790 era inconstitucional por prever regimes sucessórios distintos para o casamento e para a união estável, sendo que o desta era menos protetivo. Segundo ele, desse tratamento prejudicial dado pela lei aos companheiros decorriam violações à dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade e à vedação do retrocesso. De fato, reconhecemos que a norma originalmente prevista pelo Código Civil de 2002 era atentatória ao valor intrínseco de quem vivia em união estável, bem como à autonomia para constituir família – por tornar a escolha pela união estável muito mais onerosa. Semelhantemente, identificamos que a proteção legislativa ao direito fundamental à herança dos companheiros era insuficiente e reduzia os direitos conferidos pela legislação infraconstitucional anterior ao Código. Não restam dúvidas, portanto, de que o referido dispositivo deveria ter sido extirpado há muito do ordenamento jurídico brasileiro; conseqüentemente, perfeita foi a declaração de sua inconstitucionalidade.

Entretanto, acreditamos ser problemática uma possível e provável interpretação decorrente da afirmação do Relator de que “não há espaço legítimo para que o legislador infraconstitucional estabeleça regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros”, devendo o artigo 1829 se aplicar a ambas as situações. O problema que enxergamos não é intrínseco à decisão, que como demonstramos acima é tecnicamente perfeita, além de certamente proferida pelo Supremo Tribunal Federal com a melhor das intenções. Contudo, entendemos que o problema da decisão ora estudada

é a mensagem equivocada que potencialmente foi transmitida pela Suprema Corte: a atribuição de regimes sucessórios distintos a entidades familiares distintas necessariamente significa hierarquizá-las e, conseqüentemente, trata-se de uma ação legislativa que intrinsecamente padece de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, usamos como exemplo Heloisa Helena Barboza (2008, p.323), que abordando o tema em momento anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal já reconhece que uma eventual diferença entre as entidades familiares seria um fator de legitimação de tratamentos sucessórios diferentes, desde que não haja violação à lei ou à Constituição. Entretanto, a mencionada doutrinadora aduz que, como não há hierarquização de entidades familiares, “a lei ordinária não está autorizada a estabelecer discriminações, muito menos para suprimir direitos de qualquer natureza”²⁹⁶.

Com efeito, com a equiparação sucessória entre casamento e união estável, existe apenas uma ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002²⁹⁷. Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790, tanto a doutrina quanto a jurisprudência de modo geral passaram a enxergar o artigo 1829 com base na ideia de que *one size fits all*: tratar-se-ia de um regime suficiente para qualquer caso, na medida em que eventuais tratamentos distintos conferidos pela lei sucessória necessariamente violariam a ideia de que não há hierarquia entre modelos de família. O problema é que o referido modelo de sucessão *ab intestato* foi rigidamente estruturado a partir de duas bases: a biologia (vínculos de sangue) e o *status* formal (casamento e adoção). Discordamos veementemente da premissa de que uma ordem de vocação hereditária fundada na família biológico-casamentária – a dita “família tradicional” – seja adequada para ser aplicada, indistintamente, a todos os arranjos familiares, independentemente das peculiaridades e necessidades de cada um deles.

296 Ressaltamos que o entendimento ora referenciado foi proferido quase uma década antes da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 – e a referida autora já se posicionava contrariamente à norma então vigente. A referência se dá em tom ilustrativo de argumento que pode vir a ser suscitado doutrinariamente ou jurisprudencialmente a partir da tese, com repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a lei ordinária não está autorizada a criar regimes sucessórios distintos em qualquer hipótese.

297 Em toda a nossa análise, desconsideramos as hipóteses de sucessões anômalas por duas razões. Em primeiro lugar, porque limitamos a reflexão crítica à vocação hereditária codificada; assim, normas específicas como as que tratam de direitos autorais fogem aos limites de tempo e espaço que subordinam a presente investigação. Em segundo lugar, estamos discutindo ordens de vocação hereditária baseadas em modelos familiares, e comumente as anomalias sucessórias decorrem de peculiaridades do objeto, e não do sujeito da sucessão.

De fato, não vislumbramos qualquer problema na aplicação do artigo 1829 à união estável. Em primeiro lugar, não há critério desequilibrador que legitime, à luz da Constituição Federal, um tratamento hereditário diferente entre cônjuges e companheiros; conseqüentemente, esses dois arranjos familiares devem ser tratados de modo formalmente igual pelo Direito das Sucessões. Semelhantemente, não há maiores resistências da sociedade ou da comunidade jurídica a essa isonomia sucessória formal; imputamos essa fácil e ampla aceitação ao fato de que a união estável replica, aos olhos da sociedade, o esquema relacional tradicional, historicamente representado pelo casamento²⁹⁸. Ademais, ambos os modelos guardam de fato profunda similaridade estrutural: cada um deles se consubstancia em uma união entre duas pessoas – que guardam certa distância no que diz respeito a vínculos de parentesco entre si²⁹⁹ – com o propósito de constituir família. Dessa semelhança de estruturas decorre que, *a priori*, não há qualquer necessidade sucessória específica da união estável que fique desatendida por ter o mesmo regime sucessório do casamento, e a recíproca é verdadeira.

Por outro lado, com o atual crescimento constante da tutela jurídica da socioafetividade, imaginamos que a tendência será a total pacificação jurisprudencial no sentido de reconhecimento de direitos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva, na linha o que já anteciparam, por exemplo, Cassiane Araújo Boeira e Ida Beatriz de Luca (2012, p.88; p.104). Luiz Edson Fachin (2012, p.254) sempre ensinou que a exclusão dos filhos socioafetivos do sistema do Direito Civil é uma postura dogmática e ideológica. Segundo o referido doutrinador, a afeição atualmente é um elemento que informa a posse do estado de filho; “nesse sentido, “quando se trata do valor jurídico da afeição refere-se a uma projeção que desborda da moldura do sistema clássico” (FACHIN, 2012, p.257). Acreditamos que, tanto da sociedade em geral quanto da comunidade jurídica, não haverá maiores resistências a este cenário, na medida em que, assim como a união estável replica a

298 Na seção seguinte, refletiremos, com base nas lições de Martha Fineman (2013), como esse esquema tradicional de relações – a “família sexual”, fundada no casamento heterossexual – é socialmente entendido como o “natural” e, por isso, acaba dificultando o reconhecimento social (e jurídico) dos arranjos que a ele não se adaptam, nem mesmo por analogia.

299 Aqui nos referimos à incidência dos impedimentos matrimoniais, em especial aqueles decorrentes de parentesco (art.1521 do Código Civil, notadamente os incisos de I a V), que se aplicam à união estável (art.1723, § 1o). Fizemos essa ressalva quanto à distância no que diz respeito aos vínculos de parentesco porque consideramos a possibilidade de uma união entre duas pessoas que é reconhecida como família mesmo não sendo caso de união estável nem casamento: tomemos como exemplo uma família anaparental formada por dois irmãos. O critério diferenciador entre esses modelos familiares não poderia ser o “propósito de constituir família”, a menos que se admita que o “propósito de constituir família” implica necessariamente um vínculo de intimidade de natureza sexual – afirmação com a qual não concordamos. Novamente remetemos o leitor à discussão sobre “família sexual” que travaremos na seção seguinte.

estrutura da tradicional família casamentária, a filiação socioafetiva guarda profunda similaridade estrutural com a filiação biológica ou adotiva – ao menos naqueles casos dos quais não surge a figura da multiparentalidade. Dessas semelhanças decorre a adequação da aplicação do artigo 1829 para regular a vocação hereditária decorrente da filiação socioafetiva.

Ocorre que existem diversas outras estruturas de família para além daquelas acima mencionadas; cada um desses modelos potencialmente tem organizações, dinâmicas e necessidades próprias, inclusive em matéria hereditária. Ignorar as peculiaridades estruturais e os anseios de cada entidade familiar significa tratar acriticamente a todas de modo neutro, formalmente igual. Gary E. Sptiko (1999, p.1064) ressaltou o quanto normas aparentemente neutras podem ser tão problemáticas quanto normas evidentemente discriminatórias. Segundo o referido autor, a norma que trata dois grupos de modo formalmente igualitário pode prejudicar um desses grupos quando falha em reconhecer fundamentais diferenças entre eles. O fracasso do Estado em considerar essas relevantes distinções implicitamente revela o julgamento estatal de que o grupo desfavorecido não merece atenção positiva.

Na realidade atual, para além do casamento e da união estável – tanto entre pessoas de sexo oposto quanto de pessoas do mesmo sexo –, a doutrina e a jurisprudência brasileiras já admitem a existência de, por exemplo, famílias-mosaico, famílias reconstruídas, famílias multiparentais, famílias anaparentais e famílias multigeracionais, além do já mencionado parentesco socioafetivo³⁰⁰. Cada um desses modelos guarda diferenças estruturais significativas tanto em relação aos outros ora mencionados quanto em relação ao casamento e à união estável. A título ilustrativo: a conformação relacional entre dois irmãos que constituem um núcleo familiar é distinta da dinâmica relacional entre uma mãe, um pai, um padrasto que se considera também pai (por força da socioafetividade) e um descendente que enxerga em todos aqueles três os seus ascendentes, sem quaisquer distinções³⁰¹. Da mesma forma, os dois casos são estruturalmente distintos de um arranjo formado por filhos de diferentes casamentos convivendo em um mesmo lar com três ou até mesmo quatro gerações.

300 Reiteramos que há uma maior resistência ao reconhecimento de entidades familiares não-tradicionais que não seguem determinada estrutura heteronormativa. Aprofundaremos o tópico na seção seguinte.

301 Aqui abrimos espaço para uma reflexão: será mesmo necessário exigir que esteja configurada parentalidade socioafetiva entre padrasto e o enteado para que este seja sucessor daquele? Por que a parentalidade por afinidade, por si só, não é considerada digna o bastante para ser sucessoriamente relevante? Estaríamos hierarquizando a parentalidade em decorrência da sua origem, em detrimento daquela com base em afinidade?

Apesar da heterogeneidade estrutural acima mencionada, a legislação sucessória brasileira considera que deve haver uma homogeneidade em matéria sucessória. O artigo 1829 do Código Civil de 2002 exerce um monopólio quando o assunto é ordem de vocação hereditária: o legislador presumiu que *one size fits all*. Discordamos dessa presunção. A referida norma foi pensada tendo exclusivamente um único modelo de família em mente, sem qualquer consideração por dinâmicas familiares distintas do paradigma adotado pelo legislador. Sendo assim, consideramos ingênuo acreditar que todas as entidades familiares estarão satisfeitas pelo referido dispositivo. Pelo contrário! Por exemplo: não haverá qualquer direito sucessório decorrente de uma família anaparental se um dos seus membros possuía descendentes ou ascendentes – ainda que estes, no mundo dos fatos, com o *de cuius* não mantivessem qualquer vínculo afetivo ou assistencial³⁰². Em sentido diverso, em se tratando de uma família monoparental, o ascendente que formava o núcleo familiar terá de dividir eventual herança do seu descendente com o outro ascendente do *de cuius*, ainda que este, apesar de ter reconhecido o filho, tenha o abandonado moral ou materialmente³⁰³. Em uma família reconstituída, se não se demonstrar a existência de parentalidade socioafetiva, os enteados nada receberão quando o padrasto ou a madrasta morrer³⁰⁴. Por outro lado, se houver multiparentalidade decorrente de socioafetividade, uma visão mais conservadora³⁰⁵ poderia pretender eliminar direitos do descendente em relação a um dos seus genitores, seja o biológico, seja o socioafetivo (algo como “deve escolher entre um ou outro, não dá para ter os dois”). Daí depreendemos que *one size does not fit all. At all*.

Na verdade, entendemos que existe até mesmo uma indevida hierarquização entre entidades familiares quando o legislador confere a todas elas o mesmo tratamento sucessório. Como já mencionamos, a vocação hereditária do artigo 1829 é fundada na biologia (vínculos sanguíneos) ou em um *status* jurídico formal (adoção ou casamento). Ao conferir formalmente o mesmo tratamento a todas as famílias, a legislação prestigia aquelas que conseguem se adaptar a esses dois fundamentos – como é o caso da união estável, das relações entre duas pessoas do mesmo sexo ou da socioafetividade da qual não decorre multiparentalidade –, em detrimento daqueles arranjos

302 Na seção 5.3 criticaremos a ideia de que necessariamente “o mais próximo exclui o mais remoto” em matéria sucessória.

303 Abordaremos esse específico cenário na seção 5.4.4.2.

304 Remetemos o leitor aos questionamentos que fizemos na nota de rodapé 287.

305 Felizmente, a doutrina nacional tem se posicionado majoritariamente de forma não conservadora sobre o tema. Na VIII Jornada de Direito Civil, da qual participamos justamente no Grupo de Trabalho sobre Direito de Família e das Sucessões, foi aprovado, com nossa aderência, o Enunciado 632, reconhecendo o direito à participação do filho na herança de todos os ascendentes no caso de multiparentalidade.

familiares cuja estrutura não é análoga ao paradigma adotado. A inflexibilidade normativa prestigia apenas as famílias que se comportam como a dita “tradicional”, em detrimento daquelas que têm dinâmica própria e distinta daquela considerada como padrão.

Assim como Gustavo Tepedino (2017, p.13), acreditamos que a igualdade de tratamento entre diversos modelos familiares não deve levar ao desconhecimento das peculiaridades de cada arranjo afetivo³⁰⁶. Essas peculiaridades não apenas podem, como devem ser levadas em consideração para o estabelecimento de regimes sucessórios que adequadamente atendam às necessidades e aos anseios peculiares a cada arranjo familiar. Não se trata de fazer o que o artigo 1790 fazia, conferindo proteção arbitrariamente diferente e deficiente ao companheiro. Trata-se de encontrar critérios racionais justificadores de uma desequiparação legítima entre entidades familiares, à luz da Constituição Federal, para que os fundamentos e funções da herança³⁰⁷ possam ser suficientemente atendidos em todos os casos. O necessário estabelecimento de quais seriam esses critérios desequiparadores para cada arranjo familiar é matéria para uma pesquisa específica, inclusive com recurso a métodos etnográficos, fugindo ao escopo da presente investigação.

Conclusivamente, o artigo 1829 foi pensado para um específico modelo de família. A união estável consegue se adaptar com sucesso a ele por analogia, em razão de sua organização interna se assemelhar à do casamento; o mesmo se aplica à filiação socioafetiva, notadamente nos casos em que não há multiparentalidade. Entretanto, outras famílias não conseguem seguir a mesma lógica – e conseqüentemente têm seus próprios anseios e necessidades, em matéria sucessória, invisibilizados e marginalizados. Dessa forma, devemos aceitar a possibilidade de existirem critérios justificadores de um regime sucessório específico para diferentes famílias. O problema todo é que essa possibilidade historicamente foi ignorada pelo legislador, de um lado; e, de outro lado, desde a supramencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ela corre o risco de ser necessariamente encarada como uma forma de hierarquizar arranjos familiares – o que ensejaria outra declaração de inconstitucionalidade. O artigo 1790 nasceu inconstitucional porque, além de desequiparar arbitrariamente casamento e união estável, injustificadamente conferia a esta um

306 O autor manifesta tal opinião em um contexto no qual ele defende um maior respeito à autonomia dos indivíduos. “Solidariedade, nesse caso, não pode ser tomada como exclusão da autonomia, de modo a impor a comunicação de aquestos ou a sucessão causa mortis entre não vulneráveis. Entre pessoas livres e iguais, reclama-se o direito de organizar a sucessão entre conviventes, casados ou não, da maneira que lhes aprouver” (TEPEDINO, 2017, p.12-13). O enfrentamento dessa questão específica é matéria que foge ao presente objeto de estudo.

307 Remetemos o leitor à seção 3.1.

tratamento diverso e comumente muito mais desvantajoso. Isso não significa, porém, que o legislador infraconstitucional cometerá uma inconstitucionalidade sempre que estabelecer regimes sucessórios distintos para entidades familiares distintas. É plenamente admissível que, à luz da Constituição Federal, encontrem-se os parâmetros desequilibradores que retirem as famílias não-tradicionais da periferia do Direito das Sucessões brasileiro, conferindo-lhes a tutela sucessória adequada às suas próprias estruturas e dinâmicas.

5.2.2 Para além do paradigma da família sexual no Direito das Sucessões: as relações íntimas não-(hetero)normativas e as amigas

Na seção anterior, demonstramos como modelos de família já reconhecidos em nosso ordenamento jurídico são marginalizados pelo Direito das Sucessões quando lhes são negados direitos sucessórios nas hipóteses em que suas estruturas não se encaixam na ordem de vocação hereditária rigidamente fixada pelo artigo 1829 do Código Civil de 2002. Na presente seção, identificaremos um problema semelhantemente grave: aquelas relações íntimas e significativas mantidas pelo *de cuius* às quais a lei não reconhece qualquer tutela hereditária, por, à luz da visão conservadora do nosso ordenamento, não serem consideradas relações familiares.

O Direito das Sucessões continua excessivamente conservador em matéria familiar. Desse conservadorismo, identificamos, com base na doutrina de Frances H. Foster (2001, p.207-208), que atualmente ainda não há norma positivada que tutele especificamente membros de famílias não-tradicionais, em especial as relações poliamorosas, as famílias estendidas ou mesmo as pessoas que não são parentes mas que com o *de cuius* mantinham relação de dependência, de afeto ou de cuidado. Consideramos esse cenário problemático, seguindo o entendimento de Daniel Monk (2014, p.240), para quem o fato de a sucessão intestada permanecer enraizada em sangue ou *status* resulta na invisibilidade, para fins hereditários, daquelas pessoas que viveram suas vidas fora das normas familiares tradicionais.

Entendemos que o problema não é estruturar a sucessão *ab intestato* na ideia de família; afinal, como já mencionamos, tal opção legislativa é totalmente compatível com o mandamento constitucional que determina ser a família a base da sociedade. Contudo, a partir do momento em que entendemos o rol de entidades familiares da Constituição como meramente exemplificativo,

devemos nos questionar o que podemos reconhecer como família, especificamente para fins sucessórios. Pietro Perlingieri (2002, p.244) compreende que existem duas razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família: o sangue e os afetos. O jurista italiano argumenta, entretanto, que o perfil consensual e afetivo vem exercendo cada vez mais o papel denominador comum dos núcleos familiares. Aqui fazemos um questionamento: se admitimos com facilidade que consenso e afeto são fundamentos suficientes para o reconhecimento de vínculos familiares, por que há tanta dificuldade de se reconhecer tutela jurídica às relações íntimas de afeto entre pessoas que fogem do modelo tradicional? A quem compete definir se essas relações mantidas pelo *de cuius* eram de natureza familiar ou não?

Frances H. Foster (2001, p.231) aponta três diferentes abordagens para modernizar as definições convencionais de família para fins hereditários: formal, funcional e pessoal. Segundo a abordagem formal, compete exclusivamente à lei definir o que é e o que não é parentesco; assim, como ressaltado por Susan N. Gary (2000, p.31), para haver a modernização da legislação sucessória a partir dessa abordagem, é necessária a alteração legal da definição de família, com a inclusão de novas entidades familiares na lei. Por outro lado, segundo Frances H. Foster (2001, p.232), de acordo com a abordagem funcional, o foco deve ser identificar, com base na relação entre o morto e aquela pessoa que se pretende reconhecida como sucessora, se esta objetivamente agia como membro da família do *de cuius*. Por fim, conforme a abordagem pessoal, os direitos sucessórios serão baseados na definição particular que o *de cuius* tinha de família e de se o pretense sucessor se encaixava nessa definição.

Acreditamos não ser compatível com a metodologia civil-constitucional uma definição de família meramente formal por diversas razões, entre elas o fato de que a forma não pode prevalecer sobre o conteúdo, muito menos em relações de caráter eminentemente existencial. Por outro lado, na medida em que a ideia de entidade familiar pressupõe uma dinâmica relacional, envolvendo ao menos as duas pessoas entre as quais se verifica o vínculo familiar, acreditamos que a abordagem pessoal acima mencionada é igualmente insuficiente, na medida em que foca excessivamente no sucedido e desconsidera o ponto de vista e o agir do pretense sucessor. Por essa razão, enxergamos na abordagem funcional o método adequado para identificar se a relação mantida por um potencial sucessor e o *de cuius* tinha natureza familiar ou não, independentemente de vínculos formais ou biológicos, assim como independentemente de essa estrutura relacional se encaixar na visão tradicional que a sociedade e a lei sempre tiveram da noção de “família”.

Devemos recordar as lições de Pietro Perlingieri (2002, p.80), para quem é necessário um movimento de reconstrução e de interpretação crítico-constitutiva do ordenamento. Para o autor italiano, o ordenamento jurídico não é um sistema imóvel e fechado; pelo contrário, trata-se de um “sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra de conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis” (PERLINGIERI, 2002, p.82). Dessa forma, devemos reconstruir, com base numa análise funcional do relacionamento entre o *de cuius* e o potencial sucessor, a ideia tradicional (formal) de família. Com base no quanto ensinado por Rose Melo Vencelau Meireles (2012, p.03), a função da família é realizada quando o desenvolvimento das pessoas que a integram é permitido através da comunhão de vida; conseqüentemente, toda forma de convivência que assim se configurar merecerá proteção do Estado enquanto núcleo familiar. Daí também construímos a noção de família eudemonista, na qual, na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais”.

Com base na definição funcional de família, bem como com a noção de família eudemonista, devemos superar a noção tradicional de que sucessor é somente o indivíduo que se encaixa no paradigma heteronormativo da “família sexual” ou em estruturas análogas. Nesse ponto, recordamos das lições de Martha Fineman (2013, p.45), que define a noção de “família sexual” como a família tradicional ou nuclear, uma entidade formada por uma união heterossexual formalmente celebrada. Segundo esse modelo, a conexão íntima primordial é a união sexual entre homem e mulher, o que acaba definindo e organizando nossas imagens e expectativas legais e sociais do que é uma família. De acordo com a referida autora, no centro da ideia de relações íntimas permanecem as conexões sexuais entre adultos; a sexualidade seria, assim, o elemento fundamental para se identificar a intimidade de natureza familiar. Para Martha Fineman (2013, p.45), a família sexual é considerada a forma “natural” de organização cultural e social da intimidade; assim, o modelo de casamento heterossexual continua a dominar a ideia que se tem de família. O clamor por aceitação e legitimação dos modelos alternativos de relacionamento – a união estável, em um primeiro momento, e as relações entre pessoas do mesmo sexo, mais recentemente – são sempre uma replicação do esquema relacional tradicional. Na medida em que a família sexual é tida como o modelo familiar apropriado e natural, ela serve de base para a regulamentação estatal e para a definição daquilo que é normal e daquilo que é desviante (FINEMAN, 2013, p.46). Por

essa razão, concluímos haver uma forte heteronormatividade na ideia de “família sexual” e, conseqüentemente, no senso comum daquilo que é ou não é uma entidade familiar.

No mesmo sentido, Sasha Roseneil e Shelley Budgeon (2004, 135-136) defendem que é necessário superar a família, e o casal heterossexual, como o único centro do imaginário intelectual a respeito do estágio atual e futuro das relações de intimidade e cuidado. As autoras entendem que a atual postura acadêmica de reconhecer as transformações e as variedades nas famílias é importante, notadamente para contrabalançar os discursos homofóbicos e antifeministas de “valores familiares tradicionais”. Entretanto, elas entendem que esse movimento ainda é insuficiente, na medida em que, apesar de pluralizar as noções de família, essa postura ainda mantém inalterada a heteronormatividade do imaginário acadêmico.

Tratando especificamente da sociologia, mas em uma análise que acreditamos ser perfeitamente aplicável à doutrina jurídica, Roseneil e Budgeon (2004, p.137-138) argumentam que as pesquisas sobre novas famílias ainda são conduzidas e orientadas por presunções heteronormativas, sendo excessivamente focadas em relações monogâmicas, entre apenas duas pessoas, que predominantemente vivem juntas, particularmente aqueles casais que criam filhos conjuntamente. As relações íntimas que fogem desse *standard*, experimentadas por aqueles que vivem sexualidades não-normativas, configuram um desafio para aqueles que estudam intimidade e cuidado no âmbito familiar. As autoras incluem no rol dessas intimidades não-normativas as relações de amizade; de parceiros amorosos ou sexuais não-monogâmicos; os “ex” (pessoas que não mantêm mais um relacionamento estável, porém ainda se relacionam); parceiros que não vivem juntos; parceiros amorosos que não se relacionam sexualmente entre si; aqueles que não se encaixam na classificação binária entre “amizade” e “parceiro sexual”. Para as mencionadas doutrinadoras, essas relações descentralizam o significado primário que normalmente é dado às parcerias sexuais, desafiando assim a centralidade que as relações conjugais ainda têm na abordagem acadêmica sobre intimidade.

Roseneil e Budgeon (2004, p.141) concluem que estamos experimentando a *queering* da família: os arranjos de vida na pós-modernidade são diversos e fluidos, constantemente configurados e reconfigurados; as relações heteronormativas não são mais hegemônicas como já foram. Assim, os significados de família sofrem uma profunda transformação, e mais e mais

modelos distintos se revelam como legítimos exercícios das diversas práticas sexuais e como arranjos de vida escolhidos pelas pessoas.

Ocorre que o cenário quanto à tutela jurídica dessas formas não-heteronormativas de família é desolador. Os seus membros atuam como familiares (abordagem funcional), também se enxergam como familiares (abordagem pessoal), e até mesmo são reconhecidos socialmente como uma entidade familiar, mas a eles é negada a adequada tutela jurídica. Como não se encaixam na estrutura da “família sexual”, nem mesmo por analogia, esses arranjos são condenados à periferia do ordenamento jurídico. Conseqüentemente, a eles também é vedado o devido acesso à vocação hereditária. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006a, p.154), em diálogo com obra de Luiz Edson Fachin, utilizou a simbologia das mudanças na “foto sobre a lareira” para ilustrar as mudanças da família; mudanças nas posturas na foto, na indumentária utilizada pelas pessoas, no jogo cênico, nas cores: “muda e revigora-se a família”. Contudo, em se tratando das famílias não-heteronormativas, as suas fotos ficam de fora do velho álbum do Direito das Sucessões.

Sobre famílias “fora da moldura”, para usar a supramencionada expressão de Luiz Edson Fachin, tratamos aqui em especial daquelas entidades fundadas no poliamor³⁰⁸. Às pessoas que têm essa vivência familiar foi proibida até mesmo a lavratura de escritura pública que declare a existência da sua situação fática, conforme decisão do Conselho Nacional de Justiça, atendendo a um lamentável movimento de conservadorismo em matéria familiar³⁰⁹. Os conselheiros acordaram que, em função da diversidade de experiências e da falta de amadurecimento do debate a seu respeito, do poliamor ainda não pode decorrer uma família juridicamente reconhecida; e ainda expressaram que, no futuro, caso haja a maturação de tal entidade, “a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar de suas especificidades” (abordagem formal). Entre as diversas conseqüências da negativa de acesso dessas entidades à moldura do Direito de Família, está a sua marginalização e a sua invisibilização também em matéria sucessória. Vemos então uma indevida e inconstitucional hierarquização dos afetos: aqueles que fogem à estrutura heteronormativa da “família sexual” simplesmente não são dignos de receber herança.

308 Sobre o merecimento e a necessidade de reconhecimento de *status* familiar das uniões poliafetivas, que é plenamente coerente com uma visão civil-constitucional a respeito das famílias na contemporaneidade, recomendamos a leitura da referenciada obra de Valéria Silva Galdino Cardin e Carlos Alexandre Moraes (2018).

309 Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, requerido pela Associação de Direito de Família e das Sucessões.

Transcendendo o paradigma da “família sexual”, por força do respeito ao direito fundamental à liberdade de crença³¹⁰, também devemos reconhecer vínculos familiares decorrentes da religiosidade. Destacamos aqui, em especial, as religiões afro-brasileiras, nas quais pode haver uma relação familiar interna entre os seus praticantes, a chamada “família de santo” (LIMA, 2003; TRAMONTE, 2012, p.389). O Código Civil de 2002 não está aberto às relações entre, por exemplo, “pais” e “filhos de santo”, o que potencialmente marginaliza essas famílias.

Para além do cenário acima descrito, temos ainda outra situação igualmente problemática. Devemos reconhecer que, para além do paradigma da “família sexual”, também existem relações íntimas de amor, afeto e sustento, que não são fundamentadas em laços biológicos nem conjugais, mas que nem por isso deveriam ser marginalizadas pelo Direito. Trata-se de intimidades não-normativas, para as quais não há um vocábulo jurídico específico. Por essa razão, reconhecendo as limitações e inadequações conceituais do termo, seguindo a doutrina de Sue Westwood (2013, p.348), denominaremos tais relações como “amizades”.

Sue Westwood (2013, p.348-352) argumenta que, quando se tratam todos como se fossem heterossexuais, as necessidades dos homossexuais, lésbicas e bissexuais podem não ser adequadamente atendidas. Nesse sentido, a autora sustenta que, com o declínio da família heterossexual tradicional enquanto o único modelo aceito socialmente, e consequente aumento na diversidade das formas de relacionamento, as amizades vêm desempenhando um papel mais central na vida das pessoas, em especial nos estágios mais avançados da vida. Tais relações envolvem o provimento de importantes recursos não-patrimoniais: apoio social; contribuição para o bem-estar físico e mental; cuidado e abrigo apropriados. Ocorre que as normas de sucessão intestada se fundamentam exclusivamente na noção sexual e biológica de família, deixando essas relações não-normativas sem qualquer reconhecimento ou proteção. Na seção seguinte, estudaremos a função expressiva do Direito e como as normas jurídicas reforçam o pensamento social a respeito de determinadas entidades familiares; em razão disso, o atual esquema sucessório reitera e reforça a marginalização, sob o ponto de vista da sociedade, das relações não-normativas.

Nesse contexto, acreditamos que a invisibilidade absoluta da “amizade” (no sentido acima referido) para fins sucessórios é uma abordagem inadequada, que desprivilegia relações íntimas de afeto marcadas pela não-prevalência de critérios biológicos ou sexuais. Esses fatores podem até

310 Constituição Federal, art. 5º, VI.

estar presentes, de forma eventual ou não, mas são irrelevantes para a definição se duas ou mais pessoas são “amigas”. De todo modo, compreendemos que a amizade desempenha um papel significativo na vida das pessoas, papel esse que justifica o amigo do *de cuius* realizar a função sucessória de continuidade por meio da propriedade³¹¹. Nesse sentido, relembramos aqui que, em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles defendeu que a amizade é uma virtude “sumamente necessária à vida”, na medida em que “sem amigos ninguém escolheria viver, ainda que possuísse todos os outros bens”. Para ele, as amizades são um refúgio na pobreza e nos demais infortúnios.

Ethan J. Leib (2007, p.633; p.636) expõe que os ordenamentos jurídicos de modo geral não atribuem consequências à amizade³¹²; conseqüentemente, os amigos, apesar de desempenharem um papel significativo nas vidas das pessoas, são marginalizados na hora da atribuição de direitos ou, em sentido mais amplo, de qualquer proteção jurídica. Dessa forma, o referido autor considera insatisfatória essa atual abordagem jurídica a respeito do *status* de amigo; e defende, assim, os benefícios de o Direito privilegiar o *status* decorrente da amizade. Nesse sentido, Ethan J. Leib (2007, p.642-647) suscita alguns critérios que podem delinear o reconhecimento de uma relação de amizade: voluntariedade; intimidade; confiança; solidariedade; reciprocidade; assistência mútua; duração no tempo; eventuais conflitos e as formas como eles se solucionam.

David L. Chambers (2001, p.1348-1357) propõe a criação do *status* de *designated friends* como uma forma de atribuir efeitos jurídicos aos casos em que certas pessoas, apesar de manterem vínculos de afetividade e intimidade, não tem interesse em formar um casal. A proposta de Chambers é no sentido de que essas pessoas registrem tais relações para obter certos benefícios e assumir certas responsabilidades, em especial relacionadas ao cuidado para com o outro em caso de doenças ou outras situações de vulnerabilidade. Para o autor, muitos indivíduos têm alguém em sua vida com quem, mesmo não havendo propósito de constituir um casal, mantém uma forte conexão e, inclusive, um senso de responsabilidade e cuidado em momentos de crise. Assim, Chambers pretende que se assegure proteção jurídica a tais relacionamentos, independentemente de coabitação, envolvimento romântico ou sexual, gênero, ou vínculo biológico. De todo modo, ilustrativamente, o *designated friend* seria legítimo para, por exemplo, tomar decisões substitutas para intervenções médicas pelo amigo em momentos nos quais este está impossibilitado de

311 Remetemos o leitor à seção 3.2.4, onde estudamos a noção de continuidade aplicada ao Direito das Sucessões.

312 Identificamos algumas poucas consequências jurídicas do *status* de amizade. A título ilustrativo, a amizade íntima como causa de suspeição do magistrado, conforme art. 145, I do Código de Processo Civil de 2015.

manifestar vontade. Por fim, David L. Chambers entende que de tais relações haveria consequências sucessórias; não por uma presunção de dependência financeira ou confusão patrimonial entre os *designated friends*, mas por respeito a uma vontade presumida do *de cuius*. Peter P. Gelzini (2012, p.546) igualmente reconhece que os Estados devem agir para promover e proteger juridicamente os vínculos de amizade.

Reconhecemos que a atribuição de direitos hereditários decorrentes do vínculo de amizade, por si só, foge da lógica familiar a partir da qual estruturamos a noção de sucessão *ab intestato*. Ocorre que, das lições acima expostas, depreendemos que a valorização jurídica de vínculos que envolvem cuidado, afeto e dependência é consistente com os fundamentos da vocação hereditária. O chamamento à herança de pessoas nessas circunstâncias atende às justificativas tradicionais das normas de sucessão intestada: tanto a vontade presumida do falecido quanto os deveres deste para com pessoas próximas a ele. Numa visão civil-constitucional, essa proximidade a que nos referimos não decorre exclusivamente da biologia, mas também justamente das relações de cuidado, afeto e dependência. Relembramos as lições de João Baptista Villela (1979, p.408), que enxergava na ideia de família muito mais a importância do amar e do servir do que do procriar. Aqui, ressaltamos que afeto não se restringe a afeto sexual ou amoroso em sentido romântico.

Podemos tomar como exemplo uma pessoa idosa que mora em Salvador e é proprietária de alguns imóveis. Seus únicos parentes sucessíveis vivos são sobrinhos-netos que vivem em São Paulo. Estes sobrinhos-netos paulistanos não têm interesse algum em cuidar da tia-avó soteropolitana, que só lhes exigiria cuidado integral e, em sua visão, só lhes daria dor de cabeça. Nenhum cogitaria se mudar para Salvador para prestar assistência a ela. A senhora idosa, lúcida, também não tem interesse em ir para São Paulo. Ela divide um apartamento com uma amiga de mesma idade há muitos anos, uma cuidando da outra e sempre velando para evitar acidentes. As compras da residência são feitas por uma vizinha, sempre prestativa. Outro vizinho é quem acompanha essa senhora nas consultas médicas. Essa senhora vem se responsabilizando, há muitos anos, pelo pagamento das mensalidades escolares e universitárias da filha de um amigo. Quando essa idosa morrer, sem deixar testamento, seus sobrinhos-netos tudo herdarão.

Do exemplo acima descrito, depreendemos que a sucessão intestada codificada contribui para que o discurso sobre valorização jurídica da solidariedade (que engloba cuidado e dependência) e do afeto seja apenas retórica sem aplicação prática no âmbito do Direito das

Sucessões. Consideramos que o paradigma familiar do direito sucessório, se tomado como absoluto, leva a distorções que contrariam os próprios fundamentos da sucessão hereditária.

Nesse sentido, ressaltamos aqui, ainda, a crítica de Frances H. Foster ao fato de que o “paradigma familiar” do Direito das Sucessões deixa de fora pessoas que, na visão tradicional, não eram membros da família do *de cuius*, apesar de com ele terem mantido relações próximas de intimidade ou de dependência. Para Foster (2001, p.240), esse paradigma premia a biologia e o *status* familiar acima de necessidade, merecimento ou afeto, presumindo que membros da família são mais dignos de herdar do que terceiros, independentemente de sua relação concreta para com o morto. Segundo a autora, essa abordagem privilegia inclusive os *laughing heirs*; trata-se dos assim chamados “herdeiros do riso”, aqueles parentes cujo anúncio da morte do *de cuius* é marcado não pelo luto, mas pela alegria decorrente da perspectiva de receber a herança. Na medida em que não mantinham qualquer vínculo afetivo com o falecido, a morte é encarada por esses sucessores como um evento positivo, significando meramente a possibilidade de enriquecimento. Não conseguimos visualizar de que maneira beneficiar tais “herdeiros do riso” atenderia a ambos os critérios orientadores da sucessão *ab intestato* (vontade presumida do morto e seus deveres para com pessoas próximas).

Defendemos, assim, que em circunstâncias excepcionais a sucessão *ab intestato* pode ir além do paradigma familiar, especificamente para prestigiar vínculos de afeto, cuidado e dependência mantidos pelo falecido. Trata-se de valorizar mais o conteúdo dessas relações, no sentido de solidariedade e afetividade, do que simplesmente o *status* formal (pertencimento ou não à mesma família). Trata-se também de maneira de melhor atender aos critérios orientadores da sucessão intestada.

Conclusivamente, identificamos que o Direito das Sucessões brasileiro se mantém preso a uma visão conservadora e heteronormativa de família – a noção de “família sexual”. Na seção anterior, vimos que determinadas famílias são prejudicadas porque são obrigadas a se sujeitar à vocação hereditária estruturada com base no casamento e na biologia; na presente seção, a situação ainda é pior, porque os arranjos não-normativos sequer são convidados a ingressar no campo do Direito das Sucessões. Compreendemos que vivências não-heteronormativas que não conseguem se reduzir, nem mesmo por analogia, ao referido paradigma acabam excluídos da moldura estabelecida pelas normas de sucessão *ab intestato*. Consequentemente, famílias *queer*, que fogem

da estrutura hegemônica, são totalmente invisibilizadas em matéria sucessória – o que constitui uma inconstitucional hierarquização entre entidades familiares. Por outro lado, esse mesmo paradigma da “família sexual” igualmente impede a atribuição de direitos decorrentes de “amizades”, relações íntimas sem caráter romântico ou sexual, ainda que estas sejam qualificadas por solidariedade (cuidado e dependência) e afeto.

5.2.3 A função expressiva do Direito das Sucessões e seus reflexos nas famílias não-tradicionais

Nas seções anteriores, vimos como o Direito das Sucessões aplica indistintamente uma mesma vocação hereditária – fundada na biologia e no *status* – a todas as entidades reconhecidas como familiares, independentemente de suas próprias peculiaridades estruturais, necessidades e anseios. Também observamos como outras relações íntimas vividas pelo *de cuius* são invisibilizadas por não se encaixarem, nem mesmo por analogia, ao paradigma da “família sexual”. Dessa marginalização em matéria hereditária decorre um óbvio efeito imediato: a falta de proteção patrimonial adequada no momento da morte. Ocorre que há também outro efeito, muitas vezes ignorado, todavia com consequências nefastas. Trataremos, na presente seção, da função expressiva do Direito das Sucessões.

Segundo a teoria da função expressiva do Direito, não apenas as concepções sociais influenciam as normas jurídicas, mas a recíproca também é verdadeira. De acordo com Cass R. Sunstein (1996, p.2024), a função expressiva do Direito consiste em a norma jurídica passar determinada mensagem, em vez de diretamente controlar comportamentos. As atitudes que as pessoas tomam e as crenças que elas desenvolvem muitas vezes são decorrentes daquilo que a lei diz; dessa forma, da função expressiva do Direito decorrem os efeitos das normas jurídicas nas normas sociais prevalentes. Assim, muitas vezes a mensagem passada pela lei é pensada como uma forma de dar novos direcionamentos às normas sociais (SUNSTEIN, 1996, p.2051). Em decorrência da função expressiva do Direito, as preferências pessoais são afetadas pelas normas jurídicas existentes. Ilustrando o fenômeno, Shelly Kreiczler-Levy (2013, p.302) menciona que as pessoas tendem a manter nos contratos as normas supletivas, que poderiam ser afastadas pela vontade das partes. Podemos dar outros exemplos: determinada visão social a respeito do aborto

ou do consumo de certas drogas certamente é influenciada pelo fato de, naquela jurisdição, tais práticas serem permitidas ou criminalizadas.

Gary E. Spitko (1999, p.1099-1101) trouxe para o Direito das Sucessões a noção de função expressiva do Direito, ressaltando as mudanças nas normas culturais que podem ser provocadas pelo direito hereditário. Segundo o mencionado autor, o Direito tem um grande potencial de ensinar ou reforçar valores; aqueles sujeitos que sentem os efeitos das normas jurídicas, em si mesmos ou nos outros, acabam aprendendo a quem o ordenamento jurídico respeita e quem ele ignora, bem como quem recebe da lei privilégios ou desvantagens. Conforme Spitko, as normas jurídicas sobre sucessão *ab intestato* não apenas refletem, mas também ajudam a moldar e a manter as normas sociais sobre família. A título ilustrativo, Spitko conclui especificamente afirmando que, com a extensão de direitos hereditários em favor de parceiros do mesmo sexo, o Direito das Sucessões pode contribuir para a mudança de como a sociedade enxerga os homossexuais e as lésbicas, além da forma como essas pessoas enxergam a si mesmas.

Semelhantemente, Ronald J. Scalise Jr (2006, p.199) argumenta que a estrutura da sucessão intestada promove certos deveres sociais e morais. As normas de vocação hereditária têm função expressiva, no sentido de que elas refletem quais são as relações favorecidas ou desfavorecidas em determinada sociedade. O autor ilustra seu argumento: se uma jurisdição coloca os filhos em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, aquela sociedade está comunicando que filhos são importantes e devem ser protegidos pelos pais mesmo após a morte destes. Por outro lado, segundo Scalise Jr, se uma jurisdição se recusa a reconhecer efeitos sucessórios decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo, a mensagem que se passa é que, naquela sociedade, tais arranjos familiares são desencorajados ou até mesmo desaprovados. O mencionado autor questiona em até que medida as normas de vocação hereditária desempenham o seu papel pedagógico, na medida em que, ao menos em relação ao *de cuius*, ele já está morto quando elas se aplicam; entretanto, ele admite que, ao ser reconhecido ou não como herdeiro, a pessoa consegue identificar se a sociedade prestigiava ou não o vínculo familiar do qual ela fazia parte com o falecido (SCALISE JR, 2006, p.206). Por fim, Ronald J. Scalise Jr (2006, p.219) aduz que as normas de sucessão intestada devem se adaptar às sociedades modernas³¹³, refletindo as preferências e desejos sociais; caso isso não seja feito, a legislação passa uma mensagem inadequada, além de não assegurar o devido tratamento a todos.

313 “Modern laws, though, must adapt to modern societies” (SCALISE JR, 2006, p.219).

Sem mencionar de forma expressa a questão da função expressiva do direito, Susan N. Gary (2000, p.12-13) argumenta que o reconhecimento da família por meio da distribuição de herança traz em si não apenas benefícios econômicos, mas também, de forma igualmente importante, benefícios psicológicos. A referida autora sustenta que as alterações legais no regime sucessório, buscando a adequação às mudanças nas percepções sociais sobre “família”, também refletem o tipo de entidades familiares que aquela determinada sociedade apoia. Assim, para a doutrinadora, o reconhecimento de direitos sucessórios em benefício de certas estruturas familiares corresponde à visão que aquela sociedade tem do que uma família é ou do que uma família deve ser.

Shelly Kreiczer-Levy (2013, p.303) ressalta o poderoso papel da função expressiva da sucessão intestada: controlando a distribuição póstuma da propriedade, elas não apenas refletem as normas sociais, mas também ajudam a moldar e a manter essas normas. Na medida em que a vocação hereditária legal normalmente direciona o patrimônio do morto dentro de sua família, ela comunica uma mensagem sobre quem é considerado membro da família aos olhos da lei. Dessa forma, há graves consequências quando diversos tipos não-tradicionais de família são marginalizados em matéria sucessória; o próprio fato de a lei contemplar ou deixar de contemplar certas estruturas familiares é refletido no modo como a sociedade enxerga essas modalidades de família (KREICZER-LEVY, 2013, p.306). O mesmo se aplica às relações não-familiares mantidas pelo *de cuius*, como por exemplo com seus amigos ou até mesmo com aqueles que são seus parentes por vínculo de afinidade (KREICZER-LEVY, 2013, p.303).

Com base na teoria da “função expressiva”, tiramos algumas conclusões sobre o direito sucessório codificado no Brasil. Quando o Código Civil de 2002 delinea a ordem de vocação hereditária com base em vínculos biológicos³¹⁴ ou formais (casamento e adoção), o legislador passa a clara mensagem de que esse é o modelo de família prestigiado por nosso ordenamento. Assim, é reforçada aos olhos da sociedade aquela noção de “família tradicional brasileira”. Semelhantemente, ao impor uma única vocação hereditária, sob o fundamento da isonomia formal entre famílias, a legislação reforça a ideia de que o chamamento tradicional é suficiente para todos, não sendo relevantes as particularidades, necessidades e anseios de cada arranjo familiar. Desse modo, a sociedade reforça a sua noção de que as peculiaridades dessas entidades são de menor

314 Reiteramos aqui nossa crítica ao artigo 1.593 da codificação, que trata o parentesco biológico como o “natural”. Se adotarmos aqui a teoria da função expressiva, veremos que o Código passa uma mensagem muito clara à sociedade: família não biológica é anormal, é desviante, não é natural.

importância e que, para fruírem dos direitos estabelecidos em lei, elas devem se adaptar ao modelo tradicional. Por fim, ao negar reconhecimento e tutela sucessória a determinados modelos não-normativos de família, que fogem do paradigma da “família sexual”, o legislador reforça a visão negativa contra esses modelos, considerados de segunda categoria, “anormais”, desviantes ou até mesmo indesejados pelo ordenamento. Até mesmo os membros dessas famílias não-tradicionais correm o risco de enxergarem a si próprios com uma percepção negativa ou de inferioridade.

Um exemplo do quanto expusemos acima se encontra na lamentável decisão do Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000. Negando a possibilidade de famílias poliafetivas declararem a sua própria existência por escritura pública, o Conselho Nacional de Justiça lhes negou acesso ao mundo do Direito – e conseqüentemente eliminou direitos, inclusive os sucessórios, decorrentes desse arranjo. Entretanto, ainda mais grave é a afirmação, contida na decisão, no sentido de que “uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social”. Os Conselheiros expressamente passaram a mensagem de que as escolhas de vida de determinadas pessoas são repugnantes e contrárias à lei. Dúvidas não há de que uma decisão dessas influencia negativamente a forma como a sociedade, a jurisprudência e os próprios conviventes nesses arranjos enxergam esse modelo de família. Ao textualmente dar à poliafetividade contornos de ilicitude, a decisão do Conselho Nacional de Justiça tem a função expressiva de moldar e manter as tradicionais normas sociais sobre o tema, desencorajando tais vivências, em detrimento do mandamento constitucional de promoção da dignidade humana, inclusive em matéria familiar.

A Constituição Federal de 1988 adota como paradigma a tutela da pessoa humana. Nesse sentido, prestigia a família enquanto base da sociedade e, também, como espaço privilegiado de desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros. Por essas razões, compreendemos que o texto constitucional veda a hierarquização entre famílias, no sentido de se considerar que um modelo é melhor, mais privilegiado ou mais digno de direitos do que os outros. Conseqüentemente, se a legislação sucessória passa à sociedade a mensagem de que as necessidades peculiares de determinadas famílias são irrelevantes, ou implica que certos arranjos devem necessariamente se adaptar ao modelo dito tradicional para terem acesso à vocação hereditária, ou reforça a visão social negativa em detrimento de determinados modelos familiares, tal legislação padece de inconstitucionalidade. Normas assim reforçam a visão social de que certas famílias importam e outras não; de que certas famílias são desejadas e outras não. Normas assim são incompatíveis com um Direito Civil-Constitucional.

Por fim, ressaltamos ainda que a função expressiva da ordem de vocação hereditária pode ser refletida inclusive na sucessão testamentária. Como mencionamos, aqueles beneficiados pela sucessão legítima são tidos socialmente como os naturais beneficiários do afeto (e, conseqüentemente, do patrimônio) do *de cuius*. A própria doutrina do Direito das Sucessões reforça esse posicionamento, conforme todas as citações acima feitas. Por essa razão, disposições testamentárias feitas em benefício de terceiros, não pertencentes à noção tradicional de quem deveria ser sucessor, podem ser socialmente vistas como aberrações, anomalias, fatos que fogem à normalidade esperada do fenômeno sucessório. Por um lado, esse fator pode, em si mesmo, servir de desincentivo à feitura do testamento que beneficiaria aquelas pessoas próximas ao potencial testador e não contempladas pela sucessão legítima. Por outro lado, se o juízo sucessório, influenciado pela função expressiva da ordem de vocação hereditária, entende que certas relações não são naturais ou adequadas, ele potencialmente tenderá a identificar vícios no testamento que impeçam o seu registro e cumprimento. Nesse sentido, Jeffrey G. Sherman (1981, p.227; p.267) concluiu que, em um contexto social homofóbico, no qual a relação entre pessoas do mesmo sexo é vista com desconforto e reprovação, há uma maior possibilidade de invalidação de deixas testamentárias em favor do parceiro de mesmo sexo do testador. Esse é um dos motivos pelos quais entendemos que não podemos confiar apenas na sucessão testamentária como mecanismo adequado de correção das insuficiências da sucessão legítima, como trataremos na seção 5.6.

5.3 PROBLEMAS DO PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE CLASSES E DO PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE GRAUS DENTRO DE CADA CLASSE

Na seção 5.2, criticamos a invisibilidade das famílias não-tradicionais, e de outras relações íntimas mantidas pelo *de cuius*, em relação ao chamamento a suceder. Na presente seção, veremos que a sucessão intestada codificada é insuficiente para atender adequadamente até mesmo àquelas pessoas que são efetivamente convidadas a integrar a sua estrutura. No Código Civil, a excessivamente rígida divisão dos possíveis sucessores em classes e graus hierarquiza os vínculos familiares mantidos pelo *de cuius*. A inflexibilidade da legislação pode levar a resultados que contrariam não apenas determinados mandamentos constitucionais, mas também os fundamentos e funções da herança, de um lado, e as próprias premissas que, como vimos na seção 5.1, devem

ser respeitadas pela ordem de vocação hereditária (equilíbrio entre a vontade presumida do morto e os deveres deste para com determinadas pessoas).

Ao estabelecer uma ordem de vocação hereditária, o legislador separou os potenciais sucessores do morto em classes e, dentro de cada classe, em graus. Conforme o Código Civil de 2002, essas classes são: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais até o quarto grau. Um dos princípios basilares da nossa sucessão intestada é o da preferência de classes: a classe mais próxima exclui a mais remota. Assim, por exemplo, ascendentes só serão chamados à sucessão caso inexistam qualquer descendente que possa ou queira aceitar a herança. A exceção fica por conta do cônjuge – e, por equiparação, do companheiro –, que, apesar de ter sido posto em terceiro lugar na ordem de chamamento, concorre com descendentes a depender do regime de bens, e na ausência de descendentes concorrerá com os ascendentes, não importando o regime de bens nesse caso.

Semelhantemente, há o princípio da preferência de graus dentro de cada classe. A lógica é que, em cada classe de sucessores, o grau mais próximo exclui o mais remoto, ressalvada a possibilidade de haver direito de representação quando a lei assim o autorizar. Dessa forma, netos só serão chamados à sucessão na inexistência de filhos sucessíveis, a menos que estejam excepcionalmente representando filho pré-falecido. Do mesmo modo, na ausência de descendentes, os avós somente serão chamados a suceder na hipótese de não haver genitor que possa ou queira aceitar a herança.

À luz da metodologia civil-constitucional, partimos do pressuposto de que a ordem de vocação hereditária é uma opção legislativa que deve ser conformada pela Constituição Federal. O problema é que o legislador brasileiro optou por uma única ordem, genérica e rígida, baseada em uma família abstrata. Desse grau de abstração, decorre que, em determinadas circunstâncias, o chamamento por classes e graus, com o mais próximo excluindo o mais remoto, viola a Constituição Federal. Nesse contexto, questionamos: os descendentes devem mesmo estar sempre e em qualquer hipótese em primeiro lugar?

Comumente encontramos determinadas justificativas para a ordem de vocação hereditária nos moldes da que foi adotada pelo Código Civil de 2002. Jeremy Bentham (1864, p.180) já afirmava que os descendentes devem vir em primeiro lugar em razão de uma superioridade de

afeição; para ele, qualquer outro arranjo seria contrário à inclinação do *de cujus*³¹⁵. Semelhantemente, de acordo com Luigi Miraglia (1943, p.568), os descendentes herdam em primeiro lugar porque o amor é mais intenso. Em Giselda Hironaka (2014, p.359-360), aprendemos que a fórmula latina *amor primum descendit, deinde ascendit* (“o amor primeiro desce, depois sobe”) vem sendo utilizada para justificar que os descendentes sejam o primeiro grupo vocacionado a suceder, em detrimento dos ascendentes, “pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor, quiçá sobrevivente à sua morte”. A mesma ideia encontramos em Francesco Ricci (1916, p.11).

Nesse suposto amor intenso e mais vivo também acreditava Washington de Barros Monteiro (2011, p.103); o mencionado autor também afirmava que “a lei prefere os descendentes aos ascendentes por óbvias razões de continuidade da vida humana, a qual deve se alicerçar sobre energias novas e vigorosas”. Por sua vez, em sentido muito parecido, Dolor Uchoa Barreira (1967, p.132) vê como fundamento da vocação dos descendentes a continuidade da vida humana sobre energias novas e vigorosas, além do atendimento à vontade presumida do *de cujus*, que aos filhos dedicava “mais intenso e vivo amor”. Já Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.214) defende que os filhos, “pela juventude e inexperiência de vida são os que mais precisam do auxílio financeiro para se encaminhar na vida”.

Entendemos pela inadequação e no anacronismo das presunções acima mencionadas. Em primeiro lugar, a menção à “juventude e inexperiência de vida” não tem respaldo em qualquer estatística. Conforme já mencionamos na seção 3.3.3, na medida em que o brasileiro tem expectativa de vida de 76 anos, é sem sentido imaginar que o fenômeno hereditário necessariamente envolve jovens órfãos; no momento da morte do *de cujus*, o herdeiro médio já está inserido no mercado de trabalho, podendo obter subsistência por suas próprias forças.

Pela mesma razão acima mencionada, afastamos a teoria das energias novas e vigorosas. Sendo esse o fundamento determinante da ordem de vocação hereditária, não faria sentido, olhando internamente para a classe dos descendentes, o grau mais próximo excluir o mais remoto.

315 Bentham igualmente encontra na “superioridade de afeição” o fundamento pelo qual o irmão bilateral deve receber o dobro daquilo que receberá o irmão unilateral: “two ties attach me to my brother but only one to my half-brother”. Essa lógica é adotada pelo Código Civil de 2002 (art. 1841). Acreditamos que se trata de um apego anacrônico à biologia; não há fundamento, à luz da Constituição, que justifique a hierarquização de afetos fraternais com base exclusivamente na intensidade do vínculo biológico.

Certamente os netos têm energias mais novas e vigorosas do que os filhos do *de cuius*. Imaginamos que poderia ser argumentado que o deferimento de herança diretamente aos netos (ou mesmo bisnetos) contribuiria para a divisão excessiva do patrimônio. Esse argumento não procede; de acordo com o que estudamos na seção 3.3.4, especificamente nos casos de patrimônios hereditários vultosos, essa repartição seria totalmente compatível com a Constituição Federal, na medida em que ajudaria a evitar a função antissocial da herança, qual seja, a importância do capital passado para a concentração de riqueza no futuro. Além disso, no caso em que os netos são crianças, adolescentes ou jovens, e os filhos adultos capazes de prover o próprio sustento, o princípio dos melhores interesses em tese exigiria a delação da herança àqueles, e não a estes. Contudo, esse não foi o desenho traçado pelo legislador, demonstrando que a opção legislativa é inconsistente com a teoria das energias novas e vigorosas.

Por outro lado, o primeiro problema da teoria da afeição mais intensa do *de cuius* por seus descendentes é que se trata de uma ficção jurídica, uma presunção legislativa abstrata, fundada exclusivamente em um modelo específico de família. Orlando Gomes (1955, p.130-132) há muito já alertava que a inércia na reconstrução da técnica jurídica decorre, entre outros fatores, do apego excessivo às ficções. Muitas vezes a referida presunção será adequada à realidade; entretanto, não podemos ignorar que em muitas oportunidades ela será insuficiente para corresponder às reais afeições do falecido. Na verdade, identificamos aqui mais uma tentativa legislativa de normatizar a ideia de família, ou seja, de determinar como a dinâmica da família deve ser, como os afetos devem ser. Isso potencialmente contraria os interesses fundamentais daquelas pessoas cuja dinâmica familiar não corresponde ao modelo abstrato da lei. A título ilustrativo, se um sujeito mantinha simultaneamente vínculos intensos de afeto e cuidado (moral e material) para com seus filhos, seus irmãos e seus pais, a hierarquização desses vínculos com base em presunções abstratas é simplesmente uma postura arbitrária do legislador. Entendemos que não cabe à lei determinar de forma absoluta qual afeto é mais ou menos importante, se nas circunstâncias concretas ficar demonstrado que a realidade contraria a norma. Como Shelly Kreiczler-Levy (2013, p.303) bem ressalta, a preferência sucessória dos filhos é decorrente da ideia de família nuclear, em oposição à ideia de família multigeracional estendida; por essa razão, este último modelo familiar, apesar de ter ganhado importância social, continua marginalizado no que diz respeito à herança.

O segundo problema da teoria da afeição mais intensa do *de cuius* por seus descendentes é que, ainda que desconsideremos o quanto afirmado no parágrafo anterior, ela não se sustenta

sozinha em nosso sistema. Como aprendemos com Pontes de Miranda (1968, p.190), a hereditariedade não supõe necessariamente nexos de afetividade: “pode herdar quem o de cujo odiava, ou quem odiava o falecido”. Não estamos aqui de maneira alguma falando que a afeição é irrelevante; o problema é que ela não se trata da única base sobre a qual a vocação hereditária se sustenta. Resumir-se à vontade presumida do morto é uma atitude excessivamente voluntarista, incompatível com a metodologia civil-constitucional. Desse modo, como vimos na seção 5.1, também há o fundamento dos deveres do falecido para com determinadas pessoas próximas a ele. O chamamento à herança envolve noções de afetividade, mas também é conformado pela noção constitucional de solidariedade e de deveres; e esse é justamente o aspecto indevidamente negligenciado pela teoria ora em comento, motivo pela qual a consideramos inadequada. Na seção 3, compreendemos que a solidariedade, notadamente a solidariedade familiar, conforma e funcionaliza o direito subjetivo à herança. No campo da sucessão testamentária, isso implica restrições quantitativas à liberdade de testar, como analisamos na seção 4.1.2.1. Por outro lado, no campo da sucessão *ab intestato*, a incidência do princípio constitucional da solidariedade determina que sejam chamados certos sujeitos em relação a quem o falecido tinha vínculos, notadamente aqueles qualificados por uma relação de dependência material.

É na existência desses deveres do morto para com certas pessoas próximas a ele que encontramos o fundamento para nosso argumento de que o chamamento à herança não está sempre necessariamente relacionado às afeições concretas do morto. Os dois elementos basilares da ordem de vocação hereditária devem estar equilibrados, o que não significa que ambos serão atendidos em igual escala a todo o tempo. Havendo circunstâncias de maior vulnerabilidade e necessidade, a noção de deveres do *de cuius* terá mais força; não havendo essas relações de dependência tão significativas, as afeições do falecido poderão desempenhar um papel mais importante na construção do chamamento à herança. Por essa razão, discordamos de Paulo Lôbo (2011, p.09) quando ele compreende que, para efeitos sucessórios, há uma presunção de afetividade nas relações entre pais e filhos, ainda que esse afeto não se verifique na realidade. Na verdade, acreditamos que o chamamento à herança dos descendentes, nos casos em que não há afeição concreta, não é justificado por si só uma afetividade presumida, mas sim por força da presunção da lei no sentido de que o morto tinha um dever especial de proteção patrimonial para com os seus filhos.

O Código Civil de 2002 presumiu que os referidos deveres do *de cuius* em primeiro lugar são para com seus descendentes. Tal presunção pode até corresponder à realidade, notadamente em

nos casos em que os descendentes são crianças, adolescentes ou jovens; nessa hipótese, devem prevalecer os seus melhores interesses. Nessas circunstâncias, a preferência em receber o patrimônio hereditário está em conformidade, de um lado, com a função da herança de contribuir para o desenvolvimento da personalidade do sucessor; e, de outro, com o dever da família, da sociedade e do Estado de lhes assegurar com absoluta prioridade a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização e, de modo geral, a dignidade³¹⁶. Também há coerência plena com o mandamento constitucional relativo aos deveres assistência, criação e educação dos pais em relação aos filhos menores³¹⁷.

Ocorre que a presunção legislativa acima mencionada muitas vezes não corresponde à realidade, notadamente quando os descendentes já se encontram plenamente inseridos no mercado de trabalho. Isso por si só não lhes tornaria desmerecedores do chamamento à sucessão, na medida em que, como vimos na seção 3.3.3, a função familiar da herança não pressupõe necessariamente incapacidade para o trabalho. O problema todo se encontra quando, nas referidas circunstâncias, há também outras pessoas, aí sim verdadeiramente dependentes do *de cuius*, que nada receberão porque se encontram em uma classe de parentesco considerada mais distante (e, portanto, menos merecedora de herança). Os deveres concretos do falecido para com essas pessoas reais são invisibilizados porque o legislador arbitrariamente considerou que elas sempre merecerão menos proteção sucessória do que os descendentes. Isso é particularmente problemático na hipótese em que os ascendentes são idosos materialmente dependentes do morto, na medida em que há um mandamento constitucional no sentido de que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”³¹⁸. Por todos os fundamentos e funções do direito hereditário, que trabalhamos na seção 3, não podemos admitir que esses deveres se extingam com a morte. Igualmente, a Constituição também impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas³¹⁹. Desse modo, quando esses ascendentes idosos e dependentes do morto são injustificadamente preteridos da sucessão por descendentes hábeis a prover o próprio sustento, há uma patente inconstitucionalidade da ordem de vocação hereditária codificada.

316 Constituição Federal de 1988, art. 227, *caput*.

317 Constituição Federal de 1988, art. 229, primeira parte.

318 Constituição Federal de 1988, art. 229, segunda parte.

319 Constituição Federal de 1988, art. 230, *caput*.

Ressaltamos, ainda, que esse amparo do Direito das Sucessões a potenciais sucessores idosos sequer precisaria necessariamente ser atendido com a atribuição de um quinhão; a título ilustrativo, a lei poderia lhes reconhecer um direito real de habitação, como faz em favor do cônjuge em determinadas circunstâncias³²⁰. Entretanto, a sucessão intestada no Código Civil de 2002 invisibiliza os deveres do falecido para com eventuais ascendentes idosos, considerando-os menos merecedores de proteção do que os presumidos deveres para com os descendentes.

A título ilustrativo, imaginemos que um sujeito tem, de um lado, um filho plenamente capaz para o trabalho, já inserido no mercado e provendo o próprio sustento; de outro lado, tem também uma mãe idosa, cuja idade bastante avançada lhe impossibilita o desenvolvimento de qualquer atividade econômica. Ademais, a parca aposentadoria percebida por essa idosa não é suficiente para lhe assegurar o sustento digno, razão pela qual ela reside com seu filho, que também lhe acompanha em consultas médicas e em todas as outras demandas do dia a dia. Se esse sujeito morrer, o Código Civil de 2002 chamará à herança o seu respectivo filho, deixando a sua mãe idosa sem qualquer proteção em matéria sucessória. Por um lado, o Direito das Sucessões arbitrariamente hierarquiza ambas as relações familiares vividas pelo *de cujus*; por outro lado, ignora completamente os deveres que este tinha para com a sua mãe idosa.

Ao hierarquizar afetos no chamamento à herança, o legislador ignorou que sua ordem de prioridades pode, a depender das circunstâncias concretas, não corresponder às afeições reais do falecido nem estender a adequada proteção sucessória àqueles que dele mantinham vínculos de dependência material. Semelhantemente, apesar do envelhecimento geral da população brasileira, o legislador continuou presumindo *jure et de jure* que predominantemente os descendentes do *de cujus* terão maior dependência do que os ascendentes dele – o que nem sempre condiz com a realidade. O Código Civil de 2002 presume que, em matéria de vocação hereditária, sempre prevalecerá o melhor interesse da criança e do adolescente, ignorando a possibilidade de também incidir o princípio de amparo aos idosos.

Acreditamos que o problema na verdade está na excessiva rigidez da ordem de vocação hereditária estabelecida pelo legislador: o artigo 1829 não possui qualquer abertura a circunstâncias concretas. Dessa rigidez decorre que, fechando-se de forma absoluta às peculiaridades de cada

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

fenômeno hereditário, o Código Civil de 2002 é potencialmente insuficiente para encontrar um equilíbrio entre os dois elementos orientadores da ordem de chamamento à herança (vontade presumida do defunto e deveres deste para com pessoas próximas a ele). Até concedemos que o legislador tenha de eleger uma presunção *default* de afeto e deveres; o que não aceitamos é que o modelo abstrato da lei prevaleça sobre as relações de afeto e de deveres que existem na realidade. Entendemos pela inconstitucionalidade da vocação hereditária do artigo 1829 quando, no caso concreto, ela injustificadamente priorize uma relação de afeto em detrimento de outra, se ambas tiverem na realidade a mesma intensidade; ou quando, nas circunstâncias particulares do caso, ela deixe desprotegidas pessoas para quem o *de cuius* tinha deveres de cuidado e sustento – até mesmo os seus pais idosos, pelas razões acima expostas. Todos esses problemas virtualmente seriam resolvidos se a lei autorizasse o juízo sucessório a levar os referidos fatores em consideração; entretanto, não se trata da opção do Código Civil de 2002, que prefere um esquema inflexível de sucessão *ab intestato*.

Dessa excessiva rigidez da ordem de vocação hereditária decorre também a nossa próxima crítica à sucessão intestada: seu foco em questões de isonomia formal, ignorando por completo considerações de isonomia material.

5.4 O DESRESPEITO À ISONOMIA MATERIAL

A vocação hereditária intestada não se esgota no chamamento de determinadas pessoas à sucessão; ela também envolve a distribuição de quinhões hereditários para quem foi reconhecido por lei como sucessor. Aqui, assim como na seção anterior, predomina uma excessiva rigidez, que decorre da tentativa acrítica de respeito à isonomia formal. Verificaremos na presente seção como essa estrutura rígida da distribuição de herança pode padecer de inconstitucionalidade quando insiste em permanecer absolutamente fechada a considerações de isonomia material. Compreenderemos que o tratamento sucessório formalmente isonômico é de grande importância; contudo, também encontraremos critérios que, à luz da Constituição Federal, autorizam o tratamento diferenciado entre sucessores em atenção a circunstâncias excepcionais.

Encontramos em Lawrence Friedman (2009) uma história para ilustrar a rigidez das normas regulamentadoras da sucessão *ab intestato*. O mencionado autor conta: Mary Anne, uma viúva rica,

morreu sem deixar testamento. Ela deixou duas filhas e dois filhos, todos adultos. Uma das filhas é casada com um milionário; a outra recebe um baixo salário, tendo dois filhos para criar e muito pouco dinheiro. Um dos filhos se mudou para a Austrália vinte anos antes, tendo ganhado muito dinheiro e nunca mais entrado em contato com a mãe; o outro, atualmente em estado precário de saúde, nunca se casou, sempre viveu com Mary Anne, tomando conta dela dia e noite enquanto ela envelhecia e se fragilizava. Na medida em que Mary Anne nunca testou, a lei dividirá o seu patrimônio hereditário em quatro partes iguais e cada filho receberá o mesmo valor. O que as pessoas precisam ou merecem não faz qualquer diferença.

5.4.1 A importância da isonomia formal em matéria sucessória

A necessidade e o merecimento das pessoas chamadas à sucessão não fazem qualquer diferença porque o Direito das Sucessões codificado atualmente se molda predominantemente pela igualdade formal³²¹. A lógica da qual parte o Código Civil de 2002 é: pessoas na mesma classe hereditária devem receber, na sucessão *ab intestato*, o mesmo quinhão em termos quantitativos, sem distinções de qualquer natureza. *A priori*, trata-se de uma postura adequada, coerente com a primeira parte do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³²². Em se tratando de filhos, particularmente, há mandamento constitucional expresso no sentido de lhes assegurar os mesmos direitos³²³ – aqui incluídos, obviamente, os direitos sucessórios. De todo modo, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.12), o princípio da igualdade veda o tratamento desuniforme às pessoas. Trata-se de norma voltada tanto para o legislador quanto para o aplicador

321 Usamos aqui o termo “predominantemente” porque o Código desequipara irmãos em razão de sua origem (se bilaterais ou unilaterais), conforme o artigo 1.841. Esse tratamento distinto com base na biologia é problemático ao nosso ver e por si só merece uma análise quanto à sua constitucionalidade. Por outro lado, apesar de concorrerem estando na mesma posição de chamamento à herança, o cônjuge (e por analogia o companheiro) tem um tratamento mais favorável que os descendentes, pois em determinadas circunstâncias é assegurado àqueles o direito real de habitação relativo ao imóvel destinado à residência da família, conforme artigo 1.831; e também é assegurado ao cônjuge (consequentemente também ao companheiro) uma reserva mínima de 25% da herança, quando for ascendentes dos herdeiros com que concorrer, conforme artigo 1.832. Ascendentes também podem receber quinhões distintos, caso haja igualdade em grau e diversidade em linha, conforme artigo 1.836, §2º.

322 Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*. 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.

323 Art.227, § 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 filiação.

da lei; “não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” (MELLO, 2011, p.09).

Como defendemos na seção 5.1, a sucessão intestada não é um dado, é um construído. Do mesmo modo, a igualdade formal em matéria sucessória teve de ser conquistada. Nesse sentido, aos poucos os ordenamentos jurídicos ocidentais de modo geral foram se desvencilhando de históricos critérios desequiparadores de potenciais sucessores, a exemplo do privilégio da primogenitura (o filho mais velho tem tratamento hereditário privilegiado) ou do privilégio da varonia (os filhos homens têm direitos sucessórios mais benéfico do que as filhas mulheres). Semelhantemente, a tendência das jurisdições ocidentais tem sido extinguir as odiosas distinções sucessórias decorrentes da origem (casamentária ou não) dos filhos. No Brasil, todos os mencionados fatores não podem e não devem conformar o Direito das Sucessões, na medida em que incompatíveis com a força normativa da Constituição Federal. Nessa perspectiva, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004, p.186) leciona que o tratamento igual e uniforme dos herdeiros é uma influência direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas, extinguindo-se assim os privilégios sucessórios e restrições feudais de outrora.

A imposição de igualdade formal tem uma importante função expressiva³²⁴. A título ilustrativo, a proibição do privilégio da varonia é uma norma que promove, na perspectiva social, o valor constitucional de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações³²⁵. Do mesmo modo, a vedação de discriminação hereditária decorrente da origem da filiação é uma norma com o potencial a conscientizar as pessoas de que não há hierarquia entre filhos havidos dentro ou fora do casamento. Como vimos, a função expressiva do Direito das Sucessões se opera não apenas em relação à sociedade como um todo, mas aos próprios envolvidos: há forte efeito pedagógico, em relação a como tais pessoas enxergam a si mesmas, quando as filhas mulheres e os filhos havidos fora do casamento recebem por força de lei os mesmos quinhões que, respectivamente, os filhos homens e os filhos havidos dentro do casamento.

Há notícia histórica de que a igualdade formal em matéria sucessória pode ter até mesmo caráter político. Jens Beckert (2010, p.07) ensina que, no direito francês, a partir da doutrina de pensadores políticos como Montesquieu e Rousseau, acreditava-se que as mudanças no âmbito da

324 Remetemos o leitor à seção 5.2.3.

325 Constituição Federal de 1988, art. 5º, I.

família e das heranças, principalmente assegurando maior igualdade, criariam as condições sociais para as novas estruturas políticas. Segundo Beckert, a reforma do Direito das Sucessões, assim, era encarada como um instrumento chave de transformação social, desfazendo a ordem feudal e realizando a ordem burguesa.

As consequências objetivadas pelas reformas acima mencionadas efetivamente se verificaram na prática nos Estados Unidos. Escritor francês do século XIX, Alexis de Tocqueville (2005, p.57) analisou as consequências da abolição das normas sucessórias inglesas, particularmente o privilégio da primogenitura, após a Revolução Americana. Segundo Tocqueville, quando a lei das sucessões determina que os bens sejam partilhados igualmente entre os filhos, a propriedade tende a incessantemente se fracionar em porções menores, levando à redução das grandes fortunas territoriais. Para o autor francês, sessenta anos após a Independência, a sociedade norte-americana já era irreconhecível em relação ao cenário colonial: “o último vestígio das hierarquias e das distinções hereditárias está destruído; a lei das sucessões passou por toda a parte seu nível” (TOCQUEVILLE, 2005, p.60).

A isonomia formal em matéria sucessória desempenha um papel significativo no ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, compreendemos que ela seja a regra. Todavia, o princípio da igualdade tem em seu conteúdo uma outra dimensão, à qual o Direito das Sucessões, notadamente a sucessão intestada, não pode pretender escapar por completo: a isonomia material.

5.4.2 Da isonomia formal à isonomia material em matéria sucessória

Deirdre G. Drake e Jeanette A. Lawrence (2000, p.272) discutem as repercussões da distribuição igualitária de herança nas relações familiares. Segundo as autoras, em matéria sucessória, desigualdades podem levar a insatisfações, conflito e até mesmo ao rompimento das referidas relações. Drake e Lawrence (2000, p.273) reconhecem que é muito difícil na atualidade imaginar um outro sistema hereditário que não o da divisão igualitária: ele se desenvolveu com a ascensão de um modelo mais isonômico de família, em substituição aos antigos esquemas de primogenitura ou de masculinidade; ademais, a repartição por igual entre os herdeiros é uma solução mais barata e fácil do que qualquer análise que leve em consideração as várias pretensões pessoais dos potenciais herdeiros.

Aqui remetemos ao quanto suscitado por Giselda Hironaka (2014, p.170), no sentido de que o fenômeno sucessório carrega em si uma tensão que simplesmente não pode ser ignorada, especialmente “porque, na maioria das vezes, as pessoas envolvidas, e sob tensão, relacionam-se, entre si, consanguínea e afetivamente, e uma ruptura irrecuperável desses laços seria (como é) extraordinariamente maléfica e cruel para a estrutura de uma família”. Assim, o legislador entendeu que a solução da igualdade formal é a ideal para manter o equilíbrio dos laços familiares no tenso processo de repartição do patrimônio hereditário.

Ocorre que Deirdre G. Drake e Jeanette A. Lawrence (2000, p.274) questionam a presunção de que dividir igualmente a herança é o modelo mais propício a promover harmonia nas relações familiares. De acordo com as autoras, uma repartição desigual, porém equitativa, pode promover adequadamente a referida harmonia. Drake e Lawrence (2000, p.275) entendem, por fim, que outros fatores devem ser levados em consideração pelo juízo sucessório, para além da igualdade: as necessidades dos membros da família; a assistência prestada ao autor da herança; a proximidade com o morto.

Tratando especificamente do ordenamento jurídico brasileiro, Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.625) entende que a concepção constitucional de família-instrumento deve ser irradiada para o Direito das Sucessões. Para a referida doutrinadora, o fenômeno sucessório se relaciona com a morte, entretanto se liga a uma relação preexistente; daí se deriva que “a sucessão legítima tenha por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar”. Todavia, a referida autora reconhece que o Código Civil não adota efetivamente esse quadro, “já que na sucessão dos descendentes, ascendentes e colaterais garante-se tão-somente a igualdade formal entre os sucessores, a partir da paridade de direitos hereditários, sem que seja buscada qualquer peculiaridade em relação à pessoa do sucessor”. Consequentemente, “tais herdeiros recebem pelo simples fato de pertencerem à entidade familiar da qual fazia parte o de cujus, não havendo quaisquer considerações especiais em atenção aos aspectos pessoais dos sucessores”. Ana Nevares (2008, p.628) conclui que, para a construção de um sistema sucessório em conformidade com a Constituição,

é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar a qual pertence o chamado à sucessão.

Aderindo às considerações da professora Ana Luiza Maia Nevares, criticamos a estrutura da sucessão *ab intestato* brasileira em razão do seu excessivo apego à isonomia formal, em detrimento das necessárias – e, em alguns casos, imprescindíveis – considerações de isonomia material. Devemos esclarecer que, por todas as razões acima expostas, não estamos defendendo que se abandone a igualdade formal em matéria sucessória; já expusemos a sua importância essencial ao ordenamento jurídico como um todo. O que aqui defendemos é que o Código Civil de 2002 se abra à incidência, no Direito das Sucessões, da isonomia material, pois esta também se inclui no conteúdo do princípio constitucional da igualdade.

Como nos recorda Carmem Lúcia Silveira Ramos (1996, p.153), a ficção da isonomia formal perante a lei, ignorando a paridade de forças econômicas e sociais, acabou se tornando um cenário propício para as desigualdades de fato – acolhidas e reforçadas pelo Direito Civil burguês. Por essa razão, já na virada do século XIX para o XX se fizeram sentir as reivindicações sociais em prol de uma isonomia material.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.12) entende que, por força do princípio da igualdade, as normas jurídicas devem discriminar situações, conferindo tratamentos diferentes à medida que as pessoas estejam compreendidas em situações fáticas distintas. A ordem jurídica não proíbe desequiparações, apenas aquelas que são odiosas, fortuitas, injustificadas, baseadas em algum fator sem pertinência lógica com a diferenciação (MELLO, 2011, p.18). Para o referido autor, as discriminações normativas são compatíveis com o princípio da igualdade nas circunstâncias em que “existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (MELLO, 2011, p.17).

Dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.21-22) desenvolve um teste lógico, de três etapas, para verificar se a desequiparação normativa é compatível com o princípio da igualdade. Em primeiro lugar, precisamos identificar qual é o critério utilizado para discriminar as pessoas ou as situações. Em segundo lugar, devemos analisar se existe uma correlação lógica entre o traço desigualador escolhido e o tratamento jurídico conferido. Por fim, precisamos avaliar se o tratamento desigual guarda ou não, no caso concreto, harmonia com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. O doutrinador reitera:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (...) é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto (MELLO, 2011, p.38).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.42-43) ressalta também que as distinções devem ser compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional. Por fim, o doutrinador sustenta que não é qualquer fundamento lógico que autoriza a desequiparação, apenas aqueles que estejam em conformidade com os valores prestigiados pela Constituição.

Com Luiz Edson Fachin (2012, p.207), compreendemos que “sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas”. Segundo Luiz Edson Fachin (2012, p.313-314), dessas projeções concretas se revelam as vulnerabilidades de acordo com as condições e particularidades de cada um, tanto em termos patrimoniais quanto em matéria existencial; daí se tira que “certas diferenças, em si mesmas, não são necessariamente discriminatórias”. Igualdade não é nivelamento sistemático; o tratamento desigual pode ser admissível. O que não podemos admitir são discriminações motivadas por constituição biológica ou por outras circunstâncias que representem conceitos limitantes do ingresso ao Direito (FACHIN, 2012, p.323).

Em matéria sucessória, desequiparações motivadas pela origem da filiação ou pelo gênero do sucessor não são compatíveis com a Constituição (inclusive por vedação expressa, como já expusemos). Ademais, tais critérios não guardam qualquer correlação lógica com o eventual tratamento jurídico conferido aos desequiparados, qual seja, um quinhão maior ou menor. Por essas razões, não há qualquer justificativa de isonomia material, à luz da Constituição, para um tratamento diferenciado em favor dos filhos havidos dentro do casamento ou dos filhos homens.

Por outro lado, entendemos que há critérios que, em circunstâncias excepcionais, podem e devem ser levados em consideração para, de forma compatível com a Constituição Federal e com os fundamentos e funções da herança³²⁶, discriminar os sucessores. Sem desconsiderar a

326 Remetemos o leitor às seções 3.2 e 3.3.

possibilidade de haver outros³²⁷, destacamos aqui dois desses potenciais critérios: a necessidade do sucessor; e a sua conduta para com o falecido, notadamente enquanto este era vivo. Pelo que demonstraremos nas seções seguintes, necessidade e conduta não são critérios diferenciadores fortuitos, odiosos ou injustificados; pelo contrário, como veremos, a sua aplicação em casos excepcionais assegurará, por meio da repartição desigual de herança, a promoção dos valores prestigiados constitucionalmente. Ressaltamos ainda que, em respeito aos supramencionados benefícios da isonomia formal, essa abertura da sucessão *ab intestato* à isonomia material deve ser justificada em circunstâncias excepcionais, não em todo e qualquer caso.

5.4.3 As necessidades excepcionais do sucessor

Em primeiro lugar, necessidades excepcionais do sucessor podem fundamentar que lhe seja conferido um tratamento sucessório mais benéfico. Reconhecendo que a igualdade não se exaure na paridade de tratamento, Pietro Perlingieri (2002, p.46-49) ensina que a isonomia material atende a disparidades de condições econômicas e sociais, tendendo a realizar a igual dignidade social, a justiça social e o pleno e livre desenvolvimento da pessoa. Desse modo, Perlingieri defende o transplante da igualdade substancial constitucional no Direito Civil, acompanhada das devidas harmonizações, para que seja compatível com o sistema normativo como um todo, com a hierarquia dos valores e com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais. Por fim, o autor italiano entende que a igualdade não deve ser entendida como uma regra absoluta garantidora de uniformidade no resultado; e sim como parâmetro de compatibilidade entre a disciplina jurídica e

327 Encontramos na Rússia czarista um exemplo de atribuição de herança baseada em mérito. Robert K. Massie (2015, p.888-889) relata que o czar Pedro, o Grande, considerou que a tradicional divisão igualitária da herança entre os filhos do morto, consagrada pela antiga lei moscovita, estava levando ao empobrecimento do povo e ao prejuízo em matéria tributária. Pedro se impressionara com o sistema de primogenitura na Inglaterra, segundo o qual o filho mais velho herdava o título de nobreza e a terra; assim, o czar entendia que a solução adequada para a lei sucessória deveria ser o pai passar seu patrimônio sem divisões para apenas um dos seus descendentes. Entretanto, o monarca russo acreditava que o privilégio da primogenitura era menos produtivo do que a herança por mérito. Assim, o filho que se provasse mais capaz receberia a riqueza, os servos e a distinção da família, preservando o patrimônio e facilitando a cobrança de impostos. Ocorre que, conforme Robert K. Massie, essa norma sucessória se revelou muito pouco popular, tendo sido revogada cinco anos após a morte de Pedro, o Grande. Por motivos óbvios, um sistema como este seria evidentemente incompatível com a Constituição Federal de 1988. Entretanto, fazemos o registro histórico para demonstrar que as jurisdições podem encontrar critérios outros, para além dos tradicionais, que fundamentem um tratamento desigual entre potenciais herdeiros. Reiteramos que, no caso do Brasil, devemos fazê-lo sempre à luz dos princípios constitucionais.

todo o sistema normativo, de forma que os regulamentos individuais sejam interpretados “segundo justiça, evitando qualquer disparidade injustificada no acesso a bens ou a oportunidades de vida” (PERLINGIERI, 2008a, p.497).

Na seção 3.3.1, verificamos que em muitos casos³²⁸ pode existir um forte vínculo entre o fenômeno hereditário e a subsistência digna do herdeiro, havendo até mesmo evidências ligando a pobreza à falta de acesso à herança. A própria Organização das Nações Unidas inclui a sucessão hereditária como um elemento na luta pela erradicação da pobreza. No mesmo sentido, encontramos como um dos fundamentos da herança a função de contribuir para a proteção da pessoa e para o desenvolvimento de sua personalidade. Identificamos também que sucessão se relaciona com dignidade humana notadamente quando, por inadequação das normas sucessórias, o sujeito injustificadamente tivesse sua subsistência comprometida ou experimentasse uma dramática e desarrazoada queda no seu estilo de vida. Já na seção 5.1, verificamos que um dos critérios orientadores da estruturação legal da sucessão *ab intestato* é a existência de deveres do *de cuius* para com certas pessoas – notadamente quando essas pessoas mantinham relação de dependência para com ele. Compreendemos que, quanto maior essa dependência no mundo dos fatos, maiores os deveres que decorrem dessa relação; e isso deve ser refletido na ordem de vocação hereditária. Por todas essas razões, acreditamos que a necessidade excepcional do sucessor, ligada à proteção da sua dignidade ou ao desenvolvimento da sua personalidade, pode justificar um tratamento sucessório que lhe seja mais favorável.

Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p.85) defendem que o Direito das Sucessões não deve indiferentemente promover a transmissão do patrimônio hereditário sem levar em consideração a existência de pessoas vulneráveis economicamente (no sentido de impossibilidade de prover o próprio sustento) ou de pessoas com dependência econômica em relação ao falecido. As autoras defendem que a condição existencial de tais pessoas enseje uma tutela sucessória diferenciada, que lhes assegure dignidade (BORGES; DANTAS, 2017, p.89). Sugerem, para esses fins, a flexibilização da legítima; e defendem ser “necessário construir propostas que estabeleçam a proteção aos economicamente vulneráveis, independentemente de deixa testamentária, na forma de uma reserva especial” (BORGES; DANTAS, 2017, p.90).

328 Ressalvamos aqui, do mesmo modo como o fizemos na seção 3.3.1, que não são todos os casos em que herança e subsistência digna estão relacionadas.

Sem entrar no mérito da sucessão testamentária e da legítima³²⁹, aderimos ao pensamento das autoras referidas acima quanto à necessidade especial de proteção dos economicamente vulneráveis no âmbito da sucessão *ab intestato*. Isso é particularmente visível quando o sucessor com excepcional necessidade concorre com sucessores de igual classe e grau que estão em situação econômica, ou de aptidão para o trabalho, muito mais favorável. A título ilustrativo, podemos imaginar que o *de cujus* tenha deixado, de um lado, um filho com deficiência, sem qualquer possibilidade de prover o próprio sustento, com quem ele residia e a quem prestava toda a assistência material; e, de outro, uma filha magistrada. Nessas circunstâncias excepcionais, uma repartição formalmente igual potencialmente contrariaria a função da herança de proteger a dignidade do herdeiro. As considerações de isonomia material se impõem no caso, para evitar uma distribuição do patrimônio hereditário que não tutele suficientemente as manifestas necessidades de um dos sucessores.

Acrescentamos, ainda, que as considerações de isonomia material em razão da necessidade não necessariamente se limitam apenas aos casos em que a subsistência de um herdeiro estaria prejudicada. Como já expusemos, a herança também tem a função de promover o desenvolvimento da personalidade; se esse desenvolvimento for injustificadamente impedido ou excessivamente dificultado por força da distribuição matematicamente igual do patrimônio sucessível, haverá uma violação dos fundamentos da sucessão hereditária. Ilustrativamente, imaginemos que um pai tenha deixado um patrimônio de 300 mil reais para ser repartido entre seus dois descendentes: um filho estudante de graduação em Direito; e uma filha estudante de Medicina. Ambos estudam em instituições privadas; o primeiro ainda precisará desembolsar cerca de 50 mil reais para se formar, enquanto a segunda deverá pagar aproximadamente 250 mil reais. Nessas circunstâncias, uma repartição igualitária, correspondente a 150 mil reais para cada, potencialmente prejudicaria a educação (e, conseqüentemente, do desenvolvimento da personalidade) da filha. Ela sofreria com a falta dos recursos necessários para bancar os seus estudos, enquanto seu irmão teria abundância, considerando a mesma finalidade.

329 Não trataremos aqui da questão de limitações quantitativas à liberdade de testar, na medida em que já o fizemos na seção 4.1.2.1. De todo modo, ressaltamos que, assim como as autoras enxergam a necessidade de proteção a tais pessoas independentemente de deixa testamentária, na seção 5.6 demonstraremos a insuficiência de confiar na sucessão testamentária como mecanismo de correção das distorções da sucessão *ab intestato*.

Obviamente, simplificamos as situações delineadas acima. Outras circunstâncias deverão ser levadas em consideração, como, por exemplo, a inexistência de outras fontes de recursos. No caso do filho estudante de Direito, também cabe em seu favor a demonstração de que aquele dinheiro que excede os custos educacionais será aplicado de forma que traga benefícios ao desenvolvimento da sua própria personalidade proporcionais ao que a graduação em Medicina representaria para a sua irmã³³⁰.

O que aqui defendemos é que o Código Civil não ignore de forma absoluta, em todo e qualquer caso, essas necessidades atípicas no momento da repartição da herança. Fazendo-o, a legislação estará contrariando o princípio constitucional da igualdade (material), atribuindo tratamento formalmente igual a pessoas em circunstâncias fáticas totalmente distintas.

Não ignoramos que há outros mecanismos jurídicos de assistência às pessoas necessitadas, como é o caso dos alimentos. Entretanto, a simples existência desses instrumentos não é suficiente, por si só, para afastar a necessidade de um tratamento sucessório adequado, ajustado às necessidades excepcionais do sujeito. Em primeiro lugar, o Direito das Sucessões deve necessariamente ser funcionalizado à promoção dos valores constitucionais, entre os quais a proteção à dignidade dos vulneráveis. A existência de outros mecanismos com fins semelhantes não exime a sucessão *ab intestato* de desempenhar a função que lhe é atribuída pela Constituição. Em segundo lugar, porque a herança envolve a transmissão de um direito real, enquanto os alimentos têm natureza obrigacional; são tutelas qualitativamente distintas, com instrumentos satisfativos diferentes, sendo ambas necessárias para assegurar a proteção à pessoa necessitada.

Por fim, ressaltamos novamente que a regra é a prevalência da igualdade formal; a distribuição desigual é a exceção. Consequentemente, o interessado em um quinhão maior deverá demonstrar as suas necessidades excepcionais.

5.4.4 A conduta excepcional do sucessor em relação ao sucedido

O segundo elemento justificador da incidência de considerações de isonomia material sobre a repartição de herança é a conduta excepcional, para o bem ou para o mal, do sucessor em relação

330 Imaginemos por exemplo que esse rapaz utilize o dinheiro para custear um imprescindível tratamento de saúde.

ao sucedido. Aqui tratamos dos sujeitos do fenômeno hereditário de acordo com o renovado modelo de sujeito de direito – que contesta a excessiva abstração do civilismo oitocentista e, assim, possibilita contextualização das pessoas, tomadas em suas relações, na esteira do quanto defendido por Luiz Edson Fachin (2012, p.213). Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2002, p.112) argumenta que uma postura valorativa quanto ao Direito das Sucessões deveria assegurar que, às relações mantidas pelo *de cuius* em vida, correspondessem valorações cujo resultado influenciasse na distribuição da herança.

Ressaltamos que a isonomia material em matéria sucessória não se justifica exclusivamente por questões de necessidade. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008a, p.480) chama a atenção para o fato de que a *ratio* justificadora da desigualdade de tratamento não é necessariamente de ordem econômica; a sua individuação “deve, de todo jeito, responder a uma valoração global dos institutos constitucionais, que podem também consistir em um valor positivo a ser realizado, ao invés de um limite ou um obstáculo a ser removido”. Desse modo, segundo o doutrinador italiano, a isonomia material não se realiza apenas com a redistribuição dos bens ou com regramentos diversificados; exige-se também “a garantia de uma efetiva participação dos indivíduos na dinâmica das relações de direito civil”. Nesse sentido, por fim, Perlingieri (2008a, p.485) argumenta que “igualdade não significa igualitarismo: não se pretende a igualdade de todos em tudo, independentemente dos méritos e das competências”.

Entendemos que uma análise de mérito das relações travadas entre sucedido e sucessor podem, em circunstâncias excepcionais, justificar que a este seja conferido um tratamento diferenciado em relação aos demais herdeiros no que diz respeito à sucessão *ab intestato*. Acreditamos que uma conduta exageradamente positiva em relação ao *de cuius*, enquanto este vivia, pode resultar em um regime sucessório mais benéfico. Por outro lado, sustentamos que uma conduta excessivamente negativa, porém não tão grave a ponto de levar à exclusão por indignidade, possa levar à redução do quinhão. Aqui, aplicamos ao Direito das Sucessões as noções de função repressiva e promocional do ordenamento jurídico, expostas por Norberto Bobbio (2007, p.24; p.136-137).

5.4.4.1 A conduta dos potenciais sucessores e as funções promocional e repressiva do Direito das Sucessões

Norberto Bobbio (2007, p.24; p.136-137) nos ensina que, com a função promocional, o ordenamento tende a provocar comportamentos desejados, tornando-os mais fáceis ou vantajosos. Trazendo essa lógica para o Direito das Sucessões, compreendemos que determinadas condutas consideradas valiosas podem ser estimuladas por meio de um regime sucessório mais benéfico. Por exemplo, um quinhão maior poderia ser justificado no caso em que apenas um dos filhos tenha efetivamente e intensamente se dedicado à ajuda e ao amparo do pai na velhice ou enfermidade, enquanto os outros injustificadamente nenhuma assistência lhe deram³³¹. Essa diferenciação se acentua ainda mais se, no exercício desse amparo solitário ao pai, o filho experimentou excessivo ônus material ou emocional. Com o tratamento sucessório desigual, verificaríamos assim a legislação hereditária premiando e promovendo uma conduta valorada positivamente pela última parte do artigo 229 da Constituição Federal³³².

Por outro lado, Bobbio (2007, p.24; p.136-137) também leciona que, com a função repressiva, o ordenamento tende a impedir que se verifiquem comportamentos não desejados. O Direito das Sucessões pode desempenhar tal função reduzindo os quinhões de herdeiros que tenham praticado condutas consideradas indesejadas pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição Federal. De fato, o Código Civil de 2002 já o faz, excluindo da sucessão herdeiros ou legatários que tenham praticado determinados atos previstos no artigo 1.814, entendidos pelo legislador como altamente desvalorosos³³³. Entretanto, nem toda conduta reprovável tem o alto grau de repugnância social que deve fundamentar o instituto jurídico da indignidade. Certos malfeitos, apesar de excepcionais, são menos graves e, por isso, podem ser desestimulados por meio da simples redução de quinhão hereditário; não seria proporcional nem razoável recorrer à exclusão total da sucessão. Nesse contexto, no exemplo mencionado no parágrafo anterior os filhos que não prestaram os devidos cuidados ao pai enfermo ou idoso deverão suportar uma parcela

331 É importante notar que as possibilidades de assistência aos idosos ou enfermos não se esgotam na prestação material, mas também englobam cuidados no dia-a-dia, constante supervisão para evitar quedas, frequentes idas ao médico ou à realização de exames, prestação de diversos serviços (pagar contas no banco ou na casa lotérica, fazer compras), entre tantas outras demandas. Por essa razão, podemos facilmente admitir que mesmo uma pessoa financeiramente independente, que não precise de assistência econômica, até mesmo tendo patrimônio a ser partilhado para após a sua morte, poderá necessitar de todos esses cuidados enquanto viver.

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

333 Na seção seguinte criticaremos a estrutura da exclusão por indignidade no Código Civil de 2002. Também há o instituto da deserdação; entretanto, por se tratar de tema próprio da sucessão testamentária, e nossa análise aqui se prender à sucessão *ab intestato*, não aprofundaremos nossa análise a respeito da deserdação.

menor na repartição da herança³³⁴. Da mesma forma, uma filha adulta, capaz de prover o próprio sustento, que fosse inteiramente sustentada por sua mãe idosa, controlando e malversando os proventos de aposentaria da ascendente em seu próprio interesse, em manifesto prejuízo dos interesses da idosa, poderia ser sancionada, na partilha, com a atribuição de um quinhão reduzido.

Além do quanto já exposto, encontramos nas considerações de isonomia material com base na conduta do sucessor uma possível solução para o problema que expusemos na seção 4.2.1: a falta, no Código Civil de 2002, de mecanismos suficientemente asseguradores do respeito às cláusulas testamentárias extrapatrimoniais, como, por exemplo, as disposições do testador sobre o próprio enterro ou de sufrágios por sua alma. Nesse contexto, aquele sucessor que descumprir tais disposições, tendo conhecimento de sua existência, poderá ser sancionado com a redução do seu quinhão. Verificamos aqui uma possibilidade de funcionalização do interesse patrimonial do sucessor à efetivação do interesse existencial expresso pelo sucedido.

Por fim, reiteramos a ressalva feita na seção anterior, no sentido de que ainda compreendemos que a isonomia formal seja a regra, sendo exceção a isonomia material. Consequentemente, permanecemos defendendo que somente circunstâncias fáticas excepcionais – ou seja, condutas consideradas altamente valiosas ou excessivamente reprováveis – terão o condão de afastar a presunção de repartição matematicamente igual da herança. Caberá ao juízo sucessório, com base nas circunstâncias de cada caso, preencher esses conceitos jurídicos indeterminados.

5.4.4.2 Os excluídos da sucessão: o anacronismo do Código Civil de 2002 no tratamento das hipóteses de indignidade

Na seção anterior, reconhecemos que a conduta dos chamados à sucessão é considerada relevante particularmente nas hipóteses de exclusão por indignidade³³⁵. Trata-se de normas sucessórias com função repressiva: condicionando o direito sucessório à inexistência de

334 Também na seção seguinte consideraremos a possibilidade de exclusão por indignidade fundada no abandono. Assim, em uma perspectiva sistemática, a redução do quinhão caberia para conduta menos grave, qual seja, a não prestação de assistência que não configurasse abandono.

335 Reiteramos que a conduta do sucessor também já é relevante para o Direito das Sucessões em se tratando de deserdação; contudo, nossa presente análise se prende à sucessão intestada, e a deserdação é instituto de sucessão testamentária, portanto a ela não nos prenderemos. A exclusão por indignidade afeta tanto sucessores legítimos quanto testamentários; sua relevância aqui é o potencial impacto na ordem de vocação hereditária *ab intestato*.

determinadas condutas contra o *de cuius* ou pessoas próximas a ele, o legislador visa a impedir a ocorrência desses comportamentos indesejados, tornando-os desvantajosos para quem os praticar.

Por um lado, entendemos ser uma opção legislativa perfeitamente compatível com a Constituição privar o direito sucessório daqueles sujeitos que praticam atos altamente desvalorosos. Não há violação ao núcleo essencial do direito fundamental à herança, assim como não há violação ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade quando se encarceram pessoas que cometem condutas tipificadas penalmente. Em matéria hereditária, que o legislador faz é tentar proteger e promover a personalidade do *de cuius* e de pessoas próximas a ele contra atos atentatórios da sua dignidade. Desse modo, considera-se um desincentivo poderoso punir essas condutas com a exclusão dos direitos sucessórios de quem as praticar.

Por outro lado, acreditamos que, em matéria de exclusão por indignidade, o Código Civil de 2002 simplesmente repetiu as opções legislativas já feitas no âmbito do Código Civil de 1916. Dessa forma, meramente repetindo o passado, o legislador sucessório perdeu a oportunidade de efetivamente combater determinadas situações sociais e familiares altamente problemáticas no começo do século XXI.

Estabelecia o Código Civil de 1916:

Art. 1.595. São excluídos da sucessão (arts. 1.708, n. IV, e 1.741 a 1.745), os herdeiros, ou legatários:

I - Que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar.

II - Que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra.

III - Que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

Por outro lado, prevê o Código Civil de 2002:

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

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Comparando os dispositivos legais transcritos, verificamos que as normas são praticamente idênticas. As causas de exclusão por indignidade na atualidade permanecem as mesmas do começo do século XX: atentados contra a vida, a honra e a liberdade de testar do *de cuius*. A única diferença substancial é que o Código Civil de 2002 ampliou a proteção dessas duas primeiras causas, estendendo-as a pessoas próximas ao falecido. As demais alterações têm caráter meramente redacional, revelando a total falta de criatividade da nova codificação. Aqui cabem duas críticas que já fizemos na seção 2.3. Em primeiro lugar, a tendência de o Código atual meramente repetir normas sucessórias do Código anterior, com quase nenhuma alteração ou atualização. Em segundo lugar, o exacerbado patrimonialismo do inciso III, que foca o exercício da liberdade de testar apenas na distribuição de bens, ignorando a existência de cláusulas testamentárias extrapatrimoniais que são tão dignas de tutela quanto aquelas de conteúdo patrimonial.

Como consequência dessa falta de criatividade legislativa, com a mera repetição do passado, a exclusão por indignidade no Código Civil de 2002 já nasceu desatualizada. A sociedade brasileira do começo do século XXI certamente apresenta demandas, para além das três acima elencadas, que poderiam ser enfrentadas com a função repressiva do Direito das Sucessões. Destacamos aqui duas delas, que entendemos totalmente relacionadas à essência da exclusão por indignidade: de um lado, o abandono (tanto moral quanto material); de outro lado, a violência doméstica. Por fim, especificamente em relação a esta última, entendemos até ter havido uma inconstitucionalidade por omissão nesse sentido.

As legislações de modo geral tradicionalmente trazem o homicídio do *de cuius* como um fator impeditivo de recebimento da herança por parte do assassino. Em outras jurisdições, as discussões sobre a ampliação da lista de causas de exclusão da sucessão começaram ainda na primeira metade dos anos 1990, particularmente no que diz respeito à conduta dos ascendentes em relação aos seus descendentes. Em artigos distintos, Paula Monopoli (1994, p.275-280) e Anne-Marie Rhodes (1994, p.520-532) defenderam que o genitor que não cumpra com seus deveres e responsabilidades parentais deverá ser considerado indigno e, portanto, não poderá receber herança deixada pelo descendente abandonado.

Nos Estados Unidos, as discussões doutrinárias sobre novas causas de exclusão por indignidade extrapolaram a hipótese de abandono do descendente menor. Já no começo do século XXI, Thomas H. Shepherd (2001, p.452) publicou artigo defendendo a proibição de recebimento da herança por parte de pessoas que tenham praticado violência doméstica. Mais recentemente, Carla Spivack (2011, p.248) também defendeu uma exclusão sucessória total do cônjuge violento, com dois fundamentos especiais: em primeiro lugar, a necessidade de uma abordagem sistêmica contra a violência doméstica, para além do Direito de Família e do Direito Penal; em segundo lugar, por força da função expressiva do Direito das Sucessões, ou seja, a necessidade de as normas jurídicas passarem uma importante mensagem social³³⁶.

As referidas discussões sobre exclusão da herança também passaram a abarcar o abuso cometido contra ascendentes idosos. Conforme relatado por Joseph W. Barber (2008, p.120-125), a violência doméstica contra idosos é particularmente difícil de ser detectada por uma série de fatores. A título ilustrativo, hematomas e machucados são mais comuns na terceira idade. Ademais, existe uma maior tendência de isolamento social na terceira idade; por exemplo, ao contrário das crianças, as pessoas idosas não são obrigadas a conviver com outras pessoas em um ambiente escolar. Nesse contexto, a falta de interação social torna mais difícil a detecção de casos de violência. Por outro lado, em uma peculiar situação de vulnerabilidade, o idoso tende a não denunciar que está sofrendo abusos, para evitar uma sensação de humilhação e intrusão em sua privacidade. Por fim, há um receio da vítima no sentido de ter que sair de um lar abusivo e acabar indo para um abrigo ou lar para idosos, onde sua qualidade de vida será supostamente pior. Aspectos semelhantes são levantados por Heath Oberloh (2000, p.656). Com base nos problemas acima relatados, Travis Hunt (2014, p.454) defende que a violência doméstica contra o idoso pode ser desestimulada por meio da legislação sucessória. A proposta é que o autor dos atos de violência contra o *de cuius* seja excluído da sucessão. Hunt argumenta que uma legislação nesse sentido ainda incentivaria os demais sucessores a denunciar a conduta violenta do abusador, o que beneficiaria a vítima ainda em vida.

Essa discussão tem sido refletida nas reformas legislativas em matéria sucessória em diversos Estados norte-americanos. A título ilustrativo, em Nova Iorque³³⁷, o pai será privado da herança daquele filho a quem tenha abandonado ou não provido a necessária assistência.

336 Remetemos o leitor à seção 5.2.3.

337 *Consolidated Laws of New York.Estates, Powers & Trusts. S.4-1.4.*

Semelhantemente, na Carolina do Norte³³⁸, a regra geral é que os genitores que tenham voluntariamente abandonado os deveres de cuidado e assistência em relação aos seus filhos perderão qualquer direito sucessório em relação a estes. Ambos os Estados permitem a reabilitação do genitor que tenha retomado o exercício dos seus deveres e da convivência com o filho.

No Havai³³⁹, a legislação retira o direito sucessório do ascendente que tenha abandonado o descendente por um período de pelo menos 90 dias; deixado de se comunicar com o descendente, podendo fazê-lo, por um período de pelo menos um ano, enquanto o filho está sob a guarda de outrem; deixado de prestar cuidado e assistência ao descendente, podendo fazê-lo, pelo período de pelo menos um ano, quando o filho está sob a guarda de outrem, independentemente de haver ou não uma ordem judicial determinando pagamento de alimentos.

Na Pennsylvania³⁴⁰, a respeito da sucessão entre cônjuges, a legislação priva aquele que tenha, por pelo menos um ano antes da morte, negligenciado ou dolosamente se recusado a cumprir com os seus deveres de assistência para com o *de cuius*, ou que o tenha abandonado por pelo menos um ano. Do mesmo modo, no referido Estado norte-americano a lei igualmente priva de direitos sucessórios os ascendentes que tenham deixado de cumprir com seu dever de assistência ao descendente dependente, ou que o tenha abandonado por pelo menos um ano; bem como o ascendente condenado por, entre outras coisas, abuso sexual dos filhos. Já em Maryland³⁴¹, o ascendente não herdará do descendente se tiver cometido crimes sexuais ou incesto; abandonado o menor; ou até mesmo o vendido. Na Califórnia³⁴², o abuso (físico ou financeiro) ou negligência contra um *de cuius* idoso ou adulto dependente é um impedimento para o recebimento de herança.

Entendemos que o Código Civil de 2002 perdeu uma importante oportunidade de sancionar com a exclusão por indignidade aqueles que tenham praticado tanto a violência doméstica quanto o abandono. Nesse sentido, acreditamos que se trata de situações no mínimo tão graves quanto os atentados contra a honra e contra a liberdade de testar do *de cuius*. Devemos ainda nos recordar que a Constituição Federal de 1988 expressamente ordenou que o Estado crie mecanismos para

338 *North Carolina General Statutes*, §31A-2 (2018).

339 *Hawaii Uniform Probate Code*. §560 2-103.

340 *2016 Pennsylvania Consolidated Statutes. Section 2106*.

341 *Maryland Code, Estates and Trusts*, § 3-111.

342 *California Probate Code*, § 259.

coibir a violência no âmbito das relações familiares³⁴³. Essa norma já vigorava quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002; contudo, a nova codificação se manteve inerte e, dessa forma, perdeu a oportunidade de conformar a função repressiva do Direito das Sucessões ao mandamento constitucional. Como demonstramos na seção 2.2, trata-se de mais um exemplo de como o Código atual frustrou as demandas por uma efetiva constitucionalização do Direito Civil. Em razão de o legislador indevidamente não utilizar o Direito das Sucessões como um potencialmente eficaz instrumento de combate à violência doméstica, identificamos aqui uma inconstitucionalidade por omissão. Também compreendemos que essa exclusão da sucessão não apenas é um poderoso desincentivo contra essas práticas, como também tem relevante função expressiva.

Para além de tudo quanto exposto, acreditamos que há uma importante questão de gênero ao se punir, em matéria sucessória, o abandono, notadamente o abandono conjugal. Infelizmente é recorrente o abandono de mulheres por seus maridos ou companheiros após serem diagnosticadas com graves doenças, como o câncer³⁴⁴. Esse abandono se relaciona com uma maior possibilidade de depressão, que por sua vez está associada a um pior prognóstico e aumento da mortalidade³⁴⁵. Se esse abandono tiver ocorrido há menos de dois anos contados da morte da paciente assim diagnosticada, seu marido ou companheiro será, por força do artigo 1.830 do Código Civil de 2002, legitimado a suceder³⁴⁶. Ainda que tenha abandonado sua mulher doente há mais de dois anos, a codificação ainda dá a esse homem a oportunidade de discutir se a convivência se tornou impossível sem culpa sua. Compreendemos que essa situação manifestamente viola frontalmente não apenas os fundamentos e funções constitucionais da sucessão hereditária, mas também a consciência social. Ainda assim, o Código Civil permite que isso ocorra.

343 Art. 226, § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

344 Aqui devemos repetir o quanto já ressaltamos na nota 203: não pretendemos aqui de maneira alguma ignorar a existência entre casais do mesmo sexo ou até mesmo de outras modalidades de relações sucessoriamente pertinentes. Ocorre que especificamente o alto índice de abandono de mulheres por seus maridos é documentado, merecendo aqui o referido destaque. Obviamente, há a possibilidade de fenômenos semelhantes ocorrerem no âmbito de outros arranjos familiares, o que requer pesquisa própria, que foge ao escopo da presente Tese.

345 Remetemos o leitor à reportagem de O Globo, “Mulheres diagnosticadas com câncer superam o abandono”, disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/mulheres-diagnosticadas-com-cancer-superam-abandono-1-23541292>. Sobre os impactos psicológicos no processo de enfrentamento ao câncer, recomendamos as referenciadas obras de Jeane Tavares e Leny Trad (2009); e de Juliana Lima Venâncio (2004).

346 Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3145/2015, de autoria do Deputado Vicentinho Júnior, que acrescenta o abandono como uma das hipóteses de deserdação. O Código Civil de 2002 desde sua entrada em vigor inseriu entre as causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes a ofensa física e o desamparo (nos casos de alienação mental ou grave enfermidade); e entre as causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes a ofensa física e o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Acreditamos que nem o texto atual da codificação nem a proposta de alteração legislativa são suficientes para sanar a lacuna que ora apresentamos. A deserdação é instituto de sucessão testamentária e, como tanto, obviamente requer a feitura de testamento pelo sucedido; como veremos na seção 5.6, compreendemos ser inadequado confiar exclusivamente no testamento enquanto mecanismo de correção das falhas da sucessão legítima. No caso em questão, a situação é ainda pior, na medida em que o *de cuius*, a vítima da violência ou abandono, está em situação de vulnerabilidade. Por fim, uma das inúmeras falhas do Código Civil de 2002 em matéria sucessória é ter inserido o cônjuge enquanto herdeiro necessário, mas não ter previsto causas específicas para a sua deserdação; conseqüentemente, esse instituto, da forma como hoje se encontra positivado, não abarca os atos de violência física praticados no âmbito do casamento ou da união estável.

Por fim, reconhecemos que pode haver certo grau de arbitrariedade na distinção entre quais condutas ensejariam redução de quinhão e quais levariam à exclusão por indignidade. Contudo, esse último instituto é uma intervenção legislativa muito intensa no conteúdo do direito fundamental à herança; por essa razão, entendemos que as suas hipóteses devem necessariamente vir taxativamente previstas na legislação. Desse modo, caberá ao legislador fazer os adequados juízos de valor para indicar expressamente quais condutas ele considera de reprovabilidade tão intensa a ponto de tornar indigno o sucessor – o que, reiteramos, hoje é feito de forma insatisfatória. De todo modo, as demais condutas excepcionalmente negativas do sucessor – altamente reprováveis, porém não listadas em lei – podem ser sancionadas com a redução de quinhão.

5.4.5 O modelo sucessório chinês: consideração das circunstâncias concretas

Ao longo da presente Tese, recorreremos a exemplos na legislação estrangeira de aplicação do quanto defendemos para o ordenamento jurídico brasileiro. Como explicado na Introdução, não

se trata propriamente do uso do Direito Comparado enquanto metodologia, mas enquanto verdadeira inspiração para acreditarmos, com base em experiências normativas já postas em prática, que a mudança das leis sucessórias é, sim, possível. No caso das considerações de isonomia formal, nossa fonte de inspiração é a China.

Com Frances H. Foster (1999, p.1202-1203), aprendemos que a China, desde a edição da primeira legislação nacional sobre herança, tem se utilizado do direito sucessório como instrumento para diminuir a carga da assistência social sobre o Estado, aumentando a responsabilidade da família no papel de prestar amparo aos idosos, educação às crianças e cuidado aos doentes. Desse modo, a legislação chinesa desenvolveu um esquema sucessório que explicitamente liga assistência à herança.

De um lado, o modelo chinês é flexível, combinando tanto a reserva da legítima quanto técnicas de redistribuição equitativa de modo a assegurar que os dependentes do morto, independentemente de pertencerem à sua família, sejam protegidos pelo direito sucessório. Focando no amparo adequado às necessidades específicas e circunstâncias de todas as pessoas que dependiam do morto, a legislação chinesa expressamente reconhece direitos hereditários até mesmo a indivíduos de fora do círculo familiar imediato do *de cuius* (FOSTER, 1999, p.1217). Os tribunais chineses têm ampla discricionariedade para determinar, com base nas circunstâncias particulares de cada espólio e sucessor, a divisão adequada do patrimônio hereditário.

Nesse sentido, observando a Lei de Sucessões da República Popular da China³⁴⁷, notamos que o artigo 13 prevê que os sucessores de mesma classe geralmente herdam em porções iguais; entretanto, o magistrado levará em consideração circunstâncias como a inaptidão para o trabalho de certos sucessores, bem como especiais dificuldades financeiras. Do mesmo modo, o artigo 14 determina que que uma parcela do espólio será destinada àquela pessoa que, mesmo não sendo parente do *de cuius*, dele dependia e não pode trabalhar nem tem outra fonte de renda. Semelhantemente, o artigo 19 estabelece que, em casos de sucessão testamentária, uma porção da herança será reservada em benefício daquele sucessor que não pode trabalhar nem tenha outra fonte de renda.

347 Law of Succession of the People's Republic of China, disponível em <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgny/eng/lqz/laws/t42224.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

De outro lado, a legislação sucessória chinesa promove relações de amparo entre sucedido e sucessor: a China ajusta a distribuição de herança de forma a recompensar aqueles que mais prestaram amparo ao *de cuius*, enquanto este ainda era vivo (FOSTER, 1999, p.1239). Nesse sentido, os tribunais chineses vêm reconhecendo, para fins hereditários, um amplo rol de amparos: financeiro, físico, emocional (FOSTER, 1999, p.1244).

A este respeito, identificamos no artigo 13 da Lei de Sucessões chinesa a determinação de que sucessores que tenham participado significativamente do amparo ao morto, ou que tenham vivido com ele, tenham direito a uma parcela maior do patrimônio hereditário. Diferentemente, o mesmo dispositivo estabelece que aqueles sucessores que, podendo, deixaram de prestar apoio ao morto terão direito a uma fração menor da herança, podendo até mesmo ser privados de qualquer direito hereditário. Já o artigo 14 determina que pessoas que *a priori* não seriam sucessoras terão direito a uma parcela da herança caso tenham participado da assistência ao morto.

Conclusivamente, encontramos na experiência chinesa evidências de que é exequível trazer para a partilha da herança considerações de isonomia material, ainda que partindo de uma presunção de isonomia formal na repartição do patrimônio sucessível. Semelhantemente, verificamos que a necessidade do sucessor e a sua conduta para com o sucedido são critérios razoáveis para conformar o cálculo dos quinhões.

5.5 TENTATIVAS INADEQUADAS DE ESTABELEECER PREVIAMENTE NORMAS SUCESSÓRIAS QUE ATENDAM ÀS NOVAS DEMANDAS FAMILIARES E SOCIAIS

Por tudo quanto exposto nas seções 5.2, 5.3 e 5.4, a ordem de vocação hereditária codificada no Brasil é altamente problemática. O Código Civil de 2002 deixa de chamar pessoas que, à luz da Constituição Federal, deveriam ser chamadas à sucessão. Por outro lado, mesmo em relação àqueles que são potencialmente vocacionados a suceder, a lei é inadequada, na medida em que hierarquiza afetos e potencialmente negligencia deveres do sucedido. Por fim, ao focar exclusivamente no respeito à isonomia formal, a codificação civil distribui os quinhões sem devidamente levar em consideração imprescindíveis aspectos de isonomia material.

Quando nos convencemos de que a legislação é inadequada para atender aos fundamentos e funções que a Constituição atribui à herança, a reação instintiva é a defesa de reformas legislativas que conformem as normas da sucessão intestada aos mandamentos constitucionais. Todavia, como veremos nas seções seguintes, a simples adaptação das atuais regras abstratas a determinados novos cenários sociais e familiares não é suficiente para efetivamente constitucionalizar a ordem de vocação hereditária.

5.5.1 As falhas das reformas legislativas em matéria sucessória

Por tudo quanto exposto nas seções anteriores, compreendemos que o legislador deve promover reformas que efetivamente assegurem a devida proteção sucessória às pessoas certas e na medida adequada. Ocorre que, ainda que novos cenários sociais e familiares sejam inseridos no Código, as alterações normativas devem ser feitas de forma cuidadosa, sob pena de serem insuficientes para alcançar os fins a que se propõem.

Analisando reformas legislativas recentes em matéria hereditária, Shelly Kreiczler-Levy (2019, p.350-351; p.356) entende que, mesmo quando elas são bem pensadas para corresponder à vontade presumida da maioria dos sucedidos, três problemas costumam persistir. Por conta destes problemas, as novas legislações sucessórias permanecem limitadas demais para atender satisfatoriamente aos diferentes estilos de vida e relacionamentos entre pessoas. Em primeiro lugar, a sucessão intestada de modo geral permanece excluindo laços familiares importantes, como enteados, filhos não biológicos e famílias multigeracionais. Em segundo lugar, as normas permanecem excessivamente rígidas, focadas em relações formais; as relações dos potenciais herdeiros com o *de cuius* ou os seus comportamentos de modo geral continuam sendo irrelevantes para as leis sucessórias, não havendo margem de discricionariedade quanto a tais fatores. Em terceiro lugar, a sucessão *ab intestato* permanece excluindo relações não-familiares. Estruturada exclusivamente em torno da família, a vocação hereditária legal mantém o patrimônio dentro da entidade familiar, excluindo, assim, relações que, a despeito de não estritamente familiares, têm um conteúdo significativo de afeto e que desafiam a noção tradicional de intimidade: amigos, vizinhos, afilhados.

Entendemos que as falhas nas reformas legislativas em matéria sucessória decorrem de duas ordens distintas de problemas. Em primeiro lugar, as evidências e presunções utilizadas para embasar e delinear as novas normas inseridas na sucessão intestada. Em segundo lugar, a manutenção da estrutura lógica da legislação hereditária: normas abstratas e rígidas de chamamento à herança e distribuição de quinhões, pouco abertas à realidade concreta de cada caso. Desse modo, consideramos pouco provável que alterações legais que não se atendem a esses fatores efetivamente apresentem soluções satisfatórias para os atuais problemas da vocação hereditária codificada.

Em primeiro lugar, entendemos que o legislador que pretende adequar a sucessão *ab intestato* às novas realidades deve se atentar cuidadosamente às evidências e às presunções que utilizará na reforma legislativa em questão. Aqui podemos recorrer às críticas de Rebecca Friedman (2015, p.577) à elaboração do *Uniform Probate Code* (UPC) nos Estados Unidos. Ali, o objetivo dos envolvidos era encontrar normas de sucessão intestada que correspondessem o máximo possível aos desejos de um sucedido médio. De acordo com a mencionada autora, os elaboradores do projeto do UPC se embasaram, de um lado, em estudos sobre padrões de conteúdo em testamentos reais e, de outro lado, nas próprias experiências profissionais enquanto atuantes na área sucessória. Para Friedman (2015, p.578), tal fundamentação foi inadequada, em primeiro lugar, porque pessoas que morrem *ab intestato* estatisticamente são socioeconomicamente diferentes em relação àquelas que morrem deixando testamento. Fatores socioeconômicos não apenas interferem no modo como as pessoas distribuem postumamente sua propriedade, mas também no próprio ato de dispor de patrimônio por testamento. Dessa forma, é provável que os padrões de herança encontrados em testamentos não reflitam as intenções de pessoas que nunca testaram. Em segundo lugar, Rebecca Friedman (2015, p.579) também critica o fato de os elaboradores do *Uniform Probate Code* terem utilizado as próprias experiências profissionais para embasar suas conclusões de como deve ser a vocação hereditária intestada. Segundo a autora, esses conhecimentos foram adquiridos em interações com clientes, que por sua vez não compunham uma amostra representativa de todas as pessoas que morrem deixando patrimônio.

Ainda sobre as evidências que embasam a reforma das normas hereditárias, aprendemos com Rebecca Friedman (2015, p.579) que devemos ter cautela em relação ao estudo de padrões legislativos. Não devemos nos conformar com um modelo simplesmente porque “sempre foi assim” ou porque a maioria das jurisdições o adota. Como a mencionada autora expõe, as leis sobre

sucessão intestada normalmente se fundamentam no modelo familiar tradicional, o que significa que elas podem não refletir adequadamente a intenção testamentária em famílias não-tradicionais.

Na presente Tese, conforme mencionamos na Introdução, limitamo-nos a uma abordagem problematizante, no sentido de apenas apontar os aspectos da sucessão codificada que devem ser repensados e reconstruídos à luz da Constituição Federal de 1988. Não apresentamos propostas concretas de reforma legislativa justamente porque nos faltam as evidências necessárias para tanto. Elas devem ser colhidas em pesquisa própria, com métodos específicos, o que foge ao escopo do atual trabalho.

Em segundo lugar, acreditamos que o legislador reformador deve se desprender da estrutura tradicional das legislações *a priori*, notadamente no que diz respeito à busca incessante por sempre oferecer previamente respostas prontas e definitivas para todas as possíveis situações concretas.

Escrevendo sobre a experiência anglo-saxônica, Michelle Cottier (2014, p.204) ressalta que há constantes problemas metodológicos nas propostas de reforma legislativa em matéria hereditária. A autora revela que tais propostas normalmente visam à redução, e não ao aumento, de complexidade dos cenários sucessórios; isso significa que os legisladores comumente tendem a reduzir os complexos cenários de famílias não-tradicionais às soluções já existentes para as famílias tradicionais, na medida em que estes esquemas são práticos e facilmente manuseáveis. Segundo Cottier, o problema todo nessa postura é que os esquemas hereditários existentes para famílias tradicionais nem sempre correspondem à realidade dos arranjos familiares não-normativos. Nesse caso, o objetivo de simplificar a sucessão *ab intestato* não deixa espaço para que se direcionem adequadamente as reformas legislativas à busca de esquemas que, ainda que mais complexos, atendam satisfatoriamente às necessidades, anseios e peculiaridades de cada realidade.

Com Susan N. Gary (2012, p.811), aprendemos que também o aumento da complexidade legislativa em matéria sucessória não vem apresentando, por si só, resultados adequados. Nesse sentido, a doutrinadora afirma que, apesar das reformas buscando que a lei atenda melhor aos novos cenários familiares, o número desses cenários distintos continua a se expandir. Conseqüentemente, segundo Gary, em vez de mais provável, é cada vez menos provável que normas sucessórias abstratas cumpram adequadamente os objetivos da sucessão *ab intestato*, por mais que aumentem as disposições especificamente destinadas a reconhecer e proteger pessoas próximas ao *de cuius*.

Desde a virada do século XX para o XXI, Frances H. Foster (2001, p.200-201) vem criticando como, em uma época em que as pessoas se libertam da “tirania do abstrato”, as leis sucessórias permanecem definindo os indivíduos com base em categorias familiares abstratas. Foster aponta que as leis sobre herança continuam tratando do *de cuius* e dos sucessores sem levar em consideração as necessidades humanas e as circunstâncias particulares, falhando assim em reconhecer fatores como o amplo espectro de violência familiar, negligência, sustento e a evolução do papel da mulher na sociedade. Em outra obra, Frances H. Foster (1999, p.1256) critica também o fato de os argumentos de previsibilidade e conveniência procedimental ainda dominarem o discurso sobre a herança, bloqueando assim os esforços para introduzir mecanismos sucessórios mais flexíveis e equitativos – questão esta que enfrentaremos especificamente na seção 5.7.

Conclusivamente, reformas legislativas são necessárias para que solucionar satisfatoriamente os problemas que denunciamos na sucessão *ab intestato*. Contudo, não é suficiente simplesmente mudar a lei ou inserir novos modelos familiares. Em primeiro lugar, é necessário selecionar adequadamente as evidências e as presunções que conformarão essas reformas legislativas. Em segundo lugar, é necessário que o legislador reformador em matéria sucessória abandone sua rígida postura apegada à abstração e à predeterminação de respostas prontas para todos os casos.

5.5.2 O uso do *big data* para adaptar os esquemas sucessórios às características pessoais do *de cuius*

Conforme já discutimos, as normas de sucessão intestada refletem um modelo familiar tradicional que não corresponde às diferentes realidades de toda a sociedade. O fenômeno sucessório é potencialmente complexo: os modelos de família são plurais, as necessidades são distintas, as relações para com o *de cuius* variam em questão de tempo e qualidade, os contextos socioeconômicos são diversos, a própria natureza dos bens deixados varia significativamente³⁴⁸. Como abordamos na seção anterior, mesmo reformas legislativas para adequar a ordem de vocação hereditária às novas demandas vêm se mostrando insuficientes para tanto. Por outro lado, como

348 Ana Luiza Maia Nevares (2009, p.66) enfrentou com profundidade a questão da necessidade de análise da natureza dos bens transmitidos. Remetemos o leitor à importante discussão ali travada.

veremos na seção 5.7, a excessiva discricionariedade judicial é potencialmente custosa e imprecisa, podendo inclusive ser arbitrária.

Uma forma de lidar com os problemas acima mencionados seria o uso de normas jurídicas personalizadas. Encontramos na doutrina a sugestão de que o *big data* poderia ser utilizado para desenhar normas de vocação hereditária personalizadas, que levem em consideração características particulares do *de cuius*, como gênero, riqueza, tempo de relacionamento, a idade dos descendentes e assim por diante (KREICZER-LEVY, 2019, p.352; p.357).

Thomas Hoeren e Barbara Kolany-Raiser (2018, p.01) ensinam que o desenvolvimento da tecnologia tem provocado profundas mudanças tanto nas interações sociais quanto nas capacidades tecnológicas; um dos efeitos dessas transformações é o aumento no armazenamento de dados, ou seja, de informações coletadas sobre a realidade (aí incluindo, por exemplo, comportamentos e preferências humanas). Nesse contexto, o *big data* permite a identificação de correlações entre esses dados coletados, que podem ser utilizados para diversos fins; quanto mais dados armazenados, maior é o número de conexões que podem ser feitas entre eles.

De acordo com Shelly Kreiczler-Levy (2019, p.358), *big data* consiste em um processo de predição de comportamentos futuros de um indivíduo a partir da identificação de padrões, o que um computador faz analisando enormes quantidades de informação. Algoritmos são utilizados para definir a probabilidade de determinados eventos com base nos dados disponíveis.

Ariel Porat e Lior Jacob Strahilevitz (2014, p.1417) pioneiramente propuseram o uso do *big data* para criar normas jurídicas personalizadas. Nesse contexto, continuam existindo normas jurídicas abstratamente pré-determinadas; entretanto, em vez de a mesma norma ser aplicada indistintamente a todas as pessoas, sem levar em consideração características pessoais, ao indivíduo seriam atribuídas as normas que melhor se ajustem às suas características e comportamentos anteriores. Os mencionados doutrinadores defendem o uso da legislação personalizada como forma de melhorar as atuais abordagens no Direito do Consumidor, na Responsabilidade Civil, no Direito do Trabalho e até mesmo no Direito das Sucessões.

Porat e Strahilevitz (2014, p.1477) sustentam que as legislações devem considerar a personalização das normas jurídicas ao menos naquelas áreas em que mais obviamente a aplicação genérica de um único modelo a todos não atinge satisfatoriamente os objetivos normativos, pois as diferenças nas características e nos contextos das pessoas levam a distorções. Nesse sentido, os

autores usam como exemplo justamente o Direito das Sucessões; eles argumentam que as normas de sucessão *ab intestato* podem ser personalizadas, de acordo com as informações disponíveis, para melhor refletirem as preferências e características pessoais do *de cuius*.

Segundo Shelly Kreiczler-Levy (2019, p.362), a fim de desenhar uma ordem de vocação hereditária personalizada para substituir a atual rígida estrutura sucessória, fatores que possivelmente devem ser levados em consideração incluem características pessoais como gênero, raça, idade, extensão patrimonial, *status* familiar, número de filhos, entre outros. A referida doutrinadora reconhece que a definição exata dos dados utilizáveis ainda necessita de maior análise empírica e deve se fundamentar em correlações entre a natureza desses dados e eventuais preferências na distribuição póstuma de patrimônio. Ao final, podem ser obtidas regras objetivas baseadas nas preferências predominantes entre pessoas que partilham as mesmas características pessoais do *de cuius*.

A vantagem das normas personalizadas a partir do *big data* consiste em quebrar com o paradigma de uma vocação hereditária *one size fits all*, o que teoricamente contribui para que se assegure uma maior diversidade de preferências em matéria de distribuição de herança (KREICZER-LEVY, 2019, p.362). Assim, em vez de apenas um modelo sucessório genérico – que no Código Civil de 2002 é evidentemente embasado em uma família conjugal, heterossexual, patriarcal, branca e com vasto patrimônio –, teríamos normas variadas que melhor corresponderiam, em tese, às concretas preferências de acordo com gênero, orientação sexual, escolaridade, etnia etc.

Apesar de reconhecer que normas sucessórias mais concretas sejam mais vantajosas do que um modelo abstrato, Shelly Kreiczler-Levy (2019, p.363) ressalta que o uso do *big data* para reconstrução da ordem legal de vocação hereditária ainda é insuficiente, notadamente porque deixa de considerar o aspecto relacional da herança. De acordo com a mencionada autora, idade, gênero e escolaridade podem afetar as preferências de alguém; entretanto, as relações íntimas que essa pessoa mantinha são elementos cruciais e indispensáveis na definição dessas preferências. O problema é que a qualidade das referidas relações não depende exclusivamente das características pessoais do *de cuius*: de um lado, elas são uma “via de mão dupla”, dependendo também das características e do comportamento do outro indivíduo; por outro lado, relações são dinâmicas, mudam com o tempo, amadurecem, evoluem ou até mesmo desaparecem (KREICZER-LEVY,

2019, p.365). Kreiczer-Levy (2019, p.367) conclui no sentido de que o dinamismo e a individualidade das relações simplesmente não podem ser refletidos por enormes quantidades de informação agregada: dados não capturam relações³⁴⁹.

Acrescentamos ainda que a criação de normas personalizadas nos moldes acima mencionados foca excessivamente a construção da sucessão *ab intestato* nas preferências e características do morto, ignorando o papel do sucessor³⁵⁰. Como já demonstramos no capítulo 3, o fenômeno sucessório não se limita ao sucedido. Na oportunidade, identificamos que o direito fundamental à herança é titularizado tanto por quem morre quanto por quem é chamado a ocupar o seu lugar. Por essa razão, ao estruturar a ordem de vocação hereditária, o legislador (ainda que se utilizando do *big data*) também deve levar em consideração os interesses, as necessidades e até mesmo a conduta do sucessor. Ocorre que, como expusemos no parágrafo anterior, há no *big data* a dificuldade de capturar o dinamismo e a individualidade das relações, até mesmo para definir quem é sucessor aos olhos das normas personalizadas.

Nesse mesmo sentido, Shelly Kreiczer-Levy (2019, p.366) aponta ainda outro problema: questões hereditárias não podem ser reduzidas a meras preferências. Segundo a referida autora, a sucessão hereditária envolve também a visão que o *de cuius* tinha de família, as expectativas que os potenciais herdeiros tinham de ser incluídos na referida visão que o morto tinha de família, bem como a aprovação social a respeito das relações entre sucessor e sucedido. Acreditamos que focar excessivamente a sucessão intestada nas preferências do sucedido pode consubstanciar um indevido retorno à postura voluntarista e individualista do Direito Civil oitocentista. Como discutimos na seção 5.1, a vontade do falecido é apenas uma das bases sobre as quais o legislador deve construir a ordem de chamamento à herança; todavia, há também que se respeitar os seus deveres para com certas pessoas próximas a ele.

Para Kreiczer-Levy (2019, p.361), devemos também levar em consideração outros fatores problemáticos. Em primeiro lugar, apesar de o *big data* ser utilizado para desenvolver normas adaptadas às preferências decorrentes das características pessoais do *de cuius*, essas normas

349 “Relationships are personal and dynamic and cannot be captured by huge amounts of aggregated information. Data does not capture relationships” (KREICZER-LEVY, 2019, p.367).

350 Compreendemos que a proposta formulada por Ariel Porat e Lior Jacob Strahilevitz foque particularmente nas características e nas preferências do sucedido, na medida em que escrevem em um contexto altamente influenciado pela perspectiva norte-americana de que o Direito das Sucessões protege notadamente os interesses do autor da herança. Ocorre que essa perspectiva não pode e não deve ser adotada no contexto jurídico brasileiro.

continuam de origem estatal, aplicadas pelo legislador e pelos magistrados; estão, assim, igualmente subordinadas à força normativa da Constituição e dos princípios orientadores do ordenamento jurídico³⁵¹ (KREICZER-LEVY, 2019, p.361).

Um dos princípios constitucionais potencialmente ameaçados de violação pelo uso do *big data* para personalizar a vocação hereditária é o princípio da isonomia. A título ilustrativo, como já expusemos acima, citando Pontes de Miranda (1968, p.190), “pode herdar quem o de cujo odiava, ou quem odiava o falecido”. Assim, se o falecido odiava alguém, essa informação será levada em consideração na elaboração da norma sucessória personalizada, para diminuir ou até mesmo excluir a sua fração do patrimônio sucessório. O problema todo é que esse sentimento de ódio, por si só, não nos parece um critério desequilibrador legítimo, à luz da Constituição, para excepcionar a presunção de isonomia formal em sucessória³⁵². O ódio pode ser arbitrário e injustificado, casos em que não pode ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, sendo o sentimento negativo motivado por alguma conduta altamente reprovável do potencial sucessor, o fundamento para a redução do quinhão ou até mesmo para a exclusão por indignidade não é o sentimento do sucedido em si, mas a conduta do sucessor.

Semelhantemente, em segundo lugar, devemos considerar a função expressiva do Direito das Sucessões³⁵³, que obriga a lei a proteger certos valores sociais (KREICZER-LEVY, 2019, p.361). Não podemos utilizar preferências do *de cuius* para personalizar a vocação hereditária se, nesse processo, houver o reforço a determinadas mensagens sociais negativas, notadamente aquelas discriminatórias. Havendo esse reforço negativo, as normas jurídicas personalizadas representariam uma violação frontal aos objetivos fundamentais traçados pela Constituição Federal³⁵⁴. Por essa razão, a título ilustrativo, ainda que a análise de dados demonstre que membros de uma certa minoria cultural preferem que seu patrimônio hereditário seja distribuído postumamente com a exclusão das descendentes mulheres, uma norma sucessória personalizada nesse sentido seria evidentemente inconstitucional.

351 Em verdade, Kreiczer-Levy (2019, p.361) diz que as normas personalizadas devem se conformar à “rule of law”. Adaptamos aqui a expressão para “força normativa da Constituição e princípios orientadores do ordenamento jurídico” para melhor corresponder à orientação do ordenamento jurídico brasileiro e à metodologia civil-constitucional.

352 Remetemos o leitor à seção 5.4.1.

353 Remetemos o leitor à seção 5.2.3.

354 Art. 3º, IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em terceiro lugar, apesar buscarem melhor corresponder à vontade concreta do falecido, as normas personalizadas continuam tendo natureza de sucessão legítima; elas não envolvem a feitura de um testamento, uma conduta ativa no sentido da ação de testar; também não requerem uma escolha expressa do falecido³⁵⁵ (KREICZER-LEVY, 2019, p.361). Levando isso em consideração, devemos questionar como ficarão os potenciais herdeiros, segundo a vocação hereditária tradicional, que tiverem suas expectativas frustradas em razão das normas sucessórias personalizadas. Eles poderão suscitar que as normas decorrentes do *big data* não equivalem à vontade concreta do *de cuius*? Ou, de outro modo, poderão contestar os parâmetros utilizados para personalizar a vocação hereditária?

Conclusivamente, a personalização das normas sucessórias a partir do *big data* parece, à primeira vista, uma solução interessante aos diversos problemas que apontamos em relação ao modelo normativo genérico atualmente utilizado. Entretanto, as reflexões que fizemos na presente seção levam à conclusão de que muitos obstáculos precisam ser enfrentados para uma reforma legislativa nesse sentido, e no Brasil ainda não há o amadurecimento necessário para o enfrentamento adequado do tema.

5.6 A INSUFICIÊNCIA DO TESTAMENTO COMO ÚNICO MECANISMO DE SUPERAÇÃO DAS FALHAS DA SUCESSÃO *AB INTESTATO*

Identificamos uma tendência doutrinária de utilizar a existência da sucessão testamentária como um fator para minimizar os defeitos e as insuficiências das normas de sucessão *ab intestato*. Ainda no século XIX, Jeremy Bentham (1864, p.177-180) defendia que o legislador, ao regulamentar a sucessão, deveria estabelecer presunções legais de distribuição da herança para evitar procedimentos constrangedores e infinitos questionamentos no processo sucessório; e tais

355 Para Shelly Kreiczzer-Levy (2019, p.370-371), seria inclusive um contrassenso lógico fazer com que esse esquema sucessório fosse *opt-in*, no qual a pessoa poderia escolher se submeter à vocação hereditária tradicional ou à personalizada. Para a autora, pessoas que não testam igualmente tenderiam a não fazer essa escolha expressa pelas normas sucessórias personalizadas; tal escolha iria requerer tanto familiaridade com a lei quanto recursos (notadamente financeiros) para executar essa opção. Acrescentamos, ainda, o tabu relacionado às escolhas sucessórias. Assim, para a mencionada doutrinadora, na medida em que o propósito da sucessão *ab intestato* personalizada é melhor corresponder à diversidade de realidades familiares, em contraste ao modelo genérico, é natural que ela seja aplicada como a ordem de vocação hereditária *default*.

presunções podem ser tiradas do grau de afeição do morto para com certas pessoas, e esse grau por sua vez pode ser analisado com base na proximidade da relação. Contudo, Bentham reconhece que essas presunções de afeto frequentemente falharão na prática, o que conseqüentemente faz com que as normas de sucessão *ab intestato* não atinjam os fins a que se destinam. Para Bentham, por fim, a solução eficaz para esse problema seria a elaboração de um testamento.

Encontramos em Paulo Lôbo (2014b, p.71) uma interessante conclusão: é possível presumir que o modelo de sucessão legítima é bem aceito no Brasil, na medida em que a população em geral não se utiliza da sucessão testamentária. O referido doutrinador sustenta que, se o modelo de sucessão *ab intestato* codificado não correspondesse à média dos valores sociais, “dificilmente teria o elevado grau de aplicação que se observa”. Dos argumentos suscitados por Paulo Lôbo, concluímos que ele entende que o testamento seria, então, um mecanismo de correção das inadequações da vocação hereditária por força de lei; e que, não sendo frequente a elaboração de negócios jurídicos *mortis causa*, depreende-se que não há expressivas inadequações do esquema legal de sucessão *ab intestato*.

Não concordamos com a eventual alegação de que a sucessão testamentária é um remédio suficiente para as graves falhas da ordem de vocação hereditária. Nossa posição é fundamentada em três ordens de motivos. Primeiramente, a existência do testamento não exime o legislador de satisfatoriamente desempenhar o seu dever constitucional de efetivação do direito fundamental à herança. Além disso, é incoerente confiar na elaboração de testamento como mecanismo de correção da sucessão *ab intestato* ao mesmo tempo em que se reconhece que o brasileiro, de modo geral, por diversas razões, não testa. Por fim, o sucessor testamentário tem uma grave desvantagem em relação ao sucessor legítimo: o seu título de chamamento à herança está sujeito a um rígido regime de invalidades. Esse último fator pode acabar sendo excessivamente prejudicial para pessoas beneficiadas em testamento que deveriam ter sido chamadas por força da lei e, em razão do trabalho legislativo ruim, não o foram.

Em primeiro lugar, a devida efetividade do direito à herança, titularizado pelo sucessor, não pode estar condicionada à elaboração de um testamento por parte do sucedido. *A contrario sensu*, estaríamos legitimando a inconstitucional omissão legislativa de efetivação e proteção adequada ao referido direito fundamental.

Na seção 3.1.2.2, expusemos que os direitos fundamentais têm uma perspectiva objetiva, que impõe ao Estado um dever geral de efetivação e proteção. Semelhantemente, vimos que o poder público deve adotar medidas que protejam efetivamente o exercício dos direitos fundamentais, zelando por sua proteção contra agressões vindas do próprio Estado ou até mesmo de particulares. No mesmo sentido, compreendemos que daí também decorre o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), segundo o qual o legislador é chamado a promover os direitos fundamentais e assegurar um nível mínimo adequado à sua proteção, não podendo ser omissos no desempenho desse papel.

Também na seção 3.1.2.2, observamos que o legislador classicamente promove o direito fundamental à herança regulamentando o Direito das Sucessões na legislação infraconstitucional. Contudo, ressaltamos que a simples positivação não é suficiente para assegurar uma proteção adequada desse direito; já naquele momento da Tese alertávamos que o Código Civil desempenha esse papel de forma inadequada. Nesse sentido, no Brasil existe uma proteção legislativa genérica à herança; todavia, no caso concreto ela potencialmente se consubstancia em uma proteção deficiente, por exemplo ao não chamar à sucessão aquele sujeito que deveria ser chamado – aqui remetemos o leitor à questão da invisibilização das relações (seção 5.2). Também não há proteção adequada quando o chamamento à sucessão indevidamente e arbitrariamente hierarquiza afetos (seção 5.3); assim como quando, ignorando circunstâncias excepcionais, a lei não atribui ao sucessor o quinhão quantitativamente adequado (seção 5.4).

O legislador não pode se eximir do seu dever constitucional de elaborar normas de sucessão *ab intestato* que sejam efetivamente coerentes com as finalidades e funções da herança. Por isso, a proteção a direitos fundamentais – no caso, o chamamento à sucessão das pessoas certas e na medida adequada – não pode nem deve estar sujeita ao arbítrio do potencial testador, no sentido de decidir fazer ou não testamento. Nesse sentido, na seção 3.3.5.3 identificamos que, em cumprimento à função social da herança, a esse direito fundamental estão associados determinados deveres. Ainda que admitamos seja atribuído ao sucedido o dever de suprir pela via testamentária as falhas legislativas na ordem de vocação hereditária, o eventual sucessor não pode ser prejudicado caso o particular não o faça – até mesmo porque, como veremos na sequência, há diversos obstáculos tanto para a feitura quanto para o registro e cumprimento do testamento.

Por tudo quanto exposto, depreendemos que Estado tem o dever de efetivar satisfatoriamente o direito fundamental à herança, inclusive em matéria legislativa. Acreditamos que essa atribuição não deve ser terceirizada a um particular, qual seja, o testador.

Em segundo lugar, e intimamente relacionado com o primeiro fator, não podemos confiar no testamento como único mecanismo de correção das graves insuficiências da atual sucessão *ab intestato* na medida em que o brasileiro, de modo geral, não testa. Aqui, ressaltamos que lamentavelmente não há uma pesquisa que forneça com base em dados empíricos a proporção exata entre sucessões legítimas e testamentárias no país. De todo modo, existe uma percepção clara no sentido de que a ampla maioria das pessoas não testa, mesmo naqueles países em que a manifestação de última vontade é socialmente mais valorizada do que no Brasil (GARY, 2012, p.332). Conforme já mencionamos, uma parcela considerável da doutrina, como Giselda Hironaka (2014, p.22; p.332), reconhece que há intensos fatores culturais que afastam o brasileiro do ato de testar, como por exemplo o testamento ser um tabu e algumas pessoas acreditarem que ele pode até mesmo atrair o azar. Semelhantemente, já vimos que testar é um ato que envolve alto grau de ansiedade, notadamente porque as pessoas essencialmente estão reconhecendo a possibilidade da própria morte, algo com que não é fácil de se lidar (ASTRACHAN, 1979).

Para além das típicas razões pelas quais as pessoas não testam, Michelle Cottier (2014, p.213) ressalta ainda que, nas famílias não-tradicionais, esses problemas se exacerbam por conta do potencial de conflitos entre membros. Recordando o quanto exposto na seção 5.4.2, reconhecemos que no fenômeno sucessório há fortes tensões entre os envolvidos; existe um particular potencial de ruptura nos casos em que não há distribuição de herança conforme os mandamentos legais. Entendemos que isso se dá em razão da função expressiva do Direito das Sucessões: na medida em que a lei determina o que é normal e o que é desviante, são reforçadas as percepções da sociedade no sentido de como uma herança deve efetivamente ser distribuída. O testamento que não cumpre as expectativas estabelecidas pela ordem de vocação *ab intestato* choca, contraria a visão social e, conseqüentemente, é uma provável fonte de conflitos.

Também sobre a feitura do testamento, Danaya C. Wright e Beth Sterner (2017, p.373) identificaram que fatores como gênero, raça e patrimônio influenciam significativamente o perfil

de quem testa: testadores são majoritariamente brancos, homens e ricos³⁵⁶. As referidas autoras criticam então o fato de que, de modo geral, às pessoas de cor e mais pobres restam apenas as normas da sucessão intestada, o que é particularmente problemático uma vez que estatisticamente os modelos familiares não-tradicionais se encontram justamente em tais faixas da população. Em outras palavras, é um contrassenso esperar que uma faixa da população que comumente não testa resolva pelo testamento problemas que acometem particularmente esse mesmo segmento da sociedade. Por essas razões, acreditamos também que há um negativo impacto social de se acreditar que o testamento é suficiente para superar a invisibilidade das famílias não tradicionais.

Ainda na questão de pouco se fazer testamento, devemos recordar aqui o problema que denunciemos na seção 4.3.1.3. Na oportunidade, identificamos que o excesso de solenidades encarece e dificulta o ato de testar, configurando um desincentivo para esse comportamento. Semelhantemente ao quanto ressaltamos no parágrafo anterior, os custos adicionais referentes às solenidades testamentárias acabam sendo particularmente prejudiciais às camadas menos favorecidas da população. Desse modo, observamos a contradição normativa: por um lado, o legislador pretende que o testamento seja usado para minimizar as próprias insuficiências legislativas na elaboração da sucessão *ab intestato*; por outro lado, estabelece um formalismo exacerbado que dificulta e até mesmo impede o acesso à sucessão testamentária.

Em terceiro lugar, há um fator adicional para considerarmos a via testamentária insuficiente para suprir adequadamente as insuficiências da ordem legítima de vocação hereditária: a possibilidade de invalidação do testamento. Ainda que o sujeito que deveria ter sido chamado a suceder por força de lei, mas não foi, acabe sendo vocacionado à sucessão com base em disposição testamentária, a sua situação é pior do que aquela que teria sido se o legislador tivesse adequadamente desenhado a vocação hereditária legítima. O título de chamamento do sucessor testamentário é um negócio jurídico e, como tanto, está sujeito à análise no plano da validade. Testamentos devem ser apresentados em juízo para análise de potenciais vícios antes do seu registro e cumprimento³⁵⁷. Para além dos supramencionados elementos formais, o juízo sucessório analisará o atendimento a diversos requisitos, especificamente a capacidade para testar; e, de forma geral, a ausência de defeitos que acometem os negócios jurídicos, inclusive aqueles relacionados à

356 Apesar de as autoras se referirem a dados estatísticos norte-americanos, não há qualquer evidência que torne as suas conclusões inadequadas para a realidade brasileira.

357 Artigos 735 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

vontade manifestada (por exemplo, erro, dolo e coação). Esse fator é notadamente problemático nos casos em que as relações do *de cuius* com o potencial sucessor podem ser consideradas indevidas pelo aplicador do direito (BRASHIER, 2004, p.72). Conforme mencionamos na seção 5.2.3, por força da função expressiva do Direito das Sucessões, a sucessão *ab intestato* estabelece a visão social de como a partilha da herança deve ser, e testamentos que fogem dessa lógica tendem a ser invalidados. Para além disso, a cédula do testamento cerrado ou do testamento particular pode, contra a vontade do testador, vir a desaparecer – pela ação de algum interessado de má-fé, pelo passar do tempo ou por qualquer outra razão.

Conclusivamente, não aderimos ao pensamento de que o testamento é, por si só, mecanismo suficiente para corrigir as insuficiências da sucessão intestada. O legislador não pode se eximir do seu dever de assegurar a proteção adequada ao direito fundamental à herança. Ademais, não podemos falar em suficiência da sucessão testamentária para resolver qualquer problema em um contexto social no qual, por diversos problemas, as pessoas comumente não testam. Por fim, o testamento é um título de chamamento à sucessão menos seguro do que a lei, na medida em que está sujeito tanto à análise do juízo sucessório quanto ao plano da validade, quanto ao desaparecimento da cédula testamentária contra a vontade do testador.

5.7 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM MATÉRIA SUCESSÓRIA

Acreditamos que os mais intensos argumentos em favor da atual vocação hereditária codificada são, de um lado, o seu suposto potencial de permitir uma repartição de herança mais fácil e rápida; e, de outro lado, o seu elevado grau de previsibilidade tanto em relação a quem será vocacionado a suceder quanto ao quinhão que cada um irá receber. Antecipamos que haverá alegações de que seria altamente problemática uma discricionariedade judicial para definir quem é chamado à sucessão e para considerar circunstâncias de isonomia material na atribuição dos quinhões. Os problemas dessa discricionariedade estariam relacionados ao aumento de custos do processo sucessório (inclusive relacionados a tempo de tramitação e elevação do potencial de conflitos), bem como à imprevisibilidade dos resultados. Ocorre que não enxergamos nos argumentos de eficiência e segurança jurídica a força necessária para desconsiderarmos ou minimizarmos todas as falhas da sucessão *ab intestato* que denunciemos nas seções anteriores.

Na doutrina, podemos encontrar defensores de que, para além da *duty theory* e da *presumed will theory*³⁵⁸, a sucessão intestada deve ser estruturada levando em consideração a facilidade de repartição da herança (JOHNSON, 2009, p.316). Há uma presunção de que, seguindo um modelo abstrato pré-determinado pelo legislador, preferencialmente com respeito absoluto à isonomia formal, a partilha do patrimônio sucessório atingirá simultaneamente o seu máximo grau de eficiência e o seu mínimo grau de potencial conflitivo.

Encontramos com facilidade argumentos doutrinários ilustrando a posição exposta no parágrafo acima. Por exemplo, comentando sobre a discricionariedade judicial no sistema da *family provision*³⁵⁹, Richard R. Schaul-Youder (1985, p.233) questiona se as vantagens de uma distribuição sucessória mais equitativa compensam o aumento dos custos, do tempo e dos riscos de conflitos familiares. O referido autor sugere que o sistema hereditário que pré-estabelece rigidamente quem será chamado à sucessão e o quanto cada um receberá é mais vantajoso, em razão da sua previsibilidade e custos relativamente menores.

Nesse mesmo sentido, Ralph Brashier (2004, p.06-07) entende que a ampla discricionariedade do juízo sucessório levaria a investigações detalhadas, individualizadas e potencialmente turbulentas e constrangedoras sobre as relações do *de cuius* com os sobreviventes. Além disso, haveria decisões judiciais em sentidos distintos e imprevisíveis, o que, segundo Brashier, diminuiria a confiança do público no sistema de inventário e partilha. Por fim, ele entende ainda que perquirições individualizadas demandariam muito mais tempo e recursos do que a aplicação de regras objetivas de partilha. Por esse motivo, mesmo escrevendo em favor da adaptação do Direito das Sucessões para melhor atender às entidades familiares não-tradicionais, o referido autor defende que as legislações estabeleçam regras objetivas para determinar pertencimento à família do morto. Pelas razões expostas na seção 5.5.1, não aderimos a essa proposta, na medida em que ela tende a partilhar dos tradicionais problemas que tornam insuficientes as reformas legislativas em matéria sucessória.

No Brasil, as atuais normas de sucessão intestada são basicamente totalmente fechadas ao exercício da discricionariedade judicial, tanto qualitativamente – para definir, no caso concreto, quais são as relações hereditariamente relevantes – quanto quantitativamente – para definir o

358 Remetemos o leitor à seção 5.1.

359 Sobre o qual discorreremos na seção 4.1.2.1 e ao qual retornaremos na seção seguinte.

quanto cada sucessor irá receber atendendo a critérios de isonomia material. A abertura para a discricionariedade do magistrado em matéria sucessória é tradicionalmente bastante restrita: um exemplo no Código Civil de 2002 seria a existência de “justa causa” para a clausulação da legítima dos herdeiros necessários³⁶⁰. Outro exemplo seria a apreciação a respeito da inexistência de culpa do cônjuge sobrevivente separado de fato do *de cuius* há menos de dois anos³⁶¹ – hipótese esta cuja recepção ao sistema constitucional inaugurado pela Emenda Constitucional 66/2010 é tema controverso na doutrina³⁶². Esse sistema contra a discricionariedade judicial em matéria sucessória é reforçado pelo Código de Processo Civil, que expulsa do inventário e remete às vias ordinárias todas as questões que dependem de prova não documental – ou seja, questões que exigem que o juiz não seja apenas um burocrata e, para além de simplesmente conferir documentos, também exerça juízo de valor³⁶³. O objetivo do legislador sempre foi tornar o Direito das Sucessões o mais fechado e objetivo possível; nesse cenário, uma ampla margem de escolha de parte do juízo sucessório seria ineficiente e traria resultados potencialmente imprevisíveis.

Na seção 2.1, estabelecemos os pressupostos da metodologia civil-constitucional, utilizada na presente investigação: a força normativa da Constituição; a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico; uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos; a historicidade e a relatividade da interpretação jurídica; o rompimento com o modelo clássico de interpretação formalística baseado na simples subsunção do fato à norma; substituição do tecnicismo e do positivismo legislativo pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal; a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura; a opção da atual ordem constitucional pela função de transformação da realidade, buscando a realização do projeto de sociedade estampado na Constituição (função promocional); a posição de destaque da dignidade da pessoa humana e a consequente “filtragem constitucional” dos institutos de Direito Privado para que estes se adequem

360 Art. 1.848, *caput*. 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.

361 Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

362 Mesmo antes da Emenda Constitucional 66/2010, o referido dispositivo já podia ser considerado altamente problemático, na medida em que determina discussão de culpa pelo fim da convivência em um momento no qual um dos envolvidos já morreu.

363 Código de Processo Civil de 2015, Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

à realização do projeto constitucional e da promoção de dignidade da pessoa; o rompimento com os esquemas e conceitos individualistas clássicos para o atendimento às exigências constitucionais de solidariedade; a superação dos reducionismos e das abstrações excessivas que, apesar de se pretenderem neutros e universais, acabam se chocando com a realidade social (PERLINGIERI, 2008b, p.01; MORAES, 2008, p.30; PERLINGIERI, 2008a, p.54; FACHIN, 2012, p.67).

Defendemos que a manutenção, sob os pressupostos da eficiência e da previsibilidade, do atual modelo codificado de sucessão *ab intestato* viola gravemente cada um dos pressupostos teóricos do Direito Civil-Constitucional, acima mencionados.

Em primeiro lugar, como demonstramos exaustivamente, a sucessão intestada codificada não está cumprindo satisfatoriamente os fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal³⁶⁴. De um lado, há situações em que quem deveria ser chamado à sucessão não o é; de outro lado, há ocasiões nas quais mesmo quem é chamado não recebe o quinhão adequado às suas circunstâncias. Por essa razão, defender a manutenção da sucessão *ab intestato* como atualmente se encontra significa negar a força normativa da Constituição. Conforme expusemos na seção 5.1, a ordem de vocação hereditária não é um dado, é uma construção legislativa. Na medida em que a Constituição Federal se encontra no centro do sistema jurídico e por isso mesmo subordina também o Direito das Sucessões, é inaceitável colocar o chamamento à sucessão como se imune fosse à força irradiante das normas constitucionais. Da mesma forma, eficiência e previsibilidade devem ser sempre condicionados à força irradiante dos princípios e objetivos promovidos pelo texto constitucional; por essa razão, tais critérios deverão ceder espaço sempre que isso for necessário para a proteção adequada do direito fundamental à herança.

Defender a manutenção do estado de coisas da sucessão intestada codificada significa negar que este instituto deve passar por um processo de “filtragem constitucional”; significa manter o Direito das Sucessões como ele é, em vez de o transformar naquilo que a Constituição determina que ele deve ser. Semelhantemente, significa dar à sucessão *ab intestato* mais prestígio à sua estrutura atual do que à função que a herança deve constitucionalmente desempenhar; por fim, significa colocar a suposta facilidade de distribuição do patrimônio e a previsibilidade dos resultados num patamar mais elevado do que a devida atribuição de herança às pessoas que dela necessitam para a proteção e o desenvolvimento das suas personalidades.

364 Remetemos o leitor ao capítulo 3.

Em segundo lugar, privilegiar eficiência e previsibilidade em matéria sucessória, em detrimento dos fundamentos e funções da herança, contraria a renovada teoria da interpretação defendida pelo Direito Civil-Constitucional. O Código Civil de 2002 não dá espaço para que o juízo sucessório, interpretando as circunstâncias particulares à luz da Constituição Federal, defina em cada caso quem deve ser sucessor e o quanto cada um receberá. O legislador entendeu que a solução mais rápida e fácil para o Direito das Sucessões seria exclusivamente a discricionariedade legislativa: a lei previamente define as relações hereditariamente relevantes e estabelece uma divisão formalmente igual entre os vocacionados. Adotando o modelo de interpretação esposado pelo Direito Civil “clássico”, o atual modelo de sucessão intestada dá ao juízo sucessório atribuições basicamente matemáticas: hoje, a preocupação significativa do magistrado consiste em saber o que foi deixado, quem se encaixa no papel de sucessor definido em lei, e quanto o Código atribui a cada um. O que a codificação civil quer é simplificar ao máximo esse processo, tornando a aplicação da norma sucessória *ab intestato* uma operação mecânica de subsunção: grosso modo, o patrimônio hereditário dividido igualmente entre o número de sucessores³⁶⁵.

Acreditamos que, à luz da metodologia civil-constitucional, a postura interpretativa incorporada na vocação hereditária desenhada pelo Código Civil de 2002 não deve ser adotada. Com Pietro Perlingieri (2002, p.22), aprendemos que a operação das leis à norma concreta não é mecânica, mas cultural, envolvendo interesses e valores. Compreendemos também que o respeito à dignidade deve prevalecer sobre qualquer outra razão política; para o italiano, trata-se da “única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça” (PERLINGIERI, 2002, p.23). Aqui inserimos que a busca pela devida efetividade das normas constitucionais, consubstanciada na interpretação normativa ajustada adequadamente ao caso concreto, deve prevalecer sobre critérios de eficiência e previsibilidade.

Luiz Edson Fachin (2012, p.110) demonstra que o pensamento civilista clássico tende a dar primazia à previsibilidade do modelo da relação jurídica, em detrimento daquilo que se verifica concretamente. Dessa forma, cria-se um paradigma abstrato, cuja pretensão é recolher a realidade, forçando que os dados da realidade se adaptem à ordem previamente estabelecida. O resultado dessa forma de se pensar o Direito Civil, segundo Fachin (2012, p.120), é um Código apegado às

365 Como já notamos acima, há exceções a essa regra, como por exemplo a reserva de 25% da herança em favor do cônjuge sobrevivente quando este for ascendente de todos descendentes do *de cuius* com quem correr. Contudo, a regra geral é a da operação matemática simples ora mencionada.

aspirações e às generalizações, cujo centro não é o sujeito, mas as categorias jurídicas. Entendemos que a resistência ao abandono do modelo rígido e abstrato de uma ordem de vocação hereditária previamente estabelecida se fundamenta particularmente na ideia de que um modelo alternativo, focado em atender satisfatoriamente as peculiaridades de cada fenômeno sucessório concreto, não inspiraria a tão desejada segurança jurídica.

Acreditamos que tantos clamores por segurança jurídica e por estabilidade são um reflexo do sistema civilista marcado pelo patrimonialismo e, principalmente, pelo individualismo; individualismo este que, segundo Luiz Edson Fachin (2012, p.237), ainda possui uma força geradora de ações de retaguarda para o manter incólume. Entretanto, não acreditamos que a segurança jurídica e a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas seja um valor em si mesmo. Nesse sentido, aprendemos com Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Felipe Germano Cacicedo Ciudad (2007, p.19) que tais valores devem ser harmonizados com outros princípios constitucionalmente relevantes, como o da justiça, buscando sempre a transformação qualitativa da realidade.

Com Giselda Hironaka (2006b, p.02), aprendemos que a fixação dos juristas pela segurança jurídica decorre de uma tendência de se buscarem as “verdades inteiras”, ou seja, padrões imutáveis, perfis definitivos para os institutos jurídicos. Essas “verdades inteiras” são mais seguras na medida em que não dão espaço a reorganizações, remodelações, rearranjos. Ocorre que, quando algo se apresenta de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-definidas, não há lugar para se pensar o novo nem para se adequar o tempo. Dessa forma, a mencionada autora denuncia que, quando se adota essa perspectiva – “restrita e fechada, e por isso mesmo segura”, acaba-se preferindo “a justiça segura à justiça justa”.

Ocorre que a doutrina apegada ao modo de pensar do Direito Civil “tradicional” parece se preocupar mais com manter as coisas como supostamente sempre foram do que com transformar o Direito das Sucessões para que se torne mais justo, equitativo, emancipatório e inclusivo. Aqui nos valem, no âmbito sucessório, de duas expressões que Luiz Edson Fachin (2012, p.12) imputa à Teoria Geral do Direito Civil como um todo: a sucessão intestada no Código de 2002 já nasceu no passado, uma vez que foi parida de costas para o presente; e as resistências veementes contra a sua abertura à realidade contemporânea concreta são reflexo do pânico pelo qual passa “o medievo que emoldura os institutos do *status quo*”.

A metodologia do Direito Civil-Constitucional deve seguir o caminho interpretativo oposto. Neste sentido, Pietro Perlingieri (2008a, p.254) argumenta que o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei; desse modo, na individuação do caso concreto, o magistrado deverá considerar todas as circunstâncias fáticas – situação (não apenas econômica), formação cultural, ambiente em que os sujeitos atuam – e procurará julgar com base em uma perspectiva unitária de ordenamento.

Acreditamos, então, que também no Direito das Sucessões a abstração, o tecnicismo e o positivismo legislativo devem dar lugar à preeminência da justiça – e por isso defendemos, nas seções anteriores, a inclusão daqueles que hoje são invisibilizados, bem como a interpretação que considere elementos de isonomia material. Assim como Giselda Hironaka (2006a, p.158), preferimos o justo ao seguro. Aqui recordamos o quanto defendido por Fátima Nancy Andrighi (2008, p.290), no sentido de que no Direito Civil não há justiça de massa, devendo a justiça ser feita de forma artesanal, justamente o traço que mais distingue este ramo jurídico dos demais. Ainda segundo a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, atualmente “a função jurisdicional não consiste apenas em dizer abstratamente o direito; ela tem por objeto dar uma solução justa a um problema humano”. Por essas mesmas razões, na seção 4.1.2.1 defendemos que as limitações quantitativas à liberdade de testar devem ser flexíveis e adaptáveis às diferentes circunstâncias; dessa forma, naquela oportunidade sustentamos que a extensão da sucessão forçada não pode ser abstratamente definida como 50% do patrimônio do morto, mas sim definida com base na análise do caso concreto, com exercício de discricionariedade pelo juízo sucessório.

Nesse sentido, Susan N. Gary (2012, p.790-791) comenta criticamente a respeito de os redatores do *Uniform Probate Code*, nos Estados Unidos, terem prioritariamente buscado assegurar a facilidade do processo sucessório, com previsibilidade dos resultados. Segundo a autora, a legislação norte-americana, apesar de reformas, continua antiquada e, em seus termos, parecendo um museu (“*like a museum*”). No Brasil, manter a sucessão intestada como está igualmente significa impor uma moldura normativa na contramão da realidade, o que resulta, na expressão de Luiz Edson Fachin (2015, p.75) que já utilizamos, em uma indevida “presentificação do pretérito”.

Por fim, ressaltamos que razões de eficiência não são fins em si mesmas e, dessa forma, não se sustentam como fundamentos para a manutenção de uma ordem de vocação hereditária violadora de princípios constitucionais. Devemos recordar que o próprio Richard Posner (1975, p.778) reconheceu que a sociedade de fato está disposta a pagar um preço, em termos de redução

de eficiência, em favor de políticas que promovam a noção de justiça – ele dá como exemplo a proibição da discriminação racial ou religiosa. Reconhecemos que haverá um acréscimo de custos, inclusive de tempo, relativo à discricionariedade qualitativa e quantitativa por parte do juízo sucessório. Acreditamos que essa perda de eficiência se justifica se e na medida em que assegurar uma tutela sucessória que satisfaça adequadamente suas funções de proteção e desenvolvimento da personalidade dos envolvidos.

Por fim, como vimos na seção 3.1.2.2, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais os torna parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento. Naquela oportunidade, anotamos que compete ao Estado disciplinar o procedimento para o exercício do direito fundamental à herança; bem como criar, organizar e manter a estrutura em que esse procedimento ocorrerá. Desse modo, o legislador não pode se fechar ao evidente dever de abrir a sucessão hereditária à discricionariedade judicial alegando ausência de normas ou de estrutura física para tanto; pelo contrário, por imposição constitucional, cabe à legislação ser criativa para adotar as providências necessárias para otimizar o inventário e a partilha dentro dessa realidade que ora propomos.

Por outro lado, também não podemos aderir a um sistema em que a discricionariedade judicial em matéria sucessória seja absoluta. Em primeiro lugar, excessiva discricionariedade leva ao arbítrio. Ademais, como vimos na seção 5.4.1, a isonomia formal desempenha um papel significativo na sucessão hereditária, só devendo ser afastada excepcionalmente. Além disso, pode ser muito problemática a falta de parâmetros orientadores para a interpretação do juiz. Como bem ressaltou Robert Leckey (2019, p.312) em estudo sobre atuação judicial no reconhecimento de novas modalidades de família, mente aberta e sensibilidade às diferenças não são qualidades distribuídas igualmente entre os membros do Judiciário³⁶⁶. Ser magistrado não necessariamente torna o sujeito imune a discursos conservadores, machistas, homofóbicos ou transfóbicos, por exemplo. Em se tratando da discricionariedade qualitativa, a ausência de critérios limitadores possibilitaria que magistrados com esse perfil não reconhecessem verdadeira natureza familiar nos arranjos não-tradicionais.

366 “Open-mindedness and sensitivity to difference do not fall evenly across the judiciary” (LECKEY, 2019, p.312). No mencionado artigo, Robert Leckey comenta a atuação judicial no reconhecimento de parentalidades não-tradicionais, em especial após a entrada em vigor do *All Families Are Equal Act*, 2016, na província canadense de Ontário.

Da mesma forma, em relação à discricionariedade quantitativa, pode ser problemática a ausência de critérios definidores do que se qualifica como uma circunstância excepcional autorizadora do afastamento da isonomia formal na distribuição da herança. Não há uma noção evidente do que seja uma necessidade extrema do sucessor. Estaria relacionada apenas à subsistência ou também se estenderia à educação, por exemplo? Aqui, uma solução possível seria utilizar como parâmetros os critérios utilizados para a definição da obrigação alimentar. Por outro lado, no que diz respeito à conduta do potencial sucessor, há uma ampla variedade de interpretações individuais a respeito de diferentes circunstâncias familiares e, assim, não há, de forma alguma, um consenso sobre o que um membro da família deve fazer pelo outro (DRAKE; LAWRENCE, 2000, p.276).

Ainda com Deirdre G. Drake e Jeanette A. Lawrence (2000, p.275) aprendemos que a análise das circunstâncias excepcionais na definição dos quinhões hereditários sofre a interferência da forma como reciprocidade e necessidade são percebidos pelas pessoas. As doutrinadoras ilustram seu argumento se utilizando de uma questão de gênero relativa às diferentes expectativas que há quanto às responsabilidades dos herdeiros em relações familiares. Por exemplo, por força do machismo estrutural existente na sociedade, comumente se espera que as filhas mulheres tomem conta dos pais idosos. Um magistrado adepto de tal pensamento tenderia a ignorar mesmo um evidente desequilíbrio entre, de um lado, os cuidados prestados por uma filha a seus ascendentes e, de outro lado, a total falta de assistência por parte do filho homem.

Encontramos em Susan N. Gary (2012, p.811) uma possível solução para o problema da discricionariedade judicial em matéria sucessória: concedê-la de forma restrita, orientada, para que haja a devida adaptação às constantes mudanças na dinâmica familiar, ao mesmo tempo em que se evita a pura arbitrariedade judicial. A referida autora propõe um sistema de “discricionariedade guiada”, na qual haveria uma presunção *juris tantum* de aplicação das normas gerais de sucessão legítima. A lei criaria diversas categorias de potenciais herdeiros, cada categoria contando com uma série de fatores que o magistrado poderá levar em consideração para determinar se alguém deve se qualificar como sucessor legítimo e o quanto tal indivíduo deve receber. Assim, com base nesses fatores, um potencial herdeiro poderia questionar a aplicação daquelas normas gerais, apresentando evidências de que, no caso concreto, mostra-se mais adequada uma distribuição sucessória distinta daquela prevista na lei, tanto em razão daquela que seria a vontade do *de cuius*, quanto por questões de dependência econômica. Nesse sentido, como a vocação hereditária

legítima seria fundamentada em uma presunção relativa, ela admitiria prova em sentido contrário. Por fim, Susan N. Gary (2012, p.826) reconhece que um sistema como o ora proposto certamente aumentaria os custos no contexto sucessório; entretanto, ela argumenta que os benefícios decorrentes de resultados melhores para o sucedido e para os sucessores sobrepujam os malefícios decorrentes do acréscimo de custos.

Acreditamos que o sistema acima proposto é bastante interessante, podendo configurar uma solução possível para as insuficiências da atual vocação hereditária codificada no Brasil. Na seção seguinte, veremos como a “discricionariedade guiada” em matéria sucessória já vem sendo aplicada pela legislação inglesa.

5.8 LIÇÕES DO SISTEMA DA *FAMILY PROVISION* PARA A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Na seção 4.1.2.1 estudamos, com enfoque em matéria testamentária, o instituto da *family provision*, comum nos países da *common law*, exceto os Estados Unidos. Caroline Sawyer e Miriam Spero (2015, p.313) ensinam que se trata do poder judicial de alteração das disposições testamentárias ou mesmo das normas de sucessão legítima, com o objetivo de assegurar uma provisão econômica em favor da família do *de cuius* ou daqueles sujeitos que dele dependiam. Tanto os testamentos quanto o esquema de vocação hereditária *ab intestato* poderão ser alterados pelo juízo sucessório, se se demonstrarem inadequados para atribuir uma razoável proteção patrimonial a determinadas pessoas³⁶⁷. Analisaremos aqui de forma especial o *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*³⁶⁸, da Inglaterra, que sofreu alterações desde sua entrada em vigor, sendo a mais recente em 2014. Ressalvamos desde logo que o objetivo da presente seção não é defender a importação do instituto como um todo ao Brasil, mas de identificar nele critérios orientadores da discricionariedade do juízo sucessório.

Richard R. Schaul-Youder (1985, p.210) ensina que, desde 1938, a Inglaterra, inspirada na legislação da Nova Zelândia, reformou seu sistema sucessório, inclusive alterando o conteúdo da

³⁶⁷ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.2(1).

³⁶⁸ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

liberdade testamentária, para proteger determinadas pessoas próximas ao *de cuius*. Com Elizabeth Travis High (1984, p.326), aprendemos que, no regime original da lei de 1938, só eram protegidos filhos menores ou com deficiência, filhas não casadas e o cônjuge sobrevivente, e seu âmbito se restringia à sucessão testamentária. Emendas subsequentes ampliaram sua aplicação à sucessão legítima, bem como para proteção do ex-cônjuge e de filhos ilegítimos.

Nos anos 1960, o Parlamento britânico percebeu que os pensamentos, os valores e as necessidades sociais exigiam profundas modificações na legislação de 1938. A Comissão de Reforma Legislativa britânica concluiu que o objetivo da lei não era uma repartição equitativa da propriedade, mas sim assegurar proteção adequada aos dependentes do morto (HIGH, 1984, p.327). Por essa razão, em 1975 foi editado o *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*, que consubstancia uma tentativa detalhada de fazer o Direito das Sucessões inglês mais adequado para atender à variedade e à complexidade das condições econômicas e sociais contemporâneas. Como exposto por Schaul-Youder (1985, p.220), o principal aspecto é dar ao juízo sucessório uma discricionariedade guiada, que lhe permite levar em consideração as circunstâncias peculiares e únicas de cada sucessão hereditária.

Na presente seção, em tal sistema buscaremos lições para aperfeiçoar a vocação hereditária codificada no Brasil. Focaremos na forma como a legislação inglesa orienta a discricionariedade do juízo sucessório em dois aspectos: a consideração das circunstâncias do caso concreto, em especial quanto à situação econômica e à conduta do potencial sucessor, para a distribuição do patrimônio hereditário; e a proteção às pessoas dependentes do *de cuius*, independentemente de grau de parentesco ou mesmo de pertencimento à sua família.

5.8.1 Para além do núcleo familiar tradicional: as ideias de *child of the family* e de *dependant*

O *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975* orienta a discricionariedade do juízo sucessório estabelecendo critérios definidores das pessoas que poderão ser beneficiadas pelo patrimônio hereditário. Ou seja, não compete ao magistrado, a seu puro arbítrio, definir quem pode ou não pleitear a *family provision*. A referida lei inglesa expressamente determina que ela se aplica para beneficiar o cônjuge ou o companheiro, o ex-cônjuge ou o ex-companheiro e os filhos do *de cuius*. Ademais, extrapolando a visão simplista e reducionista

tradicionalmente adotada pelas normas de sucessão intestada, a legislação inglesa igualmente favorece de forma explícita alguém que se encaixe como *child of the family* ou *dependant* do morto.

De acordo com o mencionado diploma legislativo inglês, *child of the family* é qualquer pessoa que, não sendo filho do *de cuius*, foi por ele tratado como filho, tanto em relação a um casamento ou união civil do qual o morto tenha sido parte, quanto em relação a qualquer modelo familiar no qual o falecido tenha atuado como pai³⁶⁹; essa norma se aplica inclusive se a família era constituída exclusivamente pelo potencial sucessor e pelo *de cuius*³⁷⁰. Como bem explicado por Rebecca Probert (2016, p.36), esse dispositivo favorece particularmente os enteados, mas a eles não se restringe.

Acreditamos que essa figura jurídica da *child of the family* se aproxima muito daquilo que no Brasil se reconhece como parentalidade socioafetiva, à qual já são atribuídos efeitos jurídicos (embora não por conta do Código Civil de 2002, e sim por construção doutrinária e jurisprudencial). O reconhecimento da filiação socioafetiva, com base na posse do estado de filho, e a devida atribuição de todos os direitos daí decorrentes, felizmente é uma realidade no pensamento jurídico brasileiro contemporâneo. Por essa razão, trata-se de questão não tão problemática em relação à atual realidade da vocação hereditária brasileira. Entretanto, a ausência de previsão legal perigosamente dá abertura para correntes mais conservadoras, apegadas à segurança da biologia e do *status* formal (adoção), se posicionarem contra a legitimação sucessória por força de socioafetividade, notadamente nos casos em que há multiparentalidade. Ademais, a falta de previsão legal específica da vocação hereditária na filiação socioafetiva pode ter impactos negativos por força da função expressiva do Direito das Sucessões, no sentido de como a sociedade enxerga essa relação e como os próprios envolvidos se veem. Do mesmo modo, compreendemos que seria benéfica uma proteção sucessória explícita à parentalidade por afinidade (relação entre padrasto/madrasta e enteado).

Por outro lado, a lei inglesa conceitua *dependant* como qualquer pessoa que, imediatamente antes da morte, vinha sendo, no todo ou em parte, dependente econômico do *de cuius*³⁷¹; para fins dessa norma, considera-se que há a relação de dependência quando o morto estava fazendo uma substancial contribuição financeira (ou equivalente) para suprir as necessidades daquele sujeito,

369 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.1(1)(d).

370 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.1(2A).

371 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.1(1)(e).

desde que essas prestações não tivessem origem em um acordo de natureza comercial³⁷². Aqui recordamos que, na seção 3.2.3, identificamos que o fundamento da sucessão hereditária não se consubstancia na tutela da família enquanto entidade abstrata, mas enquanto vínculo de promoção da dignidade e desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. Por outro lado, na seção 5.2.2 reconhecemos a existência de vínculos de afeto, cuidado e dependência que não se encaixam na moldura tradicional e heteronormativa de família, e criticamos duramente a invisibilização desses vínculos no Direito das Sucessões.

Entendemos ser altamente prejudicial a recusa de se reconhecer, nas relações de cuidado e dependência, um vínculo juridicamente (e hereditariamente) relevante. Negar a tais pessoas a devida proteção sucessória *ab intestato*, sob o específico fundamento de não serem parte daquilo que tradicionalmente se entende como família do *de cuius*, é inadequado por dois motivos. Em primeiro lugar, porque é uma postura restritiva e conservadora que se prende à moldura tradicional de família, marginalizando outras relações que não as fundadas na ideia de “família sexual”, na esteira do que discorremos na seção 5.2.2. Em segundo lugar, porque ainda que não se reconheça a relação de cuidado e dependência como arranjo familiar, recusar-lhe a devida tutela hereditária significa colocar os interesses da família, enquanto vínculo e entidade abstrata, em posição superior à de proteção concreta da dignidade do dependente – o que viola os fundamentos e as funções da herança. Ressaltamos aqui que o dependente, ainda que não seja reconhecido como familiar, não se trata de um completo estranho, mas de alguém com quem o falecido efetivamente mantinha uma relação jurídica, alguém que tinha suas necessidades básicas providas pelo *de cuius*. Isso é particularmente mais evidente nos casos em que, em razão de os familiares serem aptos a prover o próprio sustento, a subsistência digna da família não seria minimamente afetada por força da inclusão desse dependente na partilha.

Por essas razões, acreditamos que seria benéfica para a ordem de vocação hereditária no Brasil a introdução da figura do *dependant*, “dependente” do falecido. Entendemos que a atribuição de direitos sucessórios nessas hipóteses significa o reconhecimento normativo de que o cuidado e a dependência fazem surgir um vínculo jurídico entre o *de cuius* e determinadas pessoas, vínculo este que, assim como a afetividade, é significativo para fins hereditários.

372 *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act, 1975*, s.1(3).

Por fim, compreendemos ainda que o concubino do *de cuius* casado pode encontrar a sua eventual tutela sucessória se for reconhecido como dependente³⁷³. Nesse caso, apesar de o ordenamento jurídico lhe vedar qualquer vínculo familiar, o acesso à sucessão hereditária se dará especificamente por força da dependência. Acreditamos que existe uma questão de gênero muito impactante nessa atribuição de direitos sucessórios: no Brasil, é comum a situação de após muitos anos, às vezes décadas, de uma relação de concubinato – da qual normalmente decorre dependência econômica –, a mulher se vê, após a morte do concubino casado, sem qualquer proteção hereditária ou previdenciária. Esse fenômeno contribui significativamente para a feminização da pobreza³⁷⁴, o que pode ser enfrentado com a proposta que ora apresentamos.

5.8.2 Considerações sobre as circunstâncias concretas na distribuição hereditária: situação econômica e conduta

Na seção anterior, verificamos quais são os critérios que orientam a discricionariedade do juízo sucessório quanto às pessoas que podem requerer uma alteração nas normas de sucessão intestada ou nas disposições testamentárias, de forma a lhes assegurar proteção patrimonial razoável. Na presente seção, verificaremos os critérios definidos pela legislação para orientar a discricionariedade do magistrado em relação a conceder ou não essa alteração, e em que medida.

Conforme ressaltado por Elizabeth Travis High (1984, p.337), o simples fato de a lei prever a existência do *family provision* não assegura, por si só, o sucesso do requerimento; é fundamentalmente necessário que o interessado prove o vínculo de dependência para com o *de cuius* e a insuficiência daquilo que lhe foi destinado pela lei ou pelo testamento. Assim, o juízo sucessório analisará se o requerente tem outras fontes de recursos e se essas outras fontes são suficientes para lhe assegurar a subsistência; em caso positivo, não se justificará a alteração do chamamento sucessório.

373 O não reconhecimento do concubinato enquanto relação de família merece, por si só, uma investigação crítica própria, que foge ao objeto da presente Tese. Ademais, particularmente em relação à sucessão testamentária, a falta de legitimação do concubino para suceder por testamento já foi alvo de nossas críticas na seção 2.3.

374 Para uma compreensão inicial sobre a feminização da pobreza, recomendamos, por exemplo, a obra de Maria Salet Ferreira Novellino, referenciada ao final do presente trabalho.

O *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975* considera que a proteção patrimonial em favor dos seus beneficiários é considerada razoável se for suficiente para promover a subsistência do sujeito que está aplicando (que doravante chamaremos de aplicante)³⁷⁵. Especificamente no caso do cônjuge ou companheiro do *de cuius*, eles poderão pleitear tal medida para mais do que apenas os valores estritamente necessários à subsistência³⁷⁶.

A legislação inglesa determina que, para a aplicação do *family provision*, o tribunal levará em consideração as circunstâncias concretas do caso, incluindo: os recursos e necessidades financeiras dos aplicantes; os recursos e necessidades de outros potenciais aplicantes; obrigações e responsabilidades do morto para com outros potenciais aplicantes, bem como para com os sucessores de modo geral; o tamanho e a natureza do patrimônio hereditário; a existência de aplicante ou sucessor portador de deficiência física ou mental; qualquer outra circunstância, inclusive a conduta do aplicante ou de qualquer outra pessoa, que a corte entenda relevante³⁷⁷.

Além das circunstâncias mencionadas acima, especificamente em caso de pedidos feitos por cônjuge, companheiro ou ex-cônjuge ou ex-companheiro, o magistrado levará em consideração a idade do aplicante, a duração do casamento, assim como a contribuição do aplicante para o bem-estar da família e do *de cuius*, inclusive contribuições para o cuidado para com o lar e a família³⁷⁸.

Por outro lado, em relação aos filhos ou *children of the family*, o tribunal não analisará conduta ou outras circunstâncias, além das patrimoniais; entretanto, será considerada a forma como o aplicante estava sendo ou esperava ser educado ou capacitado profissionalmente. Além disso, no caso de *child of the family*, o magistrado também observará se o *de cuius* sustentava o aplicante e, em caso positivo, por quanto tempo, por quais fundamentos e o tamanho dessas contribuições; se o falecido assumira a responsabilidade pela subsistência do aplicante; se o *de cuius* sabia ou não que o aplicante não era efetivamente seu descendente; e a existência de outros responsáveis pela subsistência do aplicante³⁷⁹.

Por fim, nos casos de o aplicante ser classificado como *dependant*, o magistrado igualmente não analisará conduta ou outras circunstâncias para além das patrimoniais. Entretanto, serão

375 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.1(2)(b). Optamos por traduzir *maintenance* por subsistência; não adotamos a tradução literal, mas o equivalente funcional do referido conceito jurídico.

376 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.1(2)(a) e s.1(2)(aa).

377 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.3(1).

378 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.3(2).

379 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.3(3).

considerados o tempo e os motivos pelos quais o *de cuius* contribuía para a subsistência do aplicante; e se, e em que medida, o falecido assumiu a responsabilidade pela subsistência do aplicante³⁸⁰. A ausência na lei de maiores critérios orientadores quanto à dependência pode ser lamentada por abrir demais essa análise ao subjetivismo judicial, especialmente quanto aos “motivos” desse vínculo; o receio é no sentido de que preconceitos judiciais excluam relevantes relações de dependência, como, por exemplo, a do concubino do testador casado. Por outro lado, essa mesma ausência de muitos critérios qualificadores da relação de dependência pode também ser encarado como um aspecto positivo, na medida em que não há um engessamento de quais relações potencialmente serão consideradas relevantes para fins sucessórios.

Apesar das ressalvas feitas, acreditamos que seria benéfico para o ordenamento jurídico brasileiro a adoção dos critérios acima mencionados para orientar a discricionariedade do juízo sucessório, particularmente no que diz respeito a se condicionar a redistribuição de quinhões à análise das necessidades do sucessor. Em primeiro lugar, o magistrado tentará equilibrar os interesses dos aplicantes com as necessidades dos demais sucessores, sempre levando em consideração a natureza e a extensão do patrimônio hereditário. Essa ponderação prestigia a presunção de isonomia formal, justificando-se a distribuição desigual apenas na existência de circunstâncias excepcionais, conforme defendemos. Nesse sentido, outro fator a ser necessariamente considerado na distribuição da herança é a existência de sucessor com deficiência – a quem, por força de norma com *status* constitucional³⁸¹, deve ser conferida especial tutela.

Por outro lado, entendemos que o tratamento da conduta do sucessor pelo *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975* possui diversos aspectos problemáticos em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. A título ilustrativo, questionamos até que ponto a duração do casamento ou da união estável é um critério adequado e relevante para orientar a distribuição de herança. Ademais, discordamos de que a conduta do cônjuge ou do companheiro seja levada em consideração, mas não a dos descendentes; essa distinção aparenta ser arbitrária, hierarquizando parentalidade e conjugalidade/companheirismo. Apesar disso, acreditamos ser interessante a determinação da legislação inglesa de que o magistrado considere as contribuições

380 *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, s.3(4).

381 A Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporada ao ordenamento brasileiro na forma do quanto previsto na Constituição Federal, art. 5º, § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

para o lar e a família; o que é coerente com o quanto discorremos na seção 5.4.4 sobre negligência no cuidado para com o *de cuius* ou até mesmo o seu abandono.

De todo modo, reiteramos que nosso objetivo ao expor a legislação da Inglaterra não é de maneira alguma a importação dos critérios por ela adotados, na medida em que se trata de elementos pensados para a realidade jurídica e social britânica. O Brasil, por sua vez, tem suas próprias particularidades jurídicas, sociais, econômicas, culturais, e tudo isso deve ser levado em consideração para a elaboração da legislação sucessória brasileira. A lição que tiramos da lei inglesa é a total viabilidade da possibilidade de a legislação hereditária de um lado ser flexível o bastante para permitir o exercício da discricionariedade por parte do juízo sucessório; e, de outro lado, estabelecer critérios orientadores dessa discricionariedade, para que não se torne arbítrio.

Conclusivamente, com base no *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act, 1975*, observamos que o ordenamento jurídico brasileiro não precisa se manter refém de normas sucessórias inflexíveis e abstratas. A legislação que autorizar o uso da discricionariedade judicial em matéria sucessória pode também limitar adequadamente o exercício desse poder. Desse modo, o tão temido arbítrio judicial pode ser evitado por meio do estabelecimento, à luz da Constituição Federal, de fatores que o magistrado deverá necessariamente levar em consideração para decidir se uma relação do *de cuius* era sucessoriamente relevante, bem como se a presunção de isonomia formal deve ser afastada.

Aqui recordamos as lições de Pietro Perlingieri (2008a, p.237-239), segundo quem a técnica de legislar por cláusulas gerais significa deixar ao intérprete e ao aplicador do Direito uma possibilidade mais ampla de adaptar a norma jurídica à situação concreta. A inserção, na ordem de vocação hereditária, de cláusulas gerais – como, por exemplo, “vínculo de dependência”, “especial assistência”, “falta de assistência satisfatória”, “abandono (material ou afetivo)” e “violência doméstica” – pode abrir a sucessão *ab intestato* à realidade social, sem deixar ao puro e simples arbítrio judicial quais fatores são hereditariamente relevantes.

5.9 SÍNTESE DO CAPÍTULO: EM FAVOR DE UMA DISCRICIONARIEDADE GUIADA PARA INCLUIR OS INDEVIDAMENTE IGNORADOS PELA LEI E PARA CONSIDERAR FATORES DE ISONOMIA MATERIAL

Nas seções anteriores, expusemos em primeiro lugar que a ordem de vocação hereditária não é um dado, não é um achado na natureza, sendo na verdade uma construção legislativa. Consequentemente, as opções do legislador ao estruturar o chamamento à sucessão devem sempre respeitar a força normativa da Constituição. Também compreendemos que as legislações, entre elas a brasileira, normalmente orientam as normas de sucessão *ab intestato* buscando equilibrar dois diferentes critérios: a vontade presumida do falecido e os deveres deste para com pessoas que a ele eram próximas. Essa proximidade dos potenciais sucessores, no Brasil, é definida pelo vínculo familiar – o que está de acordo com a Constituição, na medida em que a família é constitucionalmente prevista como a base da sociedade brasileira.

Em segundo lugar, compreendemos que o legislador brasileiro historicamente estruturou a sucessão intestada com base em apenas um modelo específico de família – aquela formada a partir de vínculos biológicos ou formais (casamento ou adoção). Ocorre que, com a Constituição Federal de 1988, esse modelo deixou de ser o único reconhecido em nosso ordenamento jurídico; apesar disso, pouco mudou infraconstitucionalmente em matéria de ordem de vocação hereditária. O Código Civil de 2002 até inovou prevendo normas próprias de chamamento sucessório para a união estável, mas o fez de forma inconstitucional, tendo felizmente já sido declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 pelo Supremo Tribunal Federal. Desde então, todos os arranjos familiares, independentemente de suas peculiaridades, têm sua vocação hereditária regulamentadas pelo artigo 1.829.

Observamos que, como o legislador tinha em mente um modelo específico de família ao elaborar o artigo 1.829 do Código Civil de 2002, o referido dispositivo muitas vezes é insuficiente para atender adequadamente aos anseios e às necessidades daquelas famílias que não conseguem se equiparar por analogia à família casamentária – como é o caso, por exemplo, das famílias anaparentais (compostas por dois irmãos) ou das famílias multigeracionais. Esse fenômeno é potencializado, em prejuízo desses modelos não tradicionais, pelos princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe. Sustentamos que, em matéria sucessória, a premissa de que *one size fits all* é manifestamente falsa.

Compreendemos também que a vocação hereditária no Código Civil de 2002 invisibiliza e marginaliza relações de afeto, cuidado e dependência não-heteronormativas. Tais relações, por não se encaixarem na tradicional “moldura” imposta pela legislação à ideia de família, são deixadas

sem a devida tutela sucessória intestada. A título ilustrativo, trata-se do caso das famílias poliamorosas; ou mesmo dos vínculos de dependência (aqui incluído o concubinato, ao qual a lei continua se recusando a reconhecer natureza familiar); de amizades qualificadas; e de vínculos familiares decorrentes do exercício da liberdade religiosa.

Com Luiz Edson Fachin (2012, p.59), aprendemos que a ordem de vocação hereditária envolve discussão conceitual sobre parentesco e sobre a própria composição da família – que não se esgota no casamento, mas obedece a várias modalidades de família extramatrimonial. Semelhantemente, com o referido autor notamos que a funcionalização da família não implica a proteção de um modelo familiar abstrato, cuja criação decorre da necessidade de segurança e previsibilidade à acumulação patrimonial e à lógica proprietária; a proteção devida é ao sujeito concreto, para o seu desenvolvimento pleno no âmbito familiar, com o devido reconhecimento pelo ordenamento jurídico (FACHIN, 2012, p.94).

Entendemos que a imposição de uma única ideia de família como critério definidor de quais relações são sucessoriamente relevantes é inconstitucional, na medida em que tal postura fere o princípio constitucional da inexistência de hierarquia entre modelos familiares. Ademais, também visualizamos a inconstitucionalidade de se adotar uma única vocação hereditária para todos os arranjos reconhecidos como família; estruturas familiares diferentes requerem chamamentos sucessórios diferentes, estruturados com base nas particularidades de cada uma.

Do mesmo modo, identificamos que o Código Civil de 2002 delineou uma vocação hereditária *ab intestato* excessivamente rígida quanto ao respeito pela isonomia formal. Apesar de reconhecermos que o tratamento formalmente igualitário é historicamente e politicamente importante, também notamos que nada impede que, à luz da Constituição Federal, sejam encontrados critérios legitimamente desequiparadores dos sucessores em relação aos seus respectivos tratamentos sucessórios. Nesse sentido, vimos que circunstâncias excepcionais podem, em conformidade com os princípios constitucionais, justificar considerações de isonomia material na sucessão *causa mortis*. Ilustramos essa possibilidade em relação a necessidades excepcionais do sucessor, bem como em relação a condutas excepcionais do sucessor para com o sucedido.

Por todas as razões acima expostas, discordamos veementemente de afirmações como a de Silvio Venosa (2011, p.179), segundo quem existe uma “excelência da sucessão legítima”; ou a de Arnaldo Rizzardo (2011, p.217), para quem a sucessão legítima representa “um grau de justiça

mais social e equitativa”. Na verdade, entendemos que as normas de sucessão *ab intestato* previstas no Código Civil de 2002 potencialmente violam a Constituição Federal de 1988 em diversos casos concretos: de um lado, quando deixam de chamar à sucessão quem deveria ser reconhecido como sucessor; de outro lado, quando deixam de atribuir o quinhão adequado às circunstâncias peculiares de cada caso.

Luiz Edson Fachin (2012, p.09) nos ensina que, ancorando os fins fundamentais do Direito Civil nos princípios constitucionais, podemos ao menos “prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros”. Acreditamos que se trata de uma tarefa importante do civilista crítico, que já vem produzindo resultados concretos no campo do Direito das Sucessões, ainda que tenham custado muito tempo para tanto. Antigamente, no rol de tais excluídos figuravam os filhos ilegítimos, os filhos adotados quando concorrendo com filhos biológicos preexistentes, os companheiros. Com muita luta, tais pessoas já se encontram incluídas pela sucessão *ab intestato*. Por essa razão, defendemos a perseverança na efetiva reconstrução do fenômeno sucessório à luz da Constituição, o que contribuirá para a adequada inclusão de todos os que deveriam ser reconhecidos como sucessores e que atualmente, indevidamente, não o são.

Acontece que no presente capítulo também identificamos as inadequações e insuficiências das quais comumente padecem as reformas legislativas em matéria de sucessão intestada, mesmo aquelas direcionadas a tornar o Direito das Sucessões mais inclusivo e adaptado às novas demandas sociais. O legislador sucessório reformador normalmente falha em seu mister notadamente por duas razões: escolhe mal as evidências e presunções para embasar as novas normas de sucessão hereditária; e mantém a lógica legislativa tradicional, no sentido de normas abstratas e inflexíveis de chamamento à herança e distribuição de quinhões. Por essa razão, consideramos pouco provável que alterações legais que não se atentem a esses fatores efetivamente apresentem soluções satisfatórias para os atuais problemas da vocação hereditária codificada.

Semelhantemente, afastamos a ideia de que as falhas e insuficiências da sucessão legítima podem ser satisfatoriamente corrigidas pelo uso do testamento. Argumentamos que o legislador tem o dever de proteger adequadamente o direito fundamental à herança, não podendo delegar essa função à faculdade de testar que o sucedido tem – o que é potencializado pelo fato de que, no Brasil, fazer testamento não é prática socialmente comum. Além disso, é inadequado tratar como sucessor

testamentário quem deveria ser sucessor legítimo, na medida em que o testamento está sujeito tanto a desaparecer contra a vontade do testador quanto a ser invalidado pelo juízo sucessório.

Concluimos que ao juízo sucessório deve ser reconhecida a discricionariedade necessária para, no caso concreto, ir além tanto do modelo tradicional de família que serve de base para a sucessão intestada codificada, quanto dos princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe. Dessa forma, o magistrado poderá identificar e proporcionar a tutela hereditária adequada a novos arranjos familiares, bem como a relações não-tradicionais de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo sucedido com potenciais sucessores. Do mesmo modo, o juízo sucessório deve ter a discricionariedade necessária para, em circunstâncias excepcionais, notadamente de necessidade ou de conduta, afastar a presunção de tratamento formalmente isonômico entre os sucessores.

No mesmo sentido, entendemos que não procedem os argumentos contrários à discricionariedade judicial em matéria sucessória fundamentados em razões de segurança jurídica e eficiência. Acreditamos ser incompatível com a metodologia civil-constitucional relegar ao juízo sucessório um papel decisório meramente matemático, no sentido de dividir o patrimônio hereditário pelo número de herdeiros habilitados. Igualmente, a eficácia das normas constitucionais – em especial o dever de proteção e promoção da dignidade humana – sobre a sucessão *ab intestato* impede que se dê primazia à previsibilidade e à facilidade da partilha em detrimento do adequado tratamento sucessório às pessoas próximas ao *de cuius*.

Por outro lado, reconhecemos as inconveniências de um sistema sucessório totalmente deixado ao arbítrio do magistrado. Sem parâmetros conformadores, a discricionariedade absoluta do juízo sucessório poderá servir para o exato oposto do quanto defendemos aqui; ou seja, a ilimitada liberdade do magistrado de decidir o que é um vínculo hereditariamente relevante pode reforçar a exclusão daqueles arranjos que, na visão do juiz, não são normais nem dignos de tutela³⁸².

Defendemos que a legislação sucessória não deve combater o arbítrio judicial se limitando à tradicional técnica de estabelecer uma vocação hereditária inflexível e abstrata. Como já mencionamos, esse apego às categorias inflexíveis e abstratas é um problema que recorrentemente afeta as reformas legislativas no Direito das Sucessões, tornando-as insuficientes para atender

382 Aqui novamente lamentamos o posicionamento do CNJ no Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, particularmente ao negar o *status* de família a quem age como família e se reconhece como família.

adequadamente às sempre constantes novas demandas sociais e familiares. Por essa razão, entendemos que o arbítrio judicial pode ser evitado pela legislação hereditária com o estabelecimento de critérios, sempre à luz da Constituição Federal, que orientem e conformem o exercício da discricionariedade pelo juízo sucessório. Em conformidade com as normas constitucionais, o Código Civil de 2002 pode estabelecer fatores que o magistrado necessariamente deverá levar em consideração para identificar pertinência sucessória em relações de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo *de cuius* em vida. Da mesma forma, o legislador deve reconhecer que há circunstâncias excepcionalmente autorizativas da presunção de tratamento sucessório formalmente igual.

A estipulação de todos esses critérios orientadores da discricionariedade judicial em matéria hereditária não precisa e nem deve ser feita rigidamente, sob pena de indevidamente engessar o chamamento à sucessão, de forma semelhante ao que já ocorre atualmente. Por isso, recomendamos que o legislador construa uma vocação hereditária aberta à realidade por meio da técnica das cláusulas gerais, deixando ao juízo sucessório a possibilidade de adaptar a norma de sucessão *ab intestato* à situação concreta. Como aprendemos com Pietro Perlingieri (2008a, p.239), o conteúdo da cláusula geral será preenchido pelo aplicador do Direito em razão da realidade social e dos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior.

Acreditamos que a determinação de quais cláusulas gerais devem ser utilizadas na sucessão intestada demanda uma investigação própria, que foge ao escopo da presente pesquisa. É necessário colher, na realidade social, evidências relativas aos anseios e às necessidades peculiares de cada arranjo familiar. Também é preciso identificar, na realidade brasileira, quais necessidades ou condutas do sucessor são atípicas o suficiente para afastar a presunção de isonomia formal em matéria sucessória. De todo modo, com base nos dados que colhemos na elaboração da presente Tese, podemos sugerir um primeiro passo nesse movimento de reforma legislativa. A vocação hereditária deve estar aberta aos “vínculos de dependência” de potenciais sucessores para com o *de cuius*. Por outro lado, os quinhões poderão ser aumentados em razão da “especial assistência prestada” ou “excepcional cuidado destinado” ao sucedido; bem como reduzidos em razão de “falta de assistência satisfatória”, que não configure abandono. Defendemos ainda até mesmo a exclusão do quinhão hereditário nos casos de “abandono (material ou afetivo)” e de “violência doméstica” contra o falecido.

Conclusivamente, acreditamos que a ordem de vocação hereditária desenhada no Código Civil de 2002 é insuficiente para atender satisfatoriamente aos fundamentos e funções da sucessão hereditária, estabelecidos pela Constituição Federal. A sucessão *ab intestato* precisa se abrir à realidade, tornando-se menos abstrata e mais flexível às circunstâncias peculiares de cada fenômeno sucessório. Dessa forma, o Direito das Sucessões poderá ter um caráter mais emancipatório e promocional.

6 CONCLUSÃO

Na presente Tese, concluímos que o Direito das Sucessões positivado no Código Civil de 2002 é, de modo geral, insuficiente para atender de forma adequada aos fundamentos e funções atribuídos pela Constituição Federal de 1988 ao direito fundamental à herança. Entendemos, dessa forma, pela necessidade, de um lado, de profundas reformas na legislação sucessória brasileira; e, de outro lado, de um movimento da doutrina e da jurisprudência na releitura e na reconstrução dos elementos da sucessão hereditária à luz da metodologia civil-constitucional.

Compreendemos que, no século XIX, o assim chamado “Direito Civil tradicional” se desenvolveu em um contexto no qual Direito Privado e Direito Público eram esferas incomunicáveis; o centro deste era a Constituição, e o centro daquele era o Código. O Direito Civil de então tinha pretensões de neutralidade, autossuficiência e completude. O pensamento liberal-burguês, o movimento codificador e as análises científicas dos conceitos jurídicos abstratos contribuíram para a construção dos pilares do Direito Civil oitocentista: patrimonialismo, individualismo, voluntarismo e conservadorismo em matéria familiar. Essas características se fizeram sentir de forma bastante óbvia na primeira codificação civil brasileira, em 1916.

Constatamos que o pensamento liberal-burguês foi sendo superado muito em razão das suas próprias nefastas consequências. Notadamente na segunda metade do século XX, ganhou força o neoconstitucionalismo, com o reconhecimento da força expansiva das normas constitucionais. Dessa maneira, aquela divisão intransponível entre Público e Privado foi superada: estando a Constituição no topo da pirâmide normativa, todo o sistema deve a ela se conformar formal e substancialmente, inclusive o Direito Civil. Identificamos aqui, assim, a gênese do Direito Civil-Constitucional – que conceituamos como a metodologia do movimento de constitucionalização do Direito aplicada ao Direito Civil, cuja proposta consiste na releitura e na reconstrução constantes do Direito Privado à luz das normas constitucionais. Esse movimento foi sentido no Brasil com mais força particularmente no período de redemocratização do país, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entramos assim em um período no qual o Direito Civil, conformado pelas normas constitucionais, supera os seus pilares tradicionais e passa a ser orientado pela solidariedade, pela justiça social, pela dignidade humana. Nesse contexto, ganham força também as ideias de despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil.

Deduzimos que, no final do século XX, na medida em que o Código Civil de 1916 era inadequado em relação tanto à realidade social de então quanto à força normativa da Constituição Federal, foi necessária a edição de uma nova codificação – da qual se esperava uma resposta infraconstitucional verdadeiramente compatível com o movimento de constitucionalização do Direito Civil. Como averiguamos, essas expectativas foram frustradas. O Código de 2002 nasceu duplamente velho: fruto de um projeto gestado e apresentado na década de 1970, ele não corresponde efetivamente ao pensamento jurídico, às necessidades sociais e aos valores predominantes no começo do século XXI. Na medida em que a Comissão Elaboradora do Anteprojeto recebeu uma diretriz de conservar e preservar a codificação então vigente, constatamos que o Código de 2002 é uma grande reprodução do pretérito, sendo pouco mais do que uma tentativa de atualização do de 1916.

Percebemos que os problemas acima mencionados se sentiram de forma bastante intensa no Livro V do Código de 2002, referente ao Direito das Sucessões. O direito sucessório codificado atualmente é uma grande reprodução do passado, com um grande número de artigos copiados inteiramente do Código de 1916, e outros com simples alterações redacionais. As inovações foram poucas: a disciplina de muitos institutos sucessórios permaneceu basicamente inalterada; até os equívocos manifestos, apontados pela doutrina, foram mantidos. Uma das principais inovações do Código de 2002 em relação ao de 1916 foi o chamamento sucessório; de tão inadequado, o artigo 1.790 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O trabalho legislativo de péssima qualidade envolveu ainda remissões normativas equivocadas e falta de consistência interna no novo tratamento do cônjuge enquanto herdeiro necessário.

Constatamos ainda que a repetição de artigos foi apenas um dos aspectos problemáticos da atual sucessão *causa mortis* positivada. Em matéria sucessória, o Código Civil de 2002 se manteve essencialmente oitocentista: patrimonialista, individualista, voluntarista e conservador em matéria familiar. Semelhantemente, o Direito das Sucessões não atende adequadamente sequer aos princípios norteadores da atual codificação: eticidade, operabilidade e socialidade. Olhando apenas para o passado, o legislador sucessório deixou de se preocupar com as demandas sociais, tecnológicas e familiares emergentes no novo século.

Depreendemos que, por sua desconformidade com as expectativas constitucionais em relação à sucessão hereditária, inclusive no que diz respeito aos fundamentos e funções atribuídos

pela Constituição Federal de 1988 à herança, o Direito das Sucessões constante do Código Civil de 2002 padece de diversas inconstitucionalidades. Ocorre que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade ensejaria um vácuo normativo, particularmente na medida em que as normas do Código Civil de 1916 sequer poderiam ser repristinadas, uma vez que, incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, por ela não seriam recepcionadas.

Concluimos, pelas razões acima expostas, que a solução ideal para os severos problemas do Direito das Sucessões positivado no Brasil seria uma soma de dois fenômenos. De um lado, um verdadeiramente profundo movimento de reforma legislativa, sempre atento aos problemas que vêm marcando as mudanças de leis sucessórias no Brasil e alhures. De outro lado, um efetivo movimento doutrinário e jurisprudencial para reconstruir, à luz da Constituição Federal, o direito sucessório brasileiro. Deprendemos, dessa forma, que existe uma imprescindível necessidade de filtragem constitucional do Direito das Sucessões. Nesse mesmo sentido, encontramos na metodologia civil-constitucional o aparato teórico-metodológico adequado para esse mister.

Compreendemos que o direito subjetivo à herança sofreu uma profunda alteração estrutural com a sua elevação expressa ao patamar de fundamentalidade. Estabelecemos que o direito fundamental à herança é uma cláusula pétrea; é titularizado tanto pelo sucedido (direito a transmitir herança) quanto pelo sucessor (direito a receber herança); e que a noção constitucional de herança é o parâmetro interpretativo para o ordenamento infraconstitucional, e não o contrário. Constatamos que o direito à herança, como os direitos fundamentais de modo geral, tem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.

Averiguamos que, em sua perspectiva subjetiva, o direito fundamental à herança atua como direito de defesa; direito a uma posição jurídica; direito a ações positivas normativas; direito ao não-embaraço de ações; direito a uma alternativa de ações; uma competência; um âmbito de não-sujeição ao Estado. Percebemos que, em sua perspectiva objetiva, o direito fundamental à herança está entre os valores objetivos básicos do ordenamento jurídico; dirige a atuação dos poderes públicos; tem eficácia irradiante por todo o ordenamento; tem eficácia na esfera privada; atribui ao Estado um dever geral de efetivação; e conforma o procedimento da atividade estatal.

Deprendemos que o fundamento da sucessão hereditária deve ser rediscutido à luz da Constituição Federal. Rejeitamos as tradicionais tendências no sentido de reproduzir acriticamente as explicações retiradas de A Cidade Antiga, de enxergar a vontade (real ou presumida) do *de cuius*

como fundamento único do fenômeno sucessório ou de reduzir a herança a um mero complemento do direito de propriedade. Identificamos uma conexão profunda entre a sucessão hereditária e a família, tanto de uma perspectiva histórica da formação do Direito das Sucessões, quanto em razão de a Constituição elevar a família ao posto de base da sociedade. Contudo, afastamos a ideia de que a sucessão se fundamenta em um interesse superior da entidade familiar, como se esta fosse um ente abstrato. Além disso, descobrimos uma interessante teoria que enxerga a herança como vínculo de continuidade entre o sucedido e o sucessor. Por fim, inferimos que é ilusório tentar encontrar um fundamento absoluto e irrecusável para a sucessão *causa mortis*; por essa razão, admitindo que a função é a razão justificadora das situações jurídicas subjetivas, buscamos o fundamento da herança em seu perfil funcional.

À luz da Constituição, constatamos que a herança tem uma renovada função individual: a proteção da pessoa humana e o desenvolvimento das suas potencialidades; isso se aplica tanto em relação à garantia da subsistência quanto à melhora das condições de vida. Rejeitamos, contudo, a ideia de que a sucessão hereditária tutela interesses meramente individuais; a herança se relaciona com a família, com a economia, com os valores sociais e até mesmo com a política. Reconhecendo a conexão entre direito sucessório e economia, afastamos a concepção tradicional de que a função da herança é estimular o acúmulo e a produtividade. Identificamos que, por força da solidariedade familiar, o patrimônio sucessório seja funcionalizado à promoção da vida digna dos familiares do *de cuius*; ressalvamos, porém, a necessidade de reformulação qualitativa do conteúdo desse princípio. Demonstramos a existência de uma função antissocial da herança: a transmissão intergeracional de patrimônio potencialmente contribui para a concentração de riquezas e o aumento das desigualdades sociais, notadamente em um cenário com baixo crescimento econômico e tributação hereditária branda.

Por reconhecer que o exercício de qualquer direito deve transcender os interesses meramente individuais, sem também os desconsiderar, defendemos a existência de uma função social da herança. Afastamos a ideia de que a justiça distributiva deve ser feita reduzindo a sucessão hereditária apenas aos casos de vulnerabilidade. Demonstramos ter havido uma verdadeira alteração estrutural no direito subjetivo à herança, cujo conteúdo passa a depender também dos centros de interesses não-herdeiros. Reconhecemos, assim, que a função social da herança é atendida quando os interesses individuais e familiares na sucessão hereditária estão em conformidade com os interesses da coletividade. Na medida em que não podemos reduzir a

solidariedade constitucional à solidariedade familiar, identificamos também, associados à herança, deveres impostos aos sujeitos do fenômeno hereditário; referimo-nos principalmente ao dever de proteção daqueles que são indevidamente preteridos da sucessão *ab intestato*. Do mesmo modo, sustentamos haver o dever de o sucessor dar destinação econômica adequada e racional ao patrimônio sucessório; consideramos incompatível com a Constituição de 1988, inclusive quanto à ordem econômica constitucional, a figura do herdeiro rentista. Particularmente em relação às transmissões intergeracionais de grandes fortunas, defendemos haver um dever especial de atenção à filantropia; a título ilustrativo, acreditamos ser necessário que o ordenamento infraconstitucional estimule e facilite a criação de fundações por testamento.

Afirmamos que a liberdade de testar é um direito fundamental; de forma conexa, reconhecemos não se tratar de um direito absoluto ou ilimitado. Averiguamos a existência de limitações quantitativas e qualitativas à autonomia privada testamentária. Em relação às limitações quantitativas, identificamos na sucessão forçada um mecanismo idôneo, à luz da Constituição Federal, para proteger determinadas pessoas próximas ao *de cuius*. Por outro lado, notamos que, por força de sua excessiva rigidez, a reserva de metade do patrimônio hereditário para compor a legítima nem sempre atende adequadamente aos fundamentos e funções constitucionalmente atribuídos à sucessão hereditária. Defendemos um sistema de sucessão forçada que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto; isso se operacionaliza com a efetiva atribuição de discricionariedade ao juízo sucessório, que definirá com base nas circunstâncias de cada sucessão a extensão da parte indisponível. Em relação às limitações qualitativas da autonomia privada testamentária, ilustrando com os casos das condições abusivas e dos motivos ilícitos do testador, criticamos a inaptidão do Código Civil de 2002 para tutelar o conteúdo material das disposições do testamento.

Constatamos que o Direito Civil constitucionalizado vem passando por movimentos de repersonalização e de despatrimonialização; entretanto, apontamos que esses fenômenos não alcançaram significativamente a sucessão testamentária. Observamos que o testamento continua sendo tratado precipuamente como um instrumento de transmissão patrimonial. Inferimos que, apesar de o Código Civil de 2002 ter reconhecido a validade de disposições testamentárias de natureza extrapatrimonial, o tratamento dado a essas cláusulas é insatisfatório. Identificamos um descaso da codificação com as cláusulas testamentárias existenciais notadamente por duas razões: não há mecanismos efetivamente asseguradores da sua observância, de um lado; e, de outro lado,

há severas lacunas decorrentes da falta de regulamentação das disposições extrapatrimoniais – como, por exemplo, aquelas relativas à doação de órgãos ou ao descarte de embriões criopreservados. Ademais, apresentamos o testamento ético como um importante instrumento de promoção dos interesses existenciais do testador.

Estabelecemos que a releitura constitucional sobre o formalismo tradicional do Direito Civil faz surgir o fenômeno do “neoformalismo”; assim, defendemos que as formas devem ser valoradas em relação aos interesses sobre os quais se fundam. Criticamos o fato de que, apesar das exigências constitucionais pelo “neoformalismo”, o Código Civil de 2002 adotou uma postura triplamente inadequada em relação ao formalismo testamentário: as formas de testamento previstas na codificação são anacrônicas; suas solenidades são complexas, e a inobservância a elas é tratada com excessivo rigor; e o excesso de formalismo encarece e dificulta o ato de testar, desincentivando o exercício desse direito fundamental. Elogiamos o Superior Tribunal de Justiça por estar jurisprudencialmente mitigando o rigor com que a lei trata o descumprimento às formalidades testamentárias. Contudo, defendemos a necessidade de atribuição, ao juízo sucessório, do *dispensing power*, para que o magistrado mande cumprir-se o testamento independentemente do grau de atendimento aos requisitos formais, desde que fique demonstrada, por outras vias, a existência de uma manifestação de última vontade. Censuramos o Código Civil de 2002 por ter permanecido preso ao modo com se testava nos séculos passados; a sucessão testamentária foi mantida em um universo de papel em plena era digital. Sustentamos que o legislador brasileiro deve considerar a introdução, em nosso sistema, dos testamentos eletrônicos, bem como daqueles elaborados em áudio ou em vídeo; argumentamos ainda que se trata de medida apta a democratizar e popularizar o exercício do direito fundamental de testar.

Demonstramos a insuficiência da sucessão *ab intestato* positivada no Código Civil de 2002 para atender aos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal de 1988. Asseveramos que a ordem de vocação não é um *locus naturalis*, e sim um *locus artificialis*; ela é fruto de decisões do legislador, que devem se conformar às normas constitucionais. Estabelecemos que a sucessão intestada tradicionalmente se orienta por dois critérios: a vontade presumida do falecido e os deveres deste para com pessoas que a ele eram próximas. Depreendemos que a codificação estruturou a ordem de vocação hereditária com base em um único modelo de família (fundado no casamento e na biologia); compreendemos que o legislador o fez presumindo que, em

todos os casos, independentemente das peculiaridades dos distintos arranjos familiares, ambos os referidos critérios estariam satisfeitos – *one size fits all*.

Salientamos que a sucessão *ab intestato* codificada não é suficiente para atribuir adequada proteção sucessória às famílias que não se encaixam no modelo adotado pelo legislador, o que é potencializado pelo princípio da preferência de classes e pelo princípio da preferência de graus dentro de cada classe. Além disso, o Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 ignora e marginaliza vínculos de afeto, cuidado e dependência que não se encaixam no paradigma da “família sexual”. Compreendemos que, na medida em que estruturas familiares diferentes requerem chamamentos sucessórios diferentes, estruturados com base nas particularidades de cada uma, *one size does not fit all*.

Reconhecemos a importância da isonomia formal em matéria sucessória. Apesar disso, criticamos o Código Civil de 2002 por não ter aberto o Direito das Sucessões a importantes considerações de isonomia material, a exemplo das necessidades excepcionais do sucessor e ou condutas excepcionais deste em relação ao sucedido.

Concluimos que as normas de sucessão *ab intestato* previstas no Código Civil de 2002 potencialmente violam a Constituição Federal de 1988 em diversos casos concretos: de um lado, quando deixam de chamar à sucessão quem deveria ser reconhecido como sucessor; de outro lado, quando deixam de atribuir o quinhão adequado às circunstâncias peculiares de cada caso. No mesmo sentido, rejeitamos a tradicional ideia de que a sucessão testamentária é um mecanismo suficiente, por si só, para corrigir as falhas da sucessão *ab intestato*.

Concluimos que ao juízo sucessório deve ser dada a discricionariedade necessária para, no caso concreto, ir além tanto do modelo tradicional de família que serve de base para a sucessão intestada codificada, quanto dos princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe. Dessa forma, o magistrado poderá identificar e proporcionar a tutela hereditária adequada a novos arranjos familiares, bem como a relações não-tradicionais de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo sucedido com potenciais sucessores. Do mesmo modo, o juízo sucessório deve ter a discricionariedade necessária para, em circunstâncias excepcionais, notadamente de necessidade ou de conduta, afastar a presunção de tratamento formalmente isonômico entre os sucessores.

Opusemo-nos aos argumentos de que a discricionariedade judicial em matéria sucessória é inadequada por razões de eficiência e previsibilidade; defendemos que aderimos à corrente doutrinária que prefere o justo ao seguro. Apesar disso, admitimos que a discricionariedade do juízo sucessório deve ser conformada por parâmetros orientadores, estabelecidos à luz da Constituição Federal, notadamente para que seja assegurado o respeito à diversidade de modelos familiares.

Conclusivamente, demonstramos que o legislador, ao elaborar o Livro V do Código Civil de 2002, fez um trabalho de péssima qualidade. Notamos que a herança foi elevada ao patamar de direito fundamental, assim como novas modalidades de família foram protegidas pelo texto constitucional; contudo, isso pouco se refletiu na legislação infraconstitucional. Constatamos que, atualmente, a sucessão *causa mortis* codificada no Brasil, tanto legítima quanto testamentária, tem um caráter mais oitocentista do que de aptidão às demandas familiares e sociais do século XXI. Estamos convencidos de que o Direito das Sucessões brasileiro permanece excessivamente patrimonialista, individualista, voluntarista e conservador em matéria familiar, além de apegado a exacerbadas abstrações e formalismos. Dessa forma, acreditamos que o direito sucessório codificado atualmente é, de modo geral, insuficiente para atender adequadamente aos renovados fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal de 1988. Demonstramos que são necessárias mudanças na estrutura infraconstitucional da herança, para que ela efetivamente cumpra as suas funções constitucionais. Compreendemos principalmente que ao juízo sucessório deve ser reconhecida a discricionariedade necessária para encontrar a solução adequada aos casos concretos, notadamente em relação: à extensão da sucessão forçada; às formalidades testamentárias (*dispensing power*); ao reconhecimento de vínculos sucessoriamente relevantes; e ao excepcional afastamento da isonomia formal na distribuição da herança, em atenção a circunstâncias de isonomia material. Observamos que as imprescindíveis e profundas reformas legislativas para tal mister já estão sendo realizadas alhures, com sucesso. Esperamos que a presente Tese contribua para alimentar os debates doutrinários, legislativos e jurisprudenciais sobre a sucessão hereditária. Almejamos, assim, a construção de um Direito das Sucessões de caráter verdadeiramente emancipatório e promocional dos valores estampados no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Robert G. Ethical Wills: The Gift of a Heart. **Journal of Practical Estate Planning**, n.27, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição, 4ª tiragem. Tradução da 5ª edição alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLEN, Grace C.; FORD, Janet C. Mediation – a preventative approach to estate planning. **Journal of Financial Service Professionals**, may 2011.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Successões**. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1784 a 1856, volume XVIII**. São Paulo: Atlas, 2003.

ALSTOTT, Anne. Family values and the law of inheritance. **Socio-economic Review**, vol.7, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. Inovações do Novo Anteprojeto de Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, out./dez. 1973.

_____. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, São Paulo, vol. 88, 1993.

_____. A parte geral do projeto do Código Civil. **Revista CEJ**, v.3, n.9, set./dez. 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/231>. Acesso em 08 de junho de 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo, pós-fácio de Celso Lafer. – 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARRUDA, Braz de Sousa. Herança jacente. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 56, n. 2, p. 157-167, jan. 1961. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66378>. Acesso em: 01 ago. 2018.

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. **Michigan Law Review**, n. 89, 1990.

ASTRACHAN, John M. Why people don't make wills. **Trusts & Estates**, 1979.

BAINES, Barry K. Ethical Wills: creating meaning at the end of life. **Home Health Care Management & Practice**, v.15, n.2, 2003.

BARBER, Joseph W. The kids aren't all right: the failure of child abuse statutes as a model for elder abuse statutes. **The Elder Law Journal**, vol. 16, 2008.

BARBOSA, Mário Figueiredo. **Questões jurídicas no Direito das Sucessões**. Salvador: Quarteto, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos sucessórios dos companheiros: reflexões sobre o artigo 1.790 do Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 7, dez/2005. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/04.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2018.

_____. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARREIRA, Dolor Uchoa. **Sucessão legítima**. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; COLIN, Maurice. **Traité théorique et pratique de droit civil, t.1: des donations entre vifs et des testaments**. 2. ed. Paris, FR: Librairie de la Societe du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1899.

BAUMAN, Zygmunt. **Does the richness of the few benefit us all?** 2013. Disponível em: <https://www.socialeurope.eu/does-the-richness-of-the-few-benefit-us-all>. Acesso em 10 de julho de 2018.

BECKERT, Jens. The Longue Durée of Inheritance Law. Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800. **European Journal of Sociology**, vol.48, 2007. Disponível em: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_48_2007_Beckert.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2018.

_____. **Inherited Wealth**. Translated by Thomas Dunlap. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. **Are we still modern? Inheritance law and the broken promise of the Enlightenment**. Cologne, Germany: Max-Planck-Institute für Gesellschaftsforschung, 2010. Disponível em: <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp10-7.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Theory of legislation**. London: Trubner, 1864.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

_____. A Constituição e o Código Civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4. n. 1. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-constituicao-e-o-codigo-civil/>. Acesso em 16 de julho de 2018.

BEYER, Gerry W.; HARGROVE, Claire G. Digital wills: has the time come for wills to join the digital revolution? **Ohio Northern University Law Review**, v.33, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BODDERY, Scott S. Electronic wills: drawing a line in the sand against their validity. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, n.47, 2012.

BOEIRA, Cassiane Araujo; DE LUCA, Ida Beatriz. A filiação socioafetiva e a ação de petição de herança. **Revista da Faculdade de Direito da UFGRS**, Porto Alegre, n.30, 2012.

BONFANTE, Pietro. **Scritti giuridici varii**. Torino, IT: Torinese, 1916.

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, jan/mar. 2017. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf. Acesso em: 07 de junho de 2018.

BRAND, Oliver. Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies. **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 32, n. 2, 2007.

BRASIL. [Código Civil de 2002]. **Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado**. 2ª ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2005. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

BRASHIER, Ralph C. **Inheritance law and the evolving family**. Philadelphia: Temple University Press, 2004.

CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. *In*: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 2ª edição. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CALVO, Karla Elena Ruiz. Inconvencionalidad del testamento discriminatório de la mujer em su condición de hija. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, n.35, 2013. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32105>. Acesso em 29 de julho de 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; MORAES, Carlos Alexandre. Do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas como entidade familiar. **Revista Jurídica Cesumar**, v.18, n.3, 2018.

CARNEGIE, Andrew. The gospel of wealth. *In*: CARNEGIE, Andrew; KIRKLAND, Edward C. (ed). **The gospel of wealth and other timely essays**. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. **Revista de direito de família e sucessão**, v.4, n.2. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4938/pdf>. Acesso em 29 de março de 2019.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 44, out/dez 2010.

CATEB, Salomão de Araújo. Dos regimes de bens e o direito sucessório. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n.27, 2013.

CEDENHO, Antônio Carlos. O idoso como novo personagem da atual sociedade: o Estatuto do Idoso e as diretrizes para o envelhecimento no Brasil. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, v.11, n.11, 2014.

CHAMBERS, David L. For the best of friends and for lovers of all sorts, a status other than marriage. **Notre Dame Law Review**, n.76, 2001.

CHESTER, Ronald. Should American children be protected against disinheritance? **Real Property, Probate and Trust Journal**, vol. 32, n. 3, 1997.

COHEN-MANSFIELD, Jiska; REGIER, Natalie G.; PEYSER, Hedy; STANTON, Joshua. Wisdom of generations: a pilot study of the values transmitted in ethical wills of nursing home residents and student volunteers. **The Gerontologist**, v.49, n.04, 2009.

COLOMBO, Cristiano. Sociedade digital e os novos rumos do direito sucessório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n.33, 2015.

COOPER, Elizabeth; BIRD, Kate. Inheritance: a gendered and intergenerational dimension of poverty. **Development Policy Review**, vol.30, n.5, 2012.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar**. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quatro-fundacoes-do-direito-civil-ensaio-preliminar>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

COSTA, Dilvanir José da. O fundamento natural e racional do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 1978. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1093/1026>. Acesso em 08 de junho de 2018.

COTTIER, Michelle. Adapting inheritance law to changing social realities: questions of methodology from a comparative perspective. **Oñati Socio-Legal Series**, vol. 4, n. 2, 2014.

COURTIS, Christian (org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano, IT: Giuffrè, 1952.

CRITCHLEY, Patricia. Privileged wills and testamentary formalities: a time to die? **Cambridge Law Journal**, vol.58, n.1, 1999.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'AGUANNO, Giuseppe. **Genesis y evolución del derecho**. Traducción de Pedro Dorado. Primera edición argentina. Buenos Aires, AR: Impulso, 1943.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 421-437, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67230>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

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

DE VOS, Bart J. Testamentary freedom, despotism and fundamental rights: a critical case study on Drittwirkung. **European Review of Private Law**, vol.5, 2008.

DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoleón, v.13**. Paris, FR: Durand e Pedone, 1875.

DEVLIN, Alan. Law and economics. **Irish jurist**, n. 45, 2010.

DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

DRAKE, Deirdre G.; LAWRENCE, Jeanette A. Equality and distributions of inheritance in families. **Social Justice Research**, vol.13, n.3, 2000.

DREHMER DE MIRANDA, Roberta. Algumas Notas Sobre A “Constitucionalização” Do Direito Privado. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 3, dez. 2009. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7041>. Acesso em: 07 ago. 2018.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel. Tome 3**. 10. Ed. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing, 1923.

DWORKIN, Ronald. Why efficiency? *In*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, economics, and philosophy**. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

ELY, Richard T. **Property and contract in their relations to the distribution of wealth**. New York: The MacMillan Company, 1914.

ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7059>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

EVANS, Alice. **Overcoming the global despondency trap: strengthening corporate accountability in supply chains**. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326293484_Overcoming_the_Global_Despondency_Trap_Strengthening_Corporate_Accountability_in_Supply_Chains/link/5d4ef72992851cd046b263ba/download. Acesso em 19 de outubro de 2019.

_____. **DEC Lecture. Politicizing Inequality: the Power of Ideas**, 2018. 1 vídeo (60 minutos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-ozCp5v0JaI&t=350s>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1992. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. A construção do Direito Privado Contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Teoria crítica do direito civil. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Direito civil: sentidos, transformações e fim. - Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FALKNER, Cindy E. Happily Ever After: An Ethical Will May Be a Step on that Journey. **Western Michigan University Cooley Law Journal**, v.12, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana**. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/redescobrimo-fronteiras-do-direito-civil-uma-viagem-na-prote%C3%A7%C3%A3o-da-dignidade-humana>. Acesso em 08 de junho de 2018.

FEDERER, Denise P. Guiding a Client's Moral Legacy. **On Wall Street**, 01 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://onwallstreet.financial-planning.com/news/guiding-a-clients-moral-legacy>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Testamento por meio eletrônico: é possível? **Revista da Faculdade de Direito da UFGRS**, Porto Alegre, n.30, 2012.

_____. Reconhecimento de paternidade por testamento. **Revista da Faculdade de Direito da UFGRS**, Porto Alegre, n.32, 2014.

FÉLIX DA SILVA, Rodrigo Daniel. A formação do direito civil pelo capitalismo: uma análise crítica marxista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 3, p. 55-83, ago. 2014. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/36208>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**. Trad. de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

FERREIRA, Luís Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1990.

FINEMAN, Martha Albertson. The sexual family. *In*: JACKSON, Jack E.; ROMERO, Adam P.; FINEMAN, Martha Albertson (eds.). **Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations**. Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2013.

FORNIELES, Salvador. **Tratado de las sucesiones, t.2**. 3. ed. Buenos Aires: Edia, 1950.

FOSTER, Frances H. Linking Support and Inheritance: A New Model from China. **Wisconsin Law Review**, 1999.

_____. The Family Paradigm of Inheritance Law. **North Carolina Law Review**, vol.80, 2001.

FOSTER-SIMONS, Frances. The Development of Inheritance Law in the Soviet Union and the People's Republic of China. **The American Journal of Comparative Law**, vol.32, 1985.

FRIEDMAN, Lawrence M. The law of the living, the law of the dead: property, succession, and society. **Wisconsin Law Review**, 1966.

_____. **Dead hands: a social history of wills, trusts, and inheritance law**. Stanford: Stanford University Press, 2009.

FRIEDMAN, Rebecca. Intestate intent: presumed will theory, duty theory, and the flaw of relying on average decedent intent. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, vol. 49, n. 3, 2015.

FROLIK, Lawrence A. The biological roots of the undue influence doctrine: what's love got to do with it. **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 57, 1996.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 2006. *E-book*. Disponível em: <http://latim.paginas.ufsc.br/files/2012/06/A-Cidade-Antiga-Fustel-de-Coulanges.pdf>. Acesso em 07 jun. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no Direito Privado e Constituição. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARY, Susan N. Adapting Intestacy Laws to Changing Families. **Law and Inequality**, vol. 18, 2000.

_____. The Probate Definition of Family: a proposal for guided discretion in intestacy. **University of Michigan Journal of Law Reform**, vol. 45, n. 4, 2012.

GAUBATZ, John T. Notes toward a truly modern wills act. **University of Miami Law Review**, vol.31, 1977.

GAUDIANI, Claire. Transferring the intangible. **Trust & Estates**, 146, n.12, 2007.

GELZINIS, Peter P. Do Friends Need the Law - Examining Why Friendship Matters and what Governments can do for this important, though overlooked relationship. **Suffolk University Law Review**, n.45, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa, PO: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. trad. Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**, v. 747, jan. 1999.

GLENDON, Mary Ann. Fixed rules and discretion in contemporary Family Law and Succession Law. **Tulane Law Review**, v.60, 1986.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 121-134, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35268/34062>. Acesso em 08 de junho de 2018.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro, vol. III. Direito de Família e Direito das Sucessões**. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GRAEFF, Fernando René. Uniões paralelas e direito das sucessões. **Revista da Faculdade de Direito da UFGRS**, Porto Alegre, n.30, 2012.

GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the dawn of the electronic will. **University of Michigan Journal of Law Reform**, n.42, 2008.

GRATTEN, Sheena; CONWAY, Heather. Testamentary conditions in restraint of religion in the twenty-first century: an Anglo-Canadian perspective. **McGill Law Journal**, vol. 50, 2005.

GROTIUS, Hugo. **On the law of war and peace**. Edited by Stephen C. Neff. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Vocação hereditária e descendência**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

GUSTKE, Constance. The Ethical Will, an Ancient Concept, is Revamped for the Tech Age. **The New York Times**, New York, 01 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/11/01/your-money/the-ethical-will-an-ancient-concept-is-revamped-for-the-tech-age.html>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

HALLIDAY, Daniel. **Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath**. Oxford, England: Oxford University Press, 2018.

HARTOG, Hendrik. **Someday All This Will Be Yours. A history of inheritance and old age**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2012.

HENRY, Orly. If you will it, it is no dream: balancing public policy and testamentary freedom. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, vol.6, n.1, 2011. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol6/iss1/6>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

HIGH, Elizabeth Travis. The Tension between Testamentary Freedom and Parental Support Obligations: A Comparison between the United States and Great Britain. **Cornell International Law Journal**, v.17, 1984.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005.

_____. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.101, 2006.

_____. **Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família**. 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2019.

_____. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. – 2.ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HOEREN, Thomas; KOLANY-RAISER, Barbara (eds.). **Big Data in Context: Legal, Social and Technological Insights**. Cham, Switzerland: Springer International Publishing AG, 2018.

HUNT, Travis. Disincentivizing elder abuse through disinheritance: revamping California Probate Code Section 259 and using it as a model. **Brigham Young University Law Review**, n. 2, 2014.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. A ordem jurídica do mercado. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, vol. 145, 2007.

JOHNSON, Irene D. A suggested solution to the problem of intestate succession in nontraditional family arrangements: taking the adoption (and the inequity) out of the doctrine of equitable adoption. **Saint Louis University Law Journal**, vol 54, n. 1, 2009.

JONES, Robert G.; STOUT, Tracy. Policing nepotism and cronyism without losing the value of social connection. **Industrial and Organizational Psychology**, v.8, n.1, 2015.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

_____. 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**, São Paulo, v. 95, p. 273-281, jan. 2000. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>. Acesso em: 02 aug. 2018.

KAHN, Jeremy. Where there's an (Ethical) Will, there's a way. **FSB: Fortune Small Business**, v.11, n.8, 2001.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa, PO: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KASLOW, Florence W; BENJAMIN, G. Andrew H. Ethical Wills: the positives and the perils for the family. **Journal of Family Pshychotherapy**, n.26, 2015.

KEEVA, Steven. A legacy of values. **ABA Journal**, v.91, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções Hermenêuticas Da Constitucionalização Do Direito Civil: O Intérprete Na Doutrina De Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 60, n. 1, p. 193-213, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442/25100>. Acesso em: 13 jul. 2018.

KORNSTEIN, Daniel J. **Inheritance: a Constitutional Right**. Rutgers Law Review, vol. 36, 1984.

KOTLIKOFF, LJ; SUMMERS, LH. The Role of Intergenerational Transfers in Aggregate Capital Accumulation. **Journal of Political Economy**, v. 89, n. 4, 1981.

KREICZER-LEVY, Shelly. Religiously inspired gender-boas disinheritance – what's law got to do with it. **Creighton Law Review**, vol. 43, 2010.

_____. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, vol.46, n.3, 2012.

_____. Deliberative Accountability Rules in Inheritance Law: Promoting Accountable Estate Planning. **University of Michigan Journal of Law Reform**, vol.45, n.4, 2012.

_____. Succession Law in Israel: Individualism and the Family. **Israel Studies Review**, vol.28, n.2, 2013.

_____. Can one inherit a home as opposed to a house: a normative and comparative perspective. **Arizona Journal of International & Comparative Law**, vol. 31, 2014.

_____. Big data and the modern family. **Wisconsin Law Review**, vol. 2019, n. 2, 2019.

_____; PINTO, Meital. Property and belongingness: rethinking gender-based disinheritance. **Texas Journal of Women and the Law**, vol. 21, 2011.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Successões**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915.

LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. **Harvard Law Review**, vol.88, n.3, 1975.

_____. The nonprobate revolution and the future of the law of succession. **Harvard Law Review**, n. 97, 1984.

_____. Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: a Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law. **Columbia Law Review**, vol.87, n.1, 1987.

_____; WAGGONER, Lawrence W. Redesigning the spouse's forced share. **Real property, probate and trust journal**, n. 22, 1987.

LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents' family maintenance legislation. **Harvard Law Review**, n. 69, 1955.

LECKEY, Robert. One parent, three parents: judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016. **International Journal of Law, Policy and the Family**, vol.33, 2019.

LEIB, Ethan J. **Friendship and the law**. University of California in Los Angeles Law Review, n.54, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEROY-BEAULIEU, Paul. **Traité théorique et pratique d'économie politique, t.4**. 4. ed. Paris, FR: Félix Alcan, 1906.

LESLIE, Melanie B. The Myth of Testamentary Freedom. **Arizona Law Review**, vol.38, 1996.

LIMA, Alvino. Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 35, n. 1, p. 199-213, jan. 1939. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65899>. Acesso em: 17 July 2018.

LIMA, Vivaldo da Costa. **A família de santo nos candomblés jejes-nagôs da Bahia: um estudo de relações inter-grupais**. Salvador: Corrupio, 2003.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. O direito civil como direito constitucional. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LINDGREN, James. The fall of formalism. **Albany Law Review**, n.55, 1992.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/entidades-familiares-constitucionalizadas-para-além-do-numerus-clausus-0>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

_____. Metodologia do Direito Civil Constitucional. *In*: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo et al. **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

_____. **Direito civil: sucessões**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n.48, 2017.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 1994. *E-book*. Disponível em: http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf. Acesso em 01 de agosto de 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MANN, Bruce H. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. **University of Pennsylvania Law Review**, vol.142, 1994.

MARQUES, Benedito Ferreira. A adoção e os direitos sucessórios. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, n.7, jan./dez. 1983.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTIN, James W. I want to sign an electronic will. **The practical lawyer**, n.55, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio/2005.

MARX, Karl. **Sobre o direito de herança, em face dos contratos e da propriedade privada**. Tradução de Emil Asturig von Munchen, 2005. Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP3Port.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Lisboa, Portugal: Avante!, 1997. Disponível em:

https://www.pcp.pt/sites/default/files/documentos/1997_manifesto_partido_comunista_editorial_avante.pdf. Acesso em 01 de agosto de 2018.

MASAGÃO, Mario. Fundações criadas por testamento. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n.40, 1945.

MASSIE, Robert K. **Pedro, o Grande: sua vida e seu mundo**. Tradução de Maurício Tamboni. – Barueri, SP: Amariyls, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, v. I**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. **Direito das sucessões, v. II**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MCCALLIG, Damien. Facebook after Death: na Evolving Policy in a Social Network. **International Journal of Law and Information Technology**, v.22, n.2, 2014.

MCCARTY, Steven. **6 reasons every advisor needs and ethical will**. 2015. Disponível em: <https://www.thinkadvisor.com/2015/02/09/6-reasons-every-advisor-needs-an-ethical-will/?slreturn=20180705155340>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

MCENIERY, Ben. Succession Law keeping pace with changes in technology and community expectations – informal wills. **Journal of New Business Ideas & Trends**, v.12, 2014.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. **Civilistica.com**, a.1, n.1, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Albertino Daniel. Introdução ao “novo” direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n.52, jan./jun. 2008.

MELO, Hildete Pereira de. Gênero e pobreza no Brasil. **Reunión de Expertos ‘Políticas y programas de superación de la pobreza desde la perspectiva de la gobernalidad democrática y el género’**. 2004. Disponível em: https://www.cepal.org/mujer/reuniones/quito/Hildete_Pereira.pdf. Acesso em 24 de junho de 2019.

MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

_____. **El estado socialista, t.2**. Trad. de Miguel Domenge Mir. Barcelona, ES: Imprenta de Henrich y Ca, 1908.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial, t.VII**. Buenos Aires, AR: Ed. Juridicas Europa-America, 1955.

MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy**. The Project Gutenberg, 2009. *E-book*. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/30107/30107-pdf.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

MILLER, Howard S. **The legal foundations of American philanthropy: 1776-1844**. Madison: The State Historical Society of Wisconsin, 1961.

MILLER, J. G. Substantial compliance and the execution of wills. **International and Comparative Law Quarterly**, n.36, 1987.

MIRAGLIA, Luigi. **Filosofia del derecho**. Buenos Aires, AR: Impulso, 1943.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. Reflexões críticas sobre o instituto do concubinato no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n.28, 2011. Disponível em: www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71067. Acesso em 08 de junho de 2018.

MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, vol.19, 2011.

_____. The pleasures and perils of inheritance. **Studies in Gender and Sexuality**, v.15, 2014.

_____; HACKER, Daphna. Wealth, families and death: socio-legal perspectives on wills and inheritance. **Oñati Socio-legal Series**, v.4, n.2, 2014.

MONOPOLI, Paula A. Deadbeat dads: should support and inheritance be linked? **University of Miami Law Review**, vol. 49, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. Aspectos atuais do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 56, n. 1, p. 273-286, jan. 1961. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66390>. Acesso em: 01 aug. 2018.

_____. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**. 38. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.

_____. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 15, agosto-dezembro 1999.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, vol. 9, n.29, jul/dez 2006.

_____. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The Myth of Ownership: Taxes and Justice**. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.

MURRAY JR, John E. Contract theories and the rise of neoformalism. **Fordham Law Review**, v.71, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2a ed. – São Paulo: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. **Revista do Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim**, 2005.

_____. Fundamentos da sucessão legítima. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária, v.I**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. **Estudos sobre sucessão testamentária, v.II**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições canonísticas às instituições jurídicas estatais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n.30, 2012.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres. *In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, 14, Caxambu, MG, 2004.

OBERLOH, Heath R. A call to legislative action: protecting our elders from abuse. *South Dakota Law Review*, n. 45, 2000.

OLDHAM, J. Thomas. What does the US system regarding inheritance rights of children reveal about American families? *Family Law Quarterly*, vol. 33, 1999.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código civil brasileiro (Lei n. 3.071 de 1 de janeiro de 1916), vol. I.** 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936.

_____. **Tratado de direito das sucessões: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código civil brasileiro (Lei n. 3.071 de 1 de janeiro de 1916), vol. II.** 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, RJ: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1952.

OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, n.27, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 11 jun. 2019.

PAINE, Thomas. **Agrarian Justice.** 1795. Disponível em: <http://piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.* São Paulo: Atlas, 2008.

PETERS, Guy. **Institutional theory in political science: the new institutionalism.** 3rd ed. New York: The Continuum International Publishing Group, 2005.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A teoria crítica do direito civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico. *In: FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil.* 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances, t.4: las sucesiones**. Traducción española por Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1933.

_____; _____. **Tratado practico de derecho civil frances, t.5: donaciones y testamentos**. Traducción española por Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial, tomo LV**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

_____. **Tratado dos testamentos, v. I**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

_____. **Tratado dos testamentos, v. II**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

_____. **Tratado dos testamentos, v.III**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

_____. **Tratado dos testamentos, v. IV**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

POPOFF, Emalee G. Testamentary conditions in restraint of the marriage of homosexual donees. **Drexel Law Review**, vol. 7, 2014.

PORAT, Ariel; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data. **Michigan Law Review**, vol. 112, n.8, 2014.

POSNER, Richard. Economic approach to law. **Texas Law Review**, vol. 53, 1975.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PROBERT, Rebecca. Disquieting Thoughts: Who Will Benefit When We Are Gone? *In*: HÄCKER, Birke; MITCHELL, Charles. **Current Issues in Succession Law**. Oxford: Hart Publishing, 2016.

PUFENDORF, Samuel. **Of the law of nature and nations, eight books**. Translated by Basil Kennett and William Percivale. Oxford: L. Lichfield, 1703.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra, PT: Armenio Amado, 1997.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Regugnetti. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.9, n.25, 1979. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/23122524-rpge25.pdf>. Acesso em 08 de junho de 2018.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1985. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8905>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a.29, n.29, 1996. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9390/6482>. Acesso em 08 de junho de 2018.

_____. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAPHAEL, Lawrence W. The teaching of writing an ethical will. **Judaism: a quarterly journal of Jewish life and thought**, v.48, n.2, 1999.

RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.17, n.113, out.2015/jan. 2016.

READ, Harlan Eugene. **The Abolition of Inheritance**. New York: The MacMillan Company, 1918.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REID, Kenneth G. C.; DE WALL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative Succession Law, vol. I: Testamentary Formalities**. Oxford, Englad: Oxford University Press, 2011.

REITZ, John C. How to do comparative law. **American Journal of Comparative Law**, vol. 46, 1998.

RHODES, Anne-Marie E. Abandoning parents under intestacy: where we are, where we need to go. **Indiana Law Review**, n. 27, 1994.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O legado de alimentos em favor das pessoas não legitimadas a suceder por testamento. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v.1., n.1., 2015. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/446/447>. Acesso em 29 de março de 2019.

_____. **Reprodução Assistida Post Mortem: a Atribuição de Direitos Sucessórios aos Filhos Gerados após a Morte de um dos Genitores**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2016. Disponível em

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20042/1/RAPHAEL%20REGO%20BORGES%20RIBEIRO.pdf>. Acesso em 31 de março de 2019.

_____. Hugo Grotius and Samuel Pufendorf on Last Wills and Testaments. **Grotiana**, vol. 40, 2019.

RICCI, Francesco. **Corso teorico-pratico di diritto civile, v.3: delle successioni**. 3. ed. Torino, IT: Torinese, 1916.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/>. Acesso em 16 de julho de 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões, volume 7**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. – São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. 2011. Disponível em: [http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemológico-do-Direito-civil-contemporâneo-na-tradição-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf](http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemologico-do-Direito-civil-contemporaneo-na-tradicao-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf). Acesso em 03 de agosto de 2018.

_____. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.938, dez. 2013.

ROSENEIL, Sasha; BUDGEON, Shelley. Cultures of intimacy and care beyond "the family": personal life and social change in the early 21st century. **Current Sociology**, vol. 52, n.2, 2004.

ROSENFELD, Jeffrey P. **The legacy of aging: inheritance and disinheritance in social perspective**. Norwood: Ablex Publishing Corporation, 1979.

ROSENVOLD, Nelson. **Solidariedade familiar**. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_8513eafd50634628aee164a682af53da.pdf. Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. **O direito civil em movimento**. 2.ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil, vol. III**. Direito das Obrigações e Direito Hereditário. Tradução da 6a edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. – 3a edição. São Paulo: Saraiva, 1973.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese (Doutorado em

Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009.

SALTMAN, Kenneth J. From Carnegie to Gates: the Bill and Melinda Gates Foundation and the Venture Philanthropy Agenda for Public Education. In: KOVACS, Philip E. (ed). **The Gates Foundation and the Future of US Public Schools**. New York: Routledge, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em 13 de julho de 2018.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**, v.2, n.83, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2018.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. – 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAWYER, Caroline; SPERO, Miriam. **Succession, wills and probate**. 3.ed. London, England: Routledge, 2015.

SCALISE JR, Ronald J. New Developments in United States Succession Law. **The American Journal of Comparative Law**, v.54, 2006.

_____. Honor Thy Father and Mother: How Intestacy Law Goes Too Far in Protecting Parents. **Seton Hall Law Review**, n. 37, vol. 1, 2006.

SCHAUL-YOUDER, Richard R. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. **Boston College International & Comparative Law Review**, vol. VIII, n. 1, 1985.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v.10, out/dez 2016.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; REIS, Fellipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AGRG na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao RESP n. 992.749-MS (STJ). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v.12, abr/jun 2017.

SHEPHERD, Thomas H. It's the 21st century... time for Probate Codes to address family violence. A proposal that deals with the realities of the problem. **Saint Louis University Public Law Review**, vol. 20, 2001.

SHERMAN, Jeffrey G. Undue influence and the homosexual testator. **University of Pittsburgh Law Review**, vol. 42, 1981.

_____. Posthumous meddling: an instrumentalist theory of testamentary restraints on conjugal and religious choices. **University of Illinois Law Review**, 1999.

SHULTZ, Judith. Ethical will: a tool for resolving unfinished business. *Aging Today*, **San Francisco**, v.27, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **R. Inf. Legisl. Brasília**, ano 25, n. 97, jan/mar. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181784/000432963.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 de junho de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, vol. 4, 2006.

SNEDDON, Karen. Speaking for the dead: voice in last wills and testaments. **Saint John's Law Review**, vol. 85, 2011.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira: Quem É e Como Vive**. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. **Arizona Law Review**, vol. 41, 1999.

SPIVACK, Carla. Let's get serious: spousal abuse should bar inheritance. **Oregon Law Review**, vol. 90, 2011.

STEIN, Helene; BRIER, Marcia. More than a feeling: a personal legacy statement allows clients to pass along more than just financial assets to their heirs. **Financial Planning**, New York, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, vol.144, 1996.

TAVAES, Jeane; TRAD, Leny. Famílias de mulheres com cancer de mama: desafios associados com o cuidado e os fatores de enfrentamento. **Interface – Comunic., Saúde, Educ.**, vol.13, n.29, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no direito sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v.5, jul/set 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

_____. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. **RTDC**, vol. 7, 2001. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**. 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>. Acesso em 07 de junho de 2018.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n.28/29, jul/dez. 2008.

_____. Human Rights in Private Law: the Brazilian Experience. In: TRSTENJAK, Verica; WEINGERL, Petra (org.). **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**. New York: Springer International Publishing, 2016.

_____. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros (Editorial). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol.14, out/dez 2017.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro 2000.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.111, jan./dez.2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 6. ed. Padova, IT: CEDAM, 1952.

TRAMONTE, Cristiana. Processos educativos interculturais na “família de santo”: pais e filhos nas religiões afro-brasileiras. **Visão Global**, v.15, 2012.

TREBILCOCK, Michael J. An introduction to law and economics. **Monash University Law Review**, n. 23, 1997.

TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. **Alabama Law Review**, vol. 61, n. 2, 2010.

TYKOCINSKI, Orit E; PITTMAN, Thane S. Money imbued with essence: how we preserve, invest, and spend inherited money. **Basic and Applied Social Psychology**, vol. 35, 2013.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las teorías y la práctica. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

UN MILLENNIUM PROJECT. **Report to the UN Secretary-General. Investing in development: a practical plan to achieve the Millennium Development Goals**. 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTISR/Resources/MainReportComplete-lowres%5B1%5D.pdf>. Acesso em 11 jun. 2019.

VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENANCIO, Juliana Lima. Importância da atuação do psicólogo no tratamento de mulheres com câncer de mama. **Revista brasileira de cancerologia**, vol.50, n.1, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

VERNON, Art. Writing an Ethical Will. **Women’s League Outlook**, New York, v.74, 2003.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n.21, 1979.

WAGGONER, Lawrence W. The multiple-marriage society and spousal rights under the Revised Uniform Probate Code. **Iowa Law Review**, vol. 76, n. 2, 1991.

WALDECK, Sarah E. An appeal to charity: using philanthropy to revitalize the estate tax. **Virginia Tax Review**, vol. 24, 2005.

WEDGWOOD, Josiah. **The economics of inheritance**. Harmondsworth: Penguin Books Limited, 1939.

WESTWOOD, Sue. "My friends are my family": an argument about the limitations of contemporary law's recognition of relationships in later life. **Journal of Social Welfare & Family Law**, v. 35, n. 3, 2013.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WRIGHT, Danaya C; STERNER, Beth. Honoring probable intent in intestacy: na empirical assessment of the default rules and the modern family. **ACTEC Law Journal**, vol. 42, n. 3, 2017.