



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
DOUTORADO EM DIREITO**

**ENTRE A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS À
HERANÇA, À PROPRIEDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO
PARADIGMA FAMILIAR CONSTITUCIONAL: a função social
da legítima no direito brasileiro**

DOUTORADO

Renata Raupp Gomes

**Florianópolis
2019**

Renata Raupp Gomes

**ENTRE A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS À
HERANÇA, À PROPRIEDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO
PARADIGMA FAMILIAR CONSTITUCIONAL: a função social
da legítima no direito brasileiro**

Tese submetida ao Curso de
Doutorado em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título
de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac
Pilati.

Área de Concentração: Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gomes, Renata Raupp

Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional : a função social da legítima no direito brasileiro / Renata Raupp Gomes ; orientador, José Isaac Pilati, 2019.

214 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

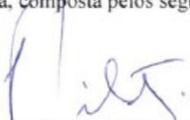
Inclui referências.

1. Direito. 2. Herança necessária. 3. Direito fundamental à herança. 4. Função social da legítima. 5. Direito sucessório. I. Pilati, José Isaac . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

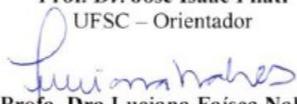
**ENTRE A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS À HERANÇA, À
PROPRIEDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO PARADIGMA
FAMILIAR CONSTITUCIONAL: A FUNÇÃO SOCIAL DA
LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO**

RENATA RAUPP GOMES

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



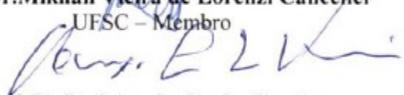
Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC – Orientador



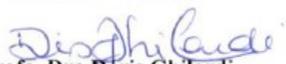
Prof. Dra. Luciana Faisca Nahas
UNISUL – Membro



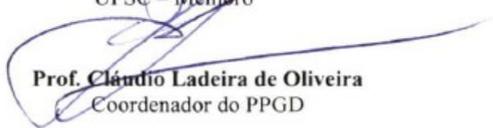
Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier
UFSC – Membro



Prof. Dr. Rodrigo da Cunha Pereira
PUC/MG – Membro



Prof. Dra. Doris Ghilardi
UFSC – Membro



Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira
Coordenador do PPGD

Florianópolis, 29 de abril de 2019.

Ao Luiz Carlos e à Isadora pela
comunhão de vidas e amor transcendente.

AGRADECIMENTOS

Feliz de quem, assim como eu, tem muitas pessoas a agradecer. A caminhada de um doutorado, apesar de solitária na essência, conta com a colaboração de pessoas realmente especiais.

Registro primeiramente minha gratidão à família: biológica, afim e afetiva. Aos meus pais, Renato e Lília, pelas primeiras e mais importantes lições de vida. Aos meus irmãos, Diego e Liliane, meu cunhado Felipe e minhas cunhadas Fernanda e Deyse pela fraterna e calorosa acolhida. Aos meus sobrinhos, Carlos Eduardo, Mariana e André pelos poucos, mas preciosos momentos de descontração e lazer durante essa jornada. Aos meus afilhados, Júlia, Henrique e Beatriz, por darem tanto sentido e sonoridade à palavra “dinda”. Aos meus sogros, Luiz Carlos e Telma, pela imensa torcida e pelo incentivo constante.

Ao meu querido orientador, Prof. Dr. José Isaac Pilati, minha eterna gratidão pela orientação firme, segura e, acima de tudo, inspiradora. Seu amor pela docência é exemplo a ser seguido.

Aos demais professores do PPGD da Ufsc, dos quais destaco o Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto e o Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, pelas inesquecíveis lições, que muito contribuíram para a construção da tese.

Um agradecimento muito especial ao Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa e ao Prof. Dr. José Sérgio Cristóvam pela participação na defesa prévia desta Tese e pela inestimável contribuição para a redação final do trabalho.

Mais do que um agradecimento póstumo, registro a imensa saudade dos Professores Doutores Luís Alberto Warat e Luiz Carlos Cancellier de Olivo.

À banca examinadora, meu profundo respeito e gratidão.

Ao Prof. Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, pela atenta e carinhosa leitura do texto. Seus escritos na área muito contribuíram para a pavimentação das conclusões do trabalho e suas sugestões com certeza o fizeram melhor.

Agradeço ao Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancellier pelas importantes contribuições ao trabalho desde a fase da defesa prévia, notadamente as de ordem metodológicas, e pela amizade que me permitiu tirar várias dúvidas durante sua confecção.

À Prof. Dra. Luciana Faisca Nahas pelas ideias trocadas acerca do tema, mesmo muito tempo antes de sua concretização. Obrigada pela parceria de sempre e pelas estimulantes conversas sobre o Direito de

Família e das Sucessões que, somadas à participação nesta banca, foram de fundamental importância ao trabalho.

À Prof. Dra. Dóris Ghilardi agradeço por ter estado ao meu lado desde a defesa prévia, contribuindo imensamente para a redação final desta Tese. Suas sugestões e questionamentos foram imprescindíveis e certamente tornaram o trabalho mais completo e interessante.

Enfim, sinto-me privilegiada por ter contado com profissionais da área tão gabaritados e ao mesmo tempo pessoas humanas tão diferenciadas.

Agradeço à Márcia Regina Ferreira pela dedicação com que revisou este trabalho.

Não posso deixar de fazer um registro especial aos amigos: todos vocês foram essenciais nesta caminhada.

Um agradecimento especial à amiga Karin Regina Dittrich pelos livros trazidos de Portugal, alguns deles raros e de seu acervo pessoal.

À amiga Leilane Zavarizi da Rosa pela presença calma e serena nos momentos mais difíceis.

À Patrícia Fontanella por toda a solidariedade ao longo do caminho.

Aos amigos Armando e Maria Teresa e aos sobrinhos socioafetivos Arthur e Lara pela feliz convivência.

Registro, também, minha gratidão a Ronei Danielli e Alexandra Paglia pelo apoio incondicional e pela amizade sincera.

Por último, mas não menos importante, meu agradecimento aos alunos. Vocês, mais do que razão para buscar o aperfeiçoamento, foram e são fonte de constante inquietação e inspiração em sala e de aula e fora dela.

Muitos são os alunos que marcam na vida de um professor. Registro alguns que, por sorte, continuaram a fazer parte da minha vida e da minha história, mesmo depois de graduados.

Álvaro Schiefler Fontes, Carla Luiza Purim, Jadna Pacheco dos Santos Pinter, Roberto Althoff Konder Bornhausen, Vitória Regina Muller Santos e Yasmin Carvalho Sant'Anna: foi um privilégio fazer parte das suas formações, mas é um maior ainda poder contar com as suas amizades. Saibam que muito contribuíram com os calorosos debates sobre o tema, sobretudo quando o desânimo ameaçava vencer o propósito de conclusão desta Tese.

Vanessa da Rosa: faltam-me palavras para agradecer a “força”. Esta Tese provavelmente não teria sido materializada sem o seu “empurrão” inicial.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declara-se, para todos os fins de direito, que o conteúdo do presente trabalho científico, destacadamente quanto ao seu aporte ideológico, é de inteira responsabilidade da doutoranda, não importando a sua aprovação em endosso por parte da Universidade Federal de Santa Catarina, da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Professor-Orientador ou de quaisquer dos membros da Banca Examinadora ao qual é submetido.

Renata Raupp Gomes
Doutoranda

Florianópolis (SC), março de 2019.

A cada passo que a sociedade der, acompanhada pelo ordenamento em sua mobilidade, mais haverá para dizer e lacunas para colmatar. Nesse passo, somente almeja-se uma definição fechada e exauriente, àquilo que não mais existe, pois então, não mais será passível de evolução ou transformação. Definições com pretensão ao fechamento não hão de ter lugar em páginas dedicadas ao estudo do direito, e sim, em lápides.
(Ricardo Aronne, 2014)

RESUMO

A presente Tese, que se insere na área de concentração denominada Direito, Estado e Sociedade, traz como objeto central o estudo da herança necessária no atual cenário do Direito brasileiro. A pretensão teórica consiste em demonstrar que a proposição de um novo paradigma familiar na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, ao lado da inédita fundamentalidade do direito à herança e da introdução de uma função social da propriedade, compõem uma tríade constitucional que justifica, mais do que nunca, a reserva legal em prol de certos sujeitos sucessórios, denominados de herdeiros necessários. Para tanto, o estudo dos direitos fundamentais, sob a óptica da teoria alexyana, auxilia na compreensão de que a herança legítima, como intervenção direta no direito de propriedade e na autonomia patrimonial, encontra, nos valores constitucionais familiares, a sua justificativa bastante para ser considerada uma autêntica restrição e, nessa medida, merecer a consideração de sua compatibilidade com a ordem constitucional de 1988. Permite, ademais, inclusive, cogitar uma verdadeira função social da legítima, como forma de concretizar o modelo de família constitucionalmente proposto para a sociedade brasileira na CRFB de 1988.

Palavras-chave: Herança necessária. Direito fundamental à herança. Função social da legítima. Direito sucessório.

ABSTRACT

This thesis, which is part of the area of concentration called Law, State and Society, has as its central object the study of the inheritance necessary in the current scenario of Brazilian Law. The theoretical pretension is to demonstrate that the proposition of a new family paradigm in the 1988 CRFB, together with the unprecedented fundamentality of the right to inheritance and the introduction of a social function of property, make up a constitutional triad that justifies, more than ever, legal reserve in favor of certain inheritance subjects, named as necessary heirs. For this, the study of fundamental rights under the alexyian theory assists in the understanding that the legitimating inheritance, as a direct intervention in the property right and in the autonomy of property, finds in the constitutional familiar values justification enough to be considered a real restriction and, therefore, compatible with the constitutional order of 1988. More than this, it allows, even, to consider a true social function of the legal reserve of inheritance, as a way of concretizing the family model constitutionally proposed for the Brazilian society in the 1988 CRFB.

Keywords: Inheritance required. Fundamental right to inheritance. Social function of the legitimate. Succession law.

RESUMEN

La presente tesis, que se inserta en el área de concentración denominada Derecho, Estado y Sociedad, trae como objeto central el estudio de la herencia necesaria en el actual escenario del Derecho brasileño. La pretensión teórica consiste en demostrar que la proposición de un nuevo paradigma familiar en la CRFB de 1988, al lado de la inédita fundamentalidad del derecho a la herencia y de la introducción de una función social de la propiedad componen una tríada constitucional que justifica, más que nunca, la reserva legal en favor de determinados sujetos sucesorios, denominados herederos necesarios. Para ello, el estudio de los derechos fundamentales bajo la óptica de la teoría alexyana auxilia en la comprensión de que la herencia legitimaria, como intervención directa en el derecho de propiedad y en la autonomía patrimonial encuentra en los valores constitucionales familiares su justificación bastante para ser considerada una auténtica restricción y en esa medida, merecer la consideración de su compatibilidad con el orden constitucional de 1988. Más que eso, permite incluso pensar de una verdadera función social de la legítima, como forma de concretar el modelo de la familia constitucionalmente propuesto para la sociedad brasileña en la sociedad CRFB de 1988.

Palabras clave: Herencia necesaria. Derecho fundamental a la herencia. Función social de la legítima. Derecho sucesor.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 23 |
| 2 | DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À HERANÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 29 |
| 2.1 | A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... | 34 |
| 2.2 | A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 36 |
| 2.3 | DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS..... | 36 |
| 2.3.1 | A Lei de Colisão e a Máxima da Proporcionalidade: a Ponderação de Valores Jusfundamentais | 38 |
| 2.4 | ESTRUTURAS SISTEMÁTICAS DAS POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS: DIREITOS A ALGO, COMPETÊNCIAS E LIBERDADES..... | 49 |
| 2.5 | A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL..... | 54 |
| 2.5.1 | Suporte Fático da Norma Jusfundamental | 58 |
| 2.5.2 | Teoria do Suporte Fático Amplo da Norma de Direito Fundamental | 59 |
| 2.6 | EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE TERCEIROS OU EFEITOS HORIZONTAIS..... | 64 |
| 2.7 | O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS <i>LEADING CASES</i> DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES..... | 69 |
| 3 | O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA | 75 |
| 3.1 | CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO HEREDITÁRIA: TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO FORMA DE PERPETUAÇÃO DO MODELO FAMILIAR VIGENTE..... | 75 |
| 3.1.1 | A Codificação de 1916 e a Sucessão Necessária como Reprodutora da Família Legítima | 78 |
| 3.1.2 | A Sucessão Legítima e Legitimária no Código Civil de 2002 | 83 |
| 3.2 | O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA COMO UM DIREITO AUTÔNOMO..... | 85 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.3 | ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA..... | 94 |
| 3.4 | A (IM)PRESCRITIBILIDADE DO DIREITO-PRETENSÃO DE PEDIR A HERANÇA: A PETIÇÃO DE HERANÇA SOB ALENTE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY..... | 101 |
| 3.5 | A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DOS FILHOS CONCEBIDOS <i>POST MORTEM</i> NA SUCESSÃO LEGÍTIMA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA..... | 110 |
| 3.6 | INDIGNIDADE, DESERDAÇÃO E REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO FEITA EM ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA COMO AUTÊNTICAS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA..... | 119 |
| 4 | A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS SOB ALENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 133 |
| 4.1 | A FAMÍLIA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM JUSFUNDAMENTAL..... | 134 |
| 4.1.1 | O Princípio da Dignidade Humana no Viés Familiarista: entre a Autonomia Privada e a Solidariedade Familiar..... | 136 |
| 4.1.2 | Os Princípios da Pluralidade das Relações Familiares, da Isonomia e da Democracia Familiar na Justificação Constitucional da Legítima..... | 146 |
| 4.2 | A COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA E O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA: A HERANÇA NECESSÁRIA COMO UMA AUTÊNTICA RESTRIÇÃO OU UMA GRAVE VIOLAÇÃO À AUTONOMIA PATRIMONIAL?..... | 155 |
| 4.3 | O NOVO PERFIL DE CONJUGALIDADE E O <i>STATUS</i> DE HERDEIRO NECESSÁRIO DOS PARCEIROS AFETIVOS: UMA ABORDAGEM PROSPECTIVA..... | 161 |
| 4.4 | REPERCUSSÕES DA LEGÍTIMA NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL: RESTRIÇÕES OU INCONSTITUCIONALIDADES?..... | 171 |
| 4.4.1 | Doação Inoficiosa e Doação como Adiantamento de Legítima..... | 171 |
| 4.4.2 | Compra e Venda de Ascendente para Descendente..... | 180 |
| 4.5 | A FUNÇÃO SOCIAL DA RESERVA LEGITIMÁRIA: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA REALIZAÇÃO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA..... | 183 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 4.6 | A AUTONOMIA PRIVADA E A PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA: UMA VISÃO PROPOSITIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS..... | 190 |
| 5 | CONCLUSÃO | 199 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 203 |

1 INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, inserindo-se a pesquisa na área de concentração denominada Direito, Estado e Sociedade.

Em termos pessoais, nasce da percepção, reforçada pelos mais de vinte anos de docência na matéria, de que esse ramo do Direito Civil acaba por não despertar nos alunos de Graduação e Pós-Graduação o mesmo interesse científico que os demais, circunstância refletida no baixo número de monografias ou trabalhos científicos produzidos na área. Essa indiferença histórica ao Direito Sucessório acaba por impor uma pobreza cognitiva e também criativa, quase uma crença de que nada há nessa seara a investigar. Nem mesmo a constitucionalização do direito à herança tem merecido o devido estudo.

Mais preocupante ainda se mostra o fato de que as poucas contribuições às pesquisas e novas ideias surgidas na matéria têm apontado unanimemente para a mesma direção, sem contraponto ou vozes dissonantes. Esse é o caso da defesa acerca da extinção da legítima ou também chamada de herança necessária. E é precisamente por esse motivo a escolha do tema pela pesquisadora, como a seguir se justifica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante referida também como CRFB de 1988, é uma das mais prolixas entre as constituições democráticas da atualidade, enfeixando um considerável número de direitos fundamentais em seu catálogo. Comparando-a com as constituições precedentes, vê-se que ela positiva, com *status* de fundamentalidade, diversos direitos até então relegados à disciplina do ordenamento infraconstitucional. Embora tal fenômeno seja relativamente recente no constitucionalismo brasileiro, inúmeras áreas específicas mereceram obras doutrinárias e trabalhos científicos posteriores, que muito colaboraram para o amadurecimento de direitos, como o dos consumidores, da saúde, o direito de propriedade e sua função social, dentre outros. O próprio direito de família viu-se reformulado a partir do paradigma constitucional trazido pela CRFB de 1988, ocasionando uma verdadeira torrente de artigos, livros, dissertações e teses jurídicas, responsáveis por um grande aprofundamento da matéria e, conseqüentemente, uma inegável e constante evolução na concretização e na construção da família, segundo os parâmetros idealizados constitucionalmente.

Em contrapartida, não obstante a inédita positivação do direito fundamental à herança no rol dos direitos fundamentais da CRFB de 1988, o direito sucessório continua sendo sistematicamente negligenciado, sobretudo pela academia, pois, nesse tempo todo de vigência constitucional, quase nada se escreveu sobre o tema.

Causa estranheza o desapareço científico em relação à seara sucessória, sobretudo após a constitucionalização do direito à herança como fundamental. Esse fato sequer despertou curiosidade acerca do sentido e alcance de sua positivação com autoridade de direito fundamental.

Dos poucos trabalhos encontrados especificamente sobre a temática, extrai-se, ainda, a conclusão da inconstitucionalidade da sucessão necessária, também chamada de legitimária, mormente sob a argumentação da derrocada da família legítima e da noção de um patrimônio a ela destinado, justificadora da referida reserva legal em prol de certos membros da unidade familiar.

Nessa ambiência, a presente pesquisa, cujo tema é a sucessão legitimária sob a óptica da fundamentalidade dos direitos à herança e à propriedade, busca contribuir para o debate a respeito das consequências jurídicas desta vicissitude da qual ninguém é imune: a morte. Mais ainda: propõe-se a oferecer um contraponto às pesquisas e passagens doutrinárias mais recentes que aludem à incompatibilidade da legítima com a ordem jurídica inaugurada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com essa justificativa, o problema central desta Tese traduz-se no questionamento acerca da constitucionalidade ou não da reserva legal em prol de certos e determinados sujeitos, conhecidos como herdeiros necessários, tendo como hipótese principal a compatibilidade dessa tutela especial dos herdeiros legitimários com o texto constitucional e com os direitos fundamentais, identificando, ainda, uma importante função social na concretização do paradigma familiar idealizado pela CRFB de 1988.

Para tanto, este trabalho adota como aporte teórico a perspectiva de Alexy (2011) sobre os direitos fundamentais. Importante ressaltar, como, aliás, o faz o próprio autor na introdução da sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, que seu texto tem o primordial propósito de construir uma teoria jurídica geral sobre os direitos fundamentais da Constituição alemã, cuja base pode ser resumida na construção de uma teoria conjugada dos princípios, distinguindo-os das regras, e das posições jurídicas jusfundamentais, classificação cuidadosamente trabalhada pelo autor em substituição da expressão polissêmica e, por

isso mesmo, não isenta de confusões “direito subjetivo”. Não obstante seja originalmente uma contribuição à dogmática desenvolvida com vistas à compreensão dos direitos fundamentais da Constituição alemã, sua cientificidade e amplitude permitem tomá-la como parâmetro orientador da presente pesquisa, notadamente porque a similitude dos problemas e questionamentos relacionados aos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos dois países mostra-se inegável. Logo, a análise da compatibilidade ou não da herança necessária com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 será pautada pelas noções embasadoras da teoria de Alexy (2011) sobre a colisão entre direitos fundamentais e sua resolução a partir da regra da proporcionalidade.

Para a fase de investigação da pesquisa, seguiu-se o método indutivo. Vale dizer que se pesquisou acerca da herança necessária no Brasil, inclusive sob a perspectiva histórica de sua natureza jurídica e função, perpassando pelo estudo dos direitos fundamentais elencados na CRFB de 1988, destacadamente o de herança e de propriedade privada, chegando-se a uma compreensão geral do ordenamento atual. Contudo, na fase de relato desta pesquisa, da redação da Tese propriamente dita, a abordagem dedutiva será predominante, na medida em que considerada mais didática. Por isso, esta Tese será estruturada a partir da dogmática geral dos direitos fundamentais, passando à compreensão do direito fundamental à herança, distinguindo-o do de propriedade, e, na sequência, de seu peso específico quando em colisão com o direito à propriedade privada, de modo a demonstrar a constitucionalidade da tutela especial recebida pela herança necessária na legislação ordinária, vislumbrando, inclusive, uma importante função social à legítima na concretização do modelo jurídico-familiar proposto pela CRFB de 1988.

Utilizando-se do método de procedimento histórico, investigou-se a intersecção dos formatos de famílias e do conceito de propriedade privada com as regras sucessórias em diferentes realidades sociais. Utilizou-se, ainda, as técnicas de pesquisa documentais e bibliográficas, abarcando a análise de leis e projetos de leis, incluindo o exame de leis revogadas, além de diversas fontes doutrinárias.

No intuito de responder ao problema central da Tese sobre a compatibilidade ou não da legítima dos herdeiros necessários com a ordem constitucional de 1988, exsurge como objetivo geral a verificação da temática sucessória, destacadamente da sucessão necessária, sob o viés dos direitos fundamentais. Como objetivos específicos da presente pesquisa, tem-se: a) analisar a temática dos direitos fundamentais sob a perspectiva da teoria alexyana, a fim de determinar a estrutura

normativa do direito fundamental à herança e a possibilidade de sua restrição diante de eventual colisão com outros direitos fundamentais, mediante a regra da proporcionalidade; b) investigar o âmbito de proteção do direito fundamental à herança, seu suporte fático, distinguindo-o do direito fundamental à propriedade privada para estabelecer, por fim, o conteúdo desse direito fundamental autônomo; e c) demonstrar, sob a perspectiva da colisão entre os direitos fundamentais à herança e à propriedade privada, que a proteção à legítima se justifica constitucionalmente como uma autêntica restrição à autonomia patrimonial do proprietário, cumprindo, ainda, uma função social de concretização do paradigma democrático e fraterno de família proposto pela CRFB de 1988. Ante essa constatação, pretende-se, por fim, propor soluções concretas para a compatibilização do princípio da autonomia privada com a proteção da legítima dos herdeiros necessários.

Como respostas ao problema e no cumprimento dos objetivos específicos, elencam-se as seguintes hipóteses: a) o direito fundamental à herança, assim como o direito fundamental à propriedade privada, tem a estrutura de norma-princípio e, como tal, segundo a teoria de Alexy (2011), deve ser realizado na maior extensão possível, vale-se dizer, receber uma aplicação ótima ou otimizada; b) o direito fundamental à herança não reflete um reforço ao direito de propriedade, possuindo conteúdo autônomo. Ainda, adotada a tese de suporte fático amplo, quaisquer intervenções nas posições jurídicas *prima facie* asseguradas pelo direito fundamental à herança ou à propriedade privada devem ser constitucionalmente justificadas a partir da regra da proporcionalidade, sob a pena de considerarem-se violações às normas jusfundamentais em estudo; e c) na colisão entre o direito fundamental à herança e o direito à propriedade privada, a herança necessária traduz-se em autêntica restrição à autonomia patrimonial do proprietário, realizando, ao mesmo tempo e de maneira otimizada, tanto os valores da solidariedade familiar como da liberdade de disposição, sendo perfeitamente compatível com a CRFB de 1988. Por fim, ainda que represente uma restrição ao direito de propriedade, encontra em sua importante função social a justificativa necessária à defesa de sua constitucionalidade.

Assim, os capítulos da presente Tese refletirão as conclusões extraídas do enfrentamento de cada objetivo e da contraposição de cada hipótese inicialmente levantada.

No segundo capítulo, investigar-se-ão os aspectos gerais da matéria concernente aos direitos fundamentais, relacionando-os ao direito fundamental à herança. No capítulo, que se iniciará pela

indagação dos motivos pelos quais se deu a positivação do direito à herança na categoria dos direitos fundamentais nesse exato momento histórico, será sugerida a possibilidade de vinculação com as profundas alterações sofridas pelo modelo familiar e de propriedade privada na Constituição da República Federativa de 1988, assunto retomado e arrematado no último capítulo. Nessa etapa inicial, será utilizada a teoria alexyana para estabelecer a estrutura normativa dos direitos fundamentais e, em especial, do direito fundamental à herança como norma-princípio. Após sistematizar as posições jurídicas jusfundamentais, passar-se-á à abordagem da lei de colisão e da máxima da proporcionalidade, regra metodológica proposta por Alexy (2011) para a resolução dos chamados “*hard cases*”, que envolvem a realização de valores constitucionais aparentemente antagônicos. Complementando o capítulo, o estudo da restringibilidade dos direitos fundamentais mostrar-se-á fundamental à compreensão da teoria adotada, destacadamente no que concerne à colisão entre direitos fundamentais e, no fechamento, tratar-se-á da questão dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, sendo que, para infundir um caráter mais pragmático ao trabalho, será exemplificada a teoria desenvolvida a partir de precedentes selecionados do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A terceira etapa desta pesquisa será marcada pelo estabelecimento do conteúdo do direito fundamental à herança. Nesse momento, serão tecidas considerações essenciais acerca da sucessão hereditária e, em particular, da sucessão necessária nas codificações brasileiras de 1916 e de 2002, com o propósito de demonstrar a íntima conexão entre o direito sucessório, o modelo familiar vigente e a concepção de propriedade privada nos diferentes períodos históricos. Em seguida, assentar-se-á o direito fundamental à herança como um direito autônomo, rechaçando-se a hipótese de tratar-se tão somente de um reforço ao direito fundamental à propriedade privada, traçando seu âmbito de proteção próprio e autônomo e seu suporte fático específico. Novamente, no encerramento do terceiro capítulo, seguir-se-á a mesma lógica do segundo, ou seja, será conferida à teoria um aspecto prático, relacionando-a a exemplos concretos do direito sucessório.

Por fim, na última etapa do trabalho, verificar-se-á a correlação entre o paradigma constitucional de família inaugurado pela CRFB de 1988 e a fundamentalidade do direito à herança. Nessa etapa, depois de assentados os conceitos de personalização e despatrimonialização do direito de família e de (re)significada a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da solidariedade familiar e da autonomia patrimonial, será resolvida a colisão entre o direito fundamental à sucessão e o direito à

propriedade privada. Com o auxílio de princípios constitucionais destacados do direito de família e da concepção de função social, será possível harmonizar o aparente antagonismo, alcançando-se, segundo a teoria alexyana, a otimização dos princípios jusfundamentais consagradores da herança e da propriedade privada. Edificar-se-á, a partir daí, a devida fundamentação acerca da constitucionalidade da sucessão necessária, enfrentando, inclusive, a discussão sobre a posição jurídica de herdeiro necessário, conferida ao cônjuge sobrevivente pela legislação de 2002, bem como sua concorrência com descendentes e ascendentes do autor da herança. Do mesmo modo, enfrentar-se-á a polêmica da equiparação do companheiro sobrevivente nesse particular, alçando-o também ao *status* de herdeiro necessário, lançando um diagnóstico constitucional com pretensões propositivas.

Com o intuito de não destoar do propósito de conjugar a teoria com a práxis, serão analisadas hipóteses específicas concernentes às repercussões jurídicas da manutenção da legítima no ordenamento brasileiro, sempre sob a lente da constitucionalidade ou não das respectivas intervenções infraconstitucionais. Nos derradeiros tópicos do capítulo, a partir da relevância constitucional e social da reserva legitimária, será demonstrada sua função social, propondo-se, não obstante, algumas alterações infraconstitucionais capazes de conciliar melhor sua tutela com a da autonomia privada do proprietário.

A presente Tese se encerrará com as conclusões, nas quais serão resumidos os aspectos diferenciados desta pesquisa e da análise realizada, ressaltando-se sua contribuição original à temática sucessória, com especial destaque à demonstração de que a proposição de um novo paradigma familiar na CRFB de 1988, ao lado da inédita fundamentalidade do direito à herança e da introdução de uma função social da propriedade, compõe uma tríade constitucional que não pode mais ser ignorada e que justifica, mais do que nunca, uma reserva legal em prol dos denominados de herdeiros necessários, nela reconhecendo uma função social concretizadora dessa nova realidade familiar no cenário nacional.

Por fim, buscar-se-á com esta pesquisa contribuir ao estudo do Direito Sucessório e ao tema da herança necessária no Brasil, apurando outras investigações e provocando a análise de novas perspectivas teóricas sobre a matéria, de forma a somar esforços para a imprescindível - ainda que tardia - reflexão da comunidade científica e jurídica nacional acerca de temática tão complexa quanto relevante, mas inegavelmente inexorável, uma vez que está ligada à certeza absoluta de finitude da vida humana.

2 DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À HERANÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A investigação a ser empreendida neste capítulo inicia-se pela compreensão da estrutura jurídico-normativa dos direitos fundamentais, em especial do direito à herança, positivado de maneira inédita no país pelo inciso XXX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dando sequência ao tema, serão analisadas as diferentes posições jurídicas dos titulares de direitos fundamentais e os possíveis tipos de intervenções sobre elas, tanto por parte do Estado quanto dos particulares. Tal exame será complementado pelo conceito de suporte fático das normas jusfundamentais e pela análise dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, fenômeno também designado por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de extrema importância ao trabalho. No desfecho do capítulo, promover-se-á uma análise dos *leading cases* relacionados à temática, julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Associa-se, normalmente, às constituições contemporâneas que refletem Estados Democráticos de Direito a positivação de um grande número de direitos humanos como fundamentais¹. Esse fenômeno, porém, ao mesmo tempo em que representa uma das grandes conquistas do constitucionalismo contemporâneo, evidencia como desafio a questão da efetividade desses direitos fundamentais positivados. Como bem anota Bobbio (1992, p. 25), o verdadeiro problema não mais está em justificar os direitos fundamentais, uma vez que a própria constitucionalização supera essa etapa, mas sim em protegê-los, no sentido de dar-lhes a devida efetividade.

Nesse contexto, Barroso (2003, p. 26) historia que as Cartas brasileiras se deixaram inflacionar por pretensos direitos que nunca se concretizaram na prática e por promessas de atuação que restaram

¹ Segundo Jane Pereira (2018, p. 25), a positivação de um amplo catálogo de direitos fundamentais é o traço típico das Constituições contemporâneas, consolidado a partir da segunda metade do século XX e estando tal fenômeno relacionado à “[...] reconstrução dos sistemas jurídicos de países europeus que viveram experiências de banalização dos direitos humanos, e que promoveram ajustes de contas com o passado, mediante a adoção de textos constitucionais dotados de dimensão ética e prospectiva, cuja perenidade seria assegurada gravando-se os dispositivos garantidores dos direitos com cláusula de eternidade”.

igualmente descumpridas, notadamente pela falta de vontade política de conferir aos direitos fundamentais aplicabilidade direta e imediata, resultando, em suas palavras, em “[...] uma história marcada pela insinceridade e pela frustração”.

Sob essa perspectiva, importa o registro de que a experiência constitucional brasileira anterior a 1988 é marcada pela noção de normas consagradoras de valores aptos a ordenar e informar a atividade legislativa infraconstitucional, bem como sinalizar a atuação dos poderes públicos. A concepção da força normativa de seu texto é fenômeno recente no país².

Cabe afirmar nesse cenário, como, aliás, o faz Barroso (2003, p.27)³, que a CRFB de 1988 representa o marco zero do constitucionalismo brasileiro não apenas porque resulta da mobilização e participação política popular, própria do período de redemocratização do país e motivo de legitimidade ímpar do Poder Constituinte, mas também porque, como consequência de um fenômeno mais global, tem reconhecida sua força normativa, inaugurando o que chamou de início da maturidade institucional brasileira.

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inspirada pelas constituições europeias, realiza um esforço significativo não apenas no sentido de ampliar o catálogo de direitos fundamentais, mas, sobretudo, de tutelá-los juridicamente, assegurando sua efetividade. A previsão expressa do § 1º do artigo 5º acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inserida de maneira inédita na CRFB de 1988, aprofunda a proteção de seus titulares e reafirma seu caráter de vértice axiológico do ordenamento jurídico brasileiro⁴, irradiando seus efeitos sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como pautando as relações intersubjetivas na sociedade. Soma-se a essa tutela específica a natureza de cláusulas pétreas assumida pelos direitos fundamentais, tornando-os insuscetíveis de emendas constitucionais que os vulnere.

² Recomenda-se a leitura acerca do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro sob a óptica crítica e perspicaz de Wolkmer (1989).

³ Em suas palavras Barroso (2003, p. 27): “E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser alente através da qual se leem e interpretam todas as normas infraconstitucionais”.

⁴ Como observa Canotilho (2002, p. 147), a ideia de aplicabilidade direta representa em grande reforço de normatividade dos direitos fundamentais e de proteção aos destinatários desse tipo de norma, uma vez que encerram, em regra, direitos subjetivos.

Ainda a propósito da tutela dos direitos fundamentais, registre-se que a CRFB de 1988, seguindo o modelo de grande parte dos países ocidentais, expressa um tipo misto de constituição, chamado de “procedimental-material”, impondo, por isso mesmo, limites não apenas formais, mas também materiais ao legislador constituído.

Segundo Martins Neto (2003, p. 81), considerando que as normas jusfundamentais ocupam o nível máximo da hierarquia normativa e são, ao mesmo tempo, protegidas procedimentalmente por um rígido controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais traduzem-se como verdadeiros “direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário”. Nas palavras do autor, os direitos fundamentais no plano da legislação infraconstitucional são “[...] juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores” (MARTINS NETO, 2003, p. 81).

Todavia, em razão de seu texto prolixo, na medida em que constitucionaliza diversos direitos tradicionalmente relegados ao legislador constituído – fenômeno chamado de constitucionalização do ordenamento jurídico⁵ – e da marcada tensão dialética, porquanto reflete forças e interesses antagônicos na sociedade reunidos democraticamente

⁵ Aqui utilizado no sentido dado pelo jurista italiano Riccardo Guastini, de impregnação de matéria constitucional na legislação ordinária. Tal fenômeno mostra-se especialmente importante para a pesquisa quando se considera a constitucionalização do Direito Civil. Na definição do termo pelo próprio autor: “Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (GUASTINI, 2001. p. 153). Em sentido mais específico, a ser abordado no último capítulo, a constitucionalização do Direito Civil, notadamente do Direito de Família, pode ser entendida, a partir da síntese de Viviane Girardi, como o fenômeno respeitante à incidência e permanente penetração do direito constitucional sobre matérias tradicionalmente relegadas à legislação infraconstitucional. Conforme sua ilustração: “Os princípios fundamentais, inscritos na ordem constitucional, impuseram a necessária reformulação de toda normatividade infraconstitucional, entre elas a vetusa codificação civil que se abre para recepcionar os princípios e valores constitucionais, tendo renovado o sentido de vários de seus artigos ao mesmo tempo em que foram derogados outros tantos sob o império dos novos valores e máximas constitucionais, sobretudo a incidência do princípio da igualdade e da própria norma de isonomia familiar, tanto na filiação, (art. 227, § 6º, da CF/88) quanto na conjugalidade (art. 226, § 5º, da CF/88), assim como na proteção de outras formas de organização familiar que não somente o casamento (art. 226, § 3º, da CF/88)” (GIRARDI, 2005, p. 37). Trata-se, enfim, de um processo de (re)sistematização e (re)significação da legislação civil a partir das normas constitucionais, destacadamente das normas jusfundamentais.

sob o Poder Constituinte, há frequente colisão entre direitos fundamentais que apontam aparentemente em direções opostas na solução dos casos concretos.

Partindo-se das premissas de que entre os direitos fundamentais não há uma relação de precedência hierárquica e de que abstratamente os mais diversos direitos positivados convivem em harmonia no ordenamento constitucional, cogita-se do exame das eventuais limitações quando se analisa a legislação infraconstitucional ou um caso concreto sob a perspectiva da colisão entre valores antagônicos que os princípios se propõem a realizar na ordem social, de modo que a tutela de um pode impedir ou restringir a tutela do outro.

Conquanto reste pacífica na dogmática constitucional a ideia genérica de que os direitos fundamentais não devem ser tomados por absolutos, admitindo-se, em tese, sua restringibilidade, inexistente consenso acerca de quais critérios ou de qual o modelo teórico mais adequado à explicação das eventuais limitações às normas jusfundamentais.

Alguns autores têm tentado sistematizar as principais características do constitucionalismo contemporâneo a fim de identificar a metodologia constitucional mais apta a garantir a realização do Estado Social e Democrático de Direito e a eficácia dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Cristóvam (2016, p. 50) chega a arriscar um perfil desse novo constitucionalismo – neoconstitucionalismo – resumindo seus vieses teóricos (“etiquetamentos”, em suas palavras) em traços comuns, voltados à consolidação de uma teoria forte acerca da supremacia da Constituição, da força normativa dos princípios, da efetividade dos direitos fundamentais e em uma dose considerável de protagonismo judicial na concretização desses princípios.

Essa circunstância, traduzida pela expansão dos direitos fundamentais e pela tensão entre os diferentes valores que por meio deles se pretende realizar na sociedade, acaba por implicar na ampliação da relevância do Supremo Tribunal Federal, como esfera responsável por exercer o controle de constitucionalidade no país e, conseqüentemente, na crescente preocupação com a construção de uma hermenêutica constitucional comprometida com os ditames da racionalidade na resolução desses conflitos normativos, identificados como *hard cases*.

Não à toa, Fachin (2008, p. 7) há muito alertou para a importância da compreensão de uma tríplice dimensão à Constituição, nomeadamente a “formal” – relativa às regras e aos princípios expressos

no texto constitucional, a “substancial” – efetivada pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pela incidência dos princípios implícitos (derivados dos explícitos), e a “prospectiva” – traduzida na ação permanente de ressignificação dos sentidos que compõem os diferentes “[...] significantes do discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que concerne à tríplice base fundante do governo jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família”.

A discussão que permeia esta Tese reflete exatamente esta preocupação: a análise da constitucionalidade da sucessão necessária segundo a óptica da colisão entre o direito fundamental à herança e o direito fundamental à propriedade privada e a justificativa jurídico-familiar para a restrição desse último em prol do primeiro.

Sem embargo das mais variadas teorias propostas para a solução de questões hermenêuticas dessa magnitude, especialmente as que refletem e repercutem em direitos fundantes da base da sociedade como a identificada neste trabalho, a adoção da teoria dos direitos fundamentais do jurista germânico Robert Alexy, acredita-se, tem o propósito de oferecer um manancial doutrinário apto a solucionar racionalmente o problema das colisões trazido pelo modelo democrático do constitucionalismo contemporâneo. Mesmo sendo originalmente uma teoria geral voltada à Constituição alemã, sua completude permite – com poucas adaptações às peculiaridades da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – a aplicação em solo nacional, revelando-se extremamente útil à hermenêutica constitucional pátria. Talvez seja esse o motivo da enorme penetração dessa teoria, tanto na esfera doutrinária como no âmbito jurisprudencial⁶. De todo modo, a opção

⁶ Sem ignorar as críticas formuladas por diversos doutrinadores, inclusive a preocupação manifestada por professores desta Casa, no sentido da possibilidade de apropriação da teoria ponderacionista como justificadora de um decisionismo judicial, acredita-se que a teoria alexyana, livre dos sincretismos e das equivocadas interpretações a que qualquer teoria se sujeita, oferece ferramentas seguras de fundamentação racional e normativa no âmbito das decisões judiciais e legislativas, evitando o problema identificado por tantos opositores. Nesse sentido, salienta Cristóvam (2016, p. 29): “eis um dos grandes problemas do debate jurídico contemporâneo – a questão do decisionismo judicial decorrente da aplicação do modelo ponderacionista e a necessária construção de sólidos e eficazes parâmetros de limitação do decisionismo principialista”. Não obstante o receio original, acaba por concluir mais adiante o mesmo autor assevera que “os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem oferecer respostas satisfatórias àquelas situações de colisão entre princípios, reconhecidos expressa ou implicitamente pela ordem constitucional. A solução das colisões entre princípios deve vencer o prisma da validade, afeto aos conflitos entre regras, alcançando as qualidades de densidade, peso e importância, próprias dos princípios jurídicos”

pela obra de Alexy (2011) como marco teórico à pesquisa significa que a busca pelas respostas às indagações elementares parte de uma determinada concepção de direitos fundamentais e de sua influência no sistema jurídico.

Para tanto, importa sedimentar nos tópicos subsequentes as bases da teoria alexyana imprescindíveis ao estudo e à compreensão dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à herança, positivado pela primeira vez na ordem constitucional brasileira de 1988.

2.1 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No panorama de ampliação dos direitos fundamentais, o direito à herança passa a compor o extenso catálogo do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, em função disso, a gozar de dupla garantia de proteção, conforme tratado anteriormente: (1) ser caracterizado como “cláusula pétrea” ou, seja, insuscetível de emendas tendentes a aboli-lo; e (2) ter aplicação imediata, consoante a regra do § 1º do artigo 5º da CRFB de 1988, a refutar expressamente o caráter de normas programáticas aos princípios ou de meras exortações a valores fundamentais⁷.

(CRISTÓVAM, 2016, p. 212). Recomenda-se, igualmente, a leitura da obra “Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucionalista”, de 2009, na qual Luiz Henrique Cadermatori e Francisco Carlos Duarte fazem uma resenha crítica desses “novos” modelos de interpretação constitucional, oferecendo uma visão dialógica entre os diversos autores estudados, muitos que fazem, inclusive, forte contraponto à teoria alexyana ou fragmentos dela.

⁷. Merece destaque o seguinte trecho de Felipe Gomes (2015, p. 8-9, grifo do autor) sobre a positivação do direito à herança como fundamental: “Outra nota distintiva é o aumento, de forma sem precedentes, do elenco dos direitos protegidos. Somente o art. 5º tem, na redação atual, setenta e oito incisos, reforçados pelos trinta e quatro do art. 7º, que conta com vários direitos sociais dos trabalhadores. [...]. A inovação de maior significado teórico (e prático) é, muito provavelmente, a trazida pelo parágrafo primeiro, do art. 5º. Nele, está contido o dispositivo responsável por emprestar, aos direitos e garantias fundamentais, aplicabilidade imediata, de sorte a rechaçar, a priori, o mero caráter programático das normas que os constituem. Até hoje, a literatura especializada diverge sobre o real alcance dessa norma; seja como for, o status jurídico generalizadamente reconhecido aos direitos fundamentais alcançou um patamar mais elevado em virtude dela. No plano argumentativo, as opiniões no sentido de que algum direito fundamental não pode ser aplicado diretamente, sem uma intervenção normativa posterior do legislador, têm o dever de justificar a pretensão de não-vinculação imediata dos poderes constituídos a esse direito. Fora de qualquer dúvida, isso aprofunda a proteção dos titulares de direitos fundamentais. Não fosse o bastante, a proteção adicional conferida

Embora a fundamentalidade do direito à herança represente uma sensível inovação em relação às constituições anteriores, a temática ainda carece de estudos específicos destinados a entender seu alcance, bem como as repercussões de sua constitucionalização no direito civil e, especificamente, no direito sucessório.

Cumpre registrar, desde logo, que a positivação do direito à herança como fundamental coincide com o estabelecimento de uma ordem constitucional democrática e solidária e com a inauguração de um paradigma familiar bastante diverso do anterior, fundado na pluralidade das entidades familiares, na isonomia entre os filhos e entre os componentes da família de modo geral e na dignidade dos membros dessa destacada coletividade social. Ladeado por essas novidades, o direito de propriedade ganha restrição diretamente constitucional concernente à sua função social. Não se pode ignorar que tais fenômenos possuem íntima correlação. A pesquisa científica em torno da positivação do direito à herança como norma jusfundamental deve, portanto, buscar um sentido para o recente status adquirido pelo direito sucessório na ordem constitucional brasileira, que não negue o seu caráter sistemático e unitário. Esse tema específico será oportunamente retomado e concluído nesta Tese, após a devida ponderação entre os direitos fundamentais à herança e à propriedade privada em consideração aos princípios familiares componentes do modelo proposto constitucionalmente. Trilhar esse tortuoso caminho é elementar à compreensão da reserva legitimária – garantida aos herdeiros necessários no Código Civil de 2002 – sob a óptica dos direitos fundamentais.

Interessa ao trabalho, nesse momento, precisar que tipo de norma constitucional – no sentido de sua estrutura e abrangência – expressa o direito fundamental à herança. Ainda, importa avaliar as possíveis intervenções nesse direito fundamental sob o viés da fundamentação constitucional, distinguindo autênticas restrições de violações à norma jusfundamental.

aos direitos e garantias, ao serem considerados ‘cláusulas pétreas’, ou seja, não poderem ser objeto de emenda à Constituição, a qual vise a abolir estas normas (ou tenda a isso), impede a supressão ou a erosão desses preceitos. Esta dupla proteção aplica-se ao direito à herança e suas consequências serão exploradas com maior vagar no próximo capítulo e no capítulo quatro. Nesse quadro, insere-se o direito à herança na Constituição brasileira que mais relevância emprestou à matéria jusfundamental”.

2.2 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Previamente à abordagem da estrutura jurídico-normativa do direito fundamental à herança, importa entender-se a estrutura dos direitos jusfundamentais em sua totalidade, até mesmo porque o direito à herança deverá ter sua análise ligada aos direitos igualmente fundamentais de propriedade e de liberdade, além de outros direitos componentes do ordenamento jurídico constitucional.

Segundo Alexy (2011, p. 85), a distinção entre regras e princípios mostra-se central à teoria dos direitos fundamentais, sendo o “[...] ponto de partida para a resposta à pergunta acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

Então, pela sua relevância tanto na teoria do referido autor quanto para os propósitos da pesquisa, o próximo tópico se ocupará de diferenciar princípios de regras sob o ponto de vista estrutural e de sua aplicação.

2.3 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Importante discernir, de início, que tanto regra quanto princípio são entendidos como norma, pois, em ambos os casos, há prescrição do tipo “dever ser”, ou melhor explicando, contêm em sua formulação expressões deônticas do “dever”, da “proibição” e da “permissão”.

Para Alexy (2011), a correta distinção entre regras e princípios não se dá apenas na esfera do grau de generalidade – muito maior nos princípios do que nas regras de modo geral, mas essencialmente no âmbito qualitativo ou estrutural.

Com efeito, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização, na medida em que podem ser satisfeitos em graus variados, consoantes as possibilidades de fato e de direito em jogo no caso analisado, enquanto as regras são definidas como normas que não comportam satisfação parcial: ou são plenamente cumpridas ou são descumpridas⁸.

Ainda sobre a diferenciação entre princípios e regras e partindo da premissa de que os primeiros admitem uma realização gradual

⁸ De acordo com Alexy (2011, p. 90-91): “Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é faticamente e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.

enquanto as últimas aplicam-se na base do “tudo ou nada”, Alexy (2011), inspirado pela concepção inicialmente desenvolvida por Dworkin (1977), no livro *Levando os Direitos a Sério (Talking rights seriously)*⁹, afirma a imprescindibilidade de solução específica para o caso de colisão de princípios antagônicos e de conflito de regras contraditórias.

Dessa feita, o conflito entre regras que apontam a juízos de dever-ser inconciliáveis somente pode ser resolvido pela introdução, em qualquer uma delas, de exceção apta a afastá-lo ou declarando-se a invalidade de uma das regras contrapostas que, assim, será extirpada do ordenamento jurídico¹⁰.

Note-se, todavia, que a formulação anterior não oferece auxílio no que tange a qual das regras deva ser declarada inválida diante da circunstância de apontarem a consequências jurídicas contrapostas, reconhecendo Alexy (2011) que, nesse caso, a solução deve ser buscada em critérios tradicionais, como o da especialidade, anterioridade, relevância, dentre outros.

⁹ Para Dworkin (1977, p. 24-27), a diferença entre princípios e regras jurídicas demanda uma distinção lógica. Regras são aplicadas no modo do tudo ou nada, enquanto princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão do peso ou da importância. Quando princípios colidem, quem deve resolver o conflito tem de levar em conta o peso relativo de cada um deles. Afirma, ainda, o autor, que tal medida não é exata e a escolha de que determinado princípio ou política é mais importante do que outro mostra-se frequentemente controversa. Todavia, é parte integrante do conceito de princípio que seja analisada a sua dimensão, perquirindo quão importante ou quão denso ele é no caso concreto. E conclui afirmando que as regras não possuem essa dimensão, pois se duas regras conflitam uma delas não pode ser considerada válida. Em suas palavras: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. [...] Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect [...], one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This can not be, of course, an exact measurement, an the judgement that a particular principle or police is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. [...] Rules do not have this dimension. [...] if two rules conflict, one of them cannot be a valid rule” (DWORKIN, 1977, p. 24-27).

¹⁰ Como exemplo, Alexy (211, p. 92) refere uma regra que proíba a saída de sala de aula antes de bater o sinal e outra que determine a saída imediata ao tocar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver tocado e o alarme de incêndio soar, a coexistência das duas regras conduz a juízos de dever-ser contraditórios entre si. Diante disso, tal conflito pode ser solucionado mediante a inclusão de uma cláusula de exceção à regra de não sair da sala antes do sinal, no caso de soar o alarme de incêndio, ressaltando que na impossibilidade de solução semelhante, restará como única alternativa a retirada de uma das regras do ordenamento jurídico, mediante sua invalidação.

Justamente por não se admitir como válidas duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias, diz-se que o conflito entre elas se resolve no âmbito da validade.

Equacionamento diverso reclama a hipótese de colisão entre princípios. Diferentemente das regras, a solução da colisão entre princípios se dá não no âmbito da validade, mas do peso.

Para melhor compreender a afirmação, cumpre estabelecer como pressuposto básico que todos os princípios possuem validade *prima facie*, de modo que a precedência de um sobre o outro em uma situação concreta de colisão – **um princípio proíbe algo, enquanto outro permite** – não importa na introdução de uma cláusula de exceção ou na invalidação do que foi preterido, com sua retirada do ordenamento jurídico. Isso porque a determinação de qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder depende sempre das condições concretamente apresentadas, que, por óbvio, são naturalmente cambiáveis.

Importante ressaltar, uma vez mais, que, como os princípios não têm precedência abstrata ou absoluta, ou seja, não existe hierarquia preestabelecida entre eles, são as condicionantes do caso concreto a ser solucionado que determinam qual o princípio cedente e qual o prevalente, considerando-se este último como o de maior peso.

Disso decorre o traço distintivo entre regras e princípios para Alexy (2011), na medida em que considera os princípios como mandamentos de otimização, visto que podem ser realizados na maior medida do possível dentro de determinadas possibilidades fáticas e jurídicas¹¹.

A questão que se apresenta, então, é: como racional e fundamentadamente decidir qual o peso de cada princípio colidente diante do caso concreto apresentado a fim de eleger a precedência de um sobre o outro?

2.3.1 A Lei de Colisão e a Máxima da Proporcionalidade: a Ponderação de Valores Jusfundamentais

O caráter de mandamentos de otimização dos princípios (realizados sempre na maior medida possível e sem relação de precedência abstrata) traduz-se perfeitamente pela lei de colisão, motivo de sua relevância na teoria alexyana.

¹¹ Segundo Alexy (2011, p 90): “Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

Conquanto já se tenha afirmado que o conflito de regras se resolve na base da validade e a colisão de princípios, na base do peso, para melhor elucidação da anunciada importância da lei de colisão e da metodologia desenvolvida por Alexy (2011) ao seu equacionamento, é preciso entender primeiro o que, de fato, significa o conceito de mandamento de otimização conferido aos princípios.

Para esse propósito, deve-se entender que os princípios, porque exigem que algo seja cumprido na maior extensão possível (dependendo das condições fáticas e jurídicas), ostentam razões¹²*prima facie*, explicação que é sintetizada pelo próprio Alexy (2011, p. 104) ao anunciar que “[...] princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas” não previamente consideradas na extensão de seu conteúdo (ou mesmo passíveis de enumeração). Por esse motivo, os princípios considerados isoladamente plasmam direitos apenas *prima facie*. De outro vértice, as regras, quando válidas, aplicáveis e, ainda, adversas à cláusula de exceção¹³, representam razões definitivas.

Consequentemente, as regras (enquanto razões definitivas) estabelecem direitos definitivos, devendo sua aplicação realizar-se por meio da subsunção. De outro lado, os princípios, como razões *prima facie*, exprimem direitos também *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente pode ser encontrado após operada a relação de preferência ou precedência no caso concreto.

Alexy (2011, p. 104) encontra na ponderação dos valores jusfundamentais, por ele chamada de “máxima da proporcionalidade”, a resposta hermenêutica adequada a estabelecer o princípio prevalente no caso concreto, segundo as condicionantes de fato e de direito. Complementam essa regra metodológica a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, por ele chamada de sopesamento, operação responsável pela relativização, consideradas as possibilidades jurídicas (colisão de princípios contrários) e as máximas da necessidade e da adequação que traduzem a ponderação das circunstâncias fáticas do caso concreto. Diz-se tratar de regra, precisamente porque sua aplicação

¹² A expressão “razões” é aqui entendida como fundamentos para ações ou para normas (gerais ou concretas).

¹³ Ao contrário, quando introduzida uma cláusula de exceção à regra, perde a característica de razão definitiva na resolução do caso dado. Mesmo assim, o eventual caráter *prima facie* da regra não se confunde ao do princípio, notadamente porque a regra não será afastada somente por ser conferido peso maior ao princípio antagônico àquele que lhe serve de suporte. Será também necessária a superação dos princípios formais, estes últimos relacionados às regras de competência.

pode ser verificada no caso concreto (na base do tudo ou nada), sendo que a não satisfação das máximas parciais (sopesamento, necessidade e adequação) resulta em uma ilegalidade.

Tendo em vista que os princípios não possuem precedência abstrata, valendo todos *prima facie*, a regra da máxima da proporcionalidade assume uma enorme dimensão para a teoria alexyana, visto que somente após sua aplicação no caso concreto se pode estabelecer uma precedência condicionada entre princípios colidentes.

Especificando o que foi dito, utiliza-se em parte do esquema de Alexy (2011) para ilustrar a solução por ele proposta com a máxima da proporcionalidade.

Imagine-se que P^1 é um princípio que colide com P^2 , de modo que considerados isoladamente levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios. Como não há precedência apriorística entre eles, são as condição de fato e de direito (C) que ditarão em que medida um prevalece em detrimento do outro – relação de precedência condicionada, resultando em uma formulação de seguinte configuração: $(P^1 \text{ P } P^2) \text{ C}$ ou $(P^2 \text{ P } P^1) \text{ C}$. Conforme mudam as condições fáticas e jurídicas, a relação de precedência também varia, podendo até se inverter, a depender do peso dado a cada um dos princípios em determinada circunstância – em um caso concreto P^1 prevalecerá sobre P^2 , em outro P^2 precederá P^1 . Por fim, cumpre concluir que, depois de sopesados princípios colidentes condicionados a certa(s) circunstância(s) de fato, o resultado dessa operação consiste em uma regra de direito fundamental atribuída, a qual deve ser subsumida a casos idênticos¹⁴.

Logo, ainda que os princípios representem direitos *prima facie*, vale dizer, não sejam razões definitivas para juízos concretos, após devidamente sopesados em relevância às circunstâncias fáticas existentes, pode-se assumir que o princípio prevalente se traduz em fundamento de uma regra a ser subsumida a casos idênticos, porquanto identificado o direito definitivo à hipótese.

O caso emblemático utilizado para demonstrar didaticamente a aplicação da máxima da proporcionalidade, conhecido como “o assassinato de soldados em Lebach”, retrata a colisão entre a liberdade de informação e a proteção jusfundamental à personalidade: de um lado, determinado programa televisivo pretendia contar a história do

¹⁴ Tem-se em Alexy (2011, p. 108) a seguinte conclusão: “Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”.

homicídio de quatro soldados da guarda de sentinela do exército alemão na cidade de Lebach, no intuito de roubar-lhes as armas para a prática de outros crimes. No lado oposto, um dos condenados pelo crime estava para ser libertado da prisão e apresentou uma reclamação constitucional para impedir a veiculação do programa que, sob seu ponto de vista, feriria seus direitos de personalidade, prejudicando sua ressocialização.

Como visto anteriormente, nenhum dos princípios precede incondicionalmente o outro, tampouco tem a validade questionada. Soma-se à equação o fato de que tais princípios, considerados isoladamente, revestem-se de juízos concretos do dever-ser absolutamente contraditórios, isto é, enquanto a proteção da personalidade (P¹) impede a veiculação do programa, o direito fundamental à informação (P²) a permite.

O Tribunal Constitucional Alemão, diante do impasse e aplicando a lei de colisão, construiu a solução em três etapas: (1) Inicialmente identificou na hipótese a colisão entre a proteção constitucional da personalidade (princípio identificado como P¹) e a liberdade de informação (princípio identificado como P²); (2) Em uma segunda etapa, reconheceu uma precedência geral da liberdade de informar (P¹) no caso de uma notícia **atual** sobre atos criminosos (condição denominada de C¹), chegando à seguinte regra: “(P² P[precede] P¹) C¹”; e (3) por fim, no último passo do caminho – momento da decisão ao caso concreto –, o Tribunal entendeu que a reprise do documentário sobre o crime não mais se revestia de atualidade que justificaria o interesse da informação capaz de sobrepor-se ao direito de ressocialização do condenado a ser solto (denominada de condição 2 – C², de modo a P¹ preceder P² (vale dizer, ter um peso maior no caso concreto), determinando a proibição do programa pretendido pela emissora de televisão. Pela formulação (P¹ P²) C², resumida por Alexy (2011), ter-se-á, então, como produto da máxima da proporcionalidade uma regra de direito fundamental atribuída, segundo a qual havendo a condição C², P¹ deverá prevalecer sobre P². Dito de outra forma, a regra de direito fundamental atribuída será aplicada por meio de subsunção aos casos idênticos.

No Brasil, exemplo bem recente do uso da teoria alexyana pelo Supremo Tribunal Federal pode ser vislumbrado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, em que a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) afirmava a inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil vigente), sob o argumento de que a exigência de autorização da pessoa biografada para a publicação ou veiculação de obras biográficas violaria os direitos fundamentais de livre expressão e de atividade intelectual, artística,

científica e de comunicação, todos componentes do rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir dessa fundamentação, a Associação requereu a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, tão somente para afastar do ordenamento brasileiro a necessidade de autorização da pessoa biografada.

Por decisão unânime do Plenário da Corte Constitucional, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4815 foi julgada procedente nos termos declinados pela relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que em seu voto fundamenta na regra da ponderação de valores jusfundamentais a decisão de inexigibilidade da autorização prévia do biografado ou de seus familiares para publicação de obra biográfica, em clara precedência dada aos princípios da liberdade de expressão, artística e cultural em detrimento do princípio, no caso cedente, da proteção à personalidade (intimidade, privacidade)¹⁵. Confirma-se, a propósito, relevantes trechos da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). [...] MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. [...]. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...]

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de

¹⁵ Para maior aprofundamento sobre o voto da Ministra Relatora, sugere-se a obra de Cancelier (2017), “Infinito particular”, na qual os fundamentos embaixadores são dissecados e contrapostos à teoria alexyana, sob um viés crítico e detalhado.

expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas

retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Merece igual destaque o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. O ministro, já no início, assume a ponderação como a hermenêutica capaz de oferecer maior racionalidade à decisão acerca da (in)constitucionalidade dos dispositivos da lei civil que fixam juízo definitivo de preponderância abstrata dos princípios constitucionais de tutela aos direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão e de informação:

[...] De um lado, as biografias constituem manifestação típica da liberdade de expressão em seu sentido amplo. A sua elaboração está inserida no âmbito da liberdade da atividade de criação intelectual e artística dos biógrafos, plenamente garantida pela Constituição, independentemente de censura ou licença (CF/88, art. 5º, IX). Já a produção e a divulgação de biografias se relacionam estreitamente com o direito de informação (CF/88, art. 5º, XIV), titularizado por toda a sociedade, que deve ter amplo acesso ao conhecimento e a informações tanto para que cada pessoa possa formar suas convicções, opiniões e personalidade, quanto para a participação na vida pública e a preservação da memória e da historiografia coletivas. 7. De outro lado, a exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado, ainda que em graus variados, é da própria essência do gênero literário. Em uma biografia, a personalidade do biografado, seus relacionamentos interpessoais, sua trajetória e os episódios que compuseram sua vida são tomados como objeto de estudo e transformam-se em uma narrativa, a ser contada ao grande público a partir da perspectiva (sempre subjetiva) do biógrafo. É natural e mesmo inevitável que o autor da obra, além de interferir por meio da seleção dos fatos a narrar, não se limite à mera descrição dos acontecimentos, formulando também juízos de valor sobre as pessoas e casos. [...]. A história tampouco de restringe aos momentos de glória

dos sujeitos retratados, incluindo correntemente críticas e fatos desabonadores ou controvertidos. Assim, é certo que a divulgação de tais pontos de vista pode causar sofrimento, ser desagradável ou prejudicial aos biografados (e a seus familiares) e, por consequência, ensejar pretensões indenizatórias e de interdição de veiculação das obras, ao argumento de que explorariam ou violariam seus direitos da personalidade, amparados pela ordem constitucional brasileira (CF, art. 5º, X). 8. É preciso dizer que a controvérsia constitucional submetida a esta Corte não diz respeito à forma adequada de solucionar todos os potenciais conflitos de interesses e valores constitucionais que podem emergir da publicação de obras biográficas. Cuida-se apenas de determinar se a lei pode arbitrar abstratamente a colisão entre os direitos fundamentais em jogo, de modo a consagrar a absoluta precedência dos direitos à honra, à intimidade e à imagem, em detrimento da liberdade de expressão, estabelecendo um direito potestativo das pessoas retratadas, seus parentes ou herdeiros, de impedir a divulgação de biografias não autorizadas. A luz da Constituição, a resposta há de ser necessariamente negativa. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Reiterando que os princípios colidentes não possuem hierarquia axiológica apriorística, o Ministro Barroso, aplicando a máxima da proporcionalidade, perfaz caminho muito semelhante ao do Tribunal Constitucional Alemão, reconhecendo uma precedência geral da liberdade de expressão em seu sentido mais amplo, o que acaba por transferir o ônus argumentativo para justificar a sua preterição ou restrição ao princípio contraposto da tutela da personalidade (sopesamento). Partindo dessa premissa, Barroso (2015) pondera:

No caso dos dispositivos impugnados na presente ação direta, parece evidente que a aplicação das três presunções acima – primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação, suspeição de medidas restritivas e vedação à censura – leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação que exige o consentimento do

biografado para a publicação de biografias. Tal exigência de autorização confere aos direitos da personalidade um peso desproporcional no processo ponderativo, que restringe excessivamente a liberdade de expressão e permite uma injustificável censura privada. Por isso, não é possível compatibilizá-la com o regime constitucional de proteção reforçada das liberdades comunicativas. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 12).

Antes de concluir seu voto, Barroso (2015) faz mais um registro digno de nota:

A dispensa de autorização prévia das pessoas retratadas em biografias, como se viu, não impõe uma primazia absoluta e abstrata da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Eventuais abusos de direito e danos ilegítimos à honra, à intimidade e à vida privada dos biografados estarão, como regra absolutamente geral, sujeitos a intervenções a posteriori. A opção pela composição posterior permitirá, na quase totalidade dos casos, que nenhum dos valores envolvidos seja totalmente sacrificado, realizando a ideia de ponderação e de concordância prática. A proibição de divulgação somente pode ocorrer em situações excepcionalíssimas, extremas teratológicas e justificadas por uma análise de proporcionalidade que considere a posição preferencial da liberdade de expressão. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p.22).

Com efeito, o voto do Ministro resgata duas concepções de imensa valia para a lei de colisão. A primeira de que os princípios devem ser realizados na maior extensão possível e a segunda de que o afastamento ou restrição de qualquer um deles (seja ela diretamente constitucional ou indiretamente constitucional em virtude de norma jurídica ou de decisão no caso concreto) deve ser devidamente fundamentada e referida aos valores de jusfundamentais. Portanto, de forma coerente, se pode extrair das considerações do Ministro que os dispositivos legais, ao estabelecerem uma precedência abstrata à tutela da personalidade, aniquilam a realização da liberdade de expressão em

seu sentido largo. Doutro giro, com o afastamento da autorização prévia do biografado ou de seus familiares, no caso de seu prévio falecimento, confere-se preferência ao princípio consagrador da liberdade de expressão e de informação, sem descurar-se da tutela dos direitos de personalidade, traduzida em uma compensação suficiente na hipótese de sua violação concreta.

Esse raciocínio, aliás, se coaduna perfeitamente com a ideia de que os princípios são mandamentos de otimização e, nessa esteira, devem ser realizados na maior extensão possível, consideradas as condições de direito e de fato, sendo que a medida de satisfação do princípio precedente é inversamente proporcional a não realização do princípio cedente. A partir dessa concepção, Alexy (2011, p. 171) desenvolve a lei do sopesamento, que pode ser resumida como referente a grau de afetação e de importância, sendo que “[...] a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação de outro”.

Nesse momento, apenas se sinaliza a relevância das duas noções mencionadas, relegando-se a momento oportuno o seu aprofundamento, quando, então, serão sopesados o direito fundamental à propriedade privada e o direito fundamental à herança, sob a perspectiva da herança necessária.

Interessa registrar, ainda, que a máxima da proporcionalidade se reveste das máximas parciais do sopesamento – ou máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que se propõe a elucidar o peso de cada princípio colidente, revelando as possibilidades jurídicas do caso dado e das máximas da **adequação** e **necessidade**, que os relacionam a questões fáticas a fim de extremar a otimização (realização na medida do possível) de cada um deles concretamente.

Bastante se discorreu acerca do sopesamento, mas não apenas as possibilidades jurídicas interessam à teoria alexyana ou à pesquisa. As condicionantes fáticas são, do mesmo modo, relevantes ao estabelecimento de qual princípio precede o outro, tanto que se diz se tratar de uma relação de precedência condicionada (não só jurídica, mas também faticamente).

A máxima da necessidade parte da premissa de que, se determinada medida (M^1) voltada a realizar no caso concreto um princípio (P^1), impede ou restringe a realização de outro princípio (P^2) e, ainda, pode ser alcançada por medida diversa (M^2) menos gravosa a P^2 , então M^1 é proibida, enquanto M^2 é permitida. Dito de outra forma, o exame da necessidade aponta à conclusão de que a medida posta em

cheque será necessária sempre que outra menos prejudicial ao princípio contraposto não se preste a realizar satisfatoriamente o objetivo constitucional ao qual é dirigida.

De outro lado, a máxima da adequação, continuando de onde parou a da necessidade, postula que, se para a realização do princípio P¹ a medida M¹ não se mostra adequada, sendo, portanto, indiferente para a consecução de seus objetivos, ao mesmo tempo em que afeta negativamente o princípio P², a adoção de M¹ é proibida por P².

Com base no que já foi tratado, pode-se parcialmente concluir que: (1) as normas sobre direitos fundamentais dividem-se em regras e princípios; (2) regras válidas, aplicáveis e isentas de cláusulas de exceção são razões definitivas para juízos concretos do dever-ser, reclamando aplicação na forma do tudo ou nada (relacionando caso-solução, por meio da subsunção); (3) quando duas regras entram em conflito e não se afigura possível a introdução de uma cláusula de exceção, a contradição se resolve no âmbito da validade, ou seja, uma delas deverá ser extirpada do ordenamento jurídico; (4) os princípios são sempre razões *prima facie* para juízos concretos do dever-ser quando considerados isoladamente; (5) somente princípios válidos colidem, de sorte que tal contradição jamais será solucionada no âmbito da validade, mas sim do peso; (6) como os princípios não possuem hierarquia axiológica ou precedência abstrata, o peso ou a importância que cada um assume perante o caso concreto dependerá sempre de um exercício ponderativos dos valores jusfundamentais, denominado por Alexy (2011) de “máxima da proporcionalidade”; (7) a máxima da proporcionalidade divide-se em máximas parciais, como o (7.1) sopesamento ou a proporcionalidade em sentido estrito – que relativiza as possibilidades jurídicas do caso dado, considerando o princípio dado com os princípios e regras antagônicas – e (7.2) a necessidade e a adequação – que analisam se determinada medida é adequada e necessária para o atingimento do fim constitucional ao qual se destina, bem como se há outro meio ou medida menos gravosa para se chegar ao mesmo resultado, dadas as possibilidades fáticas da hipótese traçada.

Apenas para viabilizar a uma melhor compreensão dos conceitos de restrição e conformação dos direitos fundamentais, pontos a serem discutidos na sequência, mas desde já sinalizado que possuem significação ímpar para a presente pesquisa, passa-se a uma breve caracterização do sistema de posições jurídicas fundamentais.

2.4 ESTRUTURAS SISTEMÁTICAS DAS POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS: DIREITOS A ALGO, COMPETÊNCIAS E LIBERDADES

Referencia Alexy (2011) que o (des)entendimento sobre o significado (e alcance) da expressão direito subjetivo quando implicada a direitos fundamentais decorre da plurivocidade e da vagueza do termo, recomendando sua apropriação para definir um “supraconceito” capaz de abarcar distintas posições jurídicas, estas sujeitas a diferenciações classificatórias não obscurecidas por polêmicas terminológicas.

Feita essa observação, a expressão “direito” será aqui tomada como sinônima de “posição jurídica”, que, conforme a sua estrutura, pode ser sistematizada em: (1) direitos a algo, (2) liberdades ou (3) competências.

Segundo Alexy (2011, p. 194), os direitos a algo são geralmente expressos a partir da formulação “a tem, em relação a b, um direito a G”.

Observe-se que a estrutura triárdica (titular do direito, objeto do direito e destinatário do direito) da referida formulação deixa antever que o objeto do direito a algo é sempre uma ação do destinatário, ainda quando não diretamente expressa no dispositivo de direito fundamental. Nesse sentido, exemplifica Alexy (2011, p. 195), ao tratar do artigo 2º, § 1º, 1, da Constituição alemã, que “todos têm direito à vida”. Isso porque, a despeito de parecer, ao menos superficialmente, uma relação diárdica, entre titular e objeto, a consequência lógica do direito à vida pode ser assim decomposta: (1) se “a” têm direito à vida, (2) “a” tem, em face do Estado, um direito a que este não o mate (correspondente a uma obrigação de abstenção do destinatário). E ainda: (3) “a” tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros (correspondente a uma ação positiva do destinatário).

Antecipando o que será tratado adiante, já se pode vislumbrar que, na formulação do inciso XXX da CRFB de 1988, “é garantido o direito de herança”, o direito fundamental à herança apenas aparentemente estabelece uma relação diárdica, presunção que não se sustenta após a devida decomposição lógica partindo-se da garantia do direito de herança: (1) “a” tem, em face do Estado, um direito a que este não se apodere ou suprima a sua garantia à herança; e (2) “a” tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua herança contra intervenções ilegais de terceiros.

Às posições jurídicas referentes aos direitos a algo dos cidadãos em face do Estado, corresponde, necessariamente, uma obrigação por parte deste de não fazer (quando em jogo um direito de defesa) ou de fazer (quando referida a direitos prestacionais).

Alexy (2011) divide em três grupos os direitos de defesa dos cidadãos em face do Estado: direitos ao não embaraço de ações, direitos à não afetação de características ou situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas.

O direito ao não embaraço de ações é caracterizado pela imposição de uma obrigação negativa ao Estado, no sentido de impedir que sejam criados empecilhos às ações dos destinatários desses tipos de direitos. Cabe perfeitamente aqui recorrer, a título exemplificativo, ao direito de livremente expressar-se (liberdade de expressão) que, sob a perspectiva das posições jurídicas, pode ser expresso pela fórmula: “a” tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação “h”.

Por sua vez, os direitos a não afetação de características ou situações reclama uma obrigação negativa do Estado, significando abster-se de perturbar determinadas características ou situações do titular de um direito fundamental. O exemplo da inviolabilidade do domicílio, dado por Alexy (2011, p. 199) para ilustrar certa situação que não deve, em regra, ser perturbada pelo Estado, serve também para a CRFB de 1988, que comunga com a alemã essa proteção. O direito a não afetação terá, então, a seguinte formulação: “a” tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica A (ou a situação B) de “a”.

A última categoria de direitos de defesa ou a ações negativas do Estado, consubstancia-se no direito à não eliminação de posições jurídicas, que são embasadas por normas correspondentes (de caráter individual ou universal), de modo que esse direito de defesa do cidadão corresponde a uma abstenção do Estado de derogar tais normas.

O direito de propriedade, por sua complexidade, é citado por Alexy (2011, p. 200-201) como paradigmático à hipótese, visto que, para ser exercido, precisa de conformação jurídica, que se opera mediante a criação de normas definidoras do instituto, notadamente as referentes à criação, à extinção e às consequências da posição de proprietário. Logo, diante da possibilidade de eliminação de posições subjetivas concretas (direitos concretos) nascidas do cumprimento das condições estabelecidas pelas normas do instituto em questão (como a sucessão, por exemplo), ou, ainda, a eliminação de uma posição jurídica abstrata do proprietário, como, por exemplo, a competência para

adquirir ou transferir a propriedade de determinados bens, o direito fundamental à propriedade se subjetiva por meio de um direito individual à não eliminação dessas posições jurídicas. Nesses termos, tem-se a seguinte representação: “a” tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica [PJ] de “a”.

De forma geral, infere-se que há, por parte dos cidadãos, um direito subjetivo a uma abstenção do Estado em praticar qualquer conduta que suprima ou vulnere as garantias enumeradas constitucionalmente, a exemplo do direito à herança.

Alinhados aos direitos de defesa estão os chamados direitos a ações positivas ou direitos prestacionais, nos quais os destinatários das normas jusfundamentais dirigem ao Estado uma exigência de atuação positiva, classificadas em ações fáticas (criação de meios para a realização de um direito fundamental) ou ações normativas (obrigação de criar uma norma capaz de concretizar o direito fundamental em discussão).

A competência na visão de Alexy (2011, p. 239) se caracteriza pelo poder de alterar uma situação jurídica, mediante uma ação institucional amparada não apenas na capacidade natural do titular, mas em regras que lhes são constitutivas. Como exemplo típico de uma competência, tem-se a confecção de um testamento.

Nessa linha de ideias, as normas de competência diferem das normas de conduta porque instituem possibilidade de ações e não apenas as qualificam como direitos a algo, obrigações de fazer ou não fazer algo e liberdades (negativas e positivas)¹⁶. Ainda, no âmbito das consequências de seu descumprimento, há uma distinção bastante relevante, na medida em que, em se tratando de norma de conduta, estar-se-á diante de ilegalidade, enquanto o descumprimento de norma de competência encerra, como consequência, a invalidade ou a deficiência do ato praticado.

Logo, competências são criadas por normas específicas dessa natureza, que conferem aos seus titulares a posição de poder alterar uma situação jurídica de outro sujeito sem a sua participação ou ações de quaisquer outros sujeitos. Não à toa, à competência de um corresponde à sujeição do outro. Assim, se “a” tem, em face de “b”, a competência para criar uma posição jurídica de qualquer natureza (PJ) de “b”, então “b” se encontra em face de “a” no que diz respeito a essa posição jurídica em uma relação de sujeição”. Por outro lado, se “a” não tem

¹⁶ Nas palavras de Alexy (2011, p. 240): “As normas de competência criam a possibilidade de atos jurídicos e, com eles, a capacidade de alterar posições jurídicas”.

competência para criar uma posição jurídica em face de “b”, “b” não se encontra em uma relação de sujeição em face de “a” quanto à posição jurídica dada.

Frise-se que a noção de competência abrange não só as reconhecidas aos cidadãos, mas também as competências do Estado.

No que tange às competências do cidadão, inquestionável sua tutela pelos direitos fundamentais, que se dá especialmente por intermédio dos institutos jurídicos de direito privado. De outro giro, reconhecida a competência do Estado, presente estará a sujeição do cidadão. Contrariamente, diante de uma competência do cidadão, ou sua não sujeição, há uma não competência do Estado.

Por fim, na teoria de Alexy (2011), o conceito jurídico de liberdade¹⁷ é utilizado como alternativa de ação, correspondendo à ideia de liberdade negativa, ou seja, à liberdade de fazer ou não fazer algo (equivalente à inexistência de vedação às alternativas de ações). Elegendo uma vez mais a liberdade de expressão como parâmetro exemplificativo, pode-se vislumbrar a liberdade de ação na seguinte fórmula de dúplice caráter: (1) a é livre para expressar o seu pensamento; e (2) a é livre para não expressar seu pensamento. Aqui também se evidencia uma relação triádica em que “a” (titular da liberdade negativa) é livre de “y” (obstáculo à liberdade) para “expressar ou não o seu pensamento” (ação que corresponde ao objeto da liberdade). Interessante registrar acerca desse conceito, que a liberdade positiva – **liberdade para realizar determinada ação** – se encontra em um grau bastante reduzido em comparação à liberdade negativa – **liberdade que consiste em alternativa de ações**. Outra característica digna de nota é a de que, para a criação de uma posição de liberdade jurídica negativa, não se exigem ações positivas estatais, senão meras abstenções, correlatas dos chamados direitos de defesa.

O conceito de liberdades jurídicas merece um refinamento adicional, respeitante ao que Alexy (2011) denomina de liberdade não protegida (absolutas e relativas) e liberdade protegida.

Liberdade não protegida (permissão) coincide com a noção de faculdade, porquanto a seu titular é permitido fazer algo, tanto quanto o é não fazer. Todavia, é possível que o sujeito titularize uma liberdade jurídica somente em face de alguns ou mesmo de um único sujeito de direito, caso em que essa liberdade não protegida se mostra relativa. Ao

¹⁷ Abstraindo, portanto, das definições filosóficas, sociais e morais, sobretudo do apelo emotivo que a conotação positiva do vocábulo liberdade exerce nos propósitos de persuasão (ALEXY, 2011).

contrário, se tal limitação não existe, trata-se de uma liberdade não protegida ou uma faculdade absoluta. Complementa a classificação o fato de a liberdade se dirigir a toda e qualquer ação ou omissão (“a” tem em face de “b” uma liberdade absoluta em relação ao objeto se a “a” é permitido em face de “b” realizar ou não toda e qualquer ação). De feição mais limitada é a liberdade relativa quanto ao objeto, traduzida na possibilidade de seu titular realizar ou não realizar em face do destinatário do direito ao menos uma ação.

Ao lado das liberdades não protegidas, há as denominadas “protegidas” quando coadjuvadas por normas objetivas garantidoras da realização da ação permitida.

Tratando especificamente das liberdades jurídicas constitucionais, Alexy (2011) esclarece que mesmo as não protegidas importam em proibição ao legislador ordinário, sendo aptas a impedir a aniquilação ou o tolhimento da liberdade fundamental, à medida que delas decorre, de imediato, um direito objetivo nos termos expostos. A liberdade constitucional protegida traduz-se na circunstância de haver proteção expressa da opção de ações do sujeito no próprio texto constitucional.

Em contraposição ao sentido liberal da liberdade – liberdade negativa em sentido estrito, cuja proteção assume cunho negativo, meramente defensivo em face do Estado, cogita-se de uma proteção positiva sempre que associada a um direito a uma ação positiva do Estado (direitos prestacionais). Sob esse aspecto, a noção de liberdade que se busca alcançar por meio de prestações estatais (que podem ser normativas ou fáticas) é referida ao conceito de liberdade fática ou, melhor dizendo, segue a lógica de assegurar concretamente ao titular de liberdades jurídicas as possibilidades fáticas de exercê-las.

Assim, a criação de competências, de normas de proteção e a concessão de direitos prestacionais são as três formas identificadas por Alexy (2011) pelas quais o ordenamento jurídico pode ampliar as liberdades negativas dos indivíduos, não sem deixar a advertência de que a ampliação de liberdades resulta em não liberdades, a ampliação de competências em sujeição e as ações prestacionais por parte do Estado em relação, por exemplo, aos direitos sociais leva a uma diminuição da sua liberdade fática de atuação. Trata-se, em última instância, de uma correta distribuição das liberdades.

O presente capítulo cumpre uma última missão: estabelecer o que pode ser entendido como o conteúdo de um direito fundamental, sua restringibilidade e seus efeitos no ordenamento jurídico, em especial nas relações de direito civil.

2.5 A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL

A assunção do significado de **restrição** a um direito fundamental ou de **limite** dado pelo próprio conteúdo do direito fundamental dependerá sempre da teoria que o pesquisador adotar.

Descabido falar em restrição de um direito fundamental na teoria interna, porquanto não há, segundo sua premissa básica, a distinção entre o direito (ilimitado) e sua restrição (como algo externo ao sistema). Para a teoria interna (e por isso a nomenclatura), existe somente um objeto: o direito com determinado conteúdo e, portanto, limitado internamente por seu próprio âmbito de proteção. Para essa teoria, o âmbito de proteção de cada direito possui limitações imanentes, que podem ser encontradas no conteúdo (não aparente, mas real) de cada direito fundamental, a partir de uma interpretação sistemática da constituição e em conjunto com os demais direitos fundamentais e seus limites também imanes (GOMES, Felipe, 2015)¹⁸. Em vértice oposto, a teoria externa, porque concebe os direitos fundamentais como posições *prima facie*, admite a possibilidade de restrição como algo externo ao próprio direito, fundada na necessidade de harmonizar diferentes direitos individuais e coletivos.

Interessante perceber que a escolha por uma ou outra teoria depende essencialmente da concepção adotada acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais. Concebidos como posições definitivas (regras), a teoria interna será a única capaz de conferir coerência aos desdobramentos daí decorrentes, tais como a impossibilidade de restrições por parte do legislador ordinário, que somente pode vir a concretizar, configurar, conformar ou regulamentar (dentre outros sinônimos semelhantes) os direitos fundamentais, sempre de acordo com seus limites imanentes.

Alexy (2011) aponta com eloquência a contradição desse postulado a partir da teoria dos princípios quando afirma que, havendo

¹⁸ Destaca-se, por valiosa, a seguinte passagem da tese de Felipe Gomes (2015, p. 64, grifo do autor): “Não sendo algo ‘dado de fora’, os limites dos direitos fundamentais decorreriam da natureza desses direitos e da coexistência com o sistema de direitos fundamentais e da própria constituição, como um todo. O pressuposto fático, montado a partir da semântica do texto e das relações sistemáticas com os demais enunciados constitucionais, contaria a ‘história completa’ do direito. Identificar o âmbito protegido por um direito importaria estabelecer o conjunto de ‘ações, qualidades e situações jurídicas’ abrangidas, de modo a desbasta os conteúdos espúrios ou indevidos; este desbaste far-se-ia pela relação à imanência dos direitos, de acordo com as exigências de alteridade e de exclusão de situações objetivas, como o abuso de direito”.

apenas direito abstrato definitivo, impossível existir um direito concreto diverso do abstrato, pois toda e qualquer norma de direito fundamental seria entendida como regra e aplicada na base do tudo ou nada. Por essa mesma razão, impraticável cogitar-se da máxima da proporcionalidade a partir do referencial teórico dessa corrente.

Logo, desde o ponto de vista dos direitos fundamentais como posições definitivas, toda atuação do legislador fora de suas restrições imanescentes será considerada inconstitucional. Do mesmo modo, a atuação do intérprete encontraria tal óbice.

O grande problema dessa teoria consiste, pois, em conceber um âmbito de proteção da norma jusfundamental naturalmente “restringido” (limite imanescente), tendo como consequência teórica e prática a dificuldade de precisar o que está ou não abrangido pelo conteúdo do direito posto e, ainda pior, encontrada a solução aos casos difíceis (não raro intuitivamente), o intérprete estaria exonerado de uma fundamentação consistente com a constituição e os demais princípios, visto não se tratar de uma restrição, mas mera hermenêutica.

Nesse sentido, afirma, com razão, Felipe Gomes (2015)¹⁹ que a “descoberta” dessas restrições imanescentes como obra da hermenêutica carece da necessidade de uma fundamentação nos moldes em que a teoria externa exige para a restrição, de sorte a relegar, seja na atividade legislativa como na judicial, a tarefa de decidir o que está ou não abrangido por uma norma jusfundamental à subjetividade do intérprete.

Coerentemente com a opção realizada pela teoria estrutural das normas de direitos fundamentais de Alexy (2011), há que se compreender, inclusive para os propósitos deste trabalho, a existência de posições jusfundamentais *prima facie*, ou seja, previamente não limitadas, porém passíveis de restrições diante do caso concreto²⁰, das

¹⁹ Segundo Felipe Gomes (2015, p. 66-67): “A teoria interna parte do pressuposto de que é possível achar, com o esforço hermenêutico bastante, os limites imanescentes, dotados de uma dimensão certa e estanque, quando, na verdade, o reconhecimento desses limites e a apreciação dos seus limites dependem da perspectiva subjetiva do intérprete. Diante dessa decisão, a tese da teoria interna não oferece controle algum: as controvérsias sobre direitos fundamentais resolvem-se pelo expediente à declaração sobre se a situação questionada forma, ou não, parte do conteúdo do direito, sem ulterior argumentação”.

²⁰ A fim de evitar incompreensão, Silva (2006, p. 40, grifo do autor) explicita o que se pode entender por caso concreto: “A expressão ‘caso concreto’ pode significar duas coisas distintas: (1) ‘caso concreto’ pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do Judiciário (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas ‘caso concreto’ pode também significar algo menos concreto, ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma

quais resultariam posições definitivas, após realizada a regra da proporcionalidade, observadas todas as possibilidades jurídicas (princípios e regras colidentes) e fáticas (necessidade e adequação).

A interdependência e a complementariedade da teoria externa para um sistema de normas jusfundamentais estruturadas majoritariamente na forma de princípios é ainda mais evidente quando se associa a lei do sopesamento à equação, reiterando que estes devem ser entendidos como mandamentos de otimização e, nesse particular, a restrição de um princípio encontra no maior grau de satisfação do outro (colidente) o seu fundamento principal.

Para a teoria externa, há, portanto, não apenas um (o direito em si), mas dois objetos e a serem examinados: (1) o direito *prima facie* e (2) o direito definitivo, encontrado após a sua restrição.

O conceito de restrição ou, ainda, a identificação de limites externos (não imanentes) mostra-se essencial ao acompanhamento e controle normativo da atividade do legislador constituído (seja com relação às normas de competência ou coativas), mas também às ações e omissões do Executivo, do Judiciário ou dos particulares, que obstaculizam as posições ou reduzem os conteúdos estabelecidos *prima facie* pelos direitos fundamentais.

Na percepção de Sarlet (2018, p. 389), o conceito de restrição a direitos fundamentais traduz-se em ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem ou obstem o acesso ao bem jurídico protegido, “[...] afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais”.

Prescindindo de uma definição de restrição, afirma Alexy (2011) que, para uma intervenção em um direito fundamental configurar uma restrição autêntica, a norma pela qual tal limite se manifesta necessariamente terá que ser compatível formal e materialmente com a constituição. Referidas normas podem ser de competência (que fundamentam a competência do Estado para criar normas restritivas,

entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do legislador acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se por um lado é mais abstrata do que uma decisão judicial, não deixa de ter também a sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas de sua importância relativa, em uma situação hipotética. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia (CP, art. 138). O ‘concreto’, nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e ‘resolvida’ pelo legislador em um certo sentido - a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão -, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições”.

conhecidas por reserva legal) ou normas mandatórias e proibitivas dirigidas aos cidadãos, assim como as que eliminam suas competências. Enquanto as primeiras não se qualificam propriamente como restrições, na medida em que representam autorizações constitucionais capazes de fundamentar a restrição por parte do legislador, as segundas restringem efetivamente condutas, situações ou posições dos particulares *prima facie* tuteladas pelo princípio jusfundamental.

Em razão da sua importância prática para o trabalho, os esforços serão concentrados em compreender as restrições operadas por normas limitadoras (mandatórias, proibitivas ou eliminadoras de competências) dirigidas aos particulares.

Sob esse aspecto, as restrições podem decorrer (1) diretamente da constituição, quando existe previsão expressa nesse sentido; (2) de regra formulada a partir dela (ou seja, com fundamento constitucional) e, por fim; (3) da colisão entre princípios antagônicos, cuja solução (aplicada a máxima da proporcionalidade) resulta em uma regra de direito fundamental atribuída, conforme tratado anteriormente.

Porém, para que haja a clareza necessária à compreensão acerca dos tipos de restrições possíveis, o conceito de âmbito de proteção da norma mostra-se insuficiente para delinear o direito garantido *prima facie* e, por conseguinte, eventual limitação operada sobre ele a resultar em um não direito ou um direito definitivo de conteúdo reduzido. Isso porque o conceito de âmbito de proteção da norma somente se presta a referir o que é tutelado pelo direito fundamental, mas não contra o que, tampouco qual a consequência jurídica operada a partir de uma intervenção nesse âmbito. A essa combinação de problemas dá-se o nome de suporte fático da norma de direito fundamental²¹.

²¹ Na definição dada por Silva (2006, p. 30): “Ao contrário do que se poderia imaginar, a resposta que define o suporte fático não é apenas a resposta à primeira pergunta. Quando se fala, portanto, que ‘todos são iguais perante a lei’, não é a definição do que é protegido - a igualdade - suficiente para se definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito”.

2.5.1 Suporte Fático da Norma Jusfundamental

Sobre a abrangência do suporte fático da norma de direito fundamental também se pode reunir em duas as teorias que se prestam ao seu estudo: a tese do suporte fático restrito e a tese do suporte fático amplo.

Guardando similitude (e não identidade) com a tese do âmbito de proteção da norma restrito, a teoria do suporte fático restrito ampara-se em dois pressupostos fundantes: (1) considera um âmbito de proteção restrito da norma (com todos os problemas daí decorrentes e já tratados no tópico anterior); e (2) utilizando-se dos conceitos amplos de conformação, regulação, concretização (e sinônimos) os diferencia de restrição, reduzindo sobremaneira a noção de intervenção a um direito fundamental.

O efeito perverso da teoria do suporte fático restrito é muito bem sintetizado por Silva (2006)²², que alerta ao risco de violações a direitos fundamentais mimetizadas pela concepção de um não direito, premissa da qual parte a teoria do âmbito de proteção da norma restrito, ou de uma mera conformação desse direito, em oposição à restrição e sua necessidade de fundamento constitucional.

Com efeito, quando se parte de uma concepção restrita de âmbito de proteção e de intervenção, faz todo o sentido falar em atividade “concretizadora” ou “reguladora” do intérprete de modo geral.

No entanto, para o propósito de analisar o conteúdo do direito fundamental à herança e, em especial, responder a questão principal do trabalho – ser ou não a legítima ou a herança necessária compatível com a ordem constitucional brasileira –, essencial que se adote teoria capaz de distinguir entre o direito **potencial**, estabelecido *prima facie* na forma de norma-princípio, e o **definitivo**, decorrente de possíveis restrições fundamentadas por outras normas constitucionais contrapostas.

²² Conforme Silva (2006, p. 25): “Isso pode ocorrer de duas formas principais: (a) Ou se nega, de antemão, a proteção a uma conduta ou posição jurídica que, isoladamente considerada, deveria ser considerada como protegida; ou (b) Embora se considere tal conduta ou posição jurídica como protegida por um direito fundamental, defende-se que a eventual restrição nessa proteção não decorre de uma real restrição, mas de mera regulamentação no exercício do direito fundamental em questão. Ambas as estratégias devem ser rejeitadas, pois ambas, como será visto, têm um alto déficit de fundamentação e possibilitam uma real restrição à proteção de um direito sem que isso seja acompanhado de uma exigência de fundamentação por parte daquele que o restringe, seja o juiz, o legislador ou o administrador”.

Sem maiores dificuldades de justificação, passa-se à exposição da teoria do suporte fático amplo, com ela desde já se alinhando a presente pesquisa.

2.5.2 Teoria do Suporte Fático Amplo da Norma de Direito Fundamental

Importa antecipar que a teoria do suporte fático amplo da norma se coaduna perfeitamente com a teoria de princípios aqui adotada.

Explica-se. Para essa teoria, o suporte fático da norma jusfundamental não coincide completamente com o seu âmbito de proteção, na medida em que nele são incluídos, necessariamente, a intervenção (e a consideração sobre o fundamento constitucional dela ou não) e sua consequência jurídica. Mas, não é somente isso. Deve-se ter claro que sua proposição parte de um amplo âmbito de proteção, significando que toda ação, fato, estado ou posição jurídica que possa, ao menos teoricamente, ser inserido no "âmbito temático" de um direito fundamental, deve ser entendido como protegido *prima facie*.

Consoante já assentado, tal premissa evita que arbitrariamente se exclua ação, estado ou posição jurídica baseado em juízos desprovidos de fundamento constitucional e, pior, sob o subterfúgio de um não direito (por uma exclusão apriorística do âmbito da proteção da norma correlata) se deixe de considerar eventual intervenção, prescindindo-se da devida ponderação²³.

²³ Silva (2006, p. 32, grifo do autor) demonstra, por meio de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, como tais exclusões apriorísticas – próprias da teoria do suporte fático restrito – resultam em exclusões pressupostas de ações, estados ou posições garantidas *prima facie* por um direito fundamental sem uma fundamentação constitucional ou o devido sopesamento: “Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar, com frequência, ainda que sem referência a uma teoria sobre o suporte fático dos direitos fundamentais, argumentos que se baseiam em uma exclusão, a priori, de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos. Em alguns casos, essa exclusão parece até mesmo trivial e intuitiva. Mas a intuição não é suficiente. Assim, por exemplo, quando o Min. Celso de Mello afirma, no HC 70.814, que ‘a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas’, ou quando o Min. Mauricio Corrêa sustenta, no HC 82.424, que ‘um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra’, essas são exclusões de condutas a priori do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais (sigilo de correspondência - art. 5º, XII e liberdade de expressão - art. 5º, IV). No entanto, nem sempre isso é assim tão simples. Quando o Min. Sepúlveda Pertence afirma que o sigilo bancário não é garantido pela ‘intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal’, está ele, da mesma forma que ocorre nos exemplos do parágrafo

Embora o âmbito de proteção da norma seja relevantíssimo para o conceito de suporte fático, não se mostra suficiente para desencadear a consequência jurídica de um determinado direito fundamental. Afirmar que certa ação, estado ou posição é *prima facie* tutelada por um princípio corresponde às conclusões de que: (1) também *prima facie* as intervenções nesse âmbito são proibidas; e (2) a ocorrência de uma intervenção sem fundamento constitucional desencadeia a consequência jurídica correlata.

Assim, o conceito de intervenção (do Estado ou de particulares) deve integrar o de suporte fático da norma jusfundamental. Também é preciso que se diga que, na teoria do suporte fático amplo, o conceito de intervenção não pode ser tomado restritivamente a ponto de diferenciar de modo radical uma autêntica restrição das interferências designadas de “conformação”, “concretização”, “regulação” ou “regulamentação” que, por importarem, segundo a linguagem corrente, em mera atividade de configuração de um direito fundamental, não o restringem verdadeiramente, dispensando, por isso, fundamentação constitucional.

Uma teoria do suporte fático amplo deve, por coerência, assumir como restrição (autêntica ou não) toda intervenção a um direito fundamental.

Conquanto Alexy (2011) tenha brevemente mencionado a possibilidade de adotar-se uma conceituação ampla de configuração, na qual estaria também abarcada a possibilidade de restrição, adiante prefere tratar ambos os conceitos como contrapostos, nomeadamente em razão da necessidade de fundamento constitucional apenas na segunda hipótese.

Exemplificando o que viria a ser a configuração de um direito fundamental pelo legislador ordinário, em contraposição à sua restrição, Alexy (2011, p. 332), referindo o dispositivo do Código Civil alemão que trata da transmissão sucessória em razão da morte (“Com a morte de uma pessoa [sucessão] seu patrimônio [herança] é totalmente transferido para uma ou mais pessoas [herdeiros]”), o transcreve para demonstrar

anterior, excluindo de antemão uma conduta, um estado ou uma posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental. A consequência dessa exclusão não é pequena: de acordo com ela, não importa que interesses haja na proteção do sigilo bancário dos indivíduos, essa é uma proteção que a lei ordinária criou e que, portanto, poderá abolir quando quiser. E, o que é mais importante: para isso não é necessária nenhuma fundamentação constitucional. Bastam juízos de conveniência e oportunidade. Em outras palavras: se o sigilo não é protegido pelo direito à privacidade - ou por qualquer outra norma de direito fundamental -, isso significa que intervenções nesse sigilo, ou a sua total abolição, são questões meramente legais e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade”.

que não houve, por parte do legislador civil, restrição à proteção constitucional da herança, mas mera regulação. Nesse ponto, discorda-se da ideia de uma mera configuração. Aliás, esse exemplo serve para demonstrar o quão perigoso o conceito de configuração pode ser. No Brasil, a regra de direito civil (sucessório) correspondente à citada pelo autor é a disposta no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, cuja redação (bastante semelhante a do BGB) invoca a transmissão hereditária no momento da morte (abertura da sucessão): “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002). À primeira vista, pode parecer realmente que tal regra do direito ordinário não represente qualquer restrição ao direito fundamental à herança. Mas essa “configuração” levará à consequência de que um filho do sucedido concebido *post mortem* e, por isso, nascido muito tempo depois da abertura da sucessão (mais de trezentos dias), não tenha direito à herança necessária. Como no país tal regra é também encarada sob o enfoque da configuração do direito à herança, a doutrina civilista é pródiga (com praticamente nenhuma voz dissidente!) em afirmar que esse filho, a despeito de registrado no nome do pai falecido e de ter todos os direitos e obrigações decorrentes desse vínculo, não poderá gozar da sucessão legítima, porquanto não existia no momento em que se deu a transmissão sucessória. Esse caso específico será oportunamente retomado neste trabalho, justamente a fim de demonstrar que não se trata de mera configuração do legislador ordinário, senão uma intervenção a merecer a devida justificação constitucional, podendo ao final ser considerada uma violação ao direito fundamental à herança.

Partindo-se desse parâmetro, melhor tomar como pressuposto a noção de suporte fático amplo oferecida por Silva (2006, p. 26), na qual a diferença entre restrição e conformação se relativiza:

Ora, se se parte de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre restrição e regulação é mitigada, e toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles.

Uma importante consequência decorre da adoção de um paradigma de intervenção tão amplo: sendo a distinção entre restrição e configuração desimportante, ainda que se fale em “conformação” do direito fundamental, não se pode prescindir de uma fundamentação constitucional. Então, como não poderia deixar de ser, daqui em diante a análise do tema corresponderá ao exame da intervenção *lato sensu* sempre em função de sua fundamentação constitucional (máxima da proporcionalidade) a fim de qualificá-la ou como restrição ou como violação à norma jusfundamental. Havendo justificação constitucional bastante para a intervenção a direito fundamental garantido *prima facie* ser qualificada como uma autêntica restrição, não incidirá a consequência jurídica correspondente (reconhecimento da inconstitucionalidade), mas apenas a consideração de que o direito tutelado em definitivo (em razão de princípios ou regras constitucionais colidentes) é mais restrito do que o assegurado inicialmente. Contrariamente, ausente a fundamentação constitucional à intervenção operada (pouco importando se com referência ao conceito de restrição ou configuração), a hipótese remeterá a uma violação, momento em que a consequência jurídica antes aludida deverá ser aplicada ao caso.

A congruência desses pressupostos com a teoria alexyana é, se não evidente, ao menos dedutível das seguintes premissas que a seguir são sistematizadas:

- (1) a norma-princípio deve ser entendida a partir de um suporte fático amplo;
- (2) o conceito de intervenção deve, igualmente, ser interpretado de forma ampliada (compreendendo restrição e conformação);
- (3) somente pela regra da proporcionalidade será possível avaliar se a intervenção operada no direito ou posição *prima facie* da norma é fundamentada constitucionalmente e, portanto, uma autêntica restrição;
- (4) entendida como uma restrição, ter-se-á a hipótese de um direito ou posição definitiva ou, até mesmo, um não direito ou uma não posição; e
- (5) não se tratando de uma autêntica restrição, estar-se-á diante de uma violação a um direito fundamental.

O corolário desse referencial teórico traduz-se na conclusão de que o conteúdo essencial (ou definitivo) de um direito fundamental somente pode ser extraído a partir da colisão entre princípios antagonicos, por meio da aplicação da regra metodológica da proporcionalidade. Diante de tal conclusão, o (falso) problema do limite

aos limites às normas jusfundamentais, no sentido de que as restrições a essa categoria de direitos não podem esvaziar por completo seus conteúdos essenciais, é fácil e coerentemente superado.

Em suma, a teoria externa do âmbito de proteção da norma, aliada à teoria do suporte fático amplo conduzem à inexorável conclusão de que a invasão ao conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser aferida após a passagem de um direito *prima facie* para um direito definitivo. E mais: tal operação encontra sua justificação racional na proporcionalidade e suas regras parciais. É a partir da aplicação da regra da proporcionalidade que as exigências de fundamento constitucional passam a ser evidenciadas, assegurando, ao contrário do que acontece na teoria do suporte fático restrito, muito mais proteção aos direitos fundamentais. Por essa razão, a garantia do conteúdo essencial de um direito fundamental coincide com a aplicação da regra da proporcionalidade e implica em concluir que, se uma restrição a um direito fundamental encontra na proporcionalidade a sua fundamentação, não há afetação ao seu conteúdo essencial. Ao contrário, inexistindo essa justificação (fática e jurídica), qualquer intervenção a um direito fundamental será, independente da intensidade ou extensão, uma violação ao seu conteúdo essencial.

Em referência a essa assertiva, adere-se à teoria relativa de proteção ao conteúdo essencial do direito fundamental que, segundo Silva (2006, p. 67), não resulta de uma menor proteção às normas jusfundamentais, mas sim, do pressuposto da restringibilidade dos direitos fundamentais, segundo as condições de fato e de direito do caso concreto e, nessa medida, dependente sempre da aplicação da regra de proporcionalidade. Isso porque “[...] a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”. É precisamente nesse aspecto que o direito definitivo, resultante da aplicação da proporcionalidade, encontra, na presente noção de conteúdo essencial, a sua identidade.

Uma última questão deve ser adicionada para a compreensão das implicações dos direitos fundamentais no sistema jurídico como um todo, segundo a teoria analítica desenvolvida por Alexy (2011): a eficácia das normas fundamentais e seus efeitos perante terceiros.

2.6 EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE TERCEIROS OU EFEITOS HORIZONTAIS

Interessa ao presente tópicu estabelecer algumas ideias gerais acerca da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais e, de maneira específica, examinar seus efeitos perante terceiros.

No Brasil, Silva (2010; 2006) é quem se ocupa de trabalhar com profundidade o tema relacionado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácias das normas constitucionais.

Em seus escritos sobre a eficácia das normas jusfundamentais, demonstra, partindo do paradigma ponderativo, a inadequação do conceito tradicional de eficácia das normas constitucionais, no país desenvolvido por Silva (2006), plasmado sob a classificação de (1) norma de eficácia plena, (2) norma de eficácia contida e (3) norma de eficácia limitada.

Segundo a proposição de distinguir quanto à eficácia as normas constitucionais, as de eficácia plena seriam as insuscetíveis de restrição, enquanto as de eficácia contida seriam restringíveis. De outro ângulo, as de eficácia plena definir-se-iam por reunirem desde a promulgação da constituição todas as condições para a plena produção de seus efeitos, enquanto as de eficácia limitada dependeriam de regulamentação posterior para ter aptidão de produzir seus efeitos.

Da leitura deste trabalho até esse ponto, pode-se inferir que a distinção entre norma de eficácia plena e de eficácia contida desaparece por completo, ao passo em que prepondera a tese de que todo direito fundamental é restringível. Ainda, com relação à diferenciação entre norma de eficácia plena e norma de eficácia limitada, tem-se como igualmente insustentável, pois, na forma como concebida usualmente pela doutrina pátria à norma jusfundamental de eficácia plena corresponderia direitos ou posições definitivas, o que contraria radicalmente a lógica proposta no texto.

Parte-se, ao contrário, da concepção de que essas normas somente podem produzir todos os seus efeitos a partir das necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais, de modo a tornar também sem sentido a diferenciação entre norma de eficácia plena e norma de eficácia limitada.

A segunda definição corrente na doutrina constitucionalista que precisa ser superada a partir da teoria exposta é a de que eficácia jurídica difere radicalmente de eficácia social (ou efetividade), sendo a primeira entendida como pretensão ou capacidade de atuar sobre a realidade e a

segunda como sendo a sua consumação, ou seja, a coincidência entre o dever-ser e o ser (BARROSO, 2018).

Como se viu acerca da primeira definição, os direitos fundamentais são restringíveis a partir das condições fáticas e jurídicas contrapostas. Diante dessa premissa, não se pode supor que uma norma esteja apta a produzir todos os seus efeitos independentemente das condições presentes na realidade sobre a qual pretende atuar (como se o dever-ser *prima facie* coincidissem necessariamente com o dever-ser definitivo). Nesse sentido, não há proveito prático ou teórico na distinção de eficácia jurídica e eficácia social (efetividade) como definições estanques, sendo preferível entender ambos os fenômenos como intrinsecamente vinculados, sobretudo a partir da ideia de direito *prima facie* (que poderia ser designado de eficácia *prima facie*) e de direito definitivo (efetividade). Alexy (2011) sem intuito de revolver a polêmica, utiliza-se da expressão “efeitos dos direitos fundamentais no sistema jurídico”, abarcando, assim, tanto a preocupação com a eficácia jurídica, como a social. E essa é a metodologia a ser incorporada no texto doravante.

Ao longo deste trabalho, foram bem desenvolvidos os efeitos dos direitos fundamentais na relação cidadão-Estado, relegando-se a esse tópico a análise específica dos efeitos entre os particulares.

Não se mostra polêmica a tese de que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações subjetivas, mas sim a forma pela qual esses efeitos são produzidos, bem como sua extensão.

Alexy (2011) assevera que o problema referente ao **como** é uma questão de construção, enquanto à pergunta **em que extensão** remete ao que já foi dito acerca das colisões. No entanto, nesses dois âmbitos, se deve reconhecer uma diferença elementar entre a relação que envolve o cidadão e o Estado e aquela havida por particulares entre si. Na primeira configuração, tem-se a hipótese de um titular de direito fundamental em face de um não titular enquanto, na segunda, a existência de dois titulares de direitos fundamentais.

Sob a perspectiva dos efeitos dos direitos fundamentais, pode-se delimitar três teorias diversas que pretendem explicitar a forma pela qual o fenômeno aludido ocorre nas relações entre particulares: (1) a do efeito indireto; (2) a do efeito mediado por direitos em face do Estado; e, finalmente, (3) a do efeito direto.

Antes de examinar as proposições das diferentes teorias, ressalta-se que o artigo 5º, § 1º, da CRFB de 1988 determina expressamente que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Logo, intenta-se, com esse tópico, responder, em última instância, de que maneira e em que extensão a aplicação imediata das normas jusfundamentais atuam no arcabouço do direito privado, mais especificamente, no direito civil e no sucessório.

Aparentemente a teoria adotada pelo Tribunal Constitucional alemão constitui-se na concepção de que os direitos fundamentais como normas objetivas devem influenciar a interpretação do direito privado, vinculando o legislador e, sobretudo, o magistrado em sua aplicação concreta.

Adepto da teoria dos efeitos indiretos, Canaris (2003) a especifica melhor afirmando que o destinatário dos direitos fundamentais é, em princípio, o Estado. Porém, reconhece a imediata vinculação do legislador privado aos direitos fundamentais, refutando adeptos mais radicais da tese que chegam a afirmar que o legislador de direito privado só estaria vinculado aos direitos fundamentais por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito. Equivaleria dizer que as normas de direito privado seriam controladas quanto à conformidade aos direitos fundamentais por meio de outras normas de direito privado.

Canaris (2003, p. 29-30) expressa sua discordância afirmando a ausência de lógica jurídica ao postulado, por representar “[...] uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado [...]”, concluindo por uma vinculação imediata tanto do legislador como do julgador aos direitos fundamentais (este último por meio da interpretação das normas de direito privado), sob a perspectiva da proibição de intervenção ou imperativo de tutela.

Retomando a noção de que particulares não são, em regra, destinatários das normas jusfundamentais, Canaris (2003) afirma que tampouco são os seus atos objetos do controle segundo os direitos fundamentais, mas sim os atos estatais, substancialmente as leis e as decisões judiciais. Consequentemente, conforme o autor, os atos de particulares não podem ser aferidos diretamente sob a perspectiva jusfundamental, senão mediadamente.

Alexy (2011) resume que, para essa teoria, se deve realizar um sopesamento no âmbito da aplicação do direito civil vigente e não diretamente no âmbito constitucional, embora, na óptica de Canaris (2003), a interpretação do direito privado deva ser realizada sob a influência dos direitos fundamentais, segundo suas funções normais de proibição de excesso e imperativo de tutela.

Para a teoria dos efeitos mediados por direitos subjetivos em face do Estado, somente o Estado é destinatário dos direitos fundamentais.

Assim, as consequências dos direitos fundamentais nas relações privadas (cidadão-cidadão) são produto dos direitos subjetivos em face do Estado e de sua conseqüente vinculação aos chamados direitos subjetivos públicos. Nessa senda, uma violação a direito fundamental perpetrada por particular seria entendida como uma intervenção estatal *lato sensu*. Uma vez que compete ao Estado a criação e manutenção de um sistema de direito privado que tutele os bens de direitos fundamentais, uma intervenção de um particular pode, em última instância, ser imputada ao Estado (e por isso denominada muitas vezes de teoria da imputação).

Reconhecendo, tal como acontece com a teoria indireta, o efeito objetivo e vinculante dos direitos fundamentais nas normas de direito privado e, por óbvio, nas relações travadas exclusivamente entre particulares, a teoria dos efeitos diretos difere das anteriores por ir um pouco mais além, ao admitir, sem rodeios, que das normas jusfundamentais possam derivar diretamente (e não por meio da legislação ordinária) direitos subjetivos privados.

Ao seguir a premissa de que na ausência de uma norma de direito privado a regular certa situação se pode extrair da aplicação direta das normas jusfundamentais uma solução ao caso concreto, a teoria se completa mediante a aplicação da regra da proporcionalidade aos casos concretos, notadamente por estar-se diante da hipótese de particulares como titulares de direitos fundamentais antagônicos. Logo, seriam os princípios de direitos fundamentais a fonte direta para a resolução da controvérsia exclusivamente de direito privado.

Apontando para esse mesmo norte, afirma com veemência Perlingieri (2002)²⁴ nada obstar a aplicação direta da norma constitucional no disciplinamento de uma relação jurídica de direito civil, destacadamente diante da ausência de regra ordinária especificamente voltada à sua solução.

Ao vislumbrar pontos em comum nas teorias, bem como certa equivalência no resultado final, Alexy (2011), sem prescindir da cientificidade, propõe a unificação das três hipóteses, sugerindo um critério de concomitância e concordância a fim de otimizar os aspectos positivos de cada uma delas, conforme o caso apresentado.

²⁴ Conforme Perlingieri (2002, p. 11): “Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos”.

Partindo da noção de que as teorias não são excludentes, mas complementares, empreende a construção teórica de um modelo composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados.

Em suma, tal modelo pretende demonstrar que a depender do caso uma ou outra teoria pode se mostrar insuficiente, de forma que a complementariedade entre elas seria a resposta para um paradigma uno acerca dos efeitos das normas jusfundamentais nas relações intersubjetivas: no nível do dever estatal, por exemplo, assenta-se que os direitos fundamentais valem como princípios objetivos, obrigando o Estado a considerá-los tanto em sua atividade legiferante quanto judicante. O segundo nível, chamado de direitos subjetivos contra o Estado, importa em reconhecer que este tem a obrigação, por meio de seus juízes e tribunais, de levar em consideração os direitos fundamentais na resolução dos casos difíceis (*hard cases*). Nesse particular, releva assentar que não haveria apenas a violação do direito constitucional objetivo, mas sim do direito subjetivo do cidadão em face da jurisdição: o cidadão teria, portanto, um direito subjetivo em face da jurisdição. A essa altura, já se pode perceber que o segundo nível decorre do primeiro, ao passo que a violação desse direito subjetivo fundamental em face da jurisdição civil ocorrerá na exata proporção do desrespeito dos direitos fundamentais tomados objetivamente pelos juízes ou tribunais civis. Por fim, o último nível do modelo seria o dos direitos fundamentais subjetivos privados, a ser entendido, consoante o modelo proposto, como um conjunto de direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências na relação entre cidadãos que somente se justifica em razão das normas jusfundamentais, pois, sem elas, não existiriam.

Interessante a afirmação final de Alexy (2011) no sentido de que a assunção dessa premissa quanto ao terceiro nível do modelo permite vislumbrar que ao conceito de efeitos diretos engendrado corresponde tanto a teoria dos efeitos indiretos como a dos efeitos mediados pelo Estado.

Esmiuçando seu ponto de vista, Alexy (2011) toma por parâmetro o caso *Blinkfuer*, tradicionalmente referido como hipótese de adoção da teoria dos efeitos indiretos, para, ao final concluir que o efeito perante terceiros será sempre, ao fim e ao cabo, um efeito direto²⁵.

²⁵ Alexy (2011, p. 539, grifo do autor) exemplifica sua conclusão com o paradigmático caso da Editora Springer, que conclamou um boicote ao jornal *Blinkfuer*. Nele, a Corte Constitucional acabou reformando a decisão do Superior Tribunal Federal com base nos

2.7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS *LEADING CASES* DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal seguem exatamente no sentido que aponta o modelo de Alexy (2011) quanto aos efeitos dos direitos fundamentais perante particulares. Ora partindo de uma análise similar à teoria indireta, ora assumindo a postura orientada pela teoria dos efeitos diretos, a Corte Constitucional brasileira tem sido pródiga na solução de inúmeras controvérsias afetas ao direito civil, especialmente no que toca ao direito das famílias e das sucessões. Apesar de parecer um fenômeno recente, o primeiro precedente da Corte Constitucional brasileira em matéria de direito de família de que se tem registro remonta ao ano de 1992 e foi resolvido com base em normas jusfundamentais (nos termos da teoria dos efeitos diretos)²⁶.

princípios de direito fundamental: “O Tribunal Constitucional Federal inicia sua decisão com a constatação de que a ordem objetiva de valores que subjaz à seção de direitos fundamentais da Constituição alemã afeta a decisão do que é contrário ao direito nos termos do § 823.1 do Código Civil alemão. Isso corresponde à teoria dos efeitos indiretos. O Superior Tribunal Federal havia concluído de que o apelo ao boicote feito pela Editora Springer não era contrário ao direito. Isso significa que o editor da revista ‘Blinkfuer’ não teria um direito contra a Editora Springer a que ela se abstinhasse de defender o boicote. Esse não-direito do editor da revista ‘Blinkfuer’ a uma abstenção é, como foi demonstrado anteriormente, equivalente a uma permissão para que a Editora Springer defenda o boicote. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, os princípios jusfundamentais requerem exatamente o resultado oposto. Isso significa que, em razão dos princípios jusfundamentais, há um direito do editor de ‘Blinkfuer’, em face da Editora Springer, a que ela se abstenha de defender o boicote. Esse direito é equivalente a uma obrigação da Editora, em face do editor da revista, de se abster de defender o boicote. Portanto, os princípios jusfundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais para terceiros”.

²⁶ Historiam Cardoso e Bastos (2016, p. 66, grifo do autor): “No Brasil, o primeiro caso em que foi discutida a colisão dos direitos fundamentais em matéria de direito privado foi no âmbito do direito de família, em 1992, o denominado ‘caso da investigação de paternidade’. Trata-se de um *leading case*, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proibindo a condução compulsória do réu ao laboratório para compeli-lo ao exame de DNA (ou ADN) para determinação da paternidade. O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que haveria outras formas para que fosse obtida a proteção das menores que não o uso de ‘condução sob vara’, ou seja, há maneiras, de acordo com o ordenamento constitucional, não ofensivas aos princípios da inviolabilidade da intimidade, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, dentre outros não observados nas instâncias ordinárias. Desde o julgamento pela Suprema Corte deste caso ‘a jurisprudência (...) corporificou-se no sentido da impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como

No trabalho de compilar os *leading cases* de família e sucessões junto ao Supremo Tribunal Federal nos quais a solução perpassa pelo reconhecimento de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Cardoso e Bastos (2016) procuraram sistematizar em que hipóteses a Corte aplicou a teoria dos efeitos indiretos, mediados pelo Estado ou diretos.

Dos casos recentes, dois ainda pendem de resolução (o RE 646721, versando sobre o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva, e o RE 883168, tratando da possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários), enquanto dois casos paradigmáticos merecem uma análise mais aprofundada, sobretudo acerca dos termos em que decididos pela Corte Constitucional. Antes, porém, cumpre apontar que em ambas as hipóteses pendentes de julgamento inexistente preceito específico de direito privado apto a orientar a decisão, de modo que se pode antever a aplicação direta aos casos concretos dos princípios de direito fundamental, por meio da regra da proporcionalidade.

Em ordem cronológica, no julgamento do RE 898060/SC, com o tema da “prevalência da paternidade socioafetiva sobre paternidade biológica”, extrai-se da ementa²⁷ a ponderação de valores

prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório’. [...] E ainda, a Suprema Corte entende que, quando há ofensa à dignidade da pessoa humana, a solução deverá ser dada com base no caso concreto, não sendo necessária disciplina infraconstitucional”.

²⁷ Lê-se da ementa do RE 898060/SC: “Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presumtiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre

filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobre princípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada ‘família monoparental’ (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os

jusfundamentais na elucidação da controvérsia discutida, acerca da possibilidade de alguém que já tem na paternidade socioafetiva um pai reconhecido recorrer à Ação de Investigação de Paternidade para firmar o parentesco biológico. O tema, então, foi definido como um dilema sobre qual das paternidades (ou vínculos familiares) seria preponderante, tendo como referencial o direito ordinário, no qual não há previsão de mais de uma paternidade ou maternidade.

Surpreendentemente que, a despeito do encaminhamento dado à controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, a partir da aplicação direta das normas jusfundamentais incidentes no caso concreto, entendeu possível a multiparentalidade, sobretudo extraída dos princípios da paternidade consciente e responsável, da pluralidade das entidades familiares, da isonomia entre os filhos e, por fim, mas não menos importante, da dignidade da pessoa humana.

Esse precedente quebrou paradigmas e inaugurou – com fulcro na aplicação direta dos direitos fundamentais às relações civis-familiares – um novo modelo para as relações parentais. Rompendo com a concepção civilista de que cada pessoa só pode ter um pai e uma mãe – como se a situação fática do indivíduo não pudesse estar inserida plenamente no mundo jurídico (dela decorrendo direitos e obrigações recíprocas entre pais e filho) quando não adaptada à abstração da regra familiarista – privilegiou a dignidade da pessoa humana, reconhecendo a possibilidade das paternidades serem somadas na esfera jurídica da vida do filho, assim como acontece com sua história de vida.

Inegável, pois, uma aplicação da teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais às relações privadas.

envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: ‘A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios’’. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O outro caso a ser analisado refere-se ao RE 878694 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016), versando sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que determinava um sistema sucessório restritivo aos companheiros, enquanto o sistema assegurado aos cônjuges, pela redação do artigo 1.829 do mesmo Diploma Legal, conferia proteção mais abrangente.

Hipótese diversa da anterior, aqui se tratou de examinar, segundo uma aplicação da teoria dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais, as distinções sucessórias feitas pela legislação civil aos companheiros e cônjuges sob o crivo da fundamentação constitucional (inconstitucionalidade).

Pela ementa do julgado, pode-se constatar que o art. 1.790 do Código Civil brasileiro de 2002 foi analisado à luz da CRFB de 1988 para, ao final, ter reconhecida sua incompatibilidade com os princípios fundamentais da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso²⁸.

De fato, como bem diagnosticou Alexy (2011), consoante o caso concreto que se apresente, pode o intérprete valer-se das bases de quaisquer das teorias, já que não são absolutamente excludentes, lembrando que, assim o fazendo, de maneira explícita ou implícita, em maior ou menor medida, no fundo estará confirmando a constatação de que os direitos fundamentais têm efeitos diretos nas relações entre particulares.

²⁸ Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n°s 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: 'No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002'. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Pois bem, assentadas algumas noções imprescindíveis da teoria geral dos direitos fundamentais de Alexy (2011), cumpre encerrar o presente capítulo com duas conclusões que permearão as preocupações dos capítulos seguintes: (1) o direito fundamental à herança tem a estrutura de norma-princípio; e, como tal, (2) deve ser realizado na maior extensão possível (vale dizer, receber uma aplicação ótima ou otimizada).

Sem perder de vista essas duas premissas mestras, no capítulo seguinte se analisará o conteúdo essencial do direito fundamental à herança em contraposição ao direito fundamental à propriedade privada, enumerando diversas intervenções estatais que podem ser tidas como restrições autênticas de um ou outro direito, conforme a ponderação previamente realizada pelo legislador. Dando sequência, no capítulo derradeiro a sucessão legítima será finalmente posta em cheque, ou melhor, terá testada a sua constitucionalidade, à luz da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida.

3 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Com o amparo da teoria geral de Alexy (2011), estabeleceram-se dois aspectos relevantes para o trabalho que servirão de norte aos próximos capítulos: (1) o direito fundamental à herança tem a estrutura de norma-princípio e, como tal, (2) deve ter seu conteúdo realizado na maior extensão possível.

Para se chegar ao conteúdo do direito fundamental à herança, importa tecer antes algumas considerações sobre a sucessão hereditária e, em especial, sobre a sucessão necessária, evidenciando sua íntima e histórica conexão com os conceitos de propriedade privada e de família.

O próximo passo será examinar o âmbito de proteção do direito fundamental à herança. Tal análise será pautada pela sua aproximação com o direito fundamental à propriedade privada, buscando evidenciar os pontos de intersecção entre tais normas jusfundamentais e, sobretudo, de diferenciação. Esse esforço servirá para reivindicar um conteúdo autônomo ao direito de herança.

Na sequência, a fim de integralizar a compreensão do conteúdo dessa norma jusfundamental, a abordagem voltar-se-á ao seu suporte fático *lato sensu*, somando-se, então, ao âmbito de proteção do direito à herança as possíveis intervenções a afetar sua abrangência e consequências delas decorrentes. Dando ao trabalho também um viés prático e propositivo, far-se-á a análise de situações polêmicas destacadas referentes ao direito fundamental à herança, distinguindo os tipos de intervenção em seu âmbito de proteção em autênticas restrições e violações.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO HEREDITÁRIA: TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO FORMA DE PERPETUAÇÃO DO MODELO FAMILIAR VIGENTE

O tema da investigação versa sobre a sucessão *causa mortis*, tratando-se, nessa medida, da sucessão nas posições jurídicas²⁹ antes titularizadas pela pessoa falecida. Mas não só isso. Além da morte –

²⁹ Poder-se-ia aqui utilizar o conceito de direito subjetivo, mas como já determinado anteriormente no texto, prefere-se valer da expressão **posições jurídicas** por ser mais abrangente e isenta de maiores confusões terminológicas. Cumpre, ainda, esclarecer que a sucessão nas posições jurídicas da pessoa falecida ocorre somente quanto àquelas que, por sua natureza, não se extinguem com a morte do titular.

real ou presumida – da pessoa física, a sucessão pressupõe a vocação hereditária de seus sucessores, seja por ato de última vontade do próprio extinto – **manifestada por meio da sucessão testamentária** –, seja por força de lei – **regulada pela sucessão legítima**³⁰.

Saliente-se que a transmissão da propriedade privada do titular após a sua morte, incluindo o poder de nomear sucessores por testamento, mostra-se variável consoante o tipo de sociedade e a época histórica³¹. Imprescindível registrar, também, que a configuração das organizações familiares ao longo dos tempos aparece sempre intimamente ligada à noção de propriedade privada e, conseqüentemente, de sucessão *causa mortis* desse patrimônio.

Conforme a teoria materialista, a organização da família sob o modelo monogâmico e com ênfase na fidelidade feminina, desenvolveu-se concomitantemente à apropriação dos meios de produção e bens pelo homem – **propriedade privada** – justamente para assegurar suficiente certeza acerca da descendência, permitindo a transmissão sucessória dos bens mais valiosos dos clãs, nessa altura do desenvolvimento humano – em razão da divisão do trabalho – de propriedade masculina. Segundo Engels (1991)³², cujos escritos tomaram por base as pesquisas de Lewis Morgan, a concepção de propriedade privada, ainda que rudimentar, mostrou-se fator essencial para a passagem da família matriarcal, de casamento por grupos e parentesco determinado pela linhagem feminina, à família monogâmica, marcadamente patriarcal. Somente a segurança em torno da filiação possibilitou a transmissão da herança à descendência do patriarca, uma vez que viabilizou o parentesco patrilinear.

Percebe-se, pois, que a família monogâmica, de parentesco patrilinear, serviu para delimitar com mais precisão o núcleo familiar,

³⁰ Interessante registrar que, desde os primórdios do Direito Romano, operavam ambos os sistemas de sucessão. Tem-se em Gaio, Institutas 2.99: “E começemos pelas heranças: distinguimo-las em dois tipos, pois pertencem-nos por testamento ou abintestado”. Em Justiniano, Institutas 2.10: “O testamento é assim chamado por ser o testado da mente; em 3.1: “morre intestado quem não fez nenhum testamento, ou não o fez legal, ou o que fez se tornou rupto ou irrito, ou nenhum herdeiro lhe apareceu” (CORREIA; SCIASCIA; CORREIA, 1955, v. 2-2).

³¹ Sobre a importância histórica do fenômeno sucessório, adverte Ascensão (1989, p. 18): “Poucas disciplinas dependem tanto da história para a sua compreensão actual como o Direito das sucessões. Até pela variação legislativa, vamos encontrar constantemente o lastro de formações históricas, por vezes até em conflito, no Direito vigente. Pelo que o estudo de cada instituto deveria ser precedido da colocação histórica”.

³² A esse respeito, vale mencionar a teoria materialista da família, cujo marco é a obra de Friedrich Engels (1991), “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”.

permitindo, pela sucessão hereditária, a perpetuação do patrimônio nesse mesmo âmbito.

De outro vértice, a teoria patriarcal, ao negar os estágios iniciais da humanidade – o estado selvagem marcado pela promiscuidade sexual e o estágio denominado por Engels (1991) de barbárie, na qual o matrimônio por grupos ensejou o matriarcado – busca na religião, precisamente no culto doméstico, as razões da organização familiar com base patriarcal e o fundamento da sucessão hereditária.

Coulanges (1961, p. 62) aponta que sequer se pode falar em sucessão propriamente dita na Grécia Antiga ou nos primórdios de Roma, na medida em que a fortuna era imóvel, intransmissível. O patrimônio familiar garantia a continuidade do culto aos mortos. Assim, ao sucessor cabia a obrigação e o direito de dar continuidade ao patrimônio familiar e ao culto doméstico como uma só prerrogativa, pois “O homem é que passa. É o homem que, à medida que a família estende suas gerações, chega à hora marcada para continuar o culto e cuidar de seu domínio”.

Releva acrescentar a grande influência dos povos romano e germânico, na cultura e na produção do direito português que, por sua vez, introduzido no Brasil-Colônia pelas Ordenações, regulou, ao lado do direito canônico, as relações jurídicas no país, deixando algumas de suas “pegadas” no primeiro Código Civil republicano, de 1916.

Inegável, pois, a influência germânica no direito sucessório português e brasileiro, notadamente na sucessão legítima e no referente à ideia de manutenção de patrimônio familiar, à medida que, para aquele povo, segundo Costa (1996, p. 106), “[...] os componentes da mesma família ou estirpe (‘Sippe’) formavam uma unidade com grande significado social e jurídico”.

A despeito da adoção de uma ou outra teoria ou percurso na tentativa de explicar a origem da família e suas formas de organização nos tempos históricos, evidenciar-se-á, no final, a imbricada relação estabelecida entre propriedade privada e sucessão *causa mortis* na perpetuação ou reprodução dos modelos familiares vigentes.

Com efeito, a sucessão legítima, concebida sob o prisma da conservação da propriedade privada no seio da família, esteve sempre relacionada ao modelo de organismo familiar adotado, ora determinado seus contornos, ora preservando sua existência.

Em razão dessa premissa, grande parte da doutrina nacional vem defendendo o anacronismo da sucessão necessária por representar a manutenção do modelo de família estabelecido pelo Código Civil de

1916 – a **família legítima** – já superado pela CRFB de 1988, sendo, portanto, com ela incompatível³³.

Far-se-á, a seguir, um apanhado da sucessão legítima e da sucessão necessária na legislação civil revogada, como uma espécie de introdução ao que será examinado no último capítulo desta Tese, momento em que a análise da proposta de superação da reserva legal em favor dos herdeiros necessários ganhará profundidade e contornos constitucionais com a contraposição dos correlatos direitos fundamentais.

3.1.1 A Codificação de 1916 e a Sucessão Necessária como Reprodutora da Família Legítima

A ideia de limitação à disposição do titular de um patrimônio não é uma noção recente no direito civil pátrio, representando, desde sua origem, uma reserva em prol da família, uma espécie de patrimônio mínimo familiar.

No Brasil, da Colônia até a República, com algumas modificações na ordem da vocação hereditária e na caracterização dos herdeiros necessários, a liberdade de disposição do titular de um patrimônio conheceu algum tipo de limitação.

Em sede de codificação, tanto na legislação civil revogada de 1916³⁴, como no Código Civil de 2002, o limite sobre o poder de disposição do titular de um patrimônio dá-se em prol dos chamados herdeiros necessários – no Diploma revogado, nomeadamente os descendentes e ascendentes, enquanto no atual expressamente conferido tal *status* aos descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente. Denominada de “legítima”, essa reserva legal em favor dos herdeiros necessários limita o poder de disposição do titular de um patrimônio à metade de seus bens³⁵.

³³ Cita-se, nesse sentido, o parecer exarado por Gisela Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão sobre o Projeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões (IBDFAM), que propõe rever a proteção obrigatória da legítima (HIRONAKA, 2019). Juntam-se também, aos autores citados, Madaleno (2016) e Chaves e Rosenvald (2015).

³⁴ “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. E, ainda: “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

³⁵ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Inegável que, nos primórdios da codificação civil (Código Civil de 1916), a garantia de uma reserva legal em favor de certos herdeiros confundia-se com a reprodução da família matrimonializada, dita legítima, única reconhecida e tutelada legalmente.

Tais situações, ao lado de outras tantas, ilustram o porquê da afirmação de ter servido a reserva legal em favor dos herdeiros necessários de base à perpetuação da família “legítima”. Nesse contexto jurídico, a limitação da autonomia do titular do patrimônio representava sua impossibilidade de, por ato de vontade, rebelar-se contra o sistema posto, estabelecendo, a seu critério, sua própria sucessão.

Na ambiência do Código Civil de 1916, a família era a mais exata expressão de um único modelo de conjugalidade, a saber, aquele constituído pelo casamento válido e regular entre um homem e uma mulher, ladeado por um paradigma de filiação baseado na exclusão e na categorização dos filhos a partir de sua origem e organizado segundo uma inabalável noção de hierarquia sexual e geracional.

Importa mencionar que a união estável, como hoje é concebida, não se apresentava como uma opção possível de constituição de família amparada na lei (legítima), tampouco a codificação de 1916 dispensava qualquer atenção à convivência homoafetiva, ocupando-se a jurisprudência de solucionar tais relações conjugais ao longo dos anos de vigência do Código Civil anterior como meras sociedades de fato.

A forma sacramentada do casamento indissolúvel³⁶, monogâmico e heterossexual assegurava à manutenção da família dita liberal burguesa, idealizada pelos franceses e estruturada em seu Código Civil de 1804, modelo jurídico de forte influência que, aliado às características próprias da família patriarcal extensa e rural do Brasil da época, moldou o paradigma jurídico familiar da codificação brasileira de 1916.

Uma das principais diretrizes do Código Civil de 1916 era a revalorização da família como esfera privada da vida humana, segundo os ditames do individualismo liberal burguês³⁷ e, nessa medida, possuindo como fim último o de assegurar a descendência para, com ela, transmitir (e blindar!) o patrimônio familiar, visando à própria perpetuação.

³⁶ Anote-se que o divórcio somente foi introduzido no Brasil pela EC n. 9, em 1977.

³⁷ Dentre outras características, esse modelo de família pregava a dicotomia público-privada, moldando os diferentes papéis a serem exercidos a partir da noção de que o homem deveria ocupar-se do espaço público e a mulher, por sua natural fragilidade, do espaço privado (PERROT, 1991).

Por essa razão, mostrava-se imprescindível o monopólio do casamento civil, de modo que não se reconhecia outras formas de constituição de família, institucionalizando-se o que hoje se denomina – diferenciando-a das inúmeras possibilidades reconhecidas atualmente, inclusive em sede constitucional – de família “matrimonializada”. A família legítima caracterizava-se pela valorização da liberdade, no sentido burguês da palavra, ou seja, tendo o homem-livre-proprietário o poder de aquisição, disposição/transmissão da propriedade, construindo a feição de família “patrimonializada”³⁸.

Sob esse contorno, a família de então, definida como família “legítima” muito diferente da que se conhece na atualidade, sobrepunha-se aos seus integrantes como um ente moral, quase como se fosse dotada de personalidade própria, sob a direção exclusiva do marido³⁹, perdendo-se nela as identidades, desejos e necessidades pessoais dos seus demais membros. Obviamente, nesse contexto, o patrimônio era perpetuado por ela e transmitido aos herdeiros, garantindo, em última instância, a reprodução do seu próprio modelo⁴⁰.

Na defesa e interesse do “ente” familiar, o marido e pai ocupava o papel de chefe da família e cabeça do casal, cabendo-lhe a direção da vida conjugal e familiar, além da educação dos filhos com prioridade, reservado à esposa e mãe a função coadjuvante quanto às decisões familiares relevantes, submetendo os possíveis direitos e interesses dos filhos incapazes ao arbítrio do *pater familias*, o que reforçou o modelo hierarquizante de família patriarcal herdado pelas leis do Império.

Ainda, sob a pretensão de blindar e manter dentro da família chamada de “legítima” o patrimônio, os filhos, na legislação civil revogada, eram cuidadosamente classificados conforme a origem da filiação.

Nesse movimento circular, de retroalimentação, os herdeiros, como se disse, eram aqueles ligados por laços sanguíneos certificados pela lei como legítimos, quando originado o parentesco por um

³⁸ Lôbo (1989) observa que, no Código Civil de 1916, os artigos destinados às relações familiares são preponderantemente de cunho patrimonial, a despeito de a família ser o ambiente, por excelência, das relações pessoais.

³⁹ A mulher casada somente retoma sua plena capacidade civil (a qual necessariamente renunciava ao casar) com o **Estatuto da Mulher Casada**, Lei n. 4.121, de 1962, passando, então, a ser “colaboradora” do marido na gestão da sociedade conjugal.

⁴⁰ Segundo a historiadora Perrot (1991, p. 94, grifo do autor), nessa época “[...] o patrimônio é, a um só tempo, necessidade econômica e afirmação simbólica. A família ‘objeto de devoção para os membros’ é um ser moral: uma única pessoa cujos membros são acidentais. O chefe é o pai, e apenas sua morte dissolve a família ao libertar os herdeiros”.

casamento civil válido e regular. Logo, somente se reconheciam direitos sucessórios plenos aos filhos biológicos legítimos – ou seja, aqueles nascidos ou presumidamente concebidos na constância de relação marital entre os genitores –, enquanto aos ilegítimos (concebidos fora de uma relação matrimonial) se negavam tais prerrogativas ou se admitiam em algumas hipóteses, conforme fossem considerados os filhos espúrios ou apenas naturais. Isso porque, na época, os filhos ilegítimos eram, ainda, classificados em naturais (quando inexistia impedimento matrimonial entre os genitores) e espúrios (quando impedidos os genitores de casar, seja em razão de casamento prévio – hipótese em que seriam chamados os filhos de adulterinos, ou de parentesco entre eles – redundando na subclassificação de filiação incestuosa).

Cumprir registrar que a filiação espúria (adulterina ou incestuosa) sequer podia ser reconhecida juridicamente, porquanto expressamente vedada pelo antigo art. 358 do Código Civil de 1916 tal opção, mantendo-se a possibilidade de reconhecimento voluntário ou judicial somente aos filhos naturais. A sucessão legítima era, então, algo impossível de ser alcançada pela filiação espúria, ainda quando certa a paternidade⁴¹.

Embora a situação do reconhecimento e, conseqüentemente, da posição sucessória dos filhos adulterinos tenha sido abrandada por leis subsequentes ao Código Civil de 1916⁴², notadamente a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), aos incestuosos permaneceu a completa vedação até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De modo semelhante, aos filhos adotivos a antiga codificação não poupou restrições, destacadamente no que tange aos direitos sucessórios. Vale mencionar, em um primeiro plano, que o vínculo parental decorrente da adoção, segundo o artigo 376 do revogado Código Civil, ligava somente a pessoa do adotante com a do adotado, salvo para efeito de impedimentos matrimoniais, de modo que não se concebia a possibilidade de um “neto adotivo” suceder (por direito próprio ou por representação) ao pai da pessoa do adotante (“avô adotivo”). Não bastasse essa limitação, como a adoção era considerada preponderantemente uma solução jurídica à infertilidade, prescrevia o artigo 337 do Código Civil de 1916 que, se o adotante possuísse

⁴¹ Na dicção do art. 405 do Código Civil de 1916, “[...] a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade somente para o efeito da prestação de alimentos”. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL DOS ESTADO UNIDOS DO BRASIL, 1916).

⁴² Decreto-Lei nº 4.7237/42, Lei nº 883/49 e Lei nº 7.250/84.

previamente filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação adotiva não envolveria direitos hereditários. Conquanto inexistente filiação biológica ao tempo da adoção, sobrevivendo filho legítimo ao adotante, automaticamente limitar-se-iam os direitos sucessórios do adotivo à metade da herança cabível à descendência consanguínea⁴³.

Evidente que nesse contexto a sucessão decorrente da lei, sobretudo a reserva legal em prol dos chamados herdeiros necessários (à época, descendente e ascendente), servia para a manutenção do patrimônio nos limites estreitos da família legítima, nos termos em que concebida pela legislação anterior. Como bem anota Leite (2005), em um sistema jurídico em que a categorização dos filhos era a regra dominante, obviamente que a reserva legal em prol dos descendentes somente podia referir-se aos filhos, netos, bisnetos (e assim sucessivamente) oriundos do casamento válido e regular entre seus ancestrais. A recíproca mostrava-se verdadeira também em relação aos ascendentes, pois o reconhecimento de tal condição pressupunha a constituição de uma família “legítima”, matrimonial.

Impensável no ordenamento jurídico anterior à CRFB de 1988 o reconhecimento de vínculos informais a justificar consequências pessoais ou patrimoniais no âmbito familiar e sucessório, de modo que o parentesco socioafetivo (decorrente de adoção à brasileira, do antigo costume de pegar o filho de outrem para criar ou de qualquer outra forma de constituição de família de fato), as uniões plúrimas concomitantes (poliamoristas) ou sucessivas (famílias recompostas), os filhos nascidos de relações paralelas ao casamento ou de relações incestuosas (denominados de espúrios) eram solenemente ignorados ou discriminados pelo direito vigente.

O eloquente silêncio da codificação de 1916 em relação às famílias informais, plurais, ou, ainda, seu tratamento discriminatório em relação aos filhos e aos companheiros foi finalmente quebrado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, responsável pela revolução do paradigma jurídico-familiar no ordenamento jurídico do país.

⁴³ “Art. 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916: “Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente a metade da herança cabível a cada um deles”. Importante registrar que a Lei nº 6.697, de 1965, denominada de “Código de Menores”, inaugura a intitulada **adoção plena**, permitida em alguns casos e consoante algumas peculiaridades, segundo a qual a criança adotiva se torna filha em todos os sentidos, equiparando-se à filiação biológica. Tal Diploma legal, no entanto, não revoga o Código Civil de 1916, que com ela coexiste até a CRFB de 1988.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1916).

A partir desse novo marco legal, a família constitucional, de matriz plural, democrática e igualitária substituiu aquela fundada exclusivamente no matrimônio, cujas relações intersubjetivas eram marcadas pela hierarquia sexual e geracional. Nada obstante, o novo paradigma familiar, na legislação civil subsequente – Código Civil de 2002 – o instituto da reserva legal ou da legítima, não apenas foi mantido, como também foi ampliado para abranger na tutela especial dos herdeiros legítimários os cônjuges sobreviventes.

3.1.2 A Sucessão Legítima e Legitimária no Código Civil de 2002

No Código Civil vigente, há, portanto, previsão de duas formas de sucessão: a legítima, em que certas pessoas são chamadas a suceder em razão de vínculo parental ou relação conjugal, observada a ordem da vocação hereditária decorrente da lei (art. 1829, CCB/02), e a testamentária, na qual a última vontade do autor da herança prepondera na instituição de sucessores a título universal – **herdeiros** – ou a título singular – **legatários**.

Convém subdividir, ainda, a sucessão legítima em necessária (ou legitimária) e facultativa. A primeira diz respeito à classe de herdeiros que, salvo hipótese de exclusão por indignidade ou deserdação, participam da sucessão do falecido⁴⁴, tendo direito à reserva de metade do patrimônio do autor da herança – denominada de **legítima**⁴⁵ – enquanto a parte destinada à disposição gratuita do proprietário denomina-se de **parte disponível**. Em outras palavras, havendo herdeiros necessários – **descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente** –, o titular do patrimônio somente poderá dispor gratuitamente, seja em vida – **por doações** – ou em razão de sua morte – **por testamento** – de metade desse montante, sendo a outra parte reservada aos mencionados sucessores. Na sucessão facultativa, permite-se que os herdeiros, embora possuam vocação sucessória decorrente da lei, sejam afastados pela simples vontade do autor da herança de contemplar pessoa(s) diversa(s), desde que manifestada formalmente em testamento. Essa classe de sucessores, nomeadamente

⁴⁴ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Ainda que não expressamente previsto, o companheiro sobrevivente em um paralelo com o cônjuge pode vir a ser considerado herdeiro necessário por força da interpretação dada à matéria sucessória pelo STF, consoante será oportunamente tratado.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁴⁵ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

composta pelos colaterais até o 4º grau, inclusive, é conhecida por **herdeiros facultativos**, correspondendo aos parentes que, salvo manifestação contrária do sucedido em testamento, serão chamados à sucessão, observada a ordem legal.

De outro lado, permite-se ao titular dispor de até metade de seu patrimônio por testamento, caso existam herdeiros necessários ou da integralidade dele, na hipótese de haver somente herdeiros facultativos ou nenhum herdeiro legítimo, denominando-se de sucessão voluntária ou testamentária. Ao contrário do que acontece em alguns países, no Brasil a sucessão voluntária é limitada à testamentária, rechaçando-se a possibilidade de pacto sucessório, ponto importante do trabalho a ser retomado no último capítulo. Antecipa-se, por ora, que, no Direito Português, segundo Sousa (2012), a sucessão voluntária, fundada na autonomia patrimonial do autor da herança, subdivide-se em contratual⁴⁶ e testamentária, enquanto a sucessão legal, tal qual no Brasil, abrange a necessária e a facultativa.

Da síntese feita sobre a regulamentação do direito sucessório no Código Civil de 2002, pode-se perceber que a única e significativa alteração não se deu no sentido de restringir a herança necessária, mas sim ampliá-la para abrigar também sob seus auspícios o cônjuge sobrevivente que, na legislação civil revogada, antes figurava como herdeiro meramente facultativo.

Vale dizer que ao paradigma familiar delineado pelo legislador constituinte correspondeu o legislador constituído aumentando a incidência da legítima, o que, para boa parte da doutrina sucessória, contraria as noções de personalização e despatrimonialização da família, inauguradas com esse novo modelo, além de estar na contramão dos princípios fundamentais de direito de família.

Por esse motivo, a tese de minoração ou extinção da reserva legal em benefício dos herdeiros necessários conquista cada vez mais simpatizantes, notadamente sob o fundamento de que tal privilégio não mais se coaduna com o modelo flexível e plural de família proposto constitucionalmente. Desse tópico em especial, ocupar-se-á o próximo capítulo.

No momento, apenas se antecipa que a CRFB de 1988, concomitantemente à proposição de um novo modelo da família, operou profundas alterações no direito de propriedade e, ainda, constitucionalizou o direito à herança com *status* de norma jusfundamental. Será mesmo que a primeira Constituição brasileira a

⁴⁶ No Brasil, não se admite que um contrato possa versar sobre sucessão de pessoa viva.

reconhecer o direito à herança como fundamental o tenha feito exclusivamente como reforço ao direito de propriedade? E, para os adeptos dessa tese, como compatibilizar tal densificação à propriedade privada com as evidentes restrições operadas nesse direito pela CRFB de 1988 em comparação com as constituições anteriores? Parece crível que a fundamentalidade do direito à herança refira-se tão somente a um direito de defesa do proprietário em face de possível apropriação do patrimônio hereditário pelo Estado? Esse direito subjetivo já não estaria contemplado no suporte fático da norma jusfundamental que assegura a propriedade privada? Sendo assim, a garantia do direito à herança significa algo de novo revelado em forma de direito fundamental pelo legislador constituinte?

Em vista desses questionamentos e de outros igualmente relevantes à pesquisa, mostra-se imprescindível traçar o âmbito de proteção do direito fundamental à herança, precisando, ainda, a abrangência de seu suporte fático.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA COMO UM DIREITO AUTÔNOMO

O inciso XXX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao assentar a garantia à herança como norma jusfundamental, fê-lo de forma bastante genérica, sem detalhamentos acerca do seu conteúdo e extensão. Diversos outros direitos fundamentais revelam essa mesma estrutura de norma-princípio, não raramente dotados da mesma abstração. Assim acontece, por exemplo, com o direito à propriedade privada, tornando necessário, portanto, que a legislação ordinária, em conformidade com a ordem constitucional, fixe seus contornos e atribua aos destinatários as competências necessárias ao seu exercício.

Desse modo, não é descabida a concepção de que ao legislador ordinário cabe grande margem de atuação na “concretização” do direito fundamental à herança. À assertiva, deve-se, todavia, contrapor os conceitos estruturados nos tópicos antecedentes respeitantes ao âmbito de proteção das normas jusfundamentais, às intervenções possíveis nas posições jurídicas *prima facie* dos seus titulares e à deflagração da devida consequência legal, caso a intervenção se revele violadora de direitos fundamentais. Elementos esses que, somados, revelam o suporte fático *lato sensu* da norma jusfundamental.

Para melhor compreensão do âmbito de proteção do direito fundamental à herança, primeiro elemento integrante do suporte fático,

importa referi-lo considerando, também, o âmbito de proteção do direito à propriedade privada⁴⁷, em razão das mútuas implicações existentes entre ambos.

A afirmação de que a garantia fundamental à herança nada mais é do que um direito complementar ao de propriedade privada⁴⁸, correspondendo tão somente a um direito de defesa contra o Estado, no sentido de que este não se aproprie do patrimônio do titular após a sua morte, deve ser encarada como reducionista e, diante da teoria dos princípios adotada, contraditória.

O caráter reducionista evidencia-se do fato de ser propositadamente minorada a relevância da positivação pela CRFB de 1988 do direito à herança com feição autônoma de direito fundamental que, confundido com o direito de propriedade, jamais chegará a ser compreendido ou satisfeito. Em outras palavras, essa tese nega a eficácia imediata, inclusive perante os particulares, da norma fundamental relativa à herança.

Contrariando essa tendência, crê-se que a constitucionalização do direito à herança dá pistas suficientes de algo novo a ser explorado no universo dos direitos fundamentais, que não se confunde com as normas relativas à propriedade ou à família, não obstante com elas tenha íntima afinidade.

⁴⁷ Felipe Gomes (2015, p. 74) adverte a frequência com que o âmbito de proteção do direito fundamental à herança é confundido pela doutrina nacional com o direito de propriedade, circunstância que só aumenta o nível de incompreensão do conteúdo da norma jusfundamental em estudo. Em suas palavras: “Por razões ainda não totalmente averiguadas, a tarefa, aparentemente simples, dada toda a evolução milenar do direito das sucessões, traz uma dificuldade grande, quando ela se realiza numa abordagem mais analítica. Isto porque o direito à herança acabou confundido, na literatura nacional, com o direito à propriedade, em tratamentos bastante promíscuos de vários setores. É provável que a doutrina brasileira se tenha mostrado algo confusa a esse respeito pela novidade da inclusão do direito à herança na Constituição. Por outro lado, a falta de uma abordagem mais analítica, aliada à falta de estudos mais específicos sobre os direitos fundamentais ligados à matéria tradicionalmente classificada como direito privado, fez com que nunca houvesse um estudo acurado sobre o âmbito de proteção do direito à herança”.

⁴⁸ Destaca-se, para bem ilustrar o raciocínio mencionado, trecho da obra coletiva, escrito por Cortiano Júnior (2019, p. 485, grifo do autor): “a garantia da herança se formula conjunta e unitariamente com a garantia da propriedade [...]. Por isso se diz que o direito à herança é um reforço da propriedade privada [...]. Esta relação inviolável entre sucessão e propriedade apresenta problemas de hermenêutica a partir da função social da propriedade, bem como remete ao exercício dos poderes dos poderes proprietários. [...]. No que toca aos poderes proprietários, invoca-se o exercício da autonomia privada – que se consolida especialmente no poder de dispor da própria propriedade. Afinal, ‘a análise do conceito de autonomia privada e a sua história revelam a inequívoca ligação deste conceito com os de sujeito jurídico e de propriedade’”.

Sob um ângulo diverso, a noção de mera complementariedade do direito de propriedade mostra-se contraditória diante da teoria de princípios adotada no trabalho. Isso porque o direito fundamental à propriedade privada assegura, ao menos *prima facie*, o exercício de todas as faculdades decorrentes do *status* jurídico de proprietário, como as concebe o direito civil - usar, usufruir, dispor e perseguir o bem de quem injustamente o possui⁴⁹. Nessa senda, um “novo” direito fundamental positivado tão somente para assegurar a transmissibilidade da propriedade privada via sucessória não agregaria nada de diferente ao âmbito de proteção do referido direito.

Em suma, o próprio âmbito de proteção do direito à propriedade privada – desde, é claro, que adotada a teoria do âmbito de proteção amplo – congrega todas as posições jurídicas pertinentes ao eixo temático da norma jusfundamental como tuteladas *prima facie*⁵⁰. Vale aqui uma ressalva importantíssima: conceber-se o direito de propriedade como ilimitado *prima facie* não corresponde à ideia de um direito absoluto – embora não se ignore essa concepção ao longo da história do homem e da tenência⁵¹ – mas sim remete à possibilidade de diferentes tipos de restrições na fixação de seu conteúdo definitivo. Reitera-se, portanto, a restringibilidade da norma consagradora do direito fundamental à propriedade privada que, nos termos da teoria aqui desenvolvida, não se confunde com seus limites imanescentes.

Nessa linha de raciocínio, a teoria externa – que admite restrições ao direito fundamental *prima facie* ilimitado – é a que melhor se coaduna com a noção de um âmbito de proteção amplo desse mesmo direito e com uma noção mais apurada acerca do suporte fático de cada direito fundamental.

Consequentemente, a transmissibilidade da propriedade pessoal após a morte do titular, por ato de última vontade ou por lei, encontra abrigo no próprio âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade, compondo seu suporte fático, de modo a prescindir da garantia à herança para a sua eficácia.

⁴⁹ Conforme o artigo 1.228 do CCB/02: “Art.1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (BRASILCÓDIGO CIVIL, 2002).

⁵⁰ Nesse sentido, Leal (2012) propugna que o conteúdo da norma jusfundamental seja compreendido de forma a abrigar outros direitos de cunho patrimonial e não somente a propriedade, como é concebida pelo CCB/02.

⁵¹ Para um aprofundamento histórico na temática, sugere-se a leitura das obras de Aronne (2014), “Propriedade e domínio: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional”; de Grossi (2006), “História da propriedade e outros ensaios”; e de Pilati (2011), “Propriedade & função social na pós-modernidade”.

Ainda, cumpre um propósito especial para este trabalho a observação de que qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que afete em maior ou menor escala a posição *prima facie* do proprietário deve ser analisada sob o viés de seu fundamento constitucional, a fim de aferir se importa em uma autêntica restrição ou uma violação ao direito fundamental atingido. No contexto da teoria que rege esta pesquisa, somente seria justificável associar o direito fundamental à herança como um complemento ao direito de propriedade – uma garantia adicional à sua eficácia – partindo-se de um direito definitivo de propriedade, com conteúdo previamente limitado e contornos rígidos, obviamente insuficientes para responder às complexidades da vida concretamente considerada.

Retomando a questão da restringibilidade dos direitos fundamentais, a função social da propriedade, assumida no texto como uma restrição diretamente constitucional,⁵² tem polemizado e dividido opiniões doutrinárias entre os que defendem um âmbito de proteção restrito e os que professam um âmbito de proteção amplo à referida norma jusfundamental: para a primeira corrente, a funcionalização da propriedade integra seu próprio âmbito de proteção, definindo seus contornos e sua extensão, enquanto, para a segunda, a função social restringe o direito *prima facie* do proprietário. Cumpre distinguir que, para a teoria do âmbito de proteção restrito, o direito de propriedade tem, na função social, seu limite imanente, ou seja, somente merece tutela a propriedade funcionalizada, enquanto outras situações ficariam à margem da norma constitucional, um não direito.

Aronne (2014)⁵³, defendendo a tese de limites internos e de um âmbito restrito, chega a afirmar a natureza ficcional de limitar externamente a propriedade a partir de contradireitos, porquanto a propriedade privada não se configura como um direito absoluto. Não raro, os críticos da teoria alexyana têm a percepção de que a aplicação de seus postulados ao direito de propriedade traduz-se na assunção de um direito absoluto. Essa é apenas parte da verdade. O outro lado dessa

⁵² Ordenado no art. 5º (inciso XXIII) da CRFB de 1988, logo após a garantia do direito à propriedade privada (inciso XXII): “[...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá à sua função social. [...]”. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

⁵³ Expressa-se assim Aronne (2014, p. 145): “Abarcada a propriedade por esse âmbito, não se faz necessária a abstração ficcional de criação de contradireitos para dar limites externos à propriedade, porque os limites passam ao seu interior, não sendo a mesma absoluta de modo algum, e tais limites vinculam materialmente o proprietário, configurando-se como obrigações, quando extraído o domínio de seu interior”.

parcial verdade, e talvez o mais importante, corresponde à premissa de que qualquer posição fundamental – ilimitada *prima facie* – pode ser restringida por razões fáticas e jurídicas, notadamente diante de outros direitos fundamentais, reduzindo a sua abrangência quando da sua transformação em posição definitiva.

Perlingieri (2008, p. 934)⁵⁴, sem destoar muito da opinião externada por Aronne (2014), entende que a função social da propriedade não pode ser concebida como um limite externo à propriedade, tal como acontece com a servidão e o ônus real que, por se identificarem como gravames postos de fora, não compõem a “estrutura da situação subjetiva do proprietário”. Assim como Aronne (2014), critica a corrente oposta, sob o argumento de conceber o direito de propriedade como absoluto, isto é, restringível somente por fatos externos a ele. Conclui o raciocínio referindo que as obrigações, os gravames e os limites – esses entendidos como imanentes – devem ser evidenciados para um entendimento unitário da complexa situação subjetiva da propriedade, na medida em que o descumprimento de qualquer deles se reflete sobre toda a situação, inclusive sobre a existência do próprio direito⁵⁵.

Percebe-se, conforme avança o texto do jurista italiano, a preocupação de que tomada a função social como uma restrição, essa passe a ser entendida como “[...] uma intervenção *in odio*” à propriedade privada, motivo por que deve ser compreendida como a própria razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um certo sujeito, sendo um critério orientador da ação legislativa e também um critério de “individualização da normativa para o intérprete” (PERLINGIERI, 2008, p.940).

Em contundente oposição aos autores partidários da teoria do âmbito restrito de proteção dos direitos fundamentais, Felipe Gomes (2015) toma como exemplo a desapropriação por “não-proteção à propriedade”, em referência aos artigos 182, § 4º, III, e 184 da CRFB de 1988 – que tratam da desapropriação pela desatenção à função social, mediante prévia e justa indenização – para concluir que, descumprida a

⁵⁴ De acordo com o jurista italiano Perlingieri (2008, p. 934): “a função social da propriedade não é autônoma, mas sim parte essencial da garantia e do reconhecimento da propriedade privada, a razão da própria tutela da apropriação privada dos bens”.

⁵⁵ Nas palavras de Perlingieri (2008, p. 934): “Colocar em evidência os deveres específicos, os gravames, os limites etc, é importante, na medida em que, se sobre tal situação se tem uma concepção unitária, o descumprimento de um desses se reflete sobre toda a situação. Tal descumprimento pode não comportar tão-somente o ressarcimento do dano, mas relevar também no tocante à própria existência do direito”.

função social como limite imanente do direito de propriedade, estar-se-ia diante de um não direito, de modo a não ensejar a correspondente indenização⁵⁶.

Segundo a teoria de Alexy (2011), a função social da propriedade deve ser entendida como uma restrição diretamente constitucional. No entanto, essa definição carece ainda de um refinamento capaz de congruar, ou, ao menos, aproximar as correntes citadas, aparentemente inconciliáveis. Trata-se da distinção entre restrição, propriamente dita, e de cláusula restritiva. Restrição refere-se ao direito, enquanto cláusula restritiva, à norma. Explica-se: deve-se entendê-la como o complemento do suporte fático da própria norma (aqui ainda entendido suporte fático no sentido estrito), obtido após a intervenção operada pela cláusula restritiva (suporte fático *lato sensu*) – resultando em, conforme Alexy (2011), um direito fundamental completo⁵⁷.

Releva mencionar que a inserção de uma cláusula restritiva em um direito fundamental “[...] nada mais é do que uma decisão do legislador constituinte a favor de determinadas razões constitucionais contra a proteção constitucional” (ALEXY, 2011, p. 288).

Toma-se o exemplo do direito à propriedade para conciliar o aparente paradoxo do exposto anteriormente: entender se a função social como uma cláusula restritiva à propriedade privada equivale a reconhecer razões constitucionais bastantes para restringir as posições

⁵⁶ Segundo Felipe Gomes (2015, p. 83-84, grifo do autor): “Feitas estas considerações, seja encarada a tese da ‘desapropriação por não-proteção à propriedade’. Se for verdade que a inadimplência da função social ‘deslegitima a fundamentalidade’ do direito à propriedade; se for verdade que se estará fora do seu âmbito de proteção, quando a função social não for cumprida, isso significará que não haverá mais nenhuma posição jurídica constituinte da propriedade no patrimônio jurídico da pessoa que não se conduziu de acordo com os ditames dessa função. Não haverá mais resquício de alguma propriedade juridicamente ‘tutelável’ a opor contra quem quer que seja. Se for assim, como se pode justificar que um proprietário receba uma indenização prévia e justa, se ele já não tem mais um direito defensável à propriedade? Esse direito seria autônomo em relação à propriedade, cujo objeto se toma, contra indenização? Aliás, uma expressão como ‘direito à propriedade que não cumpre a função social’ seria contraditória: se o direito à propriedade só existe, caso a função social seja cumprida, uma vez descumprida esta, ipso facto, findo será aquele. Assim, a tese da ‘desapropriação por não-proteção à propriedade’ é flagrantemente ilógica, se se partir do pressuposto de que o direito à propriedade deixa de existir, ao ser descumprida a função social. Portanto, para haver alguma coerência com o que a própria Constituição preconiza, tem-de ser montada uma estrutura teórica compatível com a subsistência do direito à propriedade, mesmo quando faltem requisitos integrantes do conteúdo da função social”.

⁵⁷ Conforme Alexy (2011, p. 286), “uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático da norma fundamental foi ou pode ser restringido”.

jurídicas do proprietário *prima facie* abrigadas no âmbito de proteção da norma. Pressupõe, portanto, uma restrição definitiva do direito à propriedade decorrente do sopesamento realizado pelo legislador constituinte em relação aos outros princípios fundamentais colidentes. A função social da propriedade, uma vez concebida sob a perspectiva da norma e não do direito – e sem perder de vista seu caráter de restrição! –, permite compreender que a consequência jurídica, ou seja, a proteção definitiva do direito de propriedade, depende do preenchimento do suporte fático em sentido estrito e do não preenchimento de sua cláusula de restrição. Ao contrário, para que a proteção definitiva não se verifique, ou o suporte fático em sentido estrito não foi preenchido, ou sua cláusula de restrição foi.

De tudo o que foi dito, importa explicitar que a opção pela teoria (1) externa, (2) do âmbito de proteção amplo e (3) do suporte fático amplo justifica-se pela premissa da necessidade de fundamento constitucional para qualquer intervenção que afete o direito fundamental. Em consequência disso, preferível será, em caso de dúvida, socorrer-se da teoria do âmbito amplo e que parte da noção de restrição a qualquer intervenção, porque, nesse caso, sempre haverá a assunção do ônus argumentativo. Contrariamente, partindo-se da teoria de âmbito restrito e de limites imanentes, bem menos claras serão as razões que embasam as delimitações aos direitos fundamentais. Maior importância assume essa ressalva quando em jogo a atuação do legislador infraconstitucional, especialmente no que respeita à imprescindibilidade de fundamento constitucional para restringir ou, para quem preferir conformar, concretizar, regular, regulamentar etc., desde que compreendidas tais expressões a partir do enfoque da restrição a um direito fundamental⁵⁸.

⁵⁸ Confira-se no artigo de Leal (2012, p. 57) a preocupação sobre o tema: “As restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal, por sua vez, caracterizam-se pela atribuição ao legislador do poder de limitar o exercício do direito. Verifica-se, no caso, cláusula constitucional expressa em que se autoriza o Poder Legislativo a estabelecer normas restritivas ao exercício de determinado direito fundamental. Submete-se o direito de propriedade a essa modalidade de restrição, por exemplo, ao se autorizar o legislador, nos termos do art. 190 da Constituição, a regular e limitar a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, bem como a estabelecer os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional. Mesmo sem expressa autorização constitucional, cabe à legislação impor limitação a direito fundamental em razão de outro preceito constitucional, que, inclusive, pode ser conformador de outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse caso, o legislador acaba por exercer juízo de ponderação entre um direito fundamental e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optando por solução que aplique em maior grau os

O tratamento dado por Pilati (2011) à função social, cuja retomada no capítulo seguinte já se antecipa, merece destaque por ousar um novo olhar e viabilizar uma fundamentação constitucional mais coesa às possíveis restrições à propriedade privada. Pilati (2011, p. 110-111, sem grifo no original) define-a como:

[...] um princípio de valor operativo geral, informador do ordenamento, por reconhecido, tanto no marco legislativo como na Constituição, formando parte de um conjunto de disposições que concretizam as premissas fundamentais do Estado Social. **E aqui termina a estrada para quem vê a função social nos limites do Estado x indivíduo.**

Após fazer um apanhado dos doutrinadores nacionais que discorrem sobre função social, o referido autor, sem discordar ou desmerecer as conclusões compiladas, propõe, a título de contribuição, o resgate do coletivo nessa construção, no sentido de que a fórmula indivíduo x Estado, apesar de correta, mostra-se incompleta, necessitando da incorporação da Sociedade para plasmar uma noção consistente de função social.

Não bastasse isso, assenta, com bases teóricas na pós-modernidade⁵⁹ e contraponto do direito romano, que a função social

valores contrapostos e em menor grau o direito (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). Institui, assim, restrição indiretamente constitucional em face de outros bens constitucionalmente tutelados. O direito de propriedade não fica, por certo, imune a essa categoria de restrições. Esse é o caso do disposto no art. 1.285 do Código Civil, que, em nome do direito à liberdade de locomoção (art. 5, XV, da Constituição), reconhece ao dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto o direito de constranger o vizinho a lhe dar passagem, mediante pagamento de indenização cabal. Determina, ainda, o § 1 do art. 1.285 que sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem. Desse modo, a lei, com fundamento em outro direito fundamental, impõe regime restritivo específico à propriedade”.

⁵⁹ A expressão “pós-modernidade” será utilizada no texto como sinônima de “contemporaneidade”, indicando, na conceituação de Bittar (2009, p. 109), “[...] o desenvolvimento e introdução de uma nova cultura pós-industrial e pós-moderna, provocado pelo uso canônico do capitalismo pelas ideologias implantadas pelo poder mundial, coincidente com o advento de um modo de vida compatível com as formas de conceituar o mundo e as relações sócio-humanas. A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual, ou muito menos um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança de valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, e algumas conquistas e

é um princípio explícito para a propriedade privada e para o sistema econômico de viés capitalista, mas, funciona, igualmente, como um princípio implícito que tem o condão de resgatar a dimensão do coletivo em todas as áreas do direito⁶⁰. Em outras palavras, parece referir-se o autor à repersonalização das relações nos espaços coletivos, quase como se procurasse conciliar autonomia privada com responsabilidade social, mediados tais valores pelo princípio da função social. Essa proposta será apropriada no momento oportuno pela Tese.

Feitas as considerações necessárias, pode-se afirmar que a garantia da propriedade privada contém em seu âmbito de proteção o direito subjetivo do proprietário de ter seu patrimônio transmitido depois de sua morte aos seus herdeiros legítimos, testamentários e/ou legatários. Sendo assim, o direito fundamental à herança não pode significar a mesma coisa, sob a pena de um movimento circular sem fim.

Propõe-se, então, encarar as mútuas implicações do direito à propriedade e da garantia da sucessão sob a seguinte perspectiva: admitido o instituto da propriedade privada e a diversidade de posições jurídicas por ela abrangidas, seria ilógico o Estado apropriar-se desse patrimônio com a morte do seu titular para, em seguida, distribuir novamente na sociedade, ensejando, assim, extrema instabilidade às relações patrimoniais. Doutro lado, como bem anota Ascensão (1989, p.25), o fenômeno sucessório responde a aspirações pessoais

desestruturas sociais que atestam o estado em que se vive em meio a uma transição”. Interessa também ao trabalho a preocupação extraída da obra de Daniel Sarmento, quando reflete sobre alguns ideários pós-modernos que redundam em esvaziamento do direito e da Constituição: “De qualquer forma, parece-nos evidente que o esvaziamento do Direito e da Constituição, propugnados por certas correntes do pós-modernismo, são propostas perigosíssimas, sobretudo nos estados periféricos e subdesenvolvidos como o Brasil, onde largos setores da população ainda vivem no arcaísmo pré-moderno. Jamais fomos modernos e, de repente, seríamos pós-modernos (interessa a quem?). Soa paradoxal que no Brasil, exatamente na época em que, findo o ciclo autoritário, consolida-se a ascensão da Constituição à condição de norma jurídica, pretenda-se reduzi-la a pó, na esteira do pensamento pós-moderno, desprezando a sua dimensão substantiva e o seu potencial emancipatório” (SARMENTO, 2006, p. 44-45).

⁶⁰ Tem-se no texto a seguinte passagem que ilustra o pensamento de Pilati (2011, p. 111): “Antes, no campo da Modernidade, o paradigma do Estado Social (representativo); agora um novo paradigma, Pós-Moderno, da República Participativa, que não exclui nem impede o desenvolvimento dos outros dois elementos, mas que dá nova configuração ao espaço público, sem desautorizar o espaço privado – de liberdades, garantias, sob a égide da propriedade. O coletivo não como reivindicações das ruas e dos protestos, mas instalado na lógica liberal, sob novo paradigma – atuando em tempo real, tal qual o titular de direitos patrimoniais, na forma da lei. Desde esse espaço coletivo, transformam-se o Direito e os papéis na Pós-Modernidade”.

relevantíssimas do titular de um patrimônio jurídico, dando-lhe a sensação de que sua obra terá continuidade, na forma quase que de uma persistência de sua personalidade – uma imortalidade – sendo que a prerrogativa de “[...] marcar ou dominar o destino desses bens aparece como um poderoso estímulo da actividade individual”.

A partir desse marco distintivo com o direito à propriedade privada, volta-se à caracterização do âmbito de proteção e do suporte fático do direito fundamental à herança.

3.3 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

A positivação da fundamentalidade da herança no inciso XXX da CRFB de 1988 na formulação dada pelo legislador constituinte – “é garantido o direito à herança” – pode levar a possíveis incompreensões de seu significado e abrangência, muitas vezes entendida como uma garantia institucional e não propriamente um direito. Por esse motivo, não raro é afirmado que compete ao legislador ordinário a conformação dessa garantia com a construção do conteúdo desse direito.

Nesse sentido, Mendes (2004, p. 153) entende que o direito à sucessão, semelhantemente ao que acontece com o direito de propriedade, tem o âmbito de proteção definido e instituído pela legislação ordinária, caracterizando-se, portanto, como garantia institucional, e, somente nessa medida, como direito subjetivo – compreendido aqui como direito de defesa limitado à sua não abolição. O grande problema dessa concepção é que a atuação do legislador constituído será em grande monta considerada concretizadora e, portanto, livre do ônus da fundamentação constitucional exigido para o caso das restrições. Os limites para a atividade conformadora seriam apenas e tão somente a impossibilidade de suprimir o direito à sucessão *causa mortis* e o respeito ao seu núcleo essencial – no sentido de que as restrições não podem significar sua aniquilação indireta. Registre-se, nesse particular, que a própria definição do que seja o núcleo ou o conteúdo essencial do direito à sucessão torna-se um conceito de difícil apropriação, beirando ao paradoxo, especialmente diante da afirmação de que este depende da legislação infraconstitucional, que deve, não obstante, respeitá-lo.

Barros (2003, p. 102-103) complementa esta perplexidade: uma vez admitido o fato de que é o direito infraconstitucional o responsável por moldar a essência de certos direitos fundamentais – caso da sucessão, por exemplo – “[...] de que forma esse conteúdo essencial

pode, como dado preexistente, atuar como limitação ao próprio legislador?”⁶¹.

Em vista do que foi dito, mostra-se imprescindível definir um âmbito de proteção amplo desse direito, assim como entender qualquer atividade de intervenção que afete o direito fundamental à herança como uma possível restrição, de modo a recorrer-se à regra da proporcionalidade para, somente a partir dessa operação, chegar-se ao núcleo essencial do direito fundamental restringido.

Com base nos conceitos já trabalhados, afirma-se, de início, que a norma-princípio garantidora do direito à herança possui âmbito de proteção e suporte fático amplo, abrangendo toda ação, fato, estado ou posição jurídica que possam, ao menos *prima facie*, ser identificadas com a temática sucessória. Isso significa dizer que, tal qual acontece com o direito à propriedade privada, o direito à sucessão, por mais amplo que seja seu âmbito de proteção, não implica na impossibilidade de sofrer restrições, desde, é claro, que justificadas constitucionalmente, observada a função social.

As posições jurídicas dos titulares desse direito fundamental em relação ao Estado – direitos a algo, competências e liberdades – podem ser deduzidas perfeitamente da teoria alexyana. Concernente ao direito a algo em face do Estado, importa reforçar que não apenas se considera o direito de defesa – direito ao não embaraço de ações, direito à não afetação de características ou situações e direito à não eliminação de posições jurídicas – mas também o direito a prestações positivas – normativas ou fáticas, conforme o caso.

O direito subjetivo ao não embaraço de ações dos titulares do direito fundamental à herança pode ser resumido como uma obrigação negativa do Estado, capaz de impedir-lhe a criação de empecilhos à sucessão hereditária, contendo uma formulação que pode ser assim expressa: “a” (o sucessor) tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação “h” (sucessão hereditária, mais especificamente seu recebimento). Sob essa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 (arts. 654, parágrafo único, e 659), em um notável avanço em relação ao de 1973 (art. 1.031), dispensa a

⁶¹ Por essa razão, afirma Barros (2003) que o conteúdo essencial de um direito fundamental somente pode ser determinado tendo-se em conta o caso concreto e em consideração às circunstâncias fáticas e jurídicas, observado o critério da proporcionalidade como o único capaz de verificar a legitimidade da restrição, sob o viés da necessidade, da adequação e do sopesamento. Assim, haveria uma autêntica restrição e não violação a um direito fundamental quando esta se demonstrar indispensável e na medida do necessário para a proteção de outro direito fundamental.

comprovação do pagamento do imposto de transmissão e demais tributos eventualmente incidentes para a homologação da partilha e expedição dos respectivos alvarás. Todavia, o Código Tributário Nacional, no seu art. 192⁶², continua condicionando o efetivo recebimento hereditário ao prévio pagamento dos tributos correlatos. Não se está aqui afirmando a dispensa de pagamento dos impostos de transmissão *causa mortis*, mas apenas que a exigência de quitação prévia ao efetivo recebimento da herança é um embaraço injustificável criado pelo Estado.

De acordo com esse contexto, importa exemplificar com a decisão encontrada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que dispensou a exigência tributária a embaraçar o recebimento da herança⁶³. No entanto, sob o ponto de vista deste trabalho, tal problema, ao contrário do que se consignou no acórdão, refere-se, sim, a uma questão constitucional e tem pertinência com a fundamentalidade do direito à herança. Essa constatação recomenda, portanto, a aplicação da regra da proporcionalidade a fim de verificar a compatibilidade da norma tributária à ordem constitucional vigente. Antecipa-se a opinião de que inexistente fundamento constitucional suficiente para que o art. 192 do Código Tributário Nacional embarace o recebimento da herança, não mais encontrando tal regra amparo na CRFB de 1988, cuja eficácia derogatória deve ser reconhecida em relação ao artigo da lei em comento.

⁶² “Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas” (BRASIL. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 1966).

⁶³ Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA E EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS. COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO PRÉVIA DE TRIBUTOS. INEXIGIBILIDADE. ARTIGO 659, § 2º CPC. LANÇAMENTO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 662 DO CPC. ARTIGOS 659 E 662 DO CPC. NATUREZA PROCESSUAL E NÃO TRIBUTÁRIA OU CONSTITUCIONAL.1. Correta a sentença proferida, porquanto resta claro que o CPC/2015 inovou ao estabelecer que no caso de arrolamento sumário, onde ocorre a partilha de bens amigável, será homologada a partilha e os bens adjudicados aos herdeiros anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão e que só após é que a Fazenda Pública será intimada para realizar o lançamento administrativo do imposto, fora do processo. 2. Quanto à alegação de violação do artigo 192 do CTN e do art. 146, caput, inciso III, alínea b da CF/88, inexistente a afronta alegada, uma vez que tanto o artigo 662 quanto o artigo 659, ambos do CPC abordam matéria de natureza processual e não tributária, inexistindo, por conseguinte, qualquer violação ao texto tributário ou Constitucional.3. Recurso conhecido e não provido”. (DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

Quanto ao direito à não afetação de características ou situações dos titulares do direito à herança, formula-se a seguinte operação: A (o sucessor) tem, em face do Estado, um direito a que este não afete sua característica C (de herdeiro necessário, por exemplo) ou sua situação S (da reserva legitimária, exemplificativamente). Como esse é o tema do próximo capítulo, desenvolver-se-á o ponto no passo seguinte da pesquisa.

Segundo a teoria estudada, a última categoria de direitos de defesa consubstancia-se no direito à não eliminação de posições jurídicas, embasadas por normas correspondentes, importando ao Estado uma obrigação negativa ou uma abstenção de derrogar tais normas, como, a título ilustrativo, em relação às normas da sucessão legítima.

Um acréscimo se faz necessário: conforme assentado no capítulo precedente, o titular do direito fundamental à herança possui também um direito subjetivo exercitável em face de terceiros diante de eventual impedimento ou embaraço à sucessão hereditária, ainda que a situação não tenha sido mediada por lei ordinária – consagrando-se a tese do efeito direto das normas jusfundamentais em relação aos particulares.

Em suma, o aspecto relativo ao direito subjetivo a ações negativas do Estado ou dos particulares traduz-se em uma obrigação de abstenção de praticar qualquer conduta que suprima ou vulnere a garantia do direito à herança.

De outro vértice, tem-se os direitos às chamadas prestação positiva por parte do Estado, nos quais os titulares do direito à herança dirigem uma exigência de atuação por parte do Estado, seja na elaboração de normas de competência, seja na criação de normas (universais ou individuais) aptas a concretizar o direito em destaque.

A respeito da criação de normas “conformadoras” ou “regulamentadoras” do fenômeno sucessório, urge repisar que se deve partir sempre da premissa de que qualquer intervenção importa em cogitar-se de restrição e, por isso, não se pode prescindir da devida justificativa constitucional e, como antes afirmado, da aplicação da regra da proporcionalidade de Alexy (2011).

Concluindo-se: a garantia da herança não se resume aos chamados direitos de defesa em face do Estado ou dos particulares, mas abrange os direitos positivos com a mesma força jurígena, embora as prestações estatais do tipo fáticas não encontrem nessa seara a relevância que possuem nos direitos sociais, como saúde, educação ou moradia, dentre outros.

Para evoluir um passo a mais na matéria relativa ao âmbito de proteção e suporte fático **do direito fundamental à sucessão causa**

mortis – expressão que bem mais se coaduna com seu amplo conteúdo do que simplesmente “garantia do direito de herança” –, insta desvelar o objeto da sucessão e seus destinatários, assentando, nesse trilhar, outros conceitos essenciais à compreensão do fenômeno sucessório.

O primeiro conceito que se deve plasmar é o de sucessão em contraposição ao de transmissão. Não obstante grande parte da doutrina os utilize como expressões sinônimas, para efeito de um capricho teórico importa distingui-los, com consequências, inclusive, no objeto da sucessão: ao se falar genericamente em transmissão, extrapola-se a noção de garantia da herança dada pela CRFB/88, porquanto estarão abrangidas outras formas de aquisição *mortis causa* que não se traduzem propriamente em sucessão, podendo-se citar, dentre os exemplos variados, a transmissão dos créditos trabalhista e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ao dependente econômico do falecido (seja ou não herdeiro), o pagamento do prêmio do seguro de vida ao beneficiário (seja ou não herdeiro), enfim, aquisições que têm por fundamento a morte de uma pessoa, mas que não estão tratadas em princípio⁶⁴ na disciplina sucessória.

Então, utilizar-se-á, nesta Tese, a conceituação autonomista⁶⁵ de sucessão, “[...] caracterizada pelo ingresso de um sujeito na posição que outro ocupara” (ASCENÇÃO, 1989, p. 36)⁶⁶. Dito de modo mais sintético: o objeto da sucessão não são os bens, mas as posições jurídicas titularizadas pelo falecido no momento da abertura da sucessão (morte) e não extintas como consequência desta. Salienta-se, desde já, que quando, utilizada a expressão “transmissão”, deve ser limitada à transmissão hereditária ou transmissão sucessória.

Partindo-se dessa concepção, pode-se restringir o objeto da sucessão, recortando-se do seu âmbito de proteção as situações passivas

⁶⁴ Não se pode negar que a instituição de beneficiário de seguro de vida ou de previdência privada pode ensejar repercussões no âmbito da sucessão legítima, podendo ser considerada, inclusive como doação indireta à herdeiro necessário que, então, deverá trazer à colação esses valores. Ou, de outro ângulo, caso feita a uma terceira pessoa, poder-se-á configurar como doação indireta inoficiosa, ensejando a nulidade da parte excedente em prejuízo dos herdeiros necessários. Quanto às verbas trabalhistas e FGTS, a inexistência de dependentes econômicos do empregado falecido resulta na devolução sucessória desses valores aos herdeiros.

⁶⁵ A perspectiva autonomista da sucessão proporciona, inclusive, que se desloque o foco da pessoa do autor da herança (aquele que “transmite”) para os sucessores (os que o sucedem nas inúmeras posições jurídicas componentes do que um dia foi o seu patrimônio jurídico).

⁶⁶ Definição que se toma de empréstimo da obra de Ascensão (1989), tanto pela clareza, como pela confluência com a teoria dos direitos fundamentais adotada no trabalho.

ou ativas que, pela natureza personalíssima, extinguem-se com a morte do titular – um contrato de prestação de serviços médicos, de advocacia ou para pintar um retrato. Tem-se, também, aquelas situações em que a lei aponta a morte como termo final, a exemplo do usufruto vitalício componente do patrimônio jurídico do falecido. Recapitulando, os herdeiros (e aqui cabe ressaltar a posição particular do legatário, cuja sucessão se dá a título singular) ingressam, via sucessória, nas posições ativas e passivas, antes ocupadas pelo sucedido. Deve-se, nesse ponto, registrar que, mesmo sucedendo o falecido em suas posições passivas, o herdeiro não responde por dívidas que ultrapassem as forças da herança⁶⁷.

Exame mais detido merecem os direitos pessoais (e não os personalíssimos), tais quais os de direito de família, por exemplo. Na doutrina nacional, comumente se identificam direitos de índole pessoais sucessíveis (RIZZARDO, 2018; DIAS, 2011; MIRANDA, 1968), admitindo, inclusive, a promoção ou continuação de ações de estado pelos herdeiros, a exemplo da nulidade matrimonial, da anulação de registro civil e da negatória de paternidade – esta última, por disposição expressa da lei, somente se permite a continuidade da ação pelos herdeiros e não sua propositura. Explicam a aparente contradição na possibilidade ou não de apreciação ou repercussão econômica do direito de índole pessoal, fazendo desse marco a distinção entre as posições sucessíveis e as que se extinguem com a morte do titular.

Interessante é a abordagem do tema por Ascensão (1989, p. 44) para quem uma situação jurídica só deve ser considerada de natureza pessoal quando tiver na sua base “um preponderante interesse ético ou moral do indivíduo”, razão por que impassível de sucessão. Lado oposto, quando a situação jurídica se assentar em um interesse econômico ou material, será definida como uma situação patrimonial, naturalmente passível de sucessão.

À vista do que foi explicitado, pode-se resumir como o objeto da sucessão todas as posições e situações que engendram algum grau de apreciação econômica ou, ainda, simplesmente referindo que são passíveis de sucessão os direitos patrimoniais (excluídos, é claro, os ligados à personalidade do autor da herança, a exemplo do contrato de

⁶⁷ “Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

prestação médica ou jurídica)⁶⁸. Com essa exposição, dá-se conta da abrangência do que se tutela no dispositivo constitucional em estudo.

São destinatários desse direito fundamental os sucessores de modo geral, instituídos por lei ou por última vontade em testamento. Os sucessores definidos pela lei, denominados de herdeiros legítimos, são os parentes enumerados na regra do artigo 1.829 do Código Civil vigente⁶⁹, acrescidos dos cônjuges e companheiros do sucedido. Paralelamente aos herdeiros legítimos, pode o titular do patrimônio instituir por testamento herdeiros ou legatários, sendo essa faculdade ilimitada na ausência de herdeiros necessários⁷⁰. Na sequência, precisamente no terceiro capítulo, serão feitos os detalhamentos e refinamentos pertinentes ao tópico.

Cumprе esclarecer que, para os propósitos deste trabalho, a ênfase será dada desde logo aos sucessores legítimos e legitimários

⁶⁸ Discorda-se, portanto, da avaliação de Felipe Gomes (2015, p. 91) que, em sua tese de doutoramento, diz com relação ao tema: “Em segundo lugar, a quase totalidade dos elementos componentes do acervo patrimonial sucessível encerra um valor econômico; entretanto, certas posições jurídicas, transmissíveis mortis causa, não são passíveis de apreciação econômica. Como exemplo, é possível lembrar o direito dos herdeiros de continuar o processo de reconhecimento de filiação, caso o filho, que tenha iniciado a ação, venha a falecer, e a competência dos herdeiros para impetrar a ação, se o de cujus era menor ou incapaz (art. 1606, do Código Civil)”. Nesse caso, há um inegável conteúdo econômico, preponderante até, se for considerado que o suposto filho já terá falecido em ambos os casos. Não sendo essa a hipótese, vem sendo admitido o direito de os netos de investigarem a relação avoenga com o suposto pai de seu pai (avô), falecido sem procurar firmar o vínculo parental, em claro reconhecimento de um direito de personalidade dos próprios netos a justificar a investigação da relação avoenga. Sobre o tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 807849/RJ, Segunda Seção, relatora Min. Nancy Andrighi, em 24.03.2010.

⁶⁹ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge [ou companheiro] sobrevivente, salvo se casado [ou convivente] este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge [ou companheiro] ;III - ao cônjuge sobrevivente [ou companheiro]; V - aos colaterais.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002). Observa-se que o acréscimo feito na regra, relativamente aos companheiros, justifica-se por imposição dos julgamentos, com repercussão geral, dos RE n. 646.721 e RE 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰ A matéria pode ser encontrada nos seguintes artigos do Código Civil de 2002: “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”; “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”; e, “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

(necessários), sendo possível a eles referir-se como herdeiros, uma vez que, diferentemente do legatário (sucede em determinada posição jurídica do falecido), sucederão na universalidade das posições jurídicas do falecido.

Sendo assim, as análises seguintes priorizarão, por pertinência ao tema central da Tese, os herdeiros legítimos e, mais amiúde, especialmente no terceiro capítulo, os necessários. Eventualmente, referências aos testamentários podem ser destacadas para efeito comparativo ou distintivo dos legítimos.

Conforme já assentado nesta Tese, ao se cogitar do conceito de suporte fático *lato sensu*, deve-se somar ao suporte fático em sentido estrito (âmbito de proteção) as intervenções e o consequente jurídico. A pretensão dos próximos tópicos justifica-se nesta medida: analisar, a partir da perspectiva da compatibilidade constitucional e da regra da proporcionalidade algumas situações sucessórias, pondo-se à prova a teoria dos princípios para as respectivas diferenciações entre restrição e violação ao direito fundamental à herança.

3.4 A (IM)PRESCRITIBILIDADE DO DIREITO-PRETENSÃO DE PEDIR A HERANÇA: A PETIÇÃO DE HERANÇA SOB A LENTE DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

Consigna-se, inicialmente, que o termo “pretensão” será aqui utilizado no sentido dado por Alexy (2011) para definir a posição jurídica relativa a “direito a algo”, recapitulando a formulação por ele proposta: “a” tem, em face de “b”, um direito a “h”, lida como “a” (herdeiro preterido, legítimo ou testamentário) tem contra “b” (quem quer que esteja na posse da herança, com ou sem título) o direito de exigir-lhe “h” (a restituição da herança ou de quinhão dela que lhe cabe por designação legal ou testamentária).

A opção por tratar desse tema específico como paradigma funda-se na dissonância havida entre os juristas nacionais desde longa data, fato que produziu e ainda (re)produz uma doutrina inconsistente e pouco coesa, incapaz de fazer frente ao posicionamento jurisprudencial assentado no país, sob a óptica deste trabalho incompatível com a fundamentalidade do direito de herança.

Primeiramente, cabe uma definição acerca do que representa a petição de herança. Em um primeiro momento, poder-se-ia simplesmente referir que se traduz na pretensão de alguém que possui a qualidade de herdeiro da pessoa de cuja sucessão se trata de buscar o seu

quinhão sucessório. Porém, uma explicação adicional ainda se faz necessária: relevante que tal herdeiro, legítimo ou testamentário, tenha sido preterido na atribuição da herança. A partir desse refinamento teórico, pode-se afirmar que, antes de julgada a partilha, cabe ao herdeiro simplesmente habilitar-se nos autos. Caso transitada em julgado partilha que não contemple o herdeiro, cuja prova dessa qualidade não depende de ação declaratória, sendo esta pré-constituída, faculta-se ao prejudicado lançar mão tanto da petição de herança, quanto buscar a rescisão da partilha que o preteriu⁷¹ ou, ainda, a nulificação da partilha operada em prejuízo de seu quinhão sucessório.

Consideradas essas peculiaridades, vê-se que a petição de herança se mostra mais comumente utilizada por alguém que busca o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro e, a partir daí, seu direito sucessório – não raro se apresentando na forma do cúmulo de ações de natureza sucessiva – **investigação de paternidade cumulada com petição de herança** ou de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com petição de herança. Reconhecida a qualidade de herdeiro (com a procedência da investigatória ou da declaratória de união estável), a procedência da ação petítória garantir-lhe-á o direito à herança. Nesse aspecto, o art. 1.824 do Código Civil vigente deixa clara a sua dupla finalidade – demandar o reconhecimento de seu direito sucessório (comprovado o seu *status* de herdeiro), visando à restituição de seu quinhão hereditário⁷². Em seu cerne, a petição da herança visa à devolução do quinhão sucessório ao herdeiro preterido, tendo a comprovação de sua qualidade de herdeiro um caráter prejudicial à pretensão. Por isso, diz-se que o provimento da ação de petição de herança tem dupla carga de eficácia: declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória quanto à restituição de seu quinhão⁷³. Também importa aqui distinguir a petição de herança da ação reivindicatória. Em que pese o traço comum de serem ações de cunho real – a petição de

⁷¹ Conforme preceitua o Código de processo Civil de 2015: “Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença: [...] III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja” (BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015.).

⁷² Cita-se o dispositivo correspondente do Código Civil vigente: “Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuiu” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁷³ Dias (2011, p. 619) afirma que a sentença que declara a condição de herdeiro e condena quem está na posse da herança a entregá-la promove verdadeira “devolução” a quem é titular desde a abertura da sucessão. “Por isso, os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão”.

herança tem cunho real imobiliário, por força do art. 80, III, do Código Civil –⁷⁴, distanciam-se pelo fato de que, na petição de herança, reclama-se uma universalidade, referindo-se a um conjunto de posições jurídicas economicamente apreciáveis antes titularizado pelo sucedido e agora, após a abertura da sucessão, pelo herdeiro peticionante⁷⁵. Na reivindicatória, a pretensão do proprietário tem por objeto bem específico e determinado do possuidor que injustamente o alija da coisa, com fulcro no seu direito de seqüela.

Interessante notar que, a despeito da similitude e vinculação entre a reivindicatória e a petição de herança, essas demandas recebem tratamentos jurisprudenciais muito díspares no que concerne à prescrição.

Antes, porém, de examiná-los, cumpre abrir um parêntesis e deixar assentado de que se trata de prescrição e não de decadência dos respectivos direitos⁷⁶.

Tanto em um caso como no outro, nota-se que a pretensão de restituição nasce com o desrespeito ao direito subjetivo tutelado: no caso da petição de herança, a pretensão de devolução surge com a indevida apropriação da herança ou parte dela por outrem, enquanto, na reivindicatória, com a posse injusta da coisa reclamada. Não se verifica, nessas hipóteses, um poder, ou, na expressão de Alexy (2011), uma competência a ser exercida diretamente por seu titular, independente de uma prestação do obrigado que, diante de um poder, estaria vinculado a uma relação de sujeição. Essa distinção torna clara a aplicação da prescrição quando em jogo um direito subjetivo de exigir uma obrigação em face de outrem, em contraposição a um poder de sujeitar outrem a um exercício direto de uma competência, hipótese que remete à decadência.

A despeito de possuírem a mesma finalidade – a segurança jurídica e, em última instância, a paz social – a legislação civil regula de maneira distinta os institutos da prescrição e da decadência. A prescrição encontra, no artigo 205 do Código Civil, em sua regra geral,

⁷⁴ “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: [...] II - o direito à sucessão aberta. [...]”. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁷⁵ Conforme a redação do art. 91 do Código Civil de 2002: “Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁷⁶ Uma nota fundamental deve ser feita acerca da concepção de que a prescrição não fulminaria o direito como a decadência. Noronha (2003, p. 60), em crítica a essa posição, reflete: “Não parece exata a opinião ainda hoje prevalente, segundo a qual a prescrição não implica a perda do direito, paralisando apenas o respectivo exercício: se o direito persiste, caberia ao processo, que é meramente instrumental, assegurar-lhe o exercício”.

o prazo decenal para todos os casos nos quais inexistente previsão de outro prazo prescricional específico. A decadência, por sua vez, deve ser expressamente disciplinada por lei, consoante o caso regulado, ou decorrer de ajuste entre as partes. Vale dizer que não há uma previsão geral de decadência como acontece com a prescrição. Sob o ângulo processual, costuma-se, ainda, distinguir os provimentos de cunho condenatório – sujeitos à prescrição –, dos de cunho (des)constitutivo – sujeitos à decadência – e dos de caráter meramente declaratório – não sujeitos a qualquer prazo, seja de prescrição ou de decadência⁷⁷.

A partir desses breves esclarecimentos, poder-se-ia supor que tanto a pretensão reivindicatória quanto a de petição de herança estariam sujeitas à prescrição, porquanto tratam do direito subjetivo de exigir de outrem uma determinada conduta ou uma obrigação de fazer, ensejando, nessa medida, um provimento de natureza condenatória. E ainda que na falta de previsão expressa, o prazo prescricional seria regulado pela regra geral de dez anos do artigo 205 do Código Civil de 2002.

No que concerne à petição da herança, a conclusão de sua prescritibilidade no prazo decenal é quase unânime na doutrina e na jurisprudência, concentrando a pouca dissonância quanto ao início desse cômputo⁷⁸.

A doutrina sucessória, todavia, carece de fundamentação constitucional para tão importante limite ao direito fundamental à herança, amparando-se normalmente em argumentos de ordem

⁷⁷ Noronha (2003, p. 62) resume com excelência a distinção: “As ações de simples apreciação, que são aquelas pelas quais se torna certo um direito que é controvertido e as de condenação, condenatórias, pelas quais se exige de outrem uma prestação, assim realizando um direito preexistente e não cumprido, têm na sua base direitos subjetivos propriamente ditos. Já nas ações constitutivas, que são aquelas pelas quais se constitui, modifica ou extingue um direito (...), faz-se puro e simples exercício de um direito potestativo. Ora, as ações constitutivas, e somente elas, podem estar sujeitas a prazos de decadência, o que se compreende, porque somente elas têm na sua base um direito potestativo”.

⁷⁸ Dias (2011, p. 625) defende a prescrição decenal da petição de herança, cuja fluência se inicia com a abertura da sucessão. Idêntica posição se encontra na doutrina de Pena Jr. (2009). Chaves e Rosenvald (2015, p. 192) afirmam a prescritibilidade no prazo decenal, iniciando, contudo, sua contagem não na data da violação ao direito propriamente, mas da data do conhecimento da lesão ao direito subjetivo pelo seu titular. Neves (2009, p. 82) defende a tese de que as pretensões que vinculam provimentos condenatórios sujeitam-se à prescrição decenal, incluindo-se nesse rol a petição de herança e a nulidade da partilha. Miranda (1968, p. 145), encaminhando pensamento diverso, dispõe: “A cada novo ato ou fato tem o ofensor a posição de sujeito passivo da pretensão e da ação de petição de herança, devendo restituir tudo o de que antes se apoderou como se herdeiro fosse, ou como se seu fosse. Daí o início da prescrição somente ser a partir do último ato de tomada de posse”.

estritamente processual, como a natureza do provimento buscado em juízo⁷⁹.

Sem destoar dessa posição, a jurisprudência nacional tem entendido ser a ação de petição de herança prescritível desde a vigência do Código Civil de 1916, período em que a matéria restou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, contendo o seguinte enunciado: “Súmula 149. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”⁸⁰ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Tendo até os dias atuais tal súmula como parâmetro, os precedentes relativos à petição de herança reconhecem sua prescrição, hoje decenal em razão do artigo 205 do Código Civil de 2002, a contar da abertura da sucessão. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em caráter de exceção à regra anterior, decidiu que o termo inicial da prescrição da petição de herança seria contado a partir do reconhecimento póstumo da paternidade⁸¹. Porém, nos casos em que o

⁷⁹ Exemplifica o afirmado os argumentos defendidos por Chaves e Rosenvald (2015, p. 190-191) no que tange à prescrição da petição de herança.

⁸⁰ Note-se que o prazo prescricional unanimemente aplicado à petição de herança antes da vigência do Código Civil atual era o de vinte anos que, segundo Miranda (1968), decorreria da confusão acerca da natureza real da ação de petição de herança, devendo aplicar-se, portanto, o prazo de dez anos entre presentes e quinze anos entre ausentes, como disciplinava o art. 177 do Código Civil de 1916 para as ações de natureza real.

⁸¹ Confira-se a ementa do julgado: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. 2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. (BRASIL. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.475.759/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 17.05.2016, DJe de 20.05.2016). E, mais recentemente: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. [...] 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescribibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento ‘post mortem’ da paternidade, o prazo para

herdeiro ostenta prova pré-constituída dessa condição a prescrição decenal teria seu termo inicial na abertura da sucessão como regra geral.

Registra-se que, paradoxalmente ao tratamento dado à petição de herança, os precedentes da Corte Superior são pacíficos quanto ao entendimento de que a pretensão reivindicatória é imprescritível, encontrando somente na prescrição aquisitiva o seu limite temporal⁸².

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a sucessão opera-se de pleno direito com a morte do autor da herança⁸³, também conhecida como direito de *saisine*, retroagindo os efeitos da posterior aceitação à data da abertura da sucessão. A aceitação, portanto, não tem o condão de transmitir a herança, mas de tão somente confirmá-la, tornando jurídica a sucessão virtualmente ocorrida na data do óbito da pessoa sucedida. Sob essa perspectiva, dúvidas não há no contexto jurídico nacional acerca do domínio e da posse do patrimônio hereditário por parte dos herdeiros legítimos e/ou testamentários, ainda que na forma de comosse e condomínio.

Conseqüentemente, aberta a sucessão, o herdeiro titulariza desde logo o patrimônio hereditário, mesmo que, havendo coerdeiros, o faça de modo indiviso e não individualizado. A petição de herança, em que pese sua nomenclatura, não se traduz em “pedido” do herdeiro de algo

o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. [...] 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

⁸² Conforme as ementas: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - USUCAPÃO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA DE DEFESA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 330, I DO CPC - ÔNUS DA PROVA - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE - SÚMULAS 07/STJ E 284/STF - INCIDÊNCIA. I - O direito de propriedade é perpétuo, extinguindo-se somente pela vontade do dono, ou por disposição expressa de lei, nas hipóteses de perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião. Neste último caso, a perda da propriedade se opera em decorrência da prescrição aquisitiva, mas não em função do prazo estabelecido no art. 177 do Código Civil” (BRASIL. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 144330/AC, DJ de 29.11.1999). E, ainda: “AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO OCORRENTE. VERBETE Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. Pacífica a jurisprudência do STJ no mesmo sentido do acórdão recorrido, incide o óbice do verbete n. 83 da Súmula desta Corte. Agravo improvido” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004).

⁸³ “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

novo, que já não lhe pertença desde a morte da pessoa sucedida. A semelhança com a reivindicatória, nesse aspecto, é inegável, porquanto em ambas se tem a pretensão de restituição, de devolução de coisa ou coisas, singular ou universalmente consideradas, ao titular do domínio. Na petição de herança, a prova do domínio faz-se a partir da qualidade de herdeiro e na reivindicatória a partir do seu registro no Registro Imobiliário. Vale frisar, uma vez mais, que, se a morte do sucedido transfere ao herdeiro a posse e o domínio do patrimônio hereditário, tornando-o titular das posições jurídicas que outrora ocupava, o tratamento da prescrição aplicado à pretensão de buscar a devolução de seu quinhão hereditário de quem, com título ou sem, o possuía não merece qualquer distinção da interpretação conferida à reivindicatória⁸⁴.

No ordenamento jurídico português, por exemplo, a ação de petição de herança é definida expressamente como imprescritível, porém o mesmo não acontece em relação ao do poder de aceitar a herança – sujeito este à decadência no prazo decenal⁸⁵. Outra sensível diferença em relação ao direito sucessório pátrio é que a efetiva transmissão da herança somente acontece com a aceitação. Desse modo, como a petição hereditária pressupõe necessariamente a aceitação da herança e essa última se sujeita a prazo decadencial, tal caducidade acaba limitando temporalmente a pretensão de devolução da sucessão *causa mortis*, ainda que indiretamente.

No Brasil, a aceitação – como “direito” potestativo ou competência – não encontra previsão de prazo decadencial, devendo ser entendida como não sujeita à caducidade. A despeito disso, a pretensão de reaver a herança ou parte dela encontra em sede doutrinária e

⁸⁴Para Orlando Gomes (2008, p. 265), a ação de petição de herança é imprescritível qualquer que seja a natureza que a ela se atribua: caso prepondera o entendimento de uma natureza real, não estará sujeita aos prazos prescricionais, assim como acontece com a ação reivindicatória; se, por outro lado, prevalece a posição de natureza pessoal, com mais razão ainda se imporia a não prescritibilidade, uma vez que o reconhecimento da qualidade hereditária de alguém não se pode perder pelo “não uso”.

⁸⁵ “ARTIGO 2050º (Efeitos) 1. O domínio e posse dos bens da herança adquirem-se pela aceitação, independentemente da sua apreensão material. 2. Os efeitos da aceitação retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão. [...] Artigo 2059º (Caducidade) 1. O direito de aceitar a herança caduca ao fim de dez anos, contados desde que o sucessível tem conhecimento de haver sido a ela chamado. [...] Artigo 2075º (Ação de petição). 1. O herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a consequente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possuía como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título. 2. A ação pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no artigo 2059º.” (PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL, 2013).

jurisprudencial uma grave limitação às garantias jusfundamentais de sucessão *causa mortis* e de propriedade. Cumpre analisar o problema da prescrição decenal sob o escrutínio da teoria alexyana a fim de concluir por sua compatibilidade ou não com a CRFB de 1988.

A interpretação tradicionalmente dada ao problema pelo Poder Judiciário não é pautada pelo direito fundamental à herança ou mesmo pelo direito fundamental à propriedade, embora devesse ser. Parte-se, então, do pressuposto que entender a petição de herança como uma pretensão sujeita à prescrição extintiva traduz-se em restrição de normas jusfundamentais e, nessa toada, a análise da conformidade dessa inteligência com a CRFB de 1988 deve submeter-se à regra da proporcionalidade.

Vencida a primeira etapa, concernente à verificação de que a interpretação dada constantemente pelos tribunais afeta direitos fundamentais – sucessão e propriedade –, passa-se à segunda, consistente em determinar se a restrição encontra ou não autorização constitucional expressa ou não. Na hipótese, o direito fundamental à herança não contém restrição diretamente constitucional ou mesmo expressa menção à reserva de lei, enquanto o direito de propriedade possui cláusula restritiva diretamente constitucional respeitante à função social.

Em relação ao direito fundamental à herança, cujo âmbito de proteção, conforme assentado, é amplo, tem-se na noção de prescrição decenal do direito de petição uma limitação importante que merece ser analisada a partir de eventual colisão de princípios igualmente fundamentais. Isso porque de nada adianta a positivização de um direito cujo exercício carece de tutela suficiente. Poder-se-ia, a propósito da metodologia da proporcionalidade, invocar o princípio implícito da segurança jurídica, deduzido primordialmente do inciso XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) da CRFB de 1988. Nada obstante seja o conceito de direito adquirido um tanto tautológico – **aquele que ingressou definitivamente no patrimônio jurídico de alguém** –, a ideia fundante é a de tutelar posições e situações jurídicas consolidadas e, no caso da prescrição, tendo-se em conta que essa consolidação se operou pelo decurso do tempo e inércia de quem poderia opor resistência e não o fez. Superada a terceira etapa – identificada a colisão entre o direito de herança e a segurança jurídica –, cumpre examinar a necessidade de um limite temporal à pretensão de restituição da herança. A resposta deve ser afirmativa. Verifica-se, sim, a importância de alguma limitação temporal ao direito subjetivo de exigir de outrem a devolução da

herança ou parte dela, sob a pena de menoscabo às situações ou posições jurídicas consolidadas no meio social e de caos nas relações intersubjetivas. Outra pergunta deve ser posta na equação: a prescrição extintiva da pretensão petitoria é o meio adequado para atender a finalidade de respeito às situações consolidadas e de paz social? Há outra menos gravosa que atinja o fim desejado com igual sucesso? Tais questionamentos concernem ao exame da adequação. Uma medida pode ser necessária, mas inadequada ou inexigível por haver outra, menos gravosa ao titular do direito fundamental afetado que se revele igualmente apta à consecução do propósito visado pelo legislador constituinte. Nesse contexto, a prescrição aquisitiva revelar-se-ia até mais consentânea à noção de direito adquirido e de posição jurídica consolidada merecedora de tutela constitucional capaz de restringir outro direito de mesma envergadura. Ainda, o sacrifício ao direito de reclamar a herança de quem a possui indevidamente tolhe sobremaneira a norma jusfundamental em foco, em contraposição à tutela de um “suposto” direito adquirido ao beneficiário. No exame da máxima da necessidade, tem-se que a prescrição aquisitiva tem o condão de sacrificar integralmente o direito fundamental à herança em face da plena realização do direito contraposto, desde que se trate de um direito efetivamente consolidado ou adquirido – somente na prescrição aquisitiva o domínio está consolidado pelo decurso do tempo e inércia de seu titular.

Logo, a conclusão acerca da prescrição extintiva do direito à petição de herança não se sustenta diante do exame da adequação, da necessidade e do sopesamento. Tal grau de afetação das posições *prima facie* dos titulares do direito fundamental à herança – produzida pela aplicação da prescrição decenal do artigo 205 do Código Civil de 2002 – se mostra incompatível com a CRFB de 1988 e com a norma jusfundamental em comento.

Sob a perspectiva de o herdeiro ser proprietário a contar da abertura da sucessão e, conseqüentemente, de afetação ao direito fundamental à propriedade privada, a solução não se afigura diferente. Perfazendo-se idêntico roteiro, a conclusão acerca da prescrição aquisitiva ser o limite adequado ao respeito às situações e posições jurídicas consolidadas não se altera, mesmo se contraposta à função social da propriedade. Afinal, a usucapião – enquanto prescrição aquisitiva da propriedade – é essencialmente a expressão de sua função social. Nessa ambiência jurídico-constitucional, a admissão da prescrição extintiva do direito de pedir a devolução da herança ou,

ainda, da pretensão reivindicatória não se mostra adequada ou mesmo proporcional aos fins perseguidos pelo Estado de Direito brasileiro.

De outro vértice, tendo em mira que os princípios são mandamentos de otimização, a prescrição aquisitiva revela-se o meio mais idôneo para realizar, na maior medida possível, os valores constitucionais colidentes.

Assim, os precedentes das Cortes Estaduais e da Corte Superior que consagram a prescrição extintiva da petição de herança devem harmonizar-se com os que assentam ser a pretensão reivindicatória limitada à prescrição aquisitiva. Pelas razões já enumeradas, unicamente a prescrição aquisitiva pode operar uma autêntica restrição no direito fundamental à herança – observado o fundamento constitucional e a aplicação da regra da proporcionalidade –, capaz também de embasar devidamente a atuação judicial. Aplicada a prescrição extintiva à petição de herança na decisão judicial (que nada mais é do que uma norma individual na teoria adotada), violado restará o direito fundamental aqui tratado. Estar-se-á diante de uma decisão incompatível com a CRFB de 1988.

3.5 A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DOS FILHOS CONCEBIDOS *POST MORTEM* NA SUCESSÃO LEGÍTIMA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

O fenômeno sucessório subentende não apenas a morte – física ou presumida – de uma pessoa natural, que deixa um plexo de posições jurídicas economicamente apreciáveis, mas também pressupõe que seus sucessores sejam dotados de legitimidade ou capacidade sucessória para recebê-las do finado. A essa prerrogativa chama-se vocação hereditária.

Como o tema a que se propõe a subseção é bastante específico, tratar-se-á doravante da morte real da pessoa natural, ensejando sua sucessão aos legitimados pela lei, podendo-se excepcionalmente voltar a atenção para a legitimação testamentária tão somente e o quanto preciso para diferenciá-la da sucessão legítima.

Nos termos do artigo 1º do atual Código Civil, “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, significando a aptidão genérica para titularizar relações jurídicas no universo social. Essa capacidade, que geralmente é associada à personalidade jurídica, não se confunde com a capacidade de fato, traduzida na aptidão da pessoa de exercer pessoalmente os atos da vida civil, tendo em conta suas peculiaridades específicas (destacadamente a idade), ou necessitando, para essa atuação, de representação ou assistência legal.

Um dos requisitos que antecede à legitimação é a personalidade jurídica, atribuída esta pelo ordenamento jurídico a toda pessoa física que nasce com vida, consoante o enunciado do art. 2º do Código Civil de 2002: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Na visão tradicional, o conceito de personalidade jurídica praticamente se identifica ao de capacidade de direito, expressando a aptidão legal de ser sujeito de direitos. Porém, a personalidade civil da pessoa natural é muito mais do que isso. Ela pode ser definida como inerente a todo ser humano que, por sua vez, protagoniza as preocupações do ordenamento jurídico atual, a começar pela CRFB de 1988. A personalidade civil confere um conjunto de posições jurídicas à pessoa física – destacadamente as de natureza existenciais –, tendo na dignidade humana sua premissa maior. Nesse contexto, a capacidade jurídica se apresenta como emanção da própria personalidade civil do homem, dando-lhe contorno de sujeito de direito, ou, ainda, a dignidade de pessoa humana, enquanto a capacidade de exercício representa a medida de sua expressão.

Percebe-se que os conceitos de personalidade civil e de capacidade jurídica são elementos indispensáveis para cogitar-se de legitimação ou de vocação hereditária, tanto em relação à pessoa física quanto à pessoa jurídica.

A legitimação para suceder traduz-se em uma capacidade especificada por um determinado ramo do direito, significando que, em razão de parentesco, conjugalidade ou testamento, certa pessoa física ou jurídica possui aptidão para titularizar posições jurídicas antes da morte ocupadas pelo sucedido e em razão dela a si transmitidas.

No ordenamento pátrio, a vocação hereditária pressupõe a legitimação para suceder. A legitimação para suceder na sucessão legítima é disciplinada no artigo 1.798 do Código Civil, enquanto a testamentária encontra a sua regulamentação no artigo 1.799 do mesmo Diploma Legal⁸⁶.

⁸⁶ “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Percebe-se que a legitimação na sucessão testamentária se dá não apenas em relação a pessoas naturais – nascidas, concebidas ou ainda sequer concebidas, como também contempla as pessoas jurídicas.

O problema em foco diz respeito exclusivamente à legitimação hereditária passiva na sucessão legítima, motivo por que a ela se aterá a análise da filiação *post mortem*, seja por inseminação homóloga ou heteróloga.

De modo coerente e desencadeado, a legitimação hereditária na sucessão legítima, estabelecida no citado artigo 1.798 do Código Civil brasileiro, complementa a regra da transmissão automática da posse e do domínio da herança com a morte da pessoa sucedida, enunciada no artigo 1.784 do Código Civil brasileiro. Isso porque, se a sucessão ocorre *ipso iure* com a morte do autor da herança, faz todo o sentido que a legitimação pressuponha a existência jurídica de sucessíveis **nascidos ou pelo menos já concebidos na ocasião**.

Nota-se que o ordenamento pátrio não ignora a situação do concebido ainda não nascido à época da abertura da sucessão, pois, apesar de condicionar a personalidade civil ao nascimento com vida – e, assim, a dignidade de sujeito –, põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Evidente que tal previsão legal, cuja redação remonta ao Código Civil de 1916, pressupunha uma concepção natural, tanto que o tratamento do concebido se identifica com o de nascituro, ou seja, aquele que está no ventre da mãe por nascer. A regra funda-se na premissa de que todo concebido é também um nascituro e, nesse sentido, resguarda os direitos do “nascituro” desde a concepção. Porém, toda a lógica e coerência do ordenamento nessa matéria restaram fragilizadas a partir do momento em que a ciência médica reprodutiva conseguiu dissociar relacionamento sexual de procriação: diferentemente do passado, atualmente pode existir um enorme hiato entre a concepção e o nascimento, abalando a tradicional conceituação de nascituro.

Algumas teorias buscam elucidar o *status* jurídico do nascituro, diferenciando o concebido já implantado no ventre materno daquele que ainda não logrou essa etapa de seu desenvolvimento como pessoa humana. Para a teoria natalista, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, vindo na proteção ao nascituro uma mera expectativa de direito. O que os adeptos dessa corrente falham em explicar é como o ordenamento tutela uma série de posições jurídicas relacionadas aos direitos de personalidade do nascituro – direito à vida, ao *status* família e pelo reconhecimento precedente ao nascimento (parágrafo único do artigo 1.609 do CCB/02), direito à integridade

física, dentre outros – ao mesmo tempo em que a condição de pessoa e a atribuição de personalidade civil lhe é negada.

Em terreno intermediário, embora lindeiro à teoria natalista, a corrente da personalidade condicional entende que a personalidade civil tem início na concepção, porém sua eficácia fica condicionada ao nascimento com vida. Tal teoria peca por desconsiderar direitos tutelados de forma autônoma e não condicionados ao nascimento com vida, como o direito à própria vida.

Por fim, tem-se a teoria concepcionista, que parece ser a que melhor se coaduna com o valor da pessoa humana erigida na CRFB de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. A partir dela, o conceito de nascituro ganha outra perspectiva, englobando, necessariamente, o embrião ainda não implantado, justamente porque a personalidade civil tem início com a concepção⁸⁷, assim como a tutela de seus direitos existenciais, ainda que a eficácia de direitos de cunho preponderantemente patrimoniais se condicione resolutivamente ao nascimento sem vida. Nesse particular, distinguem-se personalidade civil de capacidade jurídica⁸⁸.

A ampliação do conceito de nascituro para abrigar a de embrião não implantado mostra-se mais adequada, inclusive em termos bioéticos, porquanto a distinção entre concebido implantado como nascituro e concebido ainda não implantado como coisa diversa, significa o desbaste da pessoa humana conforme as etapas de seu desenvolvimento.

De qualquer modo, o dispositivo legal que regula a capacidade sucessória na sucessão legítima não faz menção ao nascituro, mas ao concebido. Confere, portanto, legitimação sucessória à pessoa já

⁸⁷ Conquanto não se desconhece a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, mister registrar que a autorização das pesquisas em células-tronco embrionárias se limita a embriões inviáveis, vale dizer, os produzidos nos processos de reprodução humana assistida e descartados para efeito de implantação. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

⁸⁸ Esse posicionamento corresponde ao defendido Chinelato (1999), que pode ser aprofundado em sua obra “Tutela civil do nascituro”. Também para o aprofundamento da abordagem bioética em relação ao problema da filiação, cujo tratamento neste trabalho extrapolaria o foco proposto, sugere-se a leitura de textos complementares “A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional”, de Renata Gomes (2004), constante da obra “Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito”. Ainda, para um viés bioético do direito penal, tem-se em “Imaculada concepção – nascendo *in vitro* e morrendo *in machina*: aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no direito penal comparado”, de Santos (1993).

concebida na abertura da sucessão, estando ou não, nessa oportunidade, implantada no útero materno.

Como se pode presumir, o concebido implantado (nascituro, na conceituação tradicional) ou, ainda, o que teve seu processo de desenvolvimento embrionário estagnado pela criopreservação (concebido ainda não implantado) têm legitimação passiva na sucessão legítima, uma vez que a concepção precede em ambos os casos a abertura da sucessão⁸⁹.

No liame da existência humana, localiza-se, pois, a problemática referente às pessoas concebidas após a abertura da sucessão, lembrando que, diferentemente dos tempos iniciais da vigência do Código Civil revogado, atualmente a medicina reprodutiva permite a fecundação *in vitro* ou a inseminação artificial na modalidade *post mortem*.

Embora reconhecida a filiação da pessoa concebida por qualquer técnica de reprodução humana assistida homóloga⁹⁰, mesmo que realizada após a morte do genitor – conforme a presunção de paternidade extraída dos III e IV do artigo 1.597 do Código Civil de 2002⁹¹ – a sua condição de sucessora legítima permanece aviltada pela limitação dos artigos 1.784 e 1.798 do referido Diploma Legal. Na técnica que envolve a utilização de gametas de doador – inexistindo, portanto, com o falecido vínculo biológico –, a presunção de filiação se sujeita à sua inequívoca autorização para tanto.

⁸⁹ Essa é hoje a posição majoritária da doutrina sucessória, ainda que sujeita a alguns percalços na jurisprudência: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Inventário – Decisão que reconheceu a capacidade dos embriões, deixados pelo de cujus, para serem herdeiros em igualdade de condições com os filhos agravantes, e que determinou o pagamento de R\$ 8.000.000,00, a título de legado, à esposa do falecido (...). EMBRIÕES - Capacidade sucessória - Questão que é objeto de outra demanda (tutela provisória de urgência de natureza antecipada), ajuizada pelos aqui agravantes, recentemente julgada procedente - Desnecessidade e inoportunidade de, no inventário e neste momento, analisar a questão e considerar os embriões como herdeiros, ainda que condicionada a eventos incertos (implantação e nascimento com vida) - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para afastar, por ora, a capacidade sucessória dos embriões”. (SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

⁹⁰ Chama-se de homóloga a técnica que utiliza apenas o material genético do casal de genitores e de heteróloga a técnica que compreende a utilização de gametas de doadores ou de útero de terceira mulher para a gestação do feto (LEITE, 2004).

⁹¹ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Entende-se inconstitucional a limitação da vocação hereditária na sucessão legítima aos ainda não concebidos à época da morte do autor da herança. Qualquer que seja a hipótese de filiação, o simples fato de haver um vínculo familiar entre a pessoa falecida e a concebida após a sua morte deveria ser suficiente para ensejar, em favor da última, legitimação sucessória.

Poder-se-ia fazer um paralelo com a adoção póstuma, viabilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como uma possibilidade concreta, desde que incontestemente a intenção de adotar da pessoa cujo falecimento tenha ocorrido antes de concretizar tal propósito. Sabe-se que a sentença de adoção tem eficácia constitutiva, operando-se seus efeitos a contar do trânsito em julgado (*ex nunc*). Todavia, em respeito absoluto à pessoa adotada postumamente e sobretudo para assegurar-lhe direitos sucessórios, prevê-se excepcionalmente força retroativa à adoção póstuma a contar da data do óbito do adotante.⁹² Ora, a procriação assistida, seja homóloga ou heteróloga, também pressupõe um desejo inequívoco de filiação, mais ainda, um projeto parental posto em prática, a despeito de não plenamente realizado na data da abertura da sucessão. Qual a justificativa para tratamentos tão díspares? Note-se que na adoção póstuma a própria qualidade de filho precisa ser constituída para, só então, ganhar efeito retroativo, enquanto na concepção *post mortem* tal *status* decorre de previsão legal expressa, porém sem efeito retroativo para fins sucessórios, a teor dos artigos 1.784 e 1.798 do CCB/02. Por que no primeiro caso a regra geral pode conter uma exceção e no último não? São realmente as regras limitadoras da sucessão do concebido *post mortem* autênticas restrições ou configuram graves violações ao direito fundamental de herança?

Recorre-se, uma vez mais, à regra da proporcionalidade para mediar a análise da compatibilidade ou não dos dispositivos legais com a fundamentalidade do direito à herança.

Como já visto no exemplo anterior, a primeira etapa consiste em verificar se a aparente restrição refere-se a um direito fundamental. As mencionadas regras, ainda que no propósito de conformar meramente o exercício do direito sucessório garantido constitucionalmente, acabam por afetar posições *prima facie* garantidas, pois a norma jusfundamental

⁹² “Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. [...] § 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. [...]” (BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

assegura o direito à herança sem ressalvas ou limites prévios. Desse modo, aplicar-se-á a regra da proporcionalidade para aferir a natureza dessa limitação: se autêntica restrição ou violação ao direito fundamental à herança. Deve-se perguntar, na sequência, se existe colisão de direitos a justificar o estabelecimento de uma restrição, cuja repostagem, adianta-se, é afirmativa. A legitimação sucessória (art. 1.798 do CCB/02) restrita a pessoas nascidas ou já concebidas ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.784 do CCB/02) respeita à tutela da segurança jurídica e da situação consolidada dos demais herdeiros, nos termos do exemplo anterior. Isso porque, superada essa regra, a solução final de uma sucessão poderia ficar por algum tempo sujeita às idiossincrasias afetas às técnicas de reprodução humana *post mortem*. Em última instância, refere-se, também, ao direito fundamental de herança dos sucessores existentes à época da abertura da sucessão, quando efetivamente se operou a transmissão hereditária das relações jurídicas antes ocupadas pelo sucedido. Na hipótese, vê-se claramente que o direito fundamental à herança de um pode colidir com o direito fundamental à herança de outro, pois todos os envolvidos são *prima facie* dele titulares. Quanto à adequação dos preceitos legais em estudo, deve-se perquirir se a limitação à legitimação sucessória das pessoas concebidas *post mortem* atende ao fim visado pela norma jusfundamental colidente – a segurança jurídica em torno da herança recebida pelos sucessores existentes à época da abertura da sucessão e de eventuais terceiros de boa-fé que com eles tenham negociado. Em relação aos terceiros, cumpre o registro de que possuem tutela específica concernente aos negócios jurídicos realizados com herdeiro aparente⁹³. Acredita-se, pois, que a medida não satisfaz de maneira “ótima” a norma jusfundamental que assegura o direito à herança, na medida em que o realizaria em relação a alguns filhos e em relação a outros – **por serem concebidos após o óbito do pai** – o suprime totalmente. Tampouco o princípio da segurança jurídica no meio social é completamente atendido, pois, do ponto de vista das pessoas concebidas por meio dessa técnica, haverá um paradoxo invencível: no mesmo ordenamento em que se faculta o planejamento familiar livre e responsável, reconhecendo-se o vínculo de filiação às pessoas concebidas *post mortem*, é negada a consequência patrimonial mais relevante advinda da

⁹³ “Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

morte do ascendente: o direito à sucessão. Voltando-se à máxima da necessidade, uma medida menos gravosa e que estaria apta a realizar ambos os princípios colidentes sob a perspectiva da otimização seria a reformulação da regra sobre legitimação, com a determinação de um prazo máximo de cinco anos⁹⁴ a contar da abertura da sucessão para que a concepção ocorra – interregno no qual será reservada a parte controversa da herança, permitindo a partilha em relação aos herdeiros já nascidos ou concebidos⁹⁵.

Há, ainda, outros princípios que reforçam essa opção como a mais idônea à realização do direito fundamental à herança da pessoa concebida *post mortem*, sem descuidar do princípio da segurança jurídica relativa aos sucessores detentores da posse e do domínio da herança. Devem-se levar em conta os princípios fundamentais relativos à família, com destaque especial ao da isonomia entre os filhos, conforme o art. 227 da CRFB de 1988, capaz de reforçar o argumento de que a medida imposta a partir da intervenção realizada pelos dispositivos estudados não se afigura a menos gravosa ou a que melhor se compatibiliza com máxima otimização possível entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à herança de maneira igualitária entre todos os filhos, sem discriminação. Nesse particular, convém ressaltar que o artigo 1.798, em complemento ao artigo 1.784, do CCB/02, proporciona uma discriminação científica, baseada na filigrana de um ser humano concebido antes da morte suceder e o outro concebido após aquela ser rechaçado da sucessão legítima. Na etapa do sopesamento, tem-se em conta que quanto maior for o grau de afetação de um direito fundamental, tanto maior terá de ser o grau de realização do princípio colidente. Sob esse aspecto, tem-se uma violação do direito fundamental sempre que uma intervenção considerada grave limite seu âmbito de

⁹⁴ Prazo bastante elástico dado pelo Lei de Biossegurança para a criopreservação de embriões ou de material genético no Brasil. Poder-se-ia, também, utilizar o prazo previsto no § 4º do artigo 1.800, adotando-se para a sucessão legítima o parâmetro da sucessão testamentária das pessoas ainda não existentes na abertura da sucessão, que possui a seguinte redação: “Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...] § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

⁹⁵ Rodríguez (1997), ao comentar o direito espanhol, afirma que os filhos concebidos *post mortem* possuem direito sucessório, inclusive na sucessão legítima, desde que a fecundação com o material reprodutor do pai falecido tenha sido expressamente autorizada por ele em documento autêntico e aconteça em até seis meses a contar da abertura da sucessão.

proteção e, em contrapartida, realize em escala bem menor a promoção do fim constitucional visado pelo princípio que a justifica. Consoante já abordado ao se tratar da máxima da adequação, a intervenção realizada não se qualifica como realizadora em grande medida da segurança jurídica de modo geral. Não bastasse o resultado da ponderação de todos esses princípios, o tratamento dado ao concebido *post mortem* pelas regras em comento – conforme os arts. 1.784 e 1.798 do CCB/02 – fere a dignidade da pessoa humana, e, segundo Perlingieri (2002, p. 33), a tutela da pessoa deve sempre prevalecer sobre a do patrimônio. Idêntico posicionamento assume Andrade (1993, p. 51) ao referir que o uso das técnicas de reprodução assistida é um problema que deve ser situado na matéria jurídico-constitucional e, mais especificamente, na disciplina que trata dos direitos, liberdades e garantias, “[...] na medida em que se refere ao estatuto fundamental da pessoa na comunidade política”. Afirmar-se que tal problema é materialmente constitucional resulta em proceder-se a um enquadramento, bem como a uma resposta normativa, cuja elaboração leve em conta os direitos fundamentais e sobretudo o princípio da dignidade como “limite dos limites”, ou seja, como barreira contra a atividade restritiva das normas jusfundamentais e ao mesmo tempo como valor a ser promovido no meio social pela ordem jurídica⁹⁶.

Conclui-se, com amparo na regra da proporcionalidade, que a medida limitadora da sucessão do concebido *post mortem* viola não apenas o direito fundamental à herança, mas os outros princípios fundamentais de direito de família, notadamente o da isonomia jurídica de todos os filhos. Pior: viola a tutela da dignidade da vida humana, assegurada constitucionalmente, independentemente de seu estágio evolutivo.

A propósito da comparação com a adoção póstuma, em que o próprio legislador, ao ponderar os princípios colidentes, inseriu uma exceção à regra da natureza constitutiva da sentença de adoção para conferir efeito retroativo, o caso do concebido *post mortem* que vem a nascer após o prazo de trezentos dias a contar da abertura da sucessão⁹⁷ reclama idêntica solução. Nesse contexto, destaca Alexy (2011) que

⁹⁶ Sarlet (2011, p. 164) indica que, em relação à proteção da dignidade, há consenso “[...] no sentido de que a consideração e o respeito pela pessoa como tal (inclusive antes mesmo do nascimento e independente de suas condições físicas e mentais) constituem simultaneamente tarefa e limites intransponíveis para a ordem jurídica”.

⁹⁷ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, **por morte**, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002, sem grifo no original).

princípios podem ser razões para a introdução de exceção às regras, sejam elas de caráter universal ou particular – essas referentes às decisões judiciais.

Depois de tratar exemplificativamente algumas situações de violação ao direito fundamental à sucessão, passa-se, a seguir, à análise das hipóteses destacadas como autênticas restrições ao direito fundamental de herança, explicitando os fundamentos constitucionais pelos quais se encontram devidamente justificadas.

3.6 INDIGNIDADE, DESERDAÇÃO E REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO FEITA EM ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA COMO AUTÊNTICAS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Os institutos da indignidade e da deserdação, tratados respectivamente nos artigos 1.814 e 1.961 a 1.963 do Código Civil de 2002, correspondem a regras que, independentemente da intenção de meramente regulamentar ou restringir o fenômeno sucessório, afetam o direito à sucessão *prima facie* garantido pela norma jusfundamental estudada.

Sem embargo da discussão sobre a natureza jurídica da indignidade e da deserdação⁹⁸, parece coerente, ao menos diante do ordenamento brasileiro, que se trate da matéria a partir da perspectiva de exclusão do sucessor de determinada sucessão – e não de sua incapacidade – em razão da incompatibilidade de sua conduta com o benefício legal ou testamentário a si conferido. A consistência dessa assertiva pode ser comprovada pelo somatório da regra que confere o caráter automático da transmissão hereditária no momento da abertura da sucessão – art. 1784 do CCB/02 – e das regras que exigem a propositura de ação específica para o *afastamento* desses sucessores da herança – arts. 1.815 e 1.965 do CCB/02 – evidenciando não se tratar de incapacidade, mas de penalidade imposta por sentença transitada em julgado. Explica-se: a sucessão no patrimônio do falecido coincidente com o momento de sua morte dá-se em relação aos herdeiros legítimos

⁹⁸ No ordenamento jurídico português, por exemplo, a indignidade e a deserdação são definidas como incapacidades, observando Ascensão (1989, p. 156-157) que melhor teria sido classificá-las como causas de ilegitimidades sucessórias passivas. Tal orientação se coaduna com a distinção existente no direito português entre designação, chamamento e aceitação da herança. Nesse contexto, as indignidades *lato sensu* impediriam o chamamento desses sucessores e, com isso, a própria transmissão sucessória.

e/ou testamentários⁹⁹, sem qualquer exclusão automática determinada por suas condutas. A propositura de ação específica para excluir o sucessor apontado como indigno ou que tem a sua deserdação ordenada em testamento por certa causa decorre da garantia – também jusfundamental – do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Consequentemente, os efeitos da sentença declaratória transitada em julgado que exclui o sucessor por indignidade ou deserdação retroagem à data da abertura da sucessão e, por força da regra do artigo 1.816 do Código Civil – que determina serem pessoais os efeitos da exclusão – seus descendentes o representarão nessa sucessão como se ele morto fosse ao tempo de sua abertura.

O ordenamento brasileiro, ao tratar da indignidade e da deserdação como penas civis – exclusão da sucessão –, permite que a descendência do excluído não seja prejudicada, destacadamente por ato imputado tão somente ao indigno ou ao deserdado. Caso o tratamento fosse o de incapacidade ou, como prefere Ascensão (1989), de ilegitimidade, as descendências desses sucessores jamais teriam direito de representação na sucessão em curso. Até poderiam chegar a herdar por direito próprio ou por cabeça se o excluído fosse o único de seu grau ou se todos os descendentes do mesmo grau renunciassem à herança. Então, de certo modo, a postura individual do herdeiro excluído potencialmente prejudicaria toda a sua estirpe.

Importa assentar de imediato que a legislação civil trata a indignidade e a deserdação como penalidades capazes de excluir herdeiro ou legatário legitimado por lei ou testamento para suceder. O resultado dessa punição afeta sobremaneira o direito fundamental à herança, aniquilando-o. Serão as hipóteses de exclusão compatíveis com a CRFB de 1988?

No presente tópico, faz-se uma inversão da metodologia utilizadas nos anteriores no intuito de, antes da análise detalhada dos institutos, estabelecer de antemão se as regras relativas à exclusão de sucessor por indignidade ou deserdação representam autênticas restrições ou verdadeiras violações ao direito à herança. A opção revelar-se-á mais didática para o propósito de tecer críticas construtivas

⁹⁹ Ressalte-se que não se aplica ao legatário o princípio da *saisine*, em razão de que sucede ao falecido em certa e determinada posição jurídica, reclamando, nessa medida, providências diversas. Por extrapolar o âmbito da pesquisa – notadamente voltada a tratar dos problemas afetos à sucessão legítima e mais propriamente da legitimária – a situação específica do sucessor a título singular não será aprofundada na análise do tópico proposto.

aos institutos, tendo-se em vista os objetivos constitucionais perseguidos pelo ordenamento jurídico.

Evidencia-se óbvia a conclusão de que excluir da sucessão pessoa que possui legitimação e vocação hereditária configura uma intervenção ao direito fundamental à herança garantido *prima facie*. Intervenção essa que, além de importante, assume caráter essencialmente punitivo. Resta, então, aplicar às regras da indignidade e da deserdação a máxima da proporcionalidade para, após analisadas sob esse prisma, consagrá-las como autênticas restrições em oposição às violações a direito fundamental encontradas nos dois exemplos antecedentes.

Por ora, basta que se antecipe tratar a indignidade de instituto mais abrangente, podendo excluir da sucessão – por iniciativa dos interessados ou mesmo do Ministério Público nos casos de homicídio doloso ou tentativa – herdeiros legítimos, testamentários ou legatários. A deserdação, por sua vez, é instituto que afeta apenas a sucessão dos herdeiros necessários ou também chamados de legitimários, por iniciativa expressa em testamento do autor da herança.

A ideia de desmerecimento perpassa por ambos os institutos em comento, sendo, todavia, insuficiente para compreender a qual ou a quais direitos fundamentais se reportam ou buscam realizar as regras que os delinham. Releva, portanto, registrar como noções primordiais da sucessão legítima e, com mais vigor ainda, da sucessão legitimária, a afeição, a cumplicidade e a solidariedade presumidas a partir do atual paradigma constitucional de família. Essas premissas elegem e escalonam certos sujeitos como vocacionados à sucessão de outros, organizando-os por preferência e exclusão ou preferência e concorrência, conforme a noção de proximidade com o autor da herança inferida do tipo de relação com ele mantida. Vértice oposto, na sucessão testamentária, o afeto, o cuidado e a preocupação são manifestos, expressando-se inequivocamente pela própria instituição do sucessor.

Uma vez que o ordenamento jurídico pressupõe nos laços familiares um critério de “merecimento”, com base nos princípios fundamentais que ordenam a família na CRFB de 1988, a conduta do sucessor que contraria essa arquitetura legal-constitucional implica na supressão de seu direito sucessório. Idêntica solução é dada quanto à pessoa escolhida pelo autor da herança em seu testamento como digna de sua sucessão se sua conduta importar na violação da confiança em si depositada.

Diante desse quadro, a aplicação da máxima da proporcionalidade justifica-se a fim de aferir-se a constitucionalidade das regras de exclusão diante do direito fundamental à herança.

Atentando-se à máxima adequação, deve-se buscar na exclusão do direito hereditário do indigno ou do deserddado, como medida restritiva do direito fundamental à herança, o resultado pretendido, em uma relação meio-fim. Sob esse ponto de vista, tem-se que a medida é idônea para atender ao fim constitucionalmente legítimo de priorizar a dignidade do autor da herança, violada pelo sucessor excluído. Cumpre acrescentar que todas as condutas determinantes da exclusão de sucessor inserem-se no campo da dignidade e dos direitos de personalidade do sucedido. Referem-se à integridade física, moral ou intelectual do autor da herança, revelando-se como posturas que aviltam o dever de respeito à dignidade da pessoa sucedida. Em uma segunda dimensão da exigência da proporcionalidade, verifica-se que a exclusão do sucessor que fere a dignidade do sucedido é um meio instrumental adequado à obtenção do fim visado, qual seja, o de promover a tutela suficiente da dignidade da pessoa nas suas diversas manifestações e nos diferentes âmbitos da vida humana. Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas funciona como limite das restrições a direitos fundamentais cujo conteúdo com ela se identifiquem, mas também se impõe como um fim a ser perseguido e concretizado pelo ordenamento jurídico (PEREIRA, Jane, 2018). Tais considerações respondem igualmente à máxima da necessidade. Concernente à máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento, algumas peculiaridades acerca da norma-princípio da dignidade humana merecem destaque antes de enfrentar sua colisão com o direito fundamental à herança dos sucessores excluídos.

Muito embora a formulação da dignidade como fundamento do Estado brasileiro possa dar a impressão de um princípio absoluto, a adoção dessa premissa esbarraria no cerne da teoria normativa desenvolvida por Alexy (2011), segundo a qual os princípios não são absolutos, tampouco admitem hierarquia axiológica. Nem mesmo o princípio da dignidade pode ser tomado como absoluto, prescindindo do sopesamento. Se assim fosse, como seria resolvida a colisão entre a dignidade de um em face da dignidade de outro sujeito de direito? Alexy (2011) responde à indagação afirmando que, se o princípio da dignidade fosse absoluto, não poderia ser garantido a mais de um sujeito de direito. Contudo, deve-se entender a robustez assumida com ares absolutistas da dignidade humana no fato de traduzir-se em uma norma que comporta tratamento em parte de princípio e em parte de regra. No âmbito de princípio, a dignidade não pode ser entendida como absoluta, mas no âmbito da regra sim. Alexy (2011) explica a aparente confusão de forma muito simples: o princípio da dignidade humana é sopesado com outros

que com ele possam colidir no caso dado. Todavia, ao princípio da dignidade, diferentemente do que ocorre com outros princípios, reconhece-se um amplo grupo de condições de precedência que confere um elevado grau de certeza de que o princípio da dignidade prevalecerá sobre o princípio colidente. Assim, processado o sopesamento entre os princípios colidentes e verificada a prevalência do princípio da dignidade humana, diz-se que ela foi violada no nível das regras. Equivale a afirmar que, pelo sopesamento do princípio da dignidade humana com outros princípios colidentes, evidencia-se o conteúdo de regra da dignidade humana. É nessa extensão que Alexy (2011) afirma não possuir feição absoluta o princípio, mas sim a regra da dignidade humana.

Confirmando a tese de Alexy (2011), as considerações de cunho existencial que convergem na tutela da dignidade da pessoa humana têm uma precedência abstrata em relação ao direito à herança. Ainda, no jogo das razões e contrarrazões, não há nada que justifique a precedência concreta do direito hereditário de quem ofende a dignidade do sucedido, fato que apenas confirma a prevalência da dignidade sobre a herança de modo a evidenciar o caráter de autêntica restrição às regras de indignidade e deserdação. Ainda, em consideração ao caráter forte da restrição representada pela total exclusão do herdeiro ou legatário, aniquilando-se a garantia sucessória jusfundamental, tem-se como o único meio de realizar plenamente na ordem jurídica o fim buscado pela proteção da dignidade da pessoa humana. Desde esse ponto de vista, as regras examinadas são proporcionais, na medida em que a supressão do direito à herança, nos casos de indignidade e deserdação, satisfaz plenamente a regra da dignidade.

As observações tecidas na sequência sobre os institutos da deserdação, da indignidade e, ao fim, da revogação da doação por ingratidão, têm intuito de contribuir para a consolidação da dignidade como regra geral na matéria, sendo que a apreciação das hipóteses legais a ela deve referir-se, notadamente em sede de decisão judicial.

O instituto da deserdação é privativo à exclusão de herdeiro necessário¹⁰⁰ da sucessão, desde que ordenada em testamento pelo autor da herança e fundada em uma das causas legais enumeradas pelo Código Civil – artigos 1.961, 1.962 e 1.963¹⁰¹.

¹⁰⁰ A herança necessária será vista com mais detalhes no capítulo seguinte. Neste cabe, apenas, examinar as hipóteses em que os herdeiros necessários serão excluídos da sucessão.

¹⁰¹ “Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. Art. 1.962.

Conforme assentado anteriormente, tanto a deserdação como a indignidade possuem feição de punição e não de incapacidade ou ilegitimidade sucessória. A pena civil decorre da violação dos valores existenciais da pessoa sucedida, notadamente sua dignidade. Sabendo-se que no sopesamento entre o princípio fundamental que garante o direito à herança e o que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, este último prevalece, motivo por que a exclusão configura autêntica restrição a solapar a sucessão do deserdado e do indigno. Observa-se, contudo, que o ordenamento não promove proteção suficiente ou coerente da dignidade ou dos direitos de personalidade do sucedido, ou mesmo dos princípios fundamentais de família. Basta uma simples leitura dos artigos 1961 a 1963 para constatar-se a obsolescência no tratamento da deserdação pelo Código Civil.

Exemplo vigoroso pode ser encontrado nas eufemísticas relações ilícitas entre o ascendente com cônjuge ou companheiro do descendente e vice-versa. A incongruência maior encerrada nesse exemplo reflete-se na punição do parente em linha reta por manter relação de conteúdo romântico ou sexual com o parceiro ou parceira do autor da herança, deixando-se de prescrever idêntica restrição ao cônjuge ou companheiro¹⁰² que, juntamente com o descendente ou ascendente, traia a confiança do falecido. Dentre tantas situações que violam a dignidade da pessoa humana e os princípios fundamentais de direito de família, deveria o legislador constituído ter reformulado a regra herdada do Código Civil de 1916, tornando-a, ao menos, mais abrangente no tocante às várias espécies de deslealdade ou desrespeito (e não apenas a infidelidade conjugal) e que possuem repercussão mais drástica na esfera privada do sucedido.

Cumpra também referir expressamente a incoerência da regra do inciso IV do artigo 1.963, com relação ao desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade como causa de deserdação do ascendente pelo descendente: o filho ou neto com grave enfermidade mental que tenha sido desamparado por ascendente não poderá fazer

Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁰² Isso se considerados os companheiros herdeiros necessários – conteúdo a ser abordado no próximo capítulo.

testamento deserdando-o, justamente por faltar-lhe capacidade para tanto. Aberta a sucessão do filho ou neto enfermo mental – e, portanto, sem capacidade para testar – a única opção para que o ordenamento conferisse prevalência à dignidade da pessoa falecida seria a exclusão do sucessor que a violou por indignidade. Porém, como será tratado na sequência, os próximos parentes na ordem sucessória não poderão excluir o ascendente por indignidade pelo abandono do autor da herança, na medida em que tal conduta não encontra paralelo no rol dito **taxativo** do art. 1.814 do Código Civil.

O simples abandono do filho perpetrado pelo pai já deveria ensejar a medida restritiva, uma vez que decorre também do princípio da paternidade consciente e responsável a função de amparar material e espiritualmente os filhos. Seguindo esse argumento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu inúmeras vezes que os pais que abandonam afetivamente os filhos cometem ato antijurídico grave ao negligenciá-los, pois, por mais que não possam ser obrigados a amar, o são a cuidar. Logo, por questão de unidade do ordenamento jurídico-constitucional e em respeito à solidariedade que se presume ao estabelecer a vocação hereditária dos parentes em linha reta, o simples abandono, material ou espiritual do filho, deveria ensejar a deserdação do ascendente. Não há, portanto, qualquer fundamento constitucional que explique ser a deserdação possível somente em casos de abandono tendo como pano de fundo grave enfermidade ou alienação mental. A conduta desidiosa de quem, em tese, deveria amar e cuidar contraria a afeição e a solidariedade reitoras dos princípios fundamentais familiares. Diga-se o mesmo em relação à deserdação do descendente pelo ascendente por abandono, regulada no inciso IV do artigo 1.962 do Código Civil: o ascendente abandonado pelo descendente em alienação mental ou grave enfermidade não poderá deserdá-lo na primeira hipótese por faltar-lhe capacidade para testar, sendo improvável que o faça na segunda, tendo em vista a gravidade de enfermidade física a mitigar sua energia vital. O abandono afetivo do ascendente deveria consagrar causa expressa de exclusão do descendente, sobretudo em razão da especial proteção da dignidade da pessoa idosa, já por vezes vulnerada pelo simples passar do tempo, a impor tutela por parte da família e do Estado compatível com a fragilidade que se avizinha nessa fase da vida humana.

Inegável que é preciso uma interpretação do ordenamento a partir da Constituição, capaz de dar coerência às causas de deserdação e de colmatar lacunas, como, por exemplo, a que se refere aos cônjuges. Estes, apesar de terem sido alçados no Código Civil atual à posição de herdeiros necessários, não encontram nas causas específicas de

deserdação o devido tratamento, sujeitando-se, no máximo, à previsão genérica no art. 1.961, ou seja, submetendo eventual deserdação de um pelo outro à prática das condutas relativas à indignidade. A título ilustrativo, a ofensa física praticada por um dos cônjuges não autorizaria a sua deserdação por não haver previsão expressa acerca de tal conduta na deserdação e por faltar ao instituto da indignidade idêntica prescrição.

Dias (2011, p. 320), contrariando parte da doutrina que insiste na tese de enumeração exaustiva e interpretação restritiva dos artigos da deserdação, facultando aos cônjuges a deserdação de seu par exclusivamente nas hipóteses de indignidade (redação do art. 1.961 do CCB/02), diz ser tal entendimento contraditório, porquanto “[...] descabido privar filhos da herança por prática de determinado fato e não ser possível excluir o cônjuge que age de modo igualmente reprovável”.

Salienta-se que todas essas inconsistências se referem tão somente ao instituto da deserdação, faltando ainda a análise do instituto da indignidade e a correlação entre ambos e a revogação da doação por ingratidão.

Pela redação do artigo 1.814 do atual Código Civil¹⁰³, são causas de exclusão de sucessor, a título universal ou singular, as condutas reveladoras de procedimentos contrários à presunção legal de afeto, cuidado, solidariedade e respeito. Pauta-se, igualmente, por uma questão de reciprocidade – vale dizer, merecimento, ou, pelo menos, de não desmerecimento. Em se tratando de herdeiro testamentário ou de legatário, o afeto não é presumido, mas expresso pela sua instituição no testamento da pessoa que desrespeitou ou feriu.

Analisando-se a enumeração legal, tem-se no inciso I do art. 1.814 do CCB/02, a previsão de exclusão por indignidade de herdeiros ou legatários “que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”. Para Chaves e Rosenvald (2015)¹⁰⁴, o homicídio culposo e o preterdoloso não

¹⁰³ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁰⁴ Chaves e Rosenvald (2015, p. 115) afirmam sobre o tópico: “Por conta de uma compreensão finalística do tipo, que reclama intencionalidade do agente (dolo), estão

autorizariam a exclusão do sucessor por indignidade, sendo a intencionalidade do agente (dolo) elemento imprescindível à caracterização do tipo legal, trazendo como exemplo o crime de lesão corporal seguido de morte. Na hipótese, porque a intenção é lesionar e não matar, não se cogita, segundo os autores, de enquadramento como conduta símile ao homicídio.

Nessa ambiência, vê-se que melhor atenderia à realização dos princípios da dignidade humana e da solidariedade familiar uma interpretação simétrica das regras da deserdação e da indignidade, de modo que, na espécie, facultada estaria a exclusão de sucessor que agredisse fisicamente o autor da herança a ponto de causar-lhe a morte.

Imbuído da missão de satisfazer os princípios prevalentes ao direito de herança, sobretudo o da dignidade da pessoa sucedida, não faz sentido que o legislador ordinário permita que a perpetração de ofensa física não seja causa de indignidade, mormente quando o é de deserdação, ainda mais quando de tal agressão resultar na morte do lesado que, obviamente, padece dos ferimentos sem ter podido providenciar testamento para deserdar seu algoz¹⁰⁵.

O inciso II do art. 1.814 do CCB/02 prescreve a exclusão de herdeiros ou legatários “que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro”. Por mais que no enquadramento de crime contra a honra impere interpretação restritiva na doutrina e na jurisprudência, deve-se considerar que a injúria, por exemplo, possui um amplo âmbito de aplicação, podendo ser cometida de forma verbal, escrita ou, até mesmo, física. Nesse contexto, deve ser considerado crime contra a honra do autor da herança todas as condutas que possam ser classificadas como atentatórias à sua dignidade ou, mais especialmente, aos seus direitos de personalidade, âmbito no qual geralmente têm lugar as maiores violações à dignidade perpetradas no seio familiar. Logo, crê-se ser possível incluir sob o manto de proteção

peremptoriamente afastados os casos de homicídio culposo ou preterdoloso, também chamado de preterintencional”.

¹⁰⁵ Ainda que se pudesse enquadrar tal conduta em crime quanto à honra, previsto no inciso II do art. 1.814 do CCB/02 (na modalidade injúria real), a exigência de prévia condenação criminal dificultaria muito a exclusão do sucessor, devendo tal direito ser franqueado aos seus herdeiros por meio da ação de exclusão de sucessor por indignidade, simplesmente porque figura entre as causas de deserdação, em uma relação de simetria com os princípios constitucionais prevalentes sobre o direito fundamental à herança.

dessa causa legal a hipótese de violência sexual contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro¹⁰⁶.

Na derradeira hipótese de indignidade – inciso III do artigo 1.814 do Código Civil – visa-se à proteção da dignidade existencial do sucedido, traduzida no respeito à liberdade de manifestar livremente sua última vontade em testamento, sem ser impedido ou influenciado por eventuais sucessíveis. A exclusão da sucessão pune, portanto, herdeiro ou legatário que, por violência física ou psicológica, meios fraudulentos ou outros artifícios, tentam obstar a expressão da autonomia privada do testador.

Cumpre, por fim, registrar que a insuficiência de proteção à dignidade do sucedido, bem como a realização dos princípios fundamentais de direito de família – alicerce constitucional para embasar as restrições referentes à deserção e à indignidade – evidencia-se a partir dessas incoerências e lacunas do ordenamento jurídico¹⁰⁷. Todavia, enquanto não se (re)desenham as causas de deserção e indignidade, deve-se pautar o julgador na interpretação constitucional dos institutos, buscando a que melhor satisfaça o

¹⁰⁶ Em sentido contrário, afirmam Chaves e Rosenvald (2015, p. 119): “A outro giro, no entanto, está peremptoriamente afastada a tentativa de enquadramento dos crimes contra a dignidade sexual como delitos contra a honra do autor da herança. Malgrado a forte repulsa moral e social causadas, não há espaço para um paralelo finalístico entre os referidos atos criminosos, que se baseiam em fundamentos completamente distintos”.

¹⁰⁷ Confira-se, a propósito, o PL n. 867/2011, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, cuja redação proposta ao art. 1.814 do Código Civil de 2002 é a seguinte: “Art. 1.814. Fica impedido de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade, aquele que: I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau; II – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do autor da herança; III – sem justa causa, tenha abandonado ou desamparado o autor da herança, especialmente aquele que, tendo conhecimento da paternidade ou maternidade do filho, não a tenha reconhecido voluntariamente durante a menoridade civil; IV – por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furtar, roubar, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou codicilo do falecido, incorrendo na mesma pena aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado. Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, incluem-se entre os atos suscetíveis de gerar declaração de indignidade quaisquer delitos dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

princípio da dignidade humana no direito sucessório e, por fim, confira coerência, consistência e organicidade ao ordenamento jurídico pátrio.

Aliás, para a mais perfeita realização desse propósito dever-se-ia primar pelo absoluto paralelismo das hipóteses de deserdação, indignidade e revogação da doação por ingratidão, especialmente, nesse caso, quando a doação é feita em adiantamento de legítima.

O tratamento da revogação da doação por ingratidão tem sido bastante ampliado, tendo, inclusive, a Corte Superior assentado o caráter meramente exemplificativo do rol do artigo 557 do Código Civil vigente¹⁰⁸. Tal entendimento assume relevância ímpar, especialmente diante da doação feita em adiantamento de legítima, ou seja, aquela que antecipa ao herdeiro necessário o que ele teria direito a receber por ocasião do falecimento do dotador. Esse tipo de “liberalidade” difere radicalmente da doação pura e simples, na qual o doador resolve contemplar pessoa que, no seu entendimento, se mostra merecedora da benesse realizada.

Na doação em adiantamento da legítima, a “liberalidade” consiste apenas em antecipar aquilo que, por lei, viria a pertencer ao herdeiro necessário por ocasião da abertura da sucessão. Sob esse viés, torna-se paradoxal que a revogação da doação não ocorra nas exatas hipóteses da deserdação, uma vez que a liberalidade tem natureza de antecipação da herança. Na mesma linha de intelecção, também as causas de indignidade devem encontrar a devida simetria na enumeração da revogação de doação por ingratidão quando a liberalidade é realizada em adiantamento de legítima. Isso porque a interpretação estanque das causas de deserdação, indignidade e ingratidão poderia levar a verdadeiros absurdos.

Imagine-se que, após perfectibilizada uma liberalidade em adiantamento de legítima, o descendente donatário vem a cometer alguma das condutas previstas nos artigos 1.814 ou 1.962 do Código Civil de 2002,

¹⁰⁸ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DOAÇÃO. REVOGAÇÃO. INGRATIDÃO DOS DONATÁRIOS. OFENSA À INTEGRIDADE PSÍQUICA. PROVA. ART. 557 DO CC/2002. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. ENUNCIADO Nº 33 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. INJÚRIA GRAVE. DEMONSTRAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.1. O conceito jurídico de ingratidão constante do artigo 557 do Código Civil de 2002 é aberto, não se encerrando em molduras tipificadas previamente em lei. 2. O Enunciado nº 33 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que ‘o Código Civil vigente estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal do art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo outras hipóteses’, ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo [...]” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

como, por exemplo, o abandono afetivo do ascendente. Como se percebe, já não poderia mais ser deserdado por testamento relativamente à porção já recebida como antecipação ou afastado da sucessão por indignidade, valendo tal medida somente quanto ao remanescente de seu quinhão, caso o adiantamento não contivesse a totalidade do que lhe seria cabido na abertura da sucessão. Restaria a revogação da doação, a depender da interpretação dada ao instituto. Por esse motivo, entende-se necessária a simetria de tratamentos dessas restrições, devendo admitir-se, por exemplo, a revogação da doação feita em adiantamento de legítima diante do abandono, mesmo que só afetivo, do ascendente idoso. Embora sem previsão específica na enumeração das causas de ingratidão, a conclusão resulta da simetria que é devida com a causa do inciso IV do artigo 1.962 do mesmo Diploma Legal, atentando-se para o fato de que tal descaso deve abranger também o aspecto emocional e não simplesmente material, como parece prevalecer da redação do inciso IV do artigo 557 do Código Civil, ao referir-se à prestação de alimentos.

Esse paralelismo entre as causas de deserdação, indignidade e ingratidão mostra-se essencial a mais ampla tutela da dignidade no direito sucessório, além de evitar distorções inexplicáveis. A título ilustrativo, vale registrar que se não houver adiantamento da legítima, o filho deserdado não terá direito de suceder ao falecido. Porém, havendo doação em adiantamento, o filho deserdado não será obrigado a devolvê-la integralmente em função da deserdação¹⁰⁹.

Valendo-se da ideia de uma (re)leitura dos institutos de direito civil a partir dos direitos fundamentais, pode-se concluir que, havendo motivo autorizador da deserdação, deve ele ser também suficiente para revogar a liberalidade com vistas à antecipação de futura herança ou mesmo impedir, via indignidade, que alguém que viola a dignidade do autor da herança possa beneficiar-se com a sua sucessão. De forma idêntica e coerente, qualquer ato de indignidade deve comprometer a doação anterior, feita em adiantamento de legítima, com a mesma força com que compromete o direito de herança quando inexistente antecipação, excluindo o sucessor de toda e qualquer possibilidade hereditária. Afinal, o direito fundamental à herança deve ceder quando em colisão com a dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁹ Essa conclusão pode ser extraída do artigo 2.008 do CCB/02, que sujeita o deserdado a tão somente conferir o valor das doações recebidas anteriormente para o fim de repor o que excedeu, à época da liberalidade, o que o doador poderia dispor (50% do patrimônio, artigo 549). Vale dizer que a deserdação posterior ao adiantamento de legítima tem o condão de transformar a liberalidade feita em antecipação como se tivesse sido determinada a sua saída do patrimônio disponível. Em muitos casos, pode até beneficiar o deserdado, contrariando o propósito de impor-lhe uma penalidade ou uma restrição.

Sedimentadas as noções que embasam o trabalho, buscar-se-á, no próximo capítulo, compreender a herança necessária sob a perspectiva dos direitos fundamentais aparentemente colidentes, destacadamente o direito à propriedade privada e a garantia jusfundamental à herança, possibilitando, assim, vislumbrar a justificação constitucional de sua manutenção na integralidade, restrição ou extinção no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS SOB A LENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assentados os âmbitos autônomos de proteção dos direitos fundamentais à herança e à propriedade privada, e diferenciadas as intervenções que os afetam em autênticas restrições ou violações, cumpre analisar agora a **sucessão necessária** sob o enfoque da colisão entre princípios fundamentais a fim de aferir sua compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Inicia-se a pauta deste último capítulo pelo resgate à noção de que a transmissão sucessória possui intrínseca conexão com a forma de organização familiar e com o conceito de propriedade privada, cujas trajetórias são marcadas por uma relação histórica de influências recíprocas. Por essa razão, não se pode compreender na totalidade o fenômeno sucessório, muito menos a sucessão necessária, dissociando-o do paradigma de família e de propriedade privada com o qual se relaciona e no qual se insere contextualmente.

Releva, portanto, uma análise mais detida das modificações operadas na família pela CRFB de 1988, estabelecendo, na etapa subsequente, o imprescindível diálogo com o conteúdo da propriedade privada – também bastante alterado em relação às constituições pregressas – na tentativa de extrair o(s) porquê(s) da introdução do direito à herança no catálogo dos direitos fundamentais nessa exata conjuntura constitucional.

Esses passos permitirão aplicar, com maior segurança e embasamento teórico, a regra da proporcionalidade ao problema central da investigação proposta: a compatibilidade da herança necessária com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Após assentada a índole da herança necessária sob a perspectiva da máxima da proporcionalidade, procede-se à investigação de seus principais desdobramentos no ordenamento infraconstitucional para subsidiar a análise, sob igual parâmetro, de eventual excesso capaz de comprometer o núcleo essencial do direito de propriedade e, assim, a necessária compatibilidade constitucional.

Nessa etapa do texto, perfaz-se o delineamento do paradigma familiar proposto constitucionalmente, destacando-se os inúmeros princípios formatadores de seu integral teor. Embora não estejam elencados no rol do artigo 5º da CRFB de 1988 como fundamentais, pode-se vislumbrar tal característica pela forma como atuam na colmatação da arquitetura constitucional dedicada à família, cuja

relevância social é expressamente reconhecida como basilar e, consequentemente, destinatária de tutela especial por parte do Estado.

4.1 A FAMÍLIA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM JUSFUNDAMENTAL

Segundo Dias (2016, p. 36), em poucos artigos da CRFB de 1988 operou-se verdadeira revolução no âmbito do Direito de Família brasileiro, inaugurando-se um novo paradigma familiar fundado no afeto e na valorização de cada integrante do ente familiar, fenômeno denominado por Lôbo (1989) de (re)personalização das relações familiares.

Importante esclarecer que o conceito de “(re)personalização” não deve ser apropriado (ou melhor, desvirtuado) no sentido de culto à pessoa, concebida esta como um ser isolado e dissociado do seu meio social e familiar ou mesmo como uma (re)leitura do conceito liberal de sujeito de direito de contornos egocêntricos.

O dizer de Cavichioli (2006, p. 188) bem ilustra essa preocupação ao identificar a “atomização liberal do ser humano na figura do sujeito de direito” com a preconizada crença de que o homem moderno poderia prescindir de organizar-se solidariamente com seus pares, negando a sua ontológica necessidade de comunhão com os demais. Na visão do autor, a proposição personalista significa reconhecer na pessoa humana uma resultante do somatório de todos os elementos indissociáveis que compõem a sua essência: particularidade, transcendência e comunhão. Essa nova perspectiva – que transforma o “sujeito de direito” da Modernidade em “pessoa humana” na Contemporaneidade – pode ser associada no Brasil a dois fenômenos distintos, mas complementares: a constitucionalização do direito civil e sobretudo a normatização da dignidade da pessoa humana como vértice axiológico da CRFB de 1988.

Segue a mesma linha Perlingieri (2002, p. 38) ao afirmar que não se deve considerar o indivíduo como valor pré-social, abstraído da relação com os outros, sendo essa visão individualista incompatível com os sistemas constitucionais democráticos. Ressalta que a tutela da personalidade do indivíduo não deve ser compreendida fora da comunidade em que vive, antes deve servir de instrumento de construção dessa comunidade para que, assim, ela possa cumprir sua

função de meio para a realização de seu fim, identificado este como o desenvolvimento da personalidade humana¹¹⁰.

De fato, a CRFB de 1988 subverteu a clássica noção civilista de que a família, como instituição, seria por si só destinatária de proteção especial, passando a conferir uma proteção funcionalizada ao desenvolvimento livre e democrático das pessoas que a integram, com igual dignidade. Isso não significa de modo algum que a família como estrutura – instituição – tenha perdido a sua importância. Para qualquer sistema social que pretenda cumprir sua função, a noção de estrutura não pode ser desprezada. Estrutura e função são noções complementares e essenciais à família, especialmente no que tange à realização dos princípios constitucionais. A família, analisada no aspecto estrutural, como corpo social ou instituição, tem o relevante papel de atuar na concretização das finalidades propostas constitucionalmente pelos princípios fundamentais.

Defende-se aqui que a proteção funcionalizada à família não significa o desprezo de sua estrutura, mas sim a premissa de que esta deva ser compatível com a realização das suas funções. Noronha (1988, p. 70-72), em estudo sobre a estrutura e a função do Direito, afirma a interdependência entre estrutura e função para o pleno desempenho de todo e qualquer sistema social. Em razão dessa conexão, qualquer alteração na função pode afetar a estrutura da instituição e vice-versa. Nada impede, porém, que uma estrutura destinada à realização de determinadas funções anteriores mostre-se até mais propícia à satisfação de novas funções, como se pretende demonstrar ao final desse capítulo em relação à legítima dos herdeiros necessários.

Na ambiência constitucional de 1988, vê-se que a família passa a ser entendida em função do ser humano – vale dizer que passa a ser funcionalizada¹¹¹ – sobressaindo sua relevância jurídica dos valores que

¹¹⁰ Nas palavras de Perlingieri (2002, p. 38): “A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípuo e exclusivo interesse, mas sim, aos direitos individuais sociais, que têm forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização”.

¹¹¹ Perlingieri (2002) afirma que a Constituição italiana é marcada pelo realce dado às comunidades intermediárias que possuem como um fim último a integração do sujeito por meio dos grupos sociais, como a família, a escola, o sindicato etc. Nesse sentido, interessa à pesquisa demonstrar a pertinência dessa afirmação ao caso estudado, extraindo-se do *caput* do artigo 226 da CRFB de 1988 o relevo conferido à família como base da sociedade.

se propõe a satisfazer em benefício não somente de uma pessoa – **muitas vezes destacada oportunisticamente do restante da comunidade nos discursos pretensamente existenciais, mas visivelmente de caráter patrimonialista** – e sim de todas as pessoas que a integram, invocando a ideia de transcender interesses exclusivamente de um particular. Desde esse ponto de vista, a família proposta constitucionalmente não pode ser entendida como um fim em si mesma. Ao contrário, deve-se buscar, no nível constitucional, os princípios que a esboçam, entendendo-os como meios de promoção do pleno desenvolvimento de todos e de cada um dos integrantes do ente familiar, assegurando-se tal tarefa a uma estrutura competente para tanto.

A família nada mais é, então, do que o resultado da soma de várias particularidades dotadas de dignidade pessoal e reunidas em prol da realização dos afetos e das potencialidades humanas, funções compatíveis com as noções de transcendência e comunhão, entendidas como a capacidade de reconhecer algo mais importante do que os interesses próprios e desejos pessoais, não raro sacrificados em função do grupo.

4.1.1 O Princípio da Dignidade Humana no Viés Familiarista: entre a Autonomia Privada e a Solidariedade Familiar

Com respaldo nas considerações anteriores, a noção de “(re)personalização das relações familiares” deve ser explicada a partir das normas jusfundamentais positivadas na Carta de 1988, responsáveis pelo protótipo de família a ser construído, iniciando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, temperado pelos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar.

Muito já se disse a respeito da norma jusfundamental da **dignidade da pessoa humana** e de sua atuação no ordenamento como princípio – inclusive como princípio fundante da República brasileira – e como regra. Resta, aqui, investigar sua influência específica no contexto constitucional de família, sem descurar de seus óbvios reflexos no direito sucessório.

Azevedo (2002), em retrospectiva histórica acerca da expressão “dignidade da pessoa humana”, conclui que, a despeito da concordância em torno da terminologia, há um enorme desacordo sobre seu conteúdo. Expressando de forma sublime o que antes fora referido como a essência da pessoa humana – particularidade, transcendência e comunhão – o

autor propõe uma complementação do conceito de dignidade, cuja citação direta impede a subtração da força de suas palavras:

Há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à ideia de sua dignidade; de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros - é a concepção para cujo fim queremos colaborar porque se tornou insuficiente, - e, de outro, a concepção própria de um a nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. (AZEVEDO, 2002, p. 108-109).

A primeira concepção apontada pelo referido autor conduz, inevitavelmente, à assimilação da dignidade humana como autonomia individual, autonomia da vontade ou autonomia privada, como se requer mais recentemente. Contudo, essa noção merece um refinamento de suma importância para o trabalho: a necessária distinção entre autonomia existencial e autonomia patrimonial.

Por referir-se à dimensão individual, à particularidade da pessoa humana, a autonomia existencial relaciona-se às escolhas pessoais mais profundas de vida e às aspirações mais íntimas do ser humano, orientando-se à realização de valores extrapatrimoniais e personalíssimos relevantes para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, razão pela qual não se submete à função social.

Lado oposto, a vinculação da autonomia patrimonial à noção de dignidade dependerá da mediação dessa liberdade de atuação pelo princípio da solidariedade, fórmula pela qual a CRFB de 1988 restringe a autonomia de disposição do proprietário pela exortação da função social da propriedade privada.

Nos dizeres de Teixeira (2018), a autonomia patrimonial como afirmação da dignidade humana tem por base o caráter instrumental das situações patrimoniais, cujo objetivo último é a realização de uma função social – o que as coloca também a serviço da coletividade – e, nessa extensão, submete-as à imposição de solidariedade. Diante desse contexto, a autonomia patrimonial não se exerce direta e ilimitadamente, mas, antes, deve ser restringida a partir da solidariedade. Conjuntura que leva Teixeira (2018, p. 87) a concluir que “As situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal – se é que se pode atribuir a elas algum tipo de função”. Reforça essa tese Sarmiento (2006) ao afirmar que a autonomia existencial é protegida com muito mais intensidade pela ordem constitucional do que a autonomia econômico-patrimonial.

Sob esse prisma, a autonomia patrimonial é afetada pelas esferas da transcendência e da comunhão que integram a essência da pessoa humana, submetendo-se, na sua associação com a dignidade, à premência da função social.

Entretanto, o traço diferenciador entre a autonomia patrimonial e a autonomia existencial não é usualmente observado nos textos jurídicos ou acadêmicos, especialmente os que tratam do direito sucessório. Nestes, o que de mais comum (e pernicioso!) acontece é a generalização do termo “autonomia privada” e sua imediata vinculação à dignidade da pessoa humana, com pretensões de equivalência conceitual. Tal digressão normalmente facilita ou até induz à conclusão de que a herança necessária corresponde a uma grave violação ao direito de propriedade e à liberdade do proprietário privado, traduzida essa na autonomia (patrimonial!), com o sentido de dignidade, para decidir o destino de seu patrimônio após a sua morte.

Os dois únicos trabalhos acadêmicos encontrados sobre o tema – um que se propõe a analisar a fundamentalidade do direito à herança, traçando seu âmbito de proteção e as consequências jurídicas da sua positivação; e o outro que se propõe a estudar a legítima sob a perspectiva da autonomia privada do testador – padecem dessa armadilha. A simetria das argumentações em desfavor da legítima é perceptível das citações diretas transcritas na sequência, com especial destaque à autonomia patrimonial como dignidade e à submissão do conceito de solidariedade a uma função meramente assistencialista¹¹².

¹¹² Antes de se prosseguir com o exame dos princípios fundamentais de direito de família, convém dialogar com ambas as teses, já que são as únicas encontradas sobre o tema

O autor do primeiro trabalho, ao tratar da legítima dos herdeiros necessários sob a óptica da colisão entre o direito de herança e o direito à propriedade privada, aposta em sua inconstitucionalidade, concluindo:

(1) a herança necessária é inconstitucional: fere o direito à propriedade do sucedendo e ainda obsta a realização da dignidade da pessoa, seja por impedir que ela exerça a propriedade, seja por não fomentar o desenvolvimento ótimo da sua personalidade, ao conferir-lhe um patrimônio, sem haver necessidades; (2) os preceitos da herança legítima continuarão úteis, pois servem para os casos em que a herança voluntária não aconteça, ou não atinja a totalidade dos bens; (3) nenhum argumento a favor da herança necessária consegue deixar de fazer menção à noção institucional de família, o que vai na contramão da tendência à repersonalização do direito privado; (4) os alimentos conglobam todo o direito que uma pessoa pode ter diante de outra, a respeito do patrimônio da que falece, em virtude do parentesco ou do casamento com outra, fato que esboroa a utilidade do direito hereditário necessário (especialmente com a consagração da transmissibilidade da obrigação alimentar, na forma do art. 1700, do Código Civil); (5) a pessoa necessitada de alimentos, em relação a alguém, que faleceu, pode demandar, no prazo de dois anos, do espólio ou dos herdeiros do hereditando, nas forças da herança; (6) se o quinhão hereditário não for o suficiente para satisfazer às necessidade básicas do herdeiro, este poderá, nessa ordem, voltar-se contra os demais herdeiros e contra os beneficiários do testamento, a fim de haver o que for necessário para si. (GOMES, FELIPE, 2015, p. 126).

Igualmente, com argumentos pautados na autonomia – no sentido de dignidade – e na personalização das relações familiares – resumindo a herança necessária a um problema assistencial e de perigoso cunho

específico da legítima, razão por que as citações de ambos os trabalhos serão feitas diretamente para que não se desvirtue o exato sentido do pensamento de seus autores.

subjetivo, o segundo autor formula uma alternativa à herança necessária, conforme sintetiza:

Assim sendo, ao se fundar a legítima em presunções absolutas de necessidade por parte daqueles elencados como herdeiros necessários, não se está a respeitar a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este pode vir a sofrer limitações a sua liberdade de testar sem a correspondente justificativa na proteção aos membros de sua entidade familiar. É possível, contudo, compatibilizar a legítima com a autonomia privada do testador. (...) Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários. Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e o herdeiro necessário. (CARMINATE, 2011, p. 141-142).

Em ambos os trabalhos, as pautas da “(re)personalização” e “(des)patrimonialização” das relações familiares sugerem a preponderância de uma tutela dos valores existenciais da pessoa humana e não materiais. A despeito dessa fundamentação, os autores acabam associando o princípio da dignidade humana à autonomia patrimonial do sucedido para, então, concluir pela inconstitucionalidade da legítima em prol dos herdeiros necessários. Exemplificativamente, tem-se na tese de Felipe Gomes (2015, p. 156) a seguinte consideração:

No caso da herança necessária, as normas legislativas promovem uma restrição grave ao direito à propriedade, quando constroem metade do patrimônio de uma pessoa, em virtude de ela ter virtuais herdeiros necessários. A justificativa mais aceita, atualmente, para isso é a proteção à família, vazada em deveres de solidariedade entre os seus membros. Apesar de o intuito contar com

uma base constitucional relevante, a proteção à família, os meios utilizados mostram-se desproporcionais, pois a propriedade acaba restringida, mesmo quando existem meios no próprio direito de família para solucionar a eventual necessidade de meios para a subsistência das pessoas necessitadas. Ademais, a alteração na concepção de família, a qual parte para uma concepção em que o elemento patrimonial é cada vez menos central nas relações jurídicas, deveria, para ser coerente, afastar esse ramo de direitos hereditários necessários, os quais sequer levam em conta as condições reais de cada pessoa envolvida.

A contradição é invencível. Se o que se tutela preferencialmente são os direitos existenciais – **daí porque se reivindicam os standarts da personalização e da despatrimonialização** –, como concluir que a isonomia de direito sucessório entre todos filhos, sem quaisquer discriminações – caso exato da garantia legitimária como hoje é concebida – possa violar a dignidade do sucedido por restringir sua autonomia patrimonial?

Sistematicamente, os defensores da extinção da legítima, de sua minoração ou de uma atribuição escalonada ao grau de real necessidade material dos sucessíveis, vinculam o direito sucessório exclusivamente ao aspecto patrimonial e, ao fazê-lo, incorrem em dois problemas principais: (1) submetem o direito à herança necessária ao sujeito concretamente considerado, significando que a manutenção do instituto deve limitar-se ao sucessor que tem necessidades materiais prementes a serem supridas pela herança, proposta que, além de propiciar um pragmatismo voluntarioso, pode impedir a realização dos princípios constitucionais fundamentais; e (2) enfraquecem profundamente a noção de solidariedade familiar, reduzindo-a à ideia de assistencialismo.

O princípio da solidariedade familiar somente encontra na assistência material a parentes necessitados uma similitude conceitual quando se está diante de situação alimentar. Aí, sim, devem as condições específicas dos sujeitos (concretos) passivos ser consideradas, inclusive para a determinação do valor da contribuição a ser prestada.

Diversa função encerra o direito sucessório, sem parâmetro no trinômio possibilidade/necessidade/proporcionalidade do direito alimentar. A ordem da vocação hereditária, destacadamente o tratamento especial aos herdeiros necessários, tampouco se pauta em presumidas

necessidades que, seguindo a lógica dos autores citados, possam ser derruidas pelo sujeito concreto que apresente maior miserabilidade. Aliás, para escapar da cilada resultante da argumentação já criticada – tanto por ser patrimonialista quanto individualista –, deve-se acrescentar à sucessão legítima, sobretudo à legitimária, a dimensão fraterna que, na visão de Baggio (2008), consegue traduzir melhor o sentido de solidariedade como responsabilidade recíproca (inclusive geracional) e não assistencialismo particularizado.

É, portanto, na presunção de afeto, de interdependência – não necessariamente econômica, mas essencialmente anímica – que se encontra o fundamento para a ordem da vocação hereditária e para a proteção dos herdeiros necessários, mediante uma reserva patrimonial. Logo, em uma aproximação com a ideia de despatrimonialização, poder-se-ia dizer que a sucessão necessária se funda na noção existencial de realização dos afetos, dos cuidados que pautam ou **deveriam** pautar as relações entre ascendente e descendente¹¹³, mas, acima de tudo, na valorização da família como ente coletivo de fundamental importância para a sociedade. Valores esses que, para além da questão material, realizam no âmbito da personalidade humana os elementos da **transcendência** e da **comunhão**, ligando os herdeiros necessários – biológicos ou não – por laços que, se bem observados, desvelam as noções de **importância**, **pertencimento** e **perpetuidade**. Sinalizam, por assim dizer, a existência de algo maior que do que a pessoa sucedida, uma ligação umbilical e transcendente desses parentes, na medida em que, nos ancestrais, está a memória do passado e, na descendência, a esperança do futuro¹¹⁴.

¹¹³ À relação conjugal, será destinado tópico específico, em razão das inúmeras polêmicas que envolvem a matéria sucessória nesse particular.

¹¹⁴ A temporalidade sempre desafiou a mente dos filósofos e da humanidade em geral. Certamente porque a noção de tempo – presente, passado e futuro – revela a medida da existência humana: um começo, um meio e um fim. De certo modo, a sucessão entre parentes da linha reta, biológica ou afetiva, representa – não no sentido material, mas no aspecto anímico – a transcendência dos limites do tempo e do espaço; a pretensão humana de eternidade. Agostinho (1964 apud SÁ, 2011, p. 102) escreveu profunda reflexão sobre ser o tempo um lugar que habita somente na alma humana, que bem se aplica para explicar a complexidade sucessória, que certamente não se restringe à patrimonialidade material, embora por meio dela se expresse exteriormente: “Mas o que agora parece claro e manifesto é que nem o futuro, nem o passado existem, e nem se pode dizer com propriedade, que há três tempos: o passado, o presente e o futuro. Talvez fosse mais certo dizer-se: há três tempos: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro, porque essas três espécies de tempos existem em nosso espírito e não as vejo em outra parte. O presente do passado é a memória; o presente do presente é a intuição direta; o presente do futuro é a esperança”.

No texto de Carminate (2011, p. 141-142), pode-se observar a preocupação com a afetividade, na passagem em que condiciona à restrição da liberdade de disposição sobre o patrimônio hereditário à verificação, no caso concreto, das “[...] reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e o herdeiro necessário”. Por relação familiar, entende-se referir o autor à relação afetiva, na medida em que a relação jurídica é pressuposto da vocação hereditária. Nesse sentido, a verificação de afeto na relação familiar como determinante do direito à herança necessária, fora das situações de exclusão estudadas no capítulo anterior – indignidade, deserdação e ingratidão –, em que o desamor é patente, afigura-se deveras perigosa sob vários pontos de vista.

A teoria psicanalista, segundo as reflexões de Rodrigo Pereira (2016)¹¹⁵, contribui muito para a compreensão de que a família como *éthos* de realização dos afetos e das potencialidades humanas não se apresenta de modo linear: as pulsões humanas e os limites impostos pela cultura influenciam as relações, sobretudo as familiares, de modo a conter permanentemente em seu seio o paradoxo amor-desamor, afeto-desafeto, prazer-desprazer. Do ponto de vista da psicanálise, a afirmação de que é preciso submeter a herança legítima à verificação da existência do afeto *in concreto* na relação parental juridicamente estabelecida mostra-se, no mínimo, precipitada, para não dizer antitética.

Fachin (2008, p. 120), desvelando a ambivalência que pode permear o campo familiar, alerta para o perigo da apropriação desse ideal como delimitador de um eventual direito sucessório, podendo desbordar em uma violência patrimonial perpetrada pela “lei do mais forte”, que passará a impor sua vontade como regra absoluta na família, podendo, inclusive, condicionar o seu “amor” à subserviência de seus familiares¹¹⁶.

¹¹⁵ Rodrigo Pereira (2016, p. 59-77) demonstra a importância da introdução epistemológica da Psicanálise no estudo e compreensão do Direito, sobretudo do Direito de Família, afirmando que a origem de sua elaboração está nos processos psíquicos da mente humana, assim como a sua obediência se volta ao mesmo espírito que o criou, em um processo dialético. Então, sob a perspectiva psicanalítica, o Direito representa o limite às pulsões do gozo, que, por sua vez, assume dupla face – ao mesmo tempo em que é prazer, é desprazer.

¹¹⁶ Diz Fachin (2008, p. 120): “A família, assim, se, de um lado funda espaço de afeto, de refúgio, de autonomia e de liberdade, de outra parte, instala campo propício ao desafeto, ao desabrigo, à subordinação e à dependência. Essa ambivalência é apropriada pelo direito que a revela no conjunto de conceitos e categorias que se apropriam da família. O

Não bastasse isso, do ponto de vista jurídico, a função da família não se esgota no paradigma do afeto. Paralelamente a ele, erigem-se outros que o complementam, a exemplo dos princípios da responsabilidade e do cuidado – tanto no âmbito material como imaterial¹¹⁷ –, delineando, assim, a amplitude do princípio de solidariedade familiar.

Tome-se, por exemplo, a hipótese de um pai que tem três filhos com sua esposa e um filho fora do casamento. Embora tenha reconhecido juridicamente o filho extramatrimonial e lhe prestado os alimentos enquanto menor, jamais constituiu com ele relação familiar afetiva. Adicionem-se ao caso hipotético mais duas vicissitudes fáticas para aclarar a posição aqui defendida: imagine-se que esse filho extramatrimonial, hoje já maior, não possui necessidades materiais (embora esse seja um conceito muitíssimo relativo, sua adoção permite um contraponto importante) a serem supridas com a herança. Some-se à narrativa mais um elemento: o pai, sabendo que a existência desse filho poderia minorar a herança dos demais, deixa testamento dispondo-a exclusivamente aos três filhos matrimoniais. Nesse ponto, a ilustração consegue reunir as duas circunstâncias que, na concepção de Felipe Gomes (2015) e Carminate (2011), militariam em desfavor da herança necessária: ausência de necessidade material e de relação afetiva com o autor da herança.

Registra-se que não apenas os autores das obras acadêmicas referidas, mas também outros doutrinadores, como Chaves e Rosenvald (2015)¹¹⁸, comungam do entendimento de que, na situação descrita exemplificativamente – **que, aliás, é cotidiana na prática** –, o filho, como sujeito concretamente considerado, é capaz, não possuía relação de afeto com o sucedido e não revela necessidade material que justifique

discurso fez do conceito posse e objeto de titularidade”. Na família, segundo ele, “[...] se instala a neurose corrosiva do ter e o código jurídico dissimula o não-dito. Essa violação primeira não se faz lei mais forte apenas por meio da lei do mais forte”.

¹¹⁷ Como visto no capítulo anterior, o paradigma do cuidado reflete a obrigação dos pais em amparar afetivamente os filhos, razão e fundamentos das decisões da Corte Superior de Justiça acerca da compensação pecuniária devida pelo abandono afetivo.

¹¹⁸ A propósito da afirmação, transcreve-se um trecho da obra de Chaves e Rosenvald (2015,

p. 30-31): “Entendemos, pois, que o juiz, casuisticamente, poderá acobertar com o manto da validade e da plena eficácia o testamento celebrado pelo titular com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível) quando os herdeiros necessário são maiores e capazes, através da derrotabilidade das normas, para permitir a realização de valores que se mostrem mais relevantes do que a proteção de herdeiros necessários. Assim, resguardará a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio”.

a sua participação sucessória na herança necessária. Chaves e Rosenvald (2015, p. 30-31), na linha da argumentação dos autores já citados, chegam a dizer que, sendo os herdeiros maiores e capazes a herança necessária é “derrotada” em prol de valores mais relevantes como, em suas palavras, “[...] a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio”.

Nessa ordem de consideração, a prevalência da dignidade do sucedido – **com nítido caráter de autonomia patrimonial** – sobre a proteção dos herdeiros necessários – **de natureza existencial** – ignora não apenas um, mas **todos** os princípios que informam e colorem o paradigma familiar da CRFB de 1988, destacadamente os da dignidade, da solidariedade, da isonomia, da pluralidade das entidades familiares e, por fim, o da democracia no seio da família.

Os princípios da dignidade e da solidariedade já foram devidamente relacionados ao tema desta pesquisa, concluindo-se que o primeiro deve abranger os conceitos de autonomia patrimonial e existencial – **considerando-se o caráter complexo de pessoa humana como particularidade, transcendência e comunhão** –, enquanto o segundo deve assumir, com muito mais densidade, o sentido de **fraternidade** ou de **responsabilidade recíproca**¹¹⁹, extraído da combinação com os princípios do afeto, do cuidado e do respeito mútuo, não se limitando ao caráter material, de viés assistencialista – embora esse certamente pertença ao seu âmbito de alcance. No que concerne à dignidade, um registro ainda se faz necessário: quando associada ao paradigma constitucional de família – cujas características são a personalização e a despatrimonialização –, a coerência impõe que, diante de uma concreta colisão entre a dignidade existencial de um ou alguns dos membros e a dignidade patrimonial de outro, se priorize a dignidade pessoal.

Logo, no exemplo dado anteriormente, a validação de testamento que exclua o filho extramatrimonial da sucessão, em desrespeito a sua legítima, mostrar-se-ia flagrantemente inconstitucional, conclusão essa que os próximos princípios analisados auxiliarão a construir.

¹¹⁹ A propósito do afirmado, vale transcrever os ensinamentos de Sarlet (2015, p. 48): “Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

4.1.2 Os Princípios da Pluralidade das Relações Familiares, da Isonomia e da Democracia Familiar na Justificação Constitucional da Legítima

Passa-se à análise dos princípios da isonomia e da democracia familiar que, complementando o princípio da pluralidade das entidades familiares, justificam constitucionalmente a tutela da reserva legal aos herdeiros necessários.

Revolucionando o ordenamento jurídico prévio, a CRFB de 1988 assentou o princípio da pluralidade das entidades familiares, retirando do casamento civil entre homem e mulher o monopólio de família merecedora de proteção legal.

Segundo Fachin (2008, p. 121), a família plural, de base afetiva e sem molduras previamente fixadas, “[...] dissecar limites e possibilidades da superação da vida insular [...]”, projetando uma organização conceitual desse coletivo a partir da “[...] concessão do acesso a papéis que abraçam no horizonte do conceito, os seus concretos: filhos e pais formam comunidades que se aglomeram em definições, direitos, deveres, prazos e desvinculações”.

Ao enumerar exemplificativamente¹²⁰ algumas formas de organização familiar, o artigo 226 da CRFB de 1988 assenta o acolhimento às escolhas de vida e de conjugalidade de cada um de seus cidadãos, reforçando o necessário respeito à autonomia existencial da pessoa humana na configuração de sua própria família. Esse importante valor é instituído pelo princípio da pluralidade das entidades familiares que, ao lado de outros princípios norteadores do novo paradigma de família, refletem, nos dizeres de Rodrigo Pereira (2016, p. 198), “[...] a compreensão e legitimação de todas as formas de família”.

Rodrigo Pereira (2016, p. 188) destaca ainda a diferença de tutela e intervenção por parte do Estado naquilo que, segundo já afirmado, representa a esfera mais íntima da pessoa, a manifestação exterior de sua autonomia existencial. Conquanto a CRFB de 1988 expresse a especial proteção à família por parte do Estado, essa tutela estatal não pode significar intervenção no sentido de limitação dessa fundamental competência para constituir sua família nos moldes capazes de promover felicidade e realização pessoal a cada um de seus membros,

¹²⁰ Os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram, em decisão unânime, a união estável para casais do mesmo sexo sob o argumento de uma enumeração não taxativa do rol do art. 226 da CRFB de 1988, única compatível com a ideia de Constitucionalismo fraternal.

observada a dignidade de todos e a eticidade que deve pautar as relações familiares.

A família concebida sob uma perspectiva plural significa ampliar a tutela estatal, outrora restrita ao modelo monolítico do casamento heterossexual, a todas as formas de organizações familiares antes marginalizadas pelo ordenamento jurídico. Representa, nessa medida, o alargamento do conceito jurídico de família para abarcar os diferentes tipos de conjugalidades – monogâmicas ou não, hétero ou homoafetivas – além de (re)fundar o estatuto jurídico da filiação e da parentalidade no ordenamento jurídico infraconstitucional, profundamente transmutado a partir das novas composições familiares.

Exemplos de situações jurídicas possibilitadas com fundamento no princípio da pluralidade das entidades familiares podem ser extraídos da tutela das relações entre casais do mesmo sexo, sob a forma de união estável ou casamento, do recente reconhecimento da multiparentalidade como consagração da dignidade existencial da pessoa cuja história de vida não se encaixa nos parâmetros da filiação tradicional de um pai e uma mãe, bem como da controversa, mas necessária dignidade que deve ser emprestada às relações estáveis plúrimas, conhecidas como poliamorosas. Muito embora essa temática ainda provoque certa resistência, notadamente porque contrasta com o que muitos entendem como princípio da monogamia, defende-se aqui que esse modelo familiar encontra guarida no amplo conceito de família e, por isso, merece, igualmente, a tutela por parte do Estado e o respeito por parte da sociedade. Afinal, o princípio da pluralidade traduz-se na noção de alteridade. Por mais que se reconheça na monogamia um princípio que serve como ordenador jurídico do tipo de família ainda preponderante na sociedade brasileira, esse “princípio” não pode ser tomado como um valor autorreferente. Vale dizer que a monogamia deve ser entendida, sob a óptica da pluralidade constitucional, como um valor voltado a realizar um tipo de escolha existencial de conjugalidade, sem prejuízo do reconhecimento de escolhas pessoais diversas que, não obstante fujam do padrão dominante, merecem igual dignidade no meio social.

A monogamia, assim entendida, deve ser permeada pela noção de uma escolha ética, estabelecida consensualmente entre os integrantes de uma determinada forma de conjugalidade, correlacionada com a responsabilidade decorrente dessa opção de vida e de relacionamento afetivo. Com essa ressalva importante, pode-se distinguir a situação do relacionamento dito poliamoroso de uma relação extraconjugal ou paralela ao casamento. Na família poliamorosa, as partes voluntariamente se unem com propósito de realização afetiva de todos,

formando uma entidade familiar coesa e solidária, com bases éticas e a partir da colaboração dos seus integrantes. Em contrapartida, na relação concubinária ou extraconjugal, a escolha originalmente feita por ambos os cônjuges é traída pela conduta individual de um deles ao constituir uma família paralela: tal circunstância dista e muito da primeira, na medida em que há um inequívoco desrespeito à autonomia existencial do cônjuge enganado, sobretudo em relação às suas legítimas expectativas quanto ao compromisso recíproco, assumido consensualmente, em relação à monogamia.

O fato é que tais arranjos familiares, mercedores ou não de tutela estatal, apresentam-se como uma realidade social, influenciando a concepção tradicional de parentalidade e, especificamente, de filiação. Essa constatação deve trazer como consequência uma proteção que garanta minimamente a dignidade das pessoas provenientes de comunidades com essa conformação, a fim de que não sejam discriminadas ou desconsideradas na sua inteireza pelo ordenamento jurídico. Referido aspecto é o que mais interessa ao trabalho, porquanto tem relação direta com a questão da igual dignidade dos laços parentais – **biológicos ou afetivos, duais ou plurais (multiparentalidade)** – para efeitos sucessórios e particularmente para efeito da sucessão necessária.

Outra faceta do mesmo princípio permite que as famílias reconstituídas – compostas por pessoas advindas de conjugalidade anterior desfeita e seus respectivos filhos – possam formalizar juridicamente esses novos vínculos de afeto sem prejuízo dos biológicos já firmados, inclusive extrajudicialmente¹²¹. A possibilidade de consagrar o vínculo entre ascendente e descendente, até então meramente **afim**, como um verdadeiro **vínculo parental socioafetivo**, realiza o princípio da pluralidade familiar, assentando-o não só com base no afeto, mas na responsabilidade recíproca dele decorrente.

Um registro adicional que se faz relevante ao tema diz respeito à facilitação do divórcio direto, operada pela Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, viabilizando uma rápida e efetiva desconstituição do vínculo matrimonial e, nesse passo, a breve reconstrução da conjugalidade dos integrantes do ex-casal. Permite-se, a partir dessa realidade social e jurídica, a ilação de que atualmente o modelo mais comum na sociedade brasileira é o das monogâmias sucessivas. Nesse sentido, torna-se fundamental a tutela

¹²¹ O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, disciplinou o reconhecimento da filiação socioafetiva perante os Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais, admitindo a multiparentalidade.

das situações engendradas pelas famílias “mosaicos”, notadamente as de cunho existencial como a possibilidade de reconhecimento parental de base socioafetiva. Todavia, uma tutela realmente equitativa corresponde a reconhecer a incidência da nova situação existencial em todas as esferas jurídicas dos titulares, incluindo os efeitos reflexamente patrimoniais, como o direito a alimentos e os direitos sucessórios recíprocos.

A sucessão necessária mostra-se como medida da garantia mínima de realização concreta desse princípio constitucional, viabilizando na prática o modelo verdadeiramente plural de organização familiar em que os filhos, independente da origem da filiação, gozam de isonomia jurídica, assim como as relações conjugais mereçam igual dignidade de tratamento.

Abordados alguns dos aspectos mais controvertidos do princípio da pluralidade, convém seu entrecruzamento com o princípio da democracia familiar, lembrando que ambos decorrem diretamente do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, com ênfase na dignidade da pessoa humana e no pluralismo da sociedade brasileira, sendo um dos objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

O princípio da democracia familiar, por sua vez, pode ser compreendido tanto como o respeito externo – por parte do Estado e dos particulares, no sentido de uma obrigação negativa – à autonomia existencial da pessoa humana na escolha e conformação da sua entidade familiar, como também às opções existenciais de cada um dos membros do grupo familiar pelos seus demais integrantes. Tanto em um caso como no outro, esse princípio contém uma interface com o da dignidade e o da pluralidade. De outro vértice, o princípio da democracia familiar, quando voltado ao respeito das escolhas de um dos membros pelos demais, exige do Estado uma obrigação positiva normativa, correspondente à criação de regras capazes de realizar na prática esse importante valor familiar e social. É nesse contexto que o princípio da isonomia atinge seu sentido maior na comunidade familiar, seja a isonomia entre os cônjuges no exercício dos direitos e obrigações decorrentes da sociedade conjugal (art. 226, § 5º, da CRFB/88), seja a isonomia de tratamento jurídico de todos os filhos, independente da origem da filiação (art. 227, § 6º, da CRFB/88), ou de suas escolhas pessoais de vida.

Em outras palavras, a garantia de tratamento isonômico reforça e reafirma o princípio democrático nas relações familiares, impedindo que circunstâncias fáticas, como, por exemplo, ser o descendente

prejudicado na sucessão do ascendente em razão da origem de sua filiação – vide o caso do filho extramatrimonial referido anteriormente – ou, ainda, ser o descendente impedido ou desencorajado a fazer certas escolhas de vida pelo receio de afastamento da herança em razão do preconceito ou arbitrariedade de seus ascendentes. Nesse sentido também atua a legítima, impedindo que arbitrariamente o titular do patrimônio tome conta da vida de seus parentes próximos, determinando suas escolhas de vida sob a ameaça de afastamento da herança¹²².

A propósito da assertiva, cumpre assinalar que, embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enuncie a **igualdade** de todos perante a lei no *caput* do artigo 5º, prefere-se, no texto, relacionar o tratamento equitativo dos parceiros conjugais e dos filhos à noção de **isonomia**. Em que pese o fato de as expressões **igualdade** e **isonomia** normalmente assumirem utilização sinonímia, entende-se haver entre ambas um traço distintivo importante ao trabalho: a isonomia reflete sentido duplo, ou seja, além da igualdade perante a lei, engloba, também, a igualdade na lei, referindo-se à proibição de tratamento diferenciado entre pessoas pertencentes a um mesmo grupo, por possuírem a mesma dignidade que tal *status* lhes confere. Assim, a isonomia garantida aos participantes da sociedade conjugal pela redação dada ao § 5º do art. 226 da CRFB de 1988, bem como a isonomia jurídica dos filhos contida no § 6º do mesmo artigo, garantem-lhes os mesmos direitos (e mesmas obrigações) decorrentes da posição familiar que ocupam, redundando em uma igualdade **perante a lei e na lei**.

Uma última consideração precisa ser reiterada: não se está afirmando que as peculiares necessidades materiais que concretamente possam diferenciar os parentes designados como herdeiros necessários não devam ser levadas em conta pelo direito. Apenas se entende que tais condicionantes não devem interferir no regramento da legítima que, como será explanado adiante, enfeixa outros direitos fundamentais e cumpre função social diferente da assistencial. O fato de ser verificada a dependência econômica de parente próximo da pessoa falecida reclama,

¹²² Souza (2012, p. 101), ao afirmar que a sucessão testamentária é a que melhor se coaduna com os interesses dos detentores da propriedade privada, passa a enumerar algumas vantagens dela decorrentes, chamando a atenção a passagem a seguir transcrita, porquanto claramente ilustrativa do sacrifício do princípio democrático no seio da família: “Além disso, a possibilidade de afastar e de promover sucessíveis por testamento cimenta em vida a estrutura de domínio dos proprietários de bens significativos, acentuando a dependência face a ele dos diversos membros do agregado familiar ou de outros interessados”.

em princípio, o amparo do direito alimentar e/ou previdenciário. Quanto à primeira categoria, note-se que, pelo artigo 1.700 do Código Civil vigente, a obrigação do finado em relação aos alimentandos se transmite aos seus herdeiros até o limite das forças da herança, significando, no pior cenário, a prevalência dessa obrigação de assistência material à própria sucessão, uma vez que a totalidade da herança pode ser direcionada à pessoa necessitada até o seu consumo integral. Referente à segunda proposição, tem-se no direito previdenciário e no benefício da pensão por morte um exemplo de aquisição *causa mortis* que não se confunde com a sucessão propriamente dita. O benefício referido busca promover a subsistência das pessoas que dependiam economicamente do falecido, amparando-as em razão da morte do provedor.

Não se pode, portanto, confundir as finalidades específicas de cada um dos institutos mencionados, como muitas vezes acontece na argumentação voltada à extinção da legítima, que, aliás, não raramente, envolve ideias pré-concebidas nem sempre fundamentadas jurídica ou constitucionalmente.

A título de ilustração, toma-se o rol de motivos enumerado didaticamente por Hironaka (2019) como desabonadores da legítima na contemporaneidade: (1) as circunstâncias atuais são muito diferentes das vivenciadas pela humanidade na origem do instituto (Grécia e Roma antiga), de modo a concluir que sua manutenção nos ordenamentos atuais reflete a ignorância ou a falta de reflexão do legislador acerca dos motivos que justificaram, em primeiro lugar, o seu surgimento; (2) ao ponderar legítima e solidariedade sob a óptica da reciprocidade, diz que nem sempre o herdeiro necessário prestou solidariedade ao sucedido durante a sua vida, sendo, portanto, desprovida de sentido a reserva em favor desse mesmo parente, cabendo somente ao autor da herança a decisão acerca do endereçamento dos seus bens para depois de sua morte; (3) refutando o argumento de que a função social da propriedade poderia encerrar alguma relação com a sucessão necessária, diz que a primeira deve ser aferida sempre objetivamente e não subjetivamente. Nesse sentido, afirma que um herdeiro testamentário poderia vir a fazer uso bem mais social do que um herdeiro necessário faria; e (4) por fim, associa a sucessão necessária ao parasitismo social, supondo o desinteresse dos herdeiros necessários no desenvolvimento de atividade econômica enquanto esperam a morte do titular do patrimônio. Citando passagem de Orlando Gomes (2008), diz que a legítima precisa deixar de ser uma verdadeira “fábrica de vagabundos”.

Hironaka (2019, p. 500) encerra, ressaltando da posição geral assumida quanto à extinção da legítima a situação específica dos

herdeiros vulneráveis, como os deficientes, os menores ou os idosos, “[...] em relação a quem o falecido, se vivesse, naturalmente teria dever de sustento ou de prestar alimentos [...]” e, em clara e inescandível (con) fusão entre direito alimentar e direito à sucessão necessária, arremata: “Em casos assim, dever-se-á reservar, para essas pessoas, patrimônio mínimo suficiente para lhes garantir a subsistência digna, devendo ser mantida (...) uma previsão de legítima”. Note-se a contradição encerrada neste ponto: como explicar que se defende primordialmente a tutela da dignidade e a promoção da personalidade humana quando, diante da situação de herdeiros hipervulneráveis, como os deficientes, os menores ou os idosos, se propõe a reserva de tão somente o mínimo existencial para subsistir, prevalecendo, em contrapartida, a liberdade proprietária de disposição via testamento do restante da herança? De que forma uma atitude dessa monta pode contribuir para a realização da dignidade existencial do autor da herança ou, ainda, para uma concepção de desenvolvimento da personalidade humana de contornos necessariamente éticos?

Tal linha de argumentação leva o pesquisador a investigar a real motivação ou influência por trás das doutrinas pretensamente “libertárias”, que propugnam ser a autonomia do testador – **de livremente dispor do seu patrimônio para após a morte** – uma autonomia existencial, olvidando-se que a faculdade de determinação do patrimônio da pessoa para além de sua morte encerra-se na porção do **ter** e não do **ser** de sua personalidade. Esse é o principal motivo da discordância da vertente que vê nessa prerrogativa de disposição um tipo de promoção da personalidade do titular do patrimônio que, sem embargo, já terá deixado de existir no advento da concretização de sua última vontade. Refutada a tese de promoção existencial da pessoa humana por meio da liberdade de testar, o que será, então, que esse movimento de expressiva ênfase no indivíduo – no sentido egoístico do termo – defendido por parcela significativa da doutrina revela?

Ghilardi (2015, p. 15) oferece uma alternativa interessante à compreensão do fenômeno por meio da Análise Econômica do Direito (AED). Para a autora, a influência encoberta do mercado e do consumo potencializado ao extremo na sociedade contemporânea – **correspondendo à era da globalização e da universalização mercantilista** – permeia todas as relações sociais, sem imunizar as relações familiares de seus efeitos, por mais que se reafirmem as bases afetivas dessas coletividades. Identifica, portanto, como causas principais do mal-estar da civilização no atual momento histórico “o

consumismo exacerbado” e o “individualismo em sua fase mais egoísta”.

Com efeito, a conexão entre a liberdade de disposição patrimonial para depois da morte do titular e a lógica do mercado é mais do que evidente: revela o paradoxo dos tempos atuais em que, a despeito da posituação de um número incomparável de direitos fundamentais a priorizar a dimensão extrapatrimonial da personalidade humana, sobretudo no seio familiar, se reificam os valores de modo a ensejar que o “[...] *ser* de nosso tempo se esgote no modo *ter*, e considerar que se pode *ter* o *ser* [...]”, ou, ainda, “ser o ter e ter o ser”, como afirma Bittar (2007, p. 9, grifo do autor). Ainda, segundo Bittar (2007, p. 9), essa “dupla possessividade” resulta em um “duplo materialismo”, capaz de submeter os valores à tenência e às coisas em geral, como se todo e qualquer valor se encerrasse nas coisas em si mesmas.

Nessa concepção, o indivíduo assume uma posição isolada da família e da sociedade, seguindo eclipsado pela ideia de que o afrouxamento desses laços lhe confere maior liberdade de escolhas quando essas, na verdade, nada têm de livres ou de conscientes. Ao contrário, são-lhes determinadas pela lógica do mercado e do consumo que tanto melhor funciona quanto mais isolado e solitário estiver o indivíduo. Essa é a verdadeira contradição que serve à lógica do capital – quanto mais “livre” dos laços de afeto, de solidariedade e de intersubjetividade estiver o indivíduo, mais dependente se torna do mercado e do consumo para a afirmação de sua identidade e sensação de completude, ainda que fugaz. Tal condição prenuncia uma “[...] subjetividade ameaçada de soçobrar sob as forças do mercado, distante, portanto, da capacidade de emancipação” (BITTAR, 2007, p. 10) a partir da prefalada autonomia, que no fundo não passa de uma autonomia de caráter exclusivamente patrimonial ou, até, nos dizeres de Bauman (2004, p. 97), uma heteronomia.

Sob essa lente, os esforços para desvirtuar a compreensão da família redesenhada sob os auspícios dos princípios fundamentais e dos *standards* da personalização e despatrimonialização, transformando-os em motes de auto-centramento egóico do indivíduo, podem ser compreendidos, sem ingenuidade, como a serviço do capital¹²³. Nessa lógica, convém ao mercado, e ao mercado de consumo especificamente,

¹²³ Diz Pretto (2015, p. 57) nesse sentido: “Nesse quadro, a família que o Código Civil de 2002 regula e protege é a família democrática e igualitária, fortalecendo a personalidade (como individualidade) de cada pessoa que a compõe. O individualismo (como egoísmo) passa a ser uma ameaça à família, sinal de desorganização familiar, passível de intervenção”.

a busca incessante do indivíduo pelos prazeres que lhe proporcionam felicidade instantânea e passageira, mas amenizam temporariamente sua solidão e seu isolamento social e familiar. O consumo assume o papel antes desempenhado pela família de formatar a identidade do indivíduo e de embasar e orientar suas escolhas.¹²⁴

Esse fenômeno fora metaforicamente definido por Fachin (2009) como a “síndrome da família *light*” em uma alusão à perda de sua substância e densidade, bem como das “calorias” representadas por valores formativos familiares, chegando-se ao ponto, segundo as palavras do autor, de beirar uma “anorexia ética” dessa nova e “leve” família.

Nos discursos contrários à legítima dos herdeiros necessários, pode-se vislumbrar também a lógica do capital e de seu projeto global, cujo sucesso depende, em grande margem, da paulatina dissociação do indivíduo de seus laços familiares e, com isso, da desobrigação para com seus respectivos parentes. Assim, o indivíduo, agora “liberto” das “tradições ultrapassadas” do direito sucessório, pode se entregar de corpo e alma aos prazeres da tenência e do consumo sem a preocupação com seus parentes próximos ou com sua própria família no tempo presente ou no futuro depois que ocorrer a sua morte. Esse indivíduo hedonista e autocentrado, que passa a reivindicar autonomia plena de disposição patrimonial, exsurge como produto de uma trajetória de atomização e desidentificação de sua comunidade familiar. É súdito que serve a um só mestre: o capital.

Diante da visão pós-moderna aqui patenteada, mostra-se ainda mais necessário o estudo e a compreensão dos direitos e das garantias fundamentais à sociedade, seja como força contramajoritária, contraponto e resistência aos discursos dispersivos e reducionistas, tendentes a simplificações de cunho patrimonialistas, seja como parâmetro primordial a pautar as relações intersubjetivas, nascidas sob o

¹²⁴ Bittar (2007, p. 21) descreve esse fenômeno com especial sensibilidade: “Nesse sentido, como o indivíduo tem o seu decreto de nascimento no interior da família, e como nível se socialização primordial, o enfraquecimento das instituições ligadas à identidade familiar trazem como consequência a própria desestruturação do indivíduo-ele-mesmo, pois a sensação de desnorte é acompanhada pela dúplice perspectiva, de um lado, as pressões por uma abertura de alternativas e possibilidades de escolha, de outro lado, o decréscimo da capacidade de exercer com autonomia e responsabilidade escolhas, uma vez que a orientação primordial parte da identidade do próprio núcleo familiar. O prejuízo social é incomensurável, na medida em que os efeitos em cascata são sucessivos e ininterruptos.

signo da contradição entre uma economia de viés neoliberal¹²⁵ e um Estado Democrático de Direito ainda de contornos sociais.¹²⁶

Abalizada a importância da realização dos direitos fundamentais em geral e, em especial, dos princípios ordenadores do paradigma familiar constitucional, avança-se para a próxima etapa deste trabalho, consistente em extrair do conflito entre o direito fundamental à herança e o direito à propriedade privada – o tipo de intervenção realizada pela herança necessária.

4.2 A COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA E O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA: A HERANÇA NECESSÁRIA COMO UMA AUTÊNTICA RESTRIÇÃO OU UMA GRAVE VIOLAÇÃO À AUTONOMIA PATRIMONIAL?

Nos capítulos precedentes, foram assentadas as bases teóricas que fundamentam a regra metodológica de Alexy (2011), denominada de máxima da proporcionalidade, bem como definido o conteúdo autônomo do direito fundamental à herança, distinguindo-o do direito à propriedade privada, sendo, por fim, analisados temas destacados do direito sucessório no intuito de pavimentar o caminho que conduz à análise da herança necessária sob a perspectiva de sua constitucionalidade.

Como já foi possível antever, elege-se a teoria proposta por Alexy (2011) para solucionar a indagação que instigou a presente pesquisa científica acerca da constitucionalidade ou não da reserva legal em prol dos herdeiros necessários.

Na hipótese a ser submetida à máxima da proporcionalidade, tem-se dois direitos fundamentais – **o direito à herança e o direito à propriedade privada** – em relação de tensão. A partir da concepção de

¹²⁵ A expressão “viés neoliberal” significa, em uma concepção generalista, a noção de Estado mínimo e de liberdade de mercado. Todavia, para efeito deste trabalho, adota-se a conceituação mais específica cunhada por Ghilardi (2015, p. 59): “O neoliberalismo é um projeto de cunho econômico de expansão global, com objetivo de transplantar o Estado de bem-estar, para instituir o individualismo, a liberdade econômica, contendo a intervenção estatal”.

¹²⁶ Extraí-se do texto de Ghilardi (2015, p. 260) essa complexa indagação: “A relação paradoxal e conflituosa entre os preceitos liberais e sociais é de difícil solução e refletem o contraste nos modos de pensar, agir e governar não só a vida pessoal, familiar, social, profissional, ou até mesmo uma nação. Entre tantos dilemas, não se pode tratar o Estado Democrático como mero coadjuvante, e é dentro dessa realidade que novas formas de se relacionar com o outro e com o mundo devem ser criadas”.

âmbito de proteção amplo dos direitos fundamentais, todas as posições hereditárias, assim como todas as posições proprietárias, são *prima facie* tuteladas pelas respectivas normas jusfundamentais. Dito de outra forma, considerados os âmbitos de proteção dos referidos direitos, conclui-se que ambos, tomados em sentido absoluto, conduziriam a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios. Isso porque as prerrogativas do proprietário de usar, gozar e, principalmente, de **dispor** do patrimônio integram o feixe de posições *prima facie* asseguradas pelo direito fundamental à propriedade privada. De igual modo, a garantia do direito fundamental à herança refere-se, *prima facie*, a toda e qualquer posição decorrente de sucessão *causa mortis*, abrangendo, nesse passo, a sucessão legítima, a sucessão testamentária e, com especial relevo ao trabalho, a **sucessão necessária**. Em função da amplitude daquilo que é tutelado *prima facie* por um e outro princípio é que ocorre o entrelaçamento das posições jusfundamentais do titular da propriedade privada no que tange à livre disposição de seus bens em vida e para depois de sua morte, e do sucessor necessário concernente à reserva legal de metade da herança, implicando em direta limitação da referida autonomia patrimonial do proprietário.

Identificado o ponto de tensão entre esses dois princípios fundamentais,

deve-se buscar solução que melhor atenda ao caráter de mandamento de otimização, realizando, na máxima medida possível, tanto os valores instituídos pelo princípio relativo à herança, quanto aos relativos à propriedade privada.

Retomadas as noções elementares dos capítulos antecedentes, passa-se ao exame das regras estabelecidas à herança necessária pelo legislador ordinário a fim de perquirir sua constitucionalidade ou não, segundo os ditames da máxima da proporcionalidade.

O tratamento específico¹²⁷ da herança necessária no Código Civil de 2002 concentra-se nos artigos 1.845 a 1.850 dos quais se destaca o mais relevante neste momento: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Com efeito, o estabelecimento dessa regra, posteriormente à CRFB de 1988, pressupõe a ponderação por parte do legislador

¹²⁷ As consequências da proteção da legítima podem ser encontradas em outros dispositivos do Código Civil, notadamente os que limitam a liberdade de testar e doar mais da metade dos bens do titular que possua herdeiros necessários, ponto a ser examinado na sequência deste trabalho.

constituído dos valores a serem realizados concomitantemente pelos princípios da herança e da propriedade privada¹²⁸. A questão a ser respondida, então, é se a solução encontrada no direito sucessório a essa “ponderação” realmente atende à máxima da proporcionalidade, especialmente no que toca à realização na maior medida possível de ambos os valores constitucionais instituídos pelos princípios conflitantes.

Evidencia-se que o instituto da herança necessária promove uma grande intervenção sobre o direito de disposição da propriedade, *prima facie* ilimitado, na medida em que torna indisponível ao titular a metade de seu patrimônio, impedindo-o de realizar negócios gratuitos sobre a integralidade de seus bens, em clara afetação de sua autonomia privada.

A máxima da proporcionalidade deve responder se essa intervenção ao direito de propriedade é justificada constitucionalmente e, ainda, se é necessária e adequada à satisfação do fim a ser realizado pelo princípio colidente, verificando-se, ao final, se proporcionalmente à limitação do direito cedente há a satisfação do outro, no caso, o prevalente.

Parte-se da compreensão de que o direito de livre disposição realiza o princípio da autonomia econômico-patrimonial, significando a liberdade de aquisição da propriedade privada e de sua transmissão em vida ou após a morte, gratuita ou onerosamente por seu titular.

Em plano diverso, o direito à herança necessária representa a tutela à pessoa, considerando-a na sua dimensão particular, mas também comunitária e transcendente. Vale dizer que a proteção concebida a partir da posição familiar ocupada pelo herdeiro, da qual se pressupõe relação de afeto, cumplicidade, responsabilidade e reciprocidade com o sucedido, realiza os princípios constitucionais orientadores do paradigma familiar vigente, dentre eles o da solidariedade, da afetividade, da responsabilidade e reciprocidade, da dignidade, da pluralidade e da democracia dentro da família.

¹²⁸ Corroborando o raciocínio, tem-se na exposição de motivos da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, atual Código Civil de 2002, a seguinte reflexão inicial: “Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo” (BRASIL, 2005, p. 23-24).

Sob o enfoque do princípio da propriedade privada, a livre e irrestrita disposição do patrimônio pelo titular estaria permitida, enquanto, sob a tutela do direito à herança, estaria proibida.

Na ponderação entre a liberdade proprietária e a dignidade pessoal dos integrantes da família, na perspectiva solidária, recíproca e isonômica, tem-se que o legislador ordinário buscou otimizar a realização dos valores representados pelos princípios colidentes, por meio de uma limitação à autonomia do proprietário que possui herdeiros necessários. Ao mesmo tempo em que prioriza absolutamente a autonomia patrimonial do proprietário caso não haja herdeiros necessários, os havendo, limita a possibilidade de disposição gratuita à metade do montante total, reservando a parte indisponível à referida classe de sucessores.

Mostra-se essencial examinar essa intervenção no direito fundamental de propriedade sob a óptica da necessidade e da adequação. Dois são os questionamentos que se deve responder para tanto: (1) a reserva legal aos herdeiros necessários é apta a atingir o fim proposto pela norma jusfundamental da herança? E, (2) haveria outra medida menos gravosa ao direito de propriedade capaz de realizar na mesma extensão a finalidade do direito fundamental à herança?

Sem maiores dificuldades, consegue-se visualizar que a reserva legal em prol dos herdeiros necessários satisfaz, em grande medida, o direito fundamental à herança. Não fosse por essa limitação à autonomia do proprietário, este poderia, por exemplo, dispor gratuitamente de todo o seu patrimônio em vida, de modo a ser aniquilada a possibilidade de sucessão *causa mortis*. Ou, de outro lado, poderia dispor de todo seu patrimônio por testamento, alijando os herdeiros necessários da sucessão. Vale frisar que a autonomia patrimonial ilimitada esvaziaria por completo o direito fundamental à herança.

Cumprido o exame da necessidade, a máxima da adequação exige que se demonstre que a medida escolhida pelo legislador não comporta substituição por outra menos gravosa ao direito de propriedade e igualmente capaz de satisfazer a finalidade obtida com a reserva legal aos herdeiros necessários.

Discordando dos autores previamente citados no texto, não se vislumbra medida alternativa que concomitantemente assegure o direito fundamental à herança e realize o paradigma constitucional de família. Isso porque a legítima não se volta exclusivamente à satisfação do direito à herança. Fosse essa a finalidade a ser alcançada pela citada medida restritiva, de fato não haveria fundamento constitucional para limitar a liberdade de testar do autor da herança, uma vez que a norma

jusfundamental seria perfeitamente realizada pela sucessão testamentária. Nesse contexto, a regra que estabelece a legítima seria, sem sombra de dúvida, inconstitucional. Todavia, a legítima cumpre dupla finalidade: satisfazer o direito fundamental à herança, de modo a compatibilizá-lo com a realização do modelo de família proposto constitucionalmente. Sob essa perspectiva, outra medida não atingiria com a mesma força e integridade os fins alcançados pela reserva legal em favor dos herdeiros necessários.

Segundo Felipe Gomes (2015), a obrigação alimentar tutelada pelo direito de família e a possibilidade de sua transmissão via sucessória impõe-se como medida substitutiva à legítima, uma vez que realiza o fim de proteção aos familiares e não importa na limitação do direito de propriedade, concluindo, com base nessa premissa, pela inconstitucionalidade da reserva legal. A discordância essencial desta tese resta assentada neste trabalho, dispensando a reiteração dos argumentos já expendidos. Contudo, uma questão elementar deixa de ser respondida pelo autor e merece ser aqui registrada: as razões por ele ponderadas são todas claramente voltadas à realização do direito de propriedade privada e da autonomia patrimonial de seu titular. Em que pese versar seu trabalho acadêmico sobre o direito fundamental à herança, a realização dos valores correspondentes a essa norma específica aparentemente não chegou a ser considerada na aplicação da regra da proporcionalidade. Por mais que se possa extrair de suas conclusões a possibilidade de sucessão testamentária ou voluntária, quer dizer, aquela que tem por fundamento a autonomia do titular do patrimônio, essa não decorre do âmbito autônomo do direito fundamental à herança, mas se desdobra do âmbito de proteção do próprio direito fundamental à propriedade privada. Explica-se melhor. Quando se concebe uma sucessão exclusiva ou prioritariamente voluntária, realiza-se o princípio da autonomia do titular do patrimônio em detrimento do princípio fundamental de herança, na medida em que seu fundamento reside integralmente na vontade do proprietário, como se o direito à herança fosse uma decorrência lógica ou uma mera garantia do direito à propriedade privada. Contrariamente, ao se reivindicar um âmbito autônomo de proteção do direito à herança, deve-se, por uma questão de coerência, concebê-la não em função da autonomia patrimonial do sucedido, mas apesar dela.

A inadequação de suas conclusões à regra da proporcionalidade, ainda que denominada de “balanço crítico”, torna-se visível no ponto em que reduz a sucessão necessária a um mero direito alimentar, limitando sobremaneira o direito à herança sem a devida fundamentação

constitucional. Desse ponto de vista, a supressão da legítima, ou mesmo a sua redução, é que importaria em inconstitucionalidade.

Em suma, a legítima visa à satisfação simultânea do direito fundamental à herança e dos princípios instituidores da família constitucional, importando, em contrapartida, na limitação apenas parcial da autonomia proprietária.

O direito de propriedade, a propósito da afirmação, encontra na função social uma restrição diretamente constitucional que demonstra a necessidade de temperamento da noção de autonomia econômico-patrimonial¹²⁹ diante de valores que transcendem o indivíduo proprietário, exatamente como acontece com a legítima em relação à família. Nesse sentido, entende-se a reserva legal como necessária e adequada à realização dos fins constitucionalmente visados.

Por fim, em termos de sopesamento, vê-se que a redução da disponibilidade proprietária se dá na exata medida da realização da sucessão necessária e, ainda, da concretização do modelo de família plural, democrática, isonômica e solidária. Inexiste, assim, qualquer excesso passível de inconstitucionalidade. Vértice oposto, na hipótese da extinção da legítima, estar-se-ia satisfazendo integralmente o direito de propriedade em prejuízo do direito fundamental à herança necessária de certos parentes que, como visto, configura importante elemento do ordenamento jurídico para a realização do paradigma familiar constitucional.

Considerando todas as etapas do processo de ponderação, pode-se concluir que a reserva necessária ou a legítima corresponde a uma autêntica restrição ao direito de propriedade, porquanto reflete limitação justificada constitucionalmente e não apenas na norma jusfundamental asseguradora da herança, mas, sobretudo, nos princípios orientadores do paradigma familiar na CRFB de 1988.

Definida a legítima como autêntica restrição ao direito de propriedade, convém examinar, também sob a óptica da constitucionalidade, a ampliação do rol de herdeiros necessários pelo

¹²⁹ Ao definir a autonomia privada como um princípio geral de direito, com natureza constitucional e até mesmo de direito fundamental, Nalin (2011, p. 40-14) afirma que, a cada nova Constituição, ele aparece plasmado nos moldes do respectivo texto constitucional. Nesse sentido, defende o autor que em uma ordem constitucional democrática, como a de 1988, o princípio da autonomia individual deve encontrar uma forma de adequar o trânsito jurídico ao primado da justiça social, privilegiando o aspecto positivo de sua limitação, entendida como função promocional na ambiência constitucional, de cunho marcadamente solidarístico.

legislador civil de 2002, correspondendo a uma proporcional diminuição da autonomia proprietária.

4.3 O NOVO PERFIL DE CONJUGALIDADE E O *STATUS* DE HERDEIRO NECESSÁRIO DOS PARCEIROS AFETIVOS: UMA ABORDAGEM PROSPECTIVA

A inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários representa uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, no Código Civil de 1916, tal posição era garantida exclusivamente aos parentes em linha reta: descendentes e ascendentes.

Segundo a justificativa oficial, extraída da exposição de motivos do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente passa a integrar a categoria de herdeiro necessário, podendo, em alguns casos, concorrer com os descendentes – conforme o regime matrimonial de bens do casamento com o falecido – e em qualquer hipótese com os ascendentes, em razão da alteração do regime legal¹³⁰ de comunhão universal para comunhão parcial de bens¹³¹.

Note-se que a modificação do regime legal de bens não é um acontecimento recente no país, tampouco contemporâneo à aprovação da atual codificação civil. A passagem do regime legal de comunhão universal para comunhão parcial de bens coincide com a introdução do divórcio no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 09, de 28 de junho de 1977. Com efeito, a substituição deu-se por intermédio da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, com o propósito de regulamentar o divórcio e traçar novos parâmetros à separação judicial, acabou alterando a previsão de regime legal do artigo 258 do Código

¹³⁰ Entende-se por regime legal ou supletivo aquele que incide na regulamentação das relações patrimoniais do casal na ausência ou lacuna do pacto antenupcial/contrato de convivência. Atualmente, o regime da comunhão parcial de bens é o regime legal tanto para o casamento como para a união estável, em conformidade com os arts. 1.640 e 1.725 do CCB/02.

¹³¹ Da exposição dos motivos ensejadores da inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários e em concorrência com descendentes e ascendentes no CCB/02, lê-se: “seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto”. (BRASIL, 2005, p. 57).

Civil de 1916¹³². Essa observação, em particular, é feita no intuito de registrar que, a despeito da aprovação em 2002 do atual Código Civil, não se desconhece o fato de tratar-se de um projeto da década de 1970, cujo texto, depois de revisado, atualizado – **pretensamente em consonância à CRFB de 1988** – e aprovado, passou a vigorar no país a partir de 2003. Tal circunstância sinaliza o cuidado redobrado que a análise do dispositivo em comento deve receber, observado, com especial relevância, o atual paradigma familiar constitucional.

Da comparação entre os regimes, tem-se nítida a diferença: na comunhão universal de bens, comunicam-se os bens anteriores ao casamento e os adquiridos posteriormente a qualquer título, salvo as exceções legais, enquanto, no regime da comunhão parcial, a regra é a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento e a título oneroso.

Na arquitetura jurídica do Código de 1916, havia plena compatibilidade entre o regime legal da comunhão universal de bens e a sucessão necessária em favor de descendentes e ascendentes. Isso porque ao cônjuge sobrevivente normalmente cabia, pelo falecimento de seu consorte e em razão do regime de comunhão universal de bens, a metade de todo o patrimônio, até então, de titularidade do casal. Além disso, a comunicação de todos os bens entre os cônjuges, constituindo uma única e indivisa massa patrimonial, coadunava-se perfeitamente bem com a indissolubilidade voluntária do casamento.

O regime legal da comunhão universal afigurava-se, pois, adequado à percepção de perenidade decorrente do casamento que conhecia seu fim somente com a morte, deixando o sobrevivente, por ocasião desta, amparado pela meação de todo patrimônio comum. Vale o registro de que, nessa conjuntura, uma proteção sucessória mais extensa seria realmente excessiva.

Entretanto, a estruturação legal que concebia a posição sucessória do cônjuge a partir do regime de comunhão universal de bens começa a ruir no instante em que é introduzido o divórcio no país e alterado o regime legal de bens entre os cônjuges, novidades causadoras de certo desconforto e desconfiança em grande parcela da população¹³³.

¹³² “Art. 50 - São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: “[...] 7) Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.” (BRASIL. LEI DO DIVÓRCIO, 1977).

¹³³ Segundo o relato histórico de Delgado (2017, p. 1, grifo do autor), “o caminho até o divórcio foi extremamente árduo, uma verdadeira ‘batalha’, na célebre expressão consagrada na obra de Arruda Câmara. Os principais combatentes dessa batalha sempre foram os setores ligados à Igreja Católica. Nas trincheiras divorcistas não se pode deixar

São compreensíveis, então, os motivos que levaram o legislador do projeto de Código Civil de 2002 a “compensar” o cônjuge sobrevivente, alçando-o à posição de herdeiro necessário e permitindo-lhe concorrer na sucessão do finado com descendentes – **em certos regimes de bens** – e com ascendentes. A preocupação mais premente dessa época era não permitir que o cônjuge sobrevivente ficasse desamparado com a morte de seu consorte. O regime da comunhão parcial de bens confere grande margem de patrimônio particular, ou seja, de bens não comunicáveis no casamento, de modo que hipoteticamente permitiria que os viúvos se vissem sem meação ou sucessão – caso houvesse descendente, ascendente ou testamento – em um momento de extrema fragilidade emocional, potencializado pela eventual insuficiência econômica. Assim, esse pano de fundo motivou a alteração radical da ordem da vocação hereditária no Código Civil de 2002.

Conquanto fosse a proposta absolutamente justificável na conjuntura da sociedade brasileira do final da década de 1970, início dos anos 1980, ainda marcada pela convicção de sacralidade do casamento – responsável por estigmatizar o divórcio – e pela hierarquia sexual a dimensionar o caráter patriarcal da família, ao tempo em que o Código Civil de 2002 é aprovado e passa a vigorar encontra outra realidade social, sobretudo familiar. Mais ainda: encontra uma ordem constitucional absoluta e radicalmente diversa daquela que serviu de berço à sua elaboração.

Dentre as principais características dessa nova ambiência jurídica e social da família destacam-se a isonomia conjugal, reconhecida inclusive em sede constitucional, a liberdade cada vez mais acentuada para contrair e para dissolver o matrimônio, a possibilidade de optar pela união estável na constituição de conjugalidade, enfim, uma verdadeira revolução em poucas décadas.

Interessa aqui reiterar que a flexibilização do divórcio – inicialmente com redução de prazos para a sua obtenção, seguida da viabilidade de obtê-lo extrajudicialmente, culminando com a supressão de quaisquer prazos ou requisitos à sua decretação – demonstra, na expressão utilizada por Bauman (2004), a “liquidez” do vínculo

de fazer alusão ao deputado e senador fluminense Nelson Carneiro. Hoje, é difícil acreditar, mas se dizia que o divórcio ‘dissolvia a família’, ‘reduzia a natalidade’, ‘aumentava o aborto e a criminalidade infantil’, ‘comprometia a educação dos filhos, pela ruína da autoridade paterna e da piedade filial’. O divórcio era sintoma da decadência e do egoísmo social, dizia o padre Leonel Franca, em obra que se tornou famosa nos anos 1950”.

conjugal na contemporaneidade. Sem destoar do casamento, na união estável é também visível a noção de transitoriedade, razão por que se afirmou antes ser a monogamia o modelo ainda dominante de organização conjugal, porém de forma sucessiva, ou seja, tem-se atualmente nas monogâmias sucessivas o modelo predominante de conjugalidade.

Evidentemente que a nova parametrização das relações amorosas impõe mudanças no modo de conceber esse compromisso que, como se sabe, não mais é assumido “até que a morte os separe”, mas “até que o afeto acabe”. Na perspectiva de Nahas (2018), a ampla liberdade de casar, permanecer casado ou descasar deve corresponder a um proporcional alargamento da autonomia das partes na delimitação das consequências jurídicas – patrimoniais ou não – decorrentes desses vínculos.

Consoante o novo modelo familiar, o pacto antenupcial e o contrato de convivência devem ser entendidos como o exercício paritário da autonomia das partes envolvidas, cujas vontades convergem naquele dado momento e naquela dada direção. Afora poucas exceções, não há praticamente matéria que deva ser rechaçada aprioristicamente do acordo entre cônjuges e companheiros na regulação de seus patrimônios ou de certos aspectos referentes às suas personalidades, como o nome, a deliberação do início da convivência e até mesmo a introdução de cláusula respeitante ao direito de privacidade de um deles ou de ambos, conforme Nahas (2018).

Assim, o horizonte em matéria de autonomia na pactuação dos efeitos da conjugalidade se ampliou sensivelmente nos últimos anos e, arrisca-se dizer, deverá ser ampliado ainda mais doravante.

Diante de uma configuração social e familiar bem diversa da idealizada pelo legislador do projeto de Código Civil de 2002, porém bastante aproximada do paradigma da CRFB de 1988, a questão a desvendar, sob o enfoque da compatibilidade constitucional, diz respeito à posição sucessória conferida ao cônjuge sobrevivente pela regra do artigo 1.845 do mesmo Diploma Civil.

Com efeito, a introdução do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários enseja dois aspectos muito importantes a serem esquadrihados na análise do problema. O primeiro diz respeito ao fato de a herança necessária traduzir-se em uma reserva legal sobre o patrimônio do titular, que deixa de poder livre e gratuitamente dispor de seus bens em vida ou em razão de sua morte. Nesse sentido, a regra que abriga o cônjuge no âmbito da herança necessária promove nova intervenção ao direito de propriedade privada, limitando um pouco mais

a autonomia patrimonial de quem, a despeito de não ter parentes em linha reta, contrai casamento. Logo, pelo simples fato de estar casado, qualquer que seja o regime de bens, o proprietário perde o poder de disposição gratuita sobre a metade de seu patrimônio. E, mais, na esteira dessa preocupação, segue a de eventual alargamento dessa limitação à propriedade privada caso estendida a posição de herdeiro necessário aos companheiros.

Por mais que o artigo 1.845 do CCB/02 refira-se expressamente aos **cônjuges** como herdeiros necessários, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal¹³⁴ equiparando os institutos do casamento e da união estável para efeitos sucessórios, com aplicação indistinta da ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829 a ambos os casos, pode-se inferir a derivação desse *status* também aos companheiros. Afinal, as argumentações constitucionais expendida nos votos dos ministros tratam dos princípios da pluralidade e da isonomia, partindo da premissa de que a distinção das entidades familiares significa um retrocesso ou uma proteção insuficiente à união estável¹³⁵.

Não obstante a compreensão de que se deva dispensar tratamento equitativo ao casamento e à união estável, exceto se houver situação fática que diferencie os institutos, o questionamento mais relevante a ser feito é se a posição de herdeiro necessário de cônjuges e companheiros pode ser constitucionalmente sustentada.

Diferentemente do que ocorre com o vínculo parental entre descendentes e ascendentes, a relação conjugal estável, seja no casamento ou na convivência, decorre de uma escolha das partes, exatamente nos termos em que antes se tratou da autonomia existencial, ou seja, reflete opção de vida e de forma de constituição de família. Ainda, de modo semelhante, ao escolher formar uma família, a pessoa tem a prerrogativa/competência de exercer sua autonomia patrimonial optando por um regime de bens ou mesmo deixando de fazê-lo. Tanto o pacto antenupcial como o contrato de convivência, para citar apenas os arranjos familiares mais comuns, têm a função de fazer convergir, sobretudo as autonomias patrimoniais das partes, especificando de que maneira e em que grau elas se dispõem a compartilhar seus bens e seus

¹³⁴ Conforme tratado no capítulo anterior, o RE 878694 assentou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB/02, determinando a aplicação do art. 1.829 a cônjuges e companheiros.

¹³⁵ Nesse sentido, destaca-se a posição defendida por Tartuce (2018, p. 34), seguido por diversos outros doutrinadores por ele referenciados. No mesmo sentido, apontando para o entendimento da qualidade de herdeiros necessários dos companheiros, tem-se o artigo de Barboza (2019, p. 503-512).

rendimentos, dando a medida da solidariedade que se comprometem a assumir, sem, é claro, por em risco o dever de assistência material, ínsito aos vínculos conjugais. Consequentemente, no embate entre o direito fundamental de propriedade e o direito fundamental à herança necessária de cônjuges e companheiros, a situação torna-se mais nebulosa ao passo que o direito à legítima do cônjuge ou companheiro sobrevivente não colide apenas com o direito de propriedade privada do sucedido, mas sobretudo com o direito à herança de descendentes ou ascendentes, que passam a suportar importante limitação hereditária em razão da aludida concorrência inaugurada no artigo 1.829 do Código Civil de 2002. E, diante desse conflito, pelas razões já invocadas no título antecedente, o direito à legítima dos cônjuges e companheiros tenderia a ceder diante do direito fundamental à herança dos parentes em linha reta, notadamente quando alinhado ao direito de propriedade privada, manifestado pela autonomia patrimonial do autor da herança – caso bastante comum de pessoa que se casa na maturidade sem pretender que tal união prejudique o direito sucessório da descendência de leito anterior.

A posição de herdeiro necessário das pessoas ligadas pela conjugalidade e sua concorrência com a classe dos descendentes e ascendentes merece, portanto, um refinamento essencial, passível, quiçá, de harmonizar o aparente confronto.

Interessante observar que não apenas o artigo 1.845 do CCB/02 inovou ao introduzir o cônjuge como herdeiro necessário, mas também o fez o artigo 1.829 do mesmo Diploma ao alterar a ordem de vocação hereditária do Código Civil de 1916 – de **preferência** dos herdeiros mais próximos e **exclusão** dos mais remotos – na qual era reservada ao cônjuge sobrevivente a terceira posição, sucedendo ao falecido somente na ausência de descendentes e ascendentes. Na determinação da ordem sucessória do artigo 1.829, tem-se no inciso I a concorrência do cônjuge ou companheiro com os descendentes quanto aos bens particulares do falecido, enquanto no inciso II a concorrência sobre todo o patrimônio do sucedido com os ascendentes. Somente no inciso III o cônjuge ou convivente sobrevivo é chamado a receber a universalidade da herança, por não haver descendentes e ascendentes.

Madaleno (2018)¹³⁶ possui interessante opinião sobre essa concorrência, dizendo-a mera evolução do anterior sistema de 1916,

¹³⁶ Nas palavras de Madaleno (2018, p. 61): “A concorrência sucessória reflete típico direito vidual e não se confunde com o direito sucessório puro, que é reservado ao cônjuge ou convivente e com direito à legítima intangível e sucessível, somente quando

referindo-a como um direito familiar de índole assistencial, estratificado na codificação revogada sob a forma de direito **real de habitação** ou **usufruto vidual**. De cunho eminentemente familiar – e não sucessório –, tais institutos refletiam precipuamente a preocupação assistencial com o sobrevivente, traduzindo-se em direito real de habitação – quando o regime de casamento fosse o de comunhão universal ou usufruto de $\frac{1}{4}$ (concorrendo com descendentes) ou $\frac{1}{2}$ (concorrendo com ascendentes) dos bens do falecido quando o regime fosse qualquer outro.

Realmente, não se deve confundir a posição de herdeiro necessário do cônjuge ou companheiro com a sua inserção concorrencial com descendentes e ascendentes na ordem da vocação hereditária. Assiste razão ao referido autor quando afirma que submeter o direito do cônjuge em concorrência com descendentes a certos regimes de bens ou mesmo vincular a quantificação de seu quinhão à origem e número dos descendentes com os quais concorre é o suficiente para extrair dessa condição seu caráter assistencial que nega feição sucessória ao benefício legal da concorrência, dentre outros motivos, pela regra da intangibilidade da legítima (art. 1.846, CCB/02). Lado outro, na concorrência com ascendentes a determinação de $\frac{1}{3}$ ou de metade do patrimônio hereditário parece reeditar, ainda que tratando agora de titularidade e não mais de direito real sobre coisa alheia, a regra protetiva do usufruto vidual do Código Civil revogado.

Corroborando-se as reflexões de Madaleno (2018), entende-se que a concorrência tanto com descendentes quanto com ascendentes pode ser tranquilamente afastada por pacto antenupcial ou contrato de convivência.

Vale dizer que, em concorrência com os parentes em linha reta, o direito das pessoas com vínculo de conjugalidade não corresponde à herança necessária, mas a direito de natureza familiarista e assistencial, sendo, portanto, perfeitamente lícita aos nubentes a sua disposição em pacto, sem incidir na regra do art. artigo 426 do CCB/02, que veda o contrato versando sobre herança de pessoa viva.

Igualmente, sob a feição de direito assistencial e em razão da conjugalidade refletir um vínculo adquirido de forma voluntária e consensual, pressupondo-se capacidade e igualdade das partes contraentes, entende-se possível a convenção de renúncia da concorrência sucessória com os parentes em linha reta do sucedido, sem importar em ofensa à intangibilidade da legítima. Ainda que tal

convocado na terceira e rigorosa ordem da vocação hereditária, obedecendo fielmente à hierarquia das classes de chamamento à herança”.

entendimento não prospere, também sob a óptica da regra da proporcionalidade, poder-se-ia sustentar a cedência do direito sucessório dos parceiros conjugais diante do direito à herança dos descendentes e ascendentes e da autonomia patrimonial do cônjuge sucedido.

Retomando-se, pois, a perspectiva constitucional, vê-se que, na hipótese da concorrência com os parentes em linha reta do sucedido, caso entendido o direito dos cônjuges e companheiros como sucessório, este colide não apenas com a propriedade privada e autonomia patrimonial do outro cônjuge, mas com o direito fundamental à herança dos descendentes e ascendentes, limitando-o consideravelmente. Somam-se, assim, duas fortes razões de ordem jurídica às de ordem fáticas para considerar essa limitação inconstitucional. Ainda, nesse manancial de fundamentos, não se deve olvidar que o paradigma familiar da CRFB de 1988 se assenta na isonomia jurídica entre os cônjuges e companheiros, não sendo mais compatíveis regras protetivas absolutas, que tinham como premissa a fragilidade e a dependência econômica do sexo feminino em contraponto à preponderância do marido como chefe da sociedade conjugal.

Todavia, o mais importante aqui é perceber que tanto a concorrência sucessória com os parentes em linha reta do cônjuge falecido como a própria condição de “herdeiro necessário” de cônjuge ou companheiro sobrevivente devem ser tomadas como regra geral, ou seja, valer na falta de um ajuste de vontades em convenção antenupcial ou contrato de convivência que disponha em sentido contrário.

Note-se que, quanto maior for a ingerência do Estado na autonomia patrimonial dos cônjuges e companheiros, mais provável que acabe significando uma limitação injustificável na autonomia existencial das partes, visto que podem deixar de constituir uma relação afetiva estável em razão das consequências patrimoniais indesejáveis e incontornáveis pelo acordo de vontades.

Registra-se, por oportuno, que em Portugal a Lei n. 48, de 14 de agosto de 2018, alterando o Código Civil Português em vigor, passou a permitir a renúncia recíproca da condição de herdeiro necessário em convenção antenupcial, desde que o regime escolhido seja o de separação de bens¹³⁷.

¹³⁷ Dispõe o artigo 1700º do Código Civil Português em vigor, que trata das convenções antenupciais lícitas, ou melhor, das “Disposições por morte consideradas lícitas”: “1. A convenção antenupcial pode conter:

a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;

Conquanto pareça consentâneo evitar-se a sucessão necessária do cônjuge sobrevivente na hipótese de também ser obstada a meação, em razão do regime de separação de bens, tal imposição não se mostra de todo lógica. É que muitas vezes o que se pretende evitar com a incomunicabilidade dos bens é uma eventual partilha do patrimônio em caso de dissolução em vida. Porém, na hipótese de a relação conjugal durar até a morte de um deles, essa premissa não mais se sustenta. Tanto isso é verdade que no próprio artigo 1719º do Código Civil Português se admite a possibilidade de pactuar a partilha por morte de um dos cônjuges sob o regime da comunhão universal de bens, qualquer que tenha sido o regime de opção do casal¹³⁸.

Segundo Madaleno (2018), o pacto antenupcial e o contrato de convivência servem para antecipar os efeitos, precipuamente materiais, da ruptura conjugal, evitando as incertezas futuras ao tornar claros os direitos de um e de outro parceiro. Nessa linha de raciocínio, a ampla margem de liberdade às partes para disciplinar suas relações patrimoniais na eventual dissolução em vida não é compatível com a limitação da autonomia imposta nas disposições que visam regulamentar os efeitos patrimoniais da ruptura por morte. Mais importante ainda: não há fundamento constitucional à limitação da autonomia patrimonial dos cônjuges e companheiros na contratação do que lhes aprouver em matéria de comunicação ou não de seus bens e de transmissão ou não desses bens em razão de sua morte. Ao contrário, todo o arcabouço

b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.

c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.

[...] 3. A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação”.

Complementa essa regra a do artigo 1707º-A, que trata do “Regime da renúncia à condição de herdeiro”:

“1. A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca.

2. A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte”. (PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL, 2013).

¹³⁸ Artigo 1719º do Código Civil Português vigente (Partilha segundo regimes não convencionados):

“1. É permitido aos esposados convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges, quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime da comunhão geral, seja qual for o regime adoptado.

2. O disposto no número anterior não prejudica os direitos de terceiro na liquidação do passivo”. (PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL, 2013).

constitucional familiar é propício para albergar a plena autonomia do casal para livremente deliberar sobre as regras patrimoniais que incidirão durante o casamento e, principalmente, na hipótese de sucessão, desde que não prejudique a legítima dos demais herdeiros necessários.

Pela complexidade da matéria, as conclusões alcançadas neste ponto merecem ser compendiadas: (1) o direito concorrencial do cônjuge ou companheiro com descendentes e ascendentes não reflete um direito sucessório, propriamente dito, muito menos referente à legítima, apresentando-se como uma releitura do direito assistencial do usufruto viual; (2) em razão dessa natureza, o direito concorrencial pode, assim como o direito real de habitação do sobrevivivo, ser objeto de deliberação em pacto antenupcial ou em contrato de convivência, sem ferir a intangibilidade da legítima; (3) de outro lado, caso se entenda tratar de verdadeiro direito sucessório conferido aos parceiros conjugais e, portanto, impassível de deliberação contratual por parte destes, não é difícil demonstrar sua incompatibilidade com a CRFB de 1988. A aplicação da regra da proporcionalidade à hipótese conduz a essa conclusão, porquanto os dispositivos em exame ferem, a um só tempo, o direito fundamental à herança dos demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes) e o princípio da autonomia patrimonial não só do sucedido, mas também do próprio sobrevivivo, desrespeitando, indiretamente, o paradigma conjugal fundado na isonomia, na liberdade e na responsabilidade **dos e entre** os pares; e (4) o mesmo se diga em relação à posição de herdeiro necessário, assumida em terceiro lugar na ordem de preferência do inciso III do artigo 1.829 do CCB/02, ou seja, na falta de descendentes e ascendentes. Vale reiterar que a inconstitucionalidade decorreria não da sua previsão, mas da impossibilidade de disposição desse direito sucessório por parte dos cônjuges e companheiros em contrato escrito ou pacto antenupcial. Na espécie, tal inconstitucionalidade estaria localizada na **imposição legal da posição de herdeiro necessário** ao cônjuge ou companheiro, em clara afronta à autonomia patrimonial não só de um deles, mas de ambos. Está-se diante de intervenção estatal que afronta gravemente – e **sem justificativa constitucional bastante** – a autonomia patrimonial do casal, cujas consequências podem transcender aos aspectos econômico-patrimoniais, chegando a significar uma ingerência na autonomia existencial de escolher formar ou não uma relação conjugal estável.

Vencido o tópico concernente à sucessão legitimária de cônjuges e companheiros que, sem embargo da construção teórica aqui defendida, se admite como matéria de difícil pacificação no horizonte próximo do

direito sucessório, resta ao trabalho examinar as principais consequências da legítima no ordenamento civil, sob a perspectiva da natureza jurídica das limitações dela decorrentes.

4.4 REPERCUSSÕES DA LEGÍTIMA NO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL: RESTRIÇÕES OU INCONSTITUCIONALIDADES?

Partindo do pressuposto de que a reserva legal conferida por lei aos descendentes e ascendentes (em relação aos parceiros conjugais se propõe tratamento diferenciado) configura não apenas uma garantia de direito patrimonial, como também reflete e concretiza princípios estruturantes estampados na CRFB de 1988, a exemplo do direito fundamental à herança (art. 5º, inciso XXX), do primado da isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º), além de fundar-se no ideal de solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana, analisar-se-á, a seguir, as limitações impostas ao direito de propriedade com a finalidade de satisfazer à legítima, a fim de averiguar a existência de eventuais excessos.

Sabendo-se de antemão que as limitações impostas ao titular do patrimônio destinam-se à proteção da legítima cumpre classificá-las em autênticas restrições ou em inconstitucionalidades, consoante possam ser justificadas ou não pelas máximas da necessidade e adequação.

4.4.1 Doação Inoficiosa e Doação como Adiantamento de Legítima

Para uma melhor compreensão do tópico proposto, deve-se partir da regra do artigo 1.846 do CCB/02, respeitante à intangibilidade da legítima que, por sua vez, confere “[...] aos herdeiros necessários, **de pleno direito**, a metade dos bens da herança [...]”. Complementando a referida regra, tem-se, no artigo 1.789 do CCB/02, a proibição de dispor de mais da metade do patrimônio para depois da morte quando o testador possuir herdeiros necessários (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002, sem grifo no original).

Da leitura dos dispositivos mencionados, dúvidas não há quanto à limitação no direito do proprietário de dispor por testamento de mais da metade de seu patrimônio para depois de sua morte. Porém, fosse esse o único limite ao direito de propriedade constante no direito civil pátrio, a intangibilidade da legítima não estaria resguardada de toda e qualquer ofensa. Bastaria que o titular do patrimônio o dispusesse em vida, por meio de doações a terceiras pessoas ou mesmo a um só dos herdeiros

necessários, dispensando-o de colação, para que a reserva legal em prol dos demais restasse violada.

Em vista de tal preocupação, o artigo 549 do Código Civil de 2002 prescreve a nulidade da doação daquilo que extrapolar o que o doador poderia dispor por testamento no momento em que realiza a liberalidade¹³⁹. Denominada de “doação inoficiosa” e penalizada com a nulidade absoluta da parte que extrapola o disponível, a regra representa uma grande contenção da autonomia do proprietário, uma vez que veda a disposição gratuita de mais da metade do seu patrimônio não apenas para depois de sua morte por testamento, mas também em vida por doação.

Trata-se, na verdade, de redução – ainda que chamada de nulidade – da parte da doação dita indisponível, porquanto invasiva da legítima dos herdeiros necessários. Regra geral, as liberalidades feitas a terceiros, a herdeiros legítimos (não necessários) ou a herdeiros legitimários com dispensa de colação – ou seja, com expressa menção do dotador de que seja imputada a benesse em sua parte disponível – sujeitam-se à eventual redução, caso acabem ingressando sobre a legítima dos herdeiros necessários¹⁴⁰. Por se tratar de nulidade, podem os herdeiros prejudicados demandar desde logo, vale dizer enquanto ainda vive o dotador, a redução da parte inoficiosa e o seu respectivo retorno ao patrimônio do disponente.

Sem dúvida, a cominação de nulidade da doação inoficiosa interfere, e muito, na autonomia patrimonial do titular do patrimônio. Contudo, prescindir dessa medida seria o equivalente a vulnerar a proteção da herança necessária, ainda que indiretamente. Logo, pelas razões já delineadas no tópico antecedente, relativas ao tratamento da legítima sob o viés da proporcionalidade e sua devida justificação constitucional, afirma-se aqui também o caráter de autêntica restrição da regra que nulifica a doação inoficiosa, reduzindo as posições *prima facie* do titular do direito fundamental à propriedade privada. Afirma-se, em tempo, a inexistência de outra medida capaz de impedir a disposição gratuita da totalidade do patrimônio do titular em vida visando à garantia da legítima e, ao mesmo tempo, afetar em menor escala a autonomia patrimonial do proprietário. Uma vez que a legítima exsurge

¹³⁹ “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.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁴⁰ “Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saíam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

como autêntica restrição à propriedade na realização do direito fundamental à herança e na concretização do paradigma familiar constitucional, evidencia-se como dever do legislador ordinário criar mecanismos que assegurem de modo abrangente essa proteção. Nesse sentido, o óbice de doar mais da metade do patrimônio imposto a quem tem herdeiros necessários, bem como a cominação de nulidade à parte que exceder esse limite, coaduna-se perfeitamente com a arquitetura constitucional vigente, sem excessos passíveis de violação.

No estudo das liberalidades, cumpre discernir a doação feita a terceiros, herdeiros legítimos (não necessários) ou a herdeiros necessários com dispensa de colação – **sujeitas à verificação de excesso desde logo e, o havendo, à proporcional invalidação** – das doações feitas a estes últimos, sem dispensa de colação, ou seja, a título de adiantamento da legítima.

A doação feita em antecipação da legítima possui como peculiar característica o fato de a liberalidade se expressar apenas quanto ao recebimento antecipado por parte do donatário que, a toda evidência, por ser herdeiro necessário e ter direito à legítima, viria a recebê-la por ocasião da morte do autor da herança. Trata-se, então, da prerrogativa do titular do patrimônio de adiantar para herdeiro necessário o que calcular teria direito a receber na abertura da sua sucessão. Na doação em adiantamento de legítima, não se observa a restrição anterior ao direito de propriedade e à autonomia patrimonial do dotador, porque a limitação existente na hipótese é dirigida ao herdeiro-donatário. Por mais que a transferência de titularidade se dê por ocasião da doação, o herdeiro necessário que a recebeu fica obrigado a colacionar, quer dizer, a conferir o bem no inventário ou arrolamento do dotador sucedido para o fim de equalizar as legítimas dos demais herdeiros necessários. Essa conferência imposta ao herdeiro-donatário serve para que o valor já adiantado pelo autor da herança lhe seja descontado do quinhão a receber, proporcionando uma partilha equitativa entre todos os herdeiros necessários.

Note-se que, não obstante a eventual concorrência do sobrevivente com os descendentes – conforme o regime de bens do casamento com o falecido –, a regra que trata da obrigação de colacionar do herdeiro-donatário para o fim de restabelecer o idealizado equilíbrio legítimo refere-se exclusivamente aos descendentes¹⁴¹.

¹⁴¹ “Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Aparentemente, a omissão em relação ao cônjuge sobrevivente poderia ser entendida como desoneração desse dever, tal qual acontece com os ascendentes, que não se sujeitam à colação, presumindo-se saídas sempre da parte disponível do doador as liberalidades feitas a essa classe de parentes¹⁴². Todavia, tal entendimento violaria o direito fundamental à legítima dos descendentes que, além de serem obrigados a colacionar com o fito de igualar a legítima do sobrevivente¹⁴³, não teriam reciprocidade de tratamento, pois o cônjuge ou companheiro que houvesse recebido doações em vida do sucedido não estaria obrigado a conferi-las com o propósito de paridade com os descendentes com os quais concorre.

Não bastasse isso, o artigo 544 do Código Civil é claro em vincular, como regra geral, a doação de ascendente para descendente e de um cônjuge ao outro como adiantamento de legítima¹⁴⁴. Dizer-se que a liberalidade configura adiantamento de legítima significa reconhecer a possibilidade da imputação de seu valor à parte indisponível do autor da herança para efeito de uma (re)composição igualitária das legítimas na partilha do acervo hereditário. Como interpretar, então, a miscelânea feita pelo legislador civil de 2002, a partir da introdução do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário e como concorrente sucessório nas duas primeiras classes de herdeiros? Como deve ser entendida a obrigação de colacionar do sobrevivente quando em concorrência com descendentes e ascendentes?

A propósito da concorrência com os descendentes, cumpre lembrar que, durante toda a vigência do Código Civil de 1916, a imposição de igualdade legitimária dizia respeito exclusivamente à descendência, uma vez que a classe dos ascendentes, chamada em segundo lugar em uma ordem simples de preferência e exclusão, desconhecia a obrigação de colacionar e o cônjuge sobrevivente somente viria à sucessão inexistindo parentes em linha reta do falecido e sem a qualidade de herdeiro necessário.

¹⁴² Frise-se, em tempo, que, em relação às liberalidades feitas a ascendentes, estas se presumem sempre saídas da parte disponível, sujeitando-se o excesso (parte inoficiosa) à nulidade, porquanto admitido o caráter meritório do gesto, mormente refletido sob a forma de gratidão do descendente, não necessariamente equitativa.

¹⁴³ “Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁴⁴ “Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

O contexto legislativo do atual Diploma Civil, apesar da atabalhoada inserção do cônjuge sobrevivente no artigo 2.003, a sugerir que a colação serviria não apenas para igualar as legítimas dos descendentes entre si, mas também em relação ao sobrevivente, merece séria reflexão.

Prevalecendo aqui o entendimento de que a condição de herdeiro necessário somente é própria do cônjuge sobrevivente quando é chamado em terceiro lugar na ordem sucessória, representando o direito concorrencial um benefício de cunho assistencial, um legado *ex lege*, a exemplo do direito real de habitação do artigo 1.831 do CCB/02, descaberia falar-se no direito a ter sua “legítima” igualada à dos descendentes. Em contrapartida, dado o sentido de tutela patrimonial à viuvez que assume o direito concorrencial, havendo doação do cônjuge sucedido ao sobrevivente, este deve conferir seu valor para fins de desconto em sua participação sucessória com os descendentes, principalmente tendo-se em conta que quanto maior for o montante da liberalidade, menor proteção concorrencial necessitará o viúvo ou a viúva¹⁴⁵.

Igualmente na concorrência com ascendentes, o sobrevivente teria o ônus de trazer as liberalidades feitas em vida pelo falecido não porque se afiguram como antecipação da legítima, mas porque se traduzem na mesma função que o direito concorrencial pretende realizar, qual seja, a de proteger patrimonialmente a viuvez, emprestando à solidariedade conjugal um efeito *post mortem*. Nessa linha de intelecção, as doações feitas em vida por um cônjuge ou companheiro ao outro têm o intuito precípua de proteger a esfera patrimonial do beneficiário, seja diante de uma dissolução da conjugalidade em vida ou em razão da morte. Por isso mesmo, impõe-se a compensação sob pena de restrição inconstitucional do direito fundamental à legítima de descendentes e ascendentes.

De outro vértice, importante registrar que aos ascendentes não se impõe a necessidade de colacionar em hipótese alguma, porque entre eles não há obrigatoriedade de isonomia, tal qual ocorre em relação aos descendentes, inclusive por força do artigo 227, § 6º, da CRFB de 1988.

¹⁴⁵ Embora não de maneira muito clara, essa parece ser a opinião de Dias (2011, p. 594), ao afirmar: “Doação entre cônjuges não é adiantamento de legítima, mas sim adiantamento do direito concorrente, quando existe esse direito, a depender do regime de bens do casamento. Havendo direito concorrente, quer com descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente precisa trazer à colação o que recebeu em doação. Desimporta se foram bens particulares ou comuns. Precisa haver a devida compensação”.

Em suma, tem-se que o artigo 2.002 do Código Civil vigente não comete equívoco ao determinar exclusivamente aos descendentes a obrigação de colacionar para o fim de ser atingida a igualdade com os demais descendentes, não obstante haja visível incongruência com o disposto no artigo 2.003 que define, na sequência, como escopo da colação a equalização das legítimas dos descendentes e do **cônjuge sobrevivente**. Entende-se residir aí o evidente descompasso legislativo, na medida em que somente se verifica justificativa constitucional bastante para inferir a necessária igualdade de quinhões tratando-se da descendência. Mesmo que o cônjuge esteja sujeito à compensação entre o que recebeu em doação e o que a lei lhe garante a título concorrencial, não tem direito à legítima quando ladeado por descendentes ou ascendentes, senão apenas quando ocupante da terceira posição na ordem sucessória.

De todo modo, tem-se como autênticas restrições à propriedade privada tanto a obrigação de colacionar dos descendentes na sucessão do ascendente comum como a obrigação do sobrevivente de descontar as doações recebidas do montante cabível a título de direito concorrencial. Isso porque configuram medidas imperativas à proteção da legítima e, mais especificamente no caso dos descendentes, à isonomia de quinhões. Ainda quando a colação resulta em devolução do que ultrapassa o valor da legítima cabível a cada herdeiro necessário, ou mesmo quando a colação é feita em espécie por ausência de outros bens hereditários, “voltando” o bem havido pelo colacionante ao monte-mor, a qualidade de restrição é albergada na CRFB de 1988.

Cabe, antes do próximo tópico, mais um registro relevante acerca da obrigação de colacionar e seu propósito específico.

A posição defendida no texto é a de que a colação deve ser feita somente por descendente e apenas para igualar as legítimas dos demais descendentes, em atenção ao princípio da isonomia consagrado constitucionalmente.

Tendo em vista o objetivo da colação de assegurar a paridade sucessória dos descendentes de mesmo grau chamados à sucessão, evitando-se favorecimento indesejado pelo autor da herança de um herdeiro em detrimento dos demais – **caso contrário teria doado com dispensa e colação** –, é importante compreender a regra do Código Civil a disciplinar matéria.

Dispõe o parágrafo único do artigo 2.003 do Código Civil vigente duas regras básicas. A primeira aplicada no caso de o herdeiro conservar o bem adiantado em seu patrimônio: “se computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens

suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie [...]” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL 2002). Observa-se que, quando conservada a titularidade dos bens pelo colacionante, o seu valor à época da abertura da sucessão mostra-se facilmente aferível, de modo que, após efetuada essa avaliação e somado o total dos adiantamentos à parte indisponível do patrimônio do autor da herança no momento do decesso, dividindo-se o montante pelo número de descendentes de mesmo grau, chega-se à expressão da legítima devida a cada um dos herdeiros¹⁴⁶. Para que o colacionante não precise “devolver” ao monte o bem adiantado, atribuem-se os demais bens do acervo aos descendentes que não receberam antecipações até perfazer cada uma das legítimas, em igualdade de condições. Na hipótese, porém, de o bem adiantado ser o único bem sucessível ou de valor que ultrapasse o restante do acervo, a colação deverá ser feita em espécie. Vale dizer, nesse caso, o herdeiro-donatário deverá trazer o bem em si para o fim de, em último caso, sobre ele ser estabelecido condomínio igualitário entre os descendentes. De outro lado, a segunda regra deveria ser aplicada quando o herdeiro-donatário já não dispusesse mais do bem doado em adiantamento: “[...] ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade”. Quanto a essa situação específica, o Código de Processo Civil de 2015, alterando o tratamento dispensado pela legislação civil, diz que o herdeiro obrigado à colação reportará nos autos do inventário os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor, porém não com parâmetro da época da liberalidade, mas, conforme o parágrafo único do artigo 639: “[...] pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão [...]”, acrescido das benfeitorias e acessões por ele realizadas.

Aliás, essa disputa entre a legislação civil e a processual civil no protagonismo da matéria já se tornou histórica, tendo o CPC de 1973 alterado a redação original do CCB de 1916, o CCB de 2002 a retomado quase que integralmente em contrariedade ao CPC de 1973, cujo teor acabou prevalecendo em 2016, quando entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil de 2015.

Importa frisar, de saída, que tal disciplina é afeta ao direito material e não ao direito processual. Por essa razão, não deveria ter o Código de Processo Civil se imiscuído de cuidar sobre o que se deve

¹⁴⁶ “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

colacionar (conteúdo da colação). O que deve ser colacionado tem direta e íntima conexão com a razão pela qual esse dever se impõe e, por isso mesmo, guarda pertinência com o direito civil, mais precisamente sucessório e não processual. Essa ressalva é fundamental, na medida em que, entendida a colação como disciplina de direito material, a regra do parágrafo único do artigo 2.003 será aplicável a todas as sucessões abertas anteriormente à vigência do Código de Processo Civil¹⁴⁷, ainda que o inventário se processe sob a sua égide. O contrário sucederia caso a colação se afigurasse matéria de direito processual.

Sem embargo das tentativas de melhor solucionar o que deve ser trazido à colação quando o herdeiro-donatário já não mais possua o bem adiantado – a civil determinando a colação do valor à época da liberalidade; a processual civil o valor que o bem teria à época da abertura da sucessão – acredita-se que nenhuma das regras é capaz de cumprir o intento de não beneficiar ou prejudicar um só dos descendentes em comparação com os demais.

Em função do princípio da isonomia entre os descendentes, do qual decorre também a equidade sucessória, o equacionamento mais adequado ao atingimento do fim visado seria a colação pelo valor que possuía o bem na época em que efetivamente tenha saído do patrimônio do herdeiro-donatário, a título oneroso ou não¹⁴⁸. Limitar-se a colação pelo valor do bem à época da saída do patrimônio do herdeiro-donatário somente na hipótese de disposição onerosa pode levar o herdeiro a doá-lo visando obter outro parâmetro, seja o da época da liberalidade ou da futura abertura da sucessão, o que, a toda evidência pode vir a favorecê-lo, prejudicando o equilíbrio patrimonial entre os descendentes¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁴⁸ Registre-se que sugestão semelhante é colhida na lição de Tepedino (2018) que, porém, limita a solução à saída do bem do patrimônio do herdeiro colacionante a título oneroso, com fundamento na razão do proveito econômico por ele obtida. Olvida-se, todavia, o autor que, ao transferir gratuitamente o bem adiantado, o herdeiro-donatário não deixa de dispor desse patrimônio nesse exato momento, razão por que se considera adequado, ainda assim, que a data da disposição – gratuita ou onerosa – por parte do colacionante deve ser tomada por parâmetro absoluto à colação. Não propriamente em razão do proveito econômico, mas sobretudo em razão do ato de disposição.

¹⁴⁹ “Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002, sem grifo no original). Um breve registro aqui se faz necessário: os descendentes pertencem todos à mesma classe. Por isso se deve entender que a regra se refere à igualdade de quinhões dos descendentes que concorrem no mesmo grau, por direito próprio ou por cabeça.

Importa registrar, por fim, que o artigo 2.008 do Código Civil vigente obriga o herdeiro-donatário a conferir as doações recebidas em vida do autor da herança a título de adiantamento mesmo na hipótese de renúncia¹⁵⁰. Pretende-se, com a providência, evitar que o herdeiro renuncie com o propósito de esquivar-se da colação. Ainda que o dispositivo citado não determine uma verdadeira colação – **o renunciante não pode ser obrigado a colacionar propriamente porque a renúncia lhe retira a qualidade de herdeiro e seu direito à legítima em concorrência com os demais** – ao menos transforma a doação sujeita à colação em doação saída da parte disponível do sucedido, obrigando-lhe a devolver a parte que exceder o disponível. Observe-se que essa regra não tutela satisfatoriamente o direito fundamental à herança dos demais herdeiros necessários em toda e qualquer hipótese de renúncia. Por exemplo, pode-se imaginar que um pai tenha adiantado a legítima de um dos filhos, doando-lhe quantia significativa de um patrimônio ainda mais expressivo. Esse pai adoece gravemente e consome todo o seu patrimônio com o tratamento de saúde. O donatário, na abertura da sucessão, antevendo que será obrigado a colacionar o bem em espécie, renuncia. Aplicada a providência do citado artigo 2.008, nada teria a restituir porque na época da liberalidade o bem doado não ultrapassava a parte disponível do patrimônio do dotador. Um verdadeiro acinte ao direito sucessório de seus irmãos e à vontade do falecido que, por não o ter expressamente dispensado de colacionar, pretendia ver as legítimas de todos os filhos iguais ao tempo de sua morte.

Situação ainda mais perversa pode acontecer quando o autor da herança doa, nas mesmas circunstâncias, ao cônjuge ou companheiro certo bem. O parceiro, sabedor que seu regime patrimonial renderá ensejo à concorrência com os descendentes do dotador, divorcia-se antes da abertura da sucessão. Acrescente-se que sendo, por exemplo, o regime da separação de bens o convencionado por ambos os cônjuges no pacto antenupcial, no divórcio sequer haverá partilha do bem doado, tampouco o divorciado poderá ser obrigado a colacionar, na medida em que o artigo 1.830 do Código Civil determina que o ex-cônjuge perde a qualidade de herdeiro. Note-se que nem mesmo existe providência paliativa semelhante à adotada em relação ao renunciante, de modo que

¹⁵⁰ “Art. 2.008. Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002)

o cônjuge ou companheiro, no caso de ter recebido alguma doação em adiantamento, estará potencialmente apto a prejudicar a legítima dos descendentes com os quais a lei o fez concorrer.

Competirá, portanto, à jurisprudência e à doutrina preencher essa grave lacuna, obrigando o ex-cônjuge a conferir o valor da doação recebida em vida do sucedido, ao menos para o fim de repor o excedente.

Melhor ainda seria que, na hipótese de doação em adiantamento de legítima, o donatário fosse obrigado, em qualquer hipótese, a colacionar, mesmo que sem a qualidade de herdeiro, devendo ao fim repor o que excedesse à sua legítima, sem direito de complementá-la caso o adiantamento não tenha alcançado seu valor integral.

Em resumo, todas as limitações impostas ao herdeiro-donatário são autênticas restrições e servem ao propósito de tutelar o direito fundamental à herança dos demais herdeiros, assegurando-lhes a igualdade legitimária.

4.4.2 Compra e Venda de Ascendente para Descendente

Bem, não obstante a proibição de testar ou doar mais do que a metade (parte disponível) do patrimônio da pessoa que tem herdeiros necessários, a proteção da legítima não estaria completa se não fosse a vedação de compra e venda (ou cessão onerosa) de ascendente para descendente sem a autorização dos demais, prevista no artigo 496 do Código Civil de 2002¹⁵¹. Isso porque o pai poderia “vender” para um ou alguns dos filhos seu patrimônio inteiro e, tendo sido um negócio a título oneroso, não haveria falar em colação ou inoficiosidade. Logo, a necessária autorização dos demais descendentes permite-lhes a ciência do ato e, por consequência, a fiscalização da negociação, notadamente quanto ao efetivo pagamento do preço devido pelo descendente adquirente.

Mas não é somente isso. A garantia da legítima compreende não apenas a anulação do negócio feito sem a necessária autorização dos demais herdeiros, como também a nulidade da conduta simulada tão usualmente lançada nos casos de prejuízo à legítima que ganhou denominação própria na doutrina e na jurisprudência: **compra e venda entre ascendente e descendente por interposta pessoa**. Na hipótese, a

¹⁵¹ “Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

nulidade da simulação evita que o pai “venda” para qualquer pessoa (física ou jurídica) que, após certo período de tempo, “vende” para o descendente destinatário da **benesse**.

Durante a vigência do Diploma Civil de 1916, a simulação era considerada um vício de menor envergadura, tanto que resultava em ato jurídico apenas anulável, cujo prazo decadencial era de quatro anos a contar (a) da sua prática, (b) da abertura da sucessão ou (c) do fechamento do ciclo da simulação quando praticada por cadeia de atos complexos, sendo a polêmica acerca do termo inicial do prazo decadencial tônica constante dos precedentes da época. No atual Código Civil, essa celeuma foi definitivamente superada, na medida em que o negócio jurídico simulado é considerado nulo¹⁵² e, nessa senda, insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo ou da vontade das partes¹⁵³.

O tratamento dado à matéria pelo atual Diploma Civil coaduna-se perfeitamente com a inserção do direito fundamental à herança na CRFB de 1988, uma vez que somente a consideração da compra e venda de ascendente para descendente por interposta pessoa como ato nulo tem o condão de tutelar efetivamente o respeito à legítima dos demais descendentes, impedindo a desequiparação fraudulenta cometida por meio da simulação¹⁵⁴. Ainda mais porque a simulação nem sempre se

¹⁵² “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem [...]” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁵³ “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

¹⁵⁴ Sobre o tópico, conferir o resumo histórico constante da decisão do Tribunal de Justiça Catarinense: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...]. PRESCRIÇÃO QUADRIENAL. AÇÃO PRINCIPAL QUE PRETENDE A ANULAÇÃO DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE BENS IMÓVEIS SUPOSTAMENTE REALIZADOS ENTRE DESCENDENTE E ASCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. CÓDIGO CIVIL REVOGADO QUE TRATAVA A HIPÓTESE DE SIMULAÇÃO COMO CAUSA DE ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, A SER PLEITEADA NO PRAZO QUADRIENAL (ART. 178, § 9º, INC. V, "B"). LAPSO QUE TINHA INÍCIO NA DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO, CONFORME ENTENDIMENTO PACIFICADO PERANTE O STJ. AUSÊNCIA DE DECURSO DE MAIS DE DOIS ANOS ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DO ATUAL DIPLOMA SUBSTANTIVO. APLICAÇÃO DO NOVO CODEX, CONFORME REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. NOVO REGULAMENTO QUE TRATOU A SIMULAÇÃO COMO HIPÓTESE DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO, QUE NÃO SE CONVALESCE COM O DECURSO DO TEMPO. EXEGESE DO ARTIGO 169. IMPRESCRITIBILIDADE. PREJUDICIAL AFASTADA. "O artigo 178, § 9º, V, b, do CC de 1916, previa a prescrição em quatro anos da pretensão de anular negócios por simulação e outros vícios,

perfaz em um único ato. Normalmente são necessários diversos negócios jurídicos para que ela finalmente transpareça. Somente depois de fechado o ciclo se pode afirmar com certeza ter havido simulação.

A simulação, aliás, tem sido o meio utilizado por muitos ascendentes empresários para efetivar suas vontades e preferências em relação a um ou alguns dos filhos em detrimento da proteção à legítima dos demais descendentes não contemplados. Incentivados pela crença de que por envolver pessoa jurídica submetem-se tais negócios exclusivamente à legislação empresarial e, ainda, por receber muitas vezes a denominação genérica de “planejamento sucessório”, possam fugir dos rigores da legislação civil. A jurisprudência pátria desmente essa ilusão¹⁵⁵.

a contar da data da celebração. Por sua vez, o CC de 2002, colocou a simulação como causa de nulidade de negócio jurídico e não anulabilidade. Previu, ademais, que os negócios nulos, diferentemente dos negócios anuláveis, são insuscetíveis de confirmação e não convalidam pelo decurso do tempo, conforme art. 169. Disso decorre que, no CC de 2002, inexistente prazo decadencial (ou prescricional, como se referia o CC de 1916), **para o exercício do direito potestativo de anular um negócio nulo. [...]**. (SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013, sem grifo no original).

¹⁵⁵ Cita-se, a propósito do afirmado, o caso julgado pelo Tribunal de Justiça Paulista: “NEGÓCIO JURÍDICO CONFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. FRAUDE CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. Deve ser prestigiada a sentença que anula os registros de conferência de bens em valor inferior ao valor de mercado para integralização de cotas sociais do ascendente em pessoa jurídica recém-constituída e administrada por descendente, e que foram posteriormente alienadas a outra pessoa jurídica igualmente administrada pelo mesmo descendente. Clara intenção de fraudar a lei que invalida a venda de ascendente a descendente, sem anuência dos demais descendentes, por interposta pessoa e por ato dissimulado. Entendimento já adotado por esta C. Câmara em outra apelação, envolvendo o mesmo núcleo familiar. Sentença ratificada nos termos do art. 252 do RITJSP” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0003388-50.2011.8.26.0510, julgada em 27.01.2016). Também a Corte Catarinense já decidiu nessa mesma linha de fundamento: “ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. COMPRA E VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE SEM ANUÊNCIA DA FILHA EXTRAMATRIMONIAL. CESSÃO DE COTAS EMPRESARIAIS À ESPOSA E DESTA AOS FILHOS ORIUNDOS DO CASAMENTO. SENTENÇA RECONHECENDO A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A ALGUNS NEGÓCIOS JURÍDICOS E A CARÊNCIA DE AÇÃO EM RELAÇÃO A OUTROS. RECURSO DA FILHA PRETERIDA. SIMULAÇÃO CONFIGURADA PELA CADEIA NEGOCIAL DOS ATOS PRATICADOS PELO ASCENDENTE FALECIDO. EXISTÊNCIA DE DOAÇÃO INOFICIOSA INDIRETA. PREJUÍZO DA LEGÍTIMA DA RECORRENTE INCONTESTE. NULIDADE DA PARTE QUE EXCEDE A QUE PODERIA DISPOR O DOTADOR MAIS A LEGÍTIMA DOS DONATÁRIOS. SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Em que pese ter ganhado espaço na doutrina e jurisprudência, à luz do Código Civil revogado, a tese de prazo prescricional vintenário

Vê-se, portanto, na anulação da compra e venda de ascendente para descendente sem a autorização dos demais e na nulidade da compra e venda de ascendente para descendente por interposta pessoa penalidades que se apresentam como autênticas restrições à autonomia patrimonial em prol do direito fundamental à herança e da realização do paradigma familiar constitucional.

Revisitadas as principais limitações patrimoniais decorrentes da legítima dos herdeiros necessários, aqui classificadas como autênticas restrições ao direito fundamental à propriedade privada, cumpre encaminhar o trabalho ao seu final, não sem antes (re)dimensionar a importância da sucessão necessária no quadro geral do direito fundamental à herança e da família constitucionalmente idealizada.

4.5 A FUNÇÃO SOCIAL DA RESERVA LEGITIMÁRIA: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA REALIZAÇÃO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

Por mais que alguns autores se refiram eventualmente à função social da sucessão, mormente a delimitam a partir da vinculação à função social da propriedade¹⁵⁶ e, não raramente, carecendo de maiores

para se desconstituir a parte excedente da doação inoficiosa, tem-se recentemente repensado a questão, especialmente porque, no atual Diploma Civil, após toda celeuma anterior, clara é a menção à nulidade da parte excedente, conforme se extrai do artigo 549. Ademais, o âmbito do direito tutelado - legítima dos herdeiros necessários -, reflete evidente interesse público, pela natureza cogente da norma, com respaldo constitucional de direito fundamental (direito à herança - artigo 5º, inciso XXX da CRFB de 1988). [...] Sendo assim, considerando-se que os atos alienatórios representam, na essência, doação inoficiosa indireta, notadamente diante do inusitado usufruto em favor dos vendedores nos negócios envolvendo compra e venda, além da cessão das cotas em favor da esposa mimetizarem uma doação aos filhos do casal, por interposta pessoa, a invalidação do excesso é medida que se impõe” (SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014). E, ainda do TJSC: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE DE QUOTAS DO CAPITAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. NEGÓCIO JURÍDICO. COMPRA E VENDA. SIMULAÇÃO INCONTROVERSA. DOAÇÃO DISSIMULADA DE PAI PARA FILHA. DEPOIMENTO PESSOAL DO ALIENANTE QUE CONFIRMA A INTENÇÃO DE EFETUAR A DOAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. PREJUÍZO AO AUTOR. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

¹⁵⁶ Chaves e Rosenvald (2015, p. 19-20, grifo dos autores) escreveram sobre a função social da sucessão: “Remotamente, a função social da sucessão deflui da própria função

explicações acerca do que exatamente significa e expressão “função social”.

Pilati (2005)¹⁵⁷ sempre alertou para o fato de que a função social, apesar de muito decantada, segue incompreendida e esvaziada de seu real sentido. Em seu escorço histórico, demonstra que a função social não nasce da propriedade tal qual concebida pelo Direito Romano, mas sim como reação aos poderes absolutos conferidos na era moderna ao proprietário, consequentes da apropriação do coletivo pelo Estado. Vale dizer, com outras palavras, da estatização do coletivo e da redução dos bens a público e privado, fenômeno desconhecido pelos romanos. Foi justamente o esvaziamento jurídico do coletivo, da noção de titularidade coletiva da população sobre alguns bens, como o meio ambiente, por exemplo, que deu margem à forma absoluta de concepção do domínio privado, ensejando, por isso mesmo, os fatores que levaram a se cogitar o nascimento da função social da propriedade. Surge, então, não como limitação da propriedade privada e dos negócios jurídicos em torno dela, mas como fruto de propriedade coletiva a ser respeitada, evitando que a autonomia patrimonial seja exercida egoisticamente, em desconsideração das finalidades que transcendem o indivíduo, mas a ele interessam na exata medida em que pertencem, também e essencialmente, a um determinado corpo coletivo.

Analisando a função social da propriedade, Pilati (2005, p. 50) chega a dizer que pesa sobre ela uma “hipoteca em favor do bem comum”. Importa registrar que por “bem comum” refere-se o autor ao bem de toda a coletividade, ou de uma dada coletividade, conforme o caso. Isso porque, ao fim da trajetória traçada pelo professor, compreendendo o resgate do conceito romano de tutela do coletivo concernente ao *populus*, é possível perceber que a razão de existir da função social somente pode ser explicada por meio de sua incidência no corpo coletivo. É precisamente esse sentido de função social que se pretende resgatar ao tratar do tema sucessório e, com especial relevo, da sucessão legítima ou necessária: entendendo que há uma dimensão

social da propriedade, porque a propriedade é, seguramente, a base fundante da herança [...] Aqui surge em potência a função social da herança, como fenômeno concretizador da diretriz de *socialidade*, estabelecida como um dos paradigmas do Código Civil de 2002. Não se apresenta para coibir o exercício da propriedade, mas ao revés, para legitimá-lo”.

¹⁵⁷ Nas palavras de Pilati (2005, p. 50): “A doutrina costuma falar em Função Social da Propriedade, Função Social do Contrato, Função Social da Empresa, Função Social das Cidades, Função Social do Estado, mas raramente demonstra cuidado com a expressão função social, como gênero. Isso é bem sintomático; parece revelar que há um problema teórico a resolver nessa área. E há. É um problema estrutural”.

extrapatrimonial como direito (e dever) de toda e qualquer forma de família, garantida pela CRFB de 1988, a qual não pode ser objeto de desrespeito do particular, do Estado ou mesmo da lei. Destaca-se passagem de extrema pertinência à construção do conceito de função social da legítima:

A lição romana, como se percebe, abre caminho para uma reviravolta na concepção teórica da função social, pois oferece a chave para desatar o nó que amarra os braços da Sociedade perante os excessos do individualismo renitente. De fato, de tudo o que se levantou até aqui, pode-se concluir que a função social, sob o constitucionalismo, é um princípio muito mais importante do que vem dizendo a doutrina. É um princípio que afeta e vincula todo e qualquer poder que se exerça sob a égide da Constituição: privado (econômico, patrimonial, financeiro) ou público (político, administrativo, incluído o jurisdicional). É princípio que atua na colisão de uns e outros destes poderes com os bens coletivos, ou seja, aqueles bens que não são do Estado, nem do particular, mas de todos e cada um de nós, em regime de copropriedade e corresponsabilidade (saúde, educação, ambiente e assim por diante). Reconhecidos e elevados tais bens da Sociedade à condição do direito subjetivo, fica claro que a função social não está no interior do direito de propriedade, que é onde a vê, erroneamente, o senso comum dos juristas. Está fora dele, e constitui direito autônomo, que desrespeitado pode ser exigido por qualquer cidadão idôneo. (PILATI, 2005, p. 64).

No paradigma romano, a desnecessidade de estabelecer função social à propriedade é manifesta. Ao contrário do que expressam os manuais, a propriedade moderna não se manifesta como uma natural evolução da romana, mas como ruptura. Segundo Pilati (2011, p. 41), a construção do conceito de propriedade na Modernidade denota uma reciclagem de materiais colhidos aleatoriamente “nas ruínas das fontes romanas”, de forma dissociada e até desvirtuada do tipo de sociedade e de Estado que os engendrou.

Em resumo, o citado autor afirma que, entre esses dois perfis políticos – o romano e o da modernidade –, há uma abissal diferença no plano jurídico: enquanto o primeiro relativizava o individual, assentando-se no coletivo, o segundo, em oposição radical, privilegiava o individual, publicizando o coletivo. Cita, como exemplo, o fato de que as relações patrimoniais romanas visavam à perpetuação da família em primeiro plano, razão pela qual o testamento era aprovado pelo pontífice e depois por todos os cidadãos *in comitiiscalatis*, no interesse da *urbe*, do culto e da família.

A partir do resgate do coletivo, que não se confunde com o público, pode-se delinear a verdadeira função social que cumpre a reserva legal em favor dos herdeiros necessários individualmente e da família coletivamente.

Fosse outra a função social da sucessão, que não a valorização e construção da família constitucional sob os primados da isonomia, pluralidade, responsabilidade, solidariedade, o Estado, em vez de garantir parte do patrimônio a determinados herdeiros, o recolheria e depois redistribuiria na sociedade. Aliás, esse retorno social é dado a partir da tributação incidente sobre a herança.

Por isso, a importância assinalada por Pilati (2011) de entender-se a função social como um resgate do coletivo que, personalizado constitucionalmente, pode contrapor-se aos interesses de particulares e do Estado.

Corroborando esse pensamento, Guerra Filho (2001, p. 25) traduz o compromisso republicano de um Estado Democrático de Direito como o dever de harmonizar os interesses situados tanto na dimensão pública, ocupada pelo Estado, quanto na dimensão privada, em que se situa o indivíduo, como também na dimensão coletiva, na qual convergem os interesses dos indivíduos voltados à consecução dos fins específicos de cada agrupamento social.

Dito com outras palavras e partindo de premissa levemente diferenciada, pode-se encontrar na noção construída por Fachin (2001) de um “Estatuto jurídico do patrimônio mínimo” a semente dessa mesma ideia. Embora alguns autores tenham se apropriado da referida tese, interpretando-a na literalidade do título dado à obra como um reforço para atrelar a sucessão necessária à necessidade patrimonial do herdeiro (tese assistencialista)¹⁵⁸, entende-se que a proposta é bem mais ousada do que estabelecer um **mínimo existencial**. Trata, na verdade, de

¹⁵⁸ Nesse sentido, encontra-se a referência feita por Hironaka (2019).

submeter o **ter** ao **ser**, precisamente no sentido de que o patrimônio deve refletir uma relação coexistencial do homem com as coisas, mas antes e acima disso, do homem com os outros homens. Nesse sentido, defende a tutela do patrimônio mínimo, não no sentido de pouco patrimônio, mas o suficiente à realização da dignidade humana, abraçando o sentido de coletividade¹⁵⁹.

Telles (1971, p. 233) encaminha suas considerações igualmente alinhando-se ao aqui sustentado, mormente quando refere que a propriedade não pode ser concebida como algo puramente egoísta, como se existisse “no mero interesse do proprietário” ou “como instrumento de dominação ou opressão dos mais fortes relativamente aos mais fracos”. Por isso, registra que deve a propriedade servir ao interesse geral, alertando que a antiga concepção de que ao servir aos interesses do proprietário estaria automática e harmonicamente realizando os coletivos também fora superada porque inquestionavelmente ficcional. Afirma ter a propriedade uma função social que não é simples reflexo ou corolário da função individual e que, por meio de suas restrições, aproveita à coletividade.

Continua Telles (1971), agora já na análise específica da sucessão legítima, afirmando que a função social da propriedade ao transcender o indivíduo a coloca a serviço da comunidade e não propriamente do Estado, como antes afirmado no texto. Transcreve-se, a seguir, passagem na qual se pode identificar o posicionamento do autor com o defendido na presente Tese:

A família cria vínculos estreitos entre os seus membros (...). Existem recíprocos afetos e deveres, há um vínculo de solidariedade. E a família não é uma realidade transitória, mas permanente, não tem existência efêmera:

¹⁵⁹ Na explicitação dos propósitos de sua tese, diz Fachin (2001, p. 308): “A tese encontra-se conexiada ao princípio da dignidade humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito, e para nortear o rumo do presente trabalho. A reflexão sobre o patrimônio pode (e deve) estender-se em dois horizontes complementares: o primeiro, aquele que supere o limite individual da guarida e abrace a coletividade; o segundo, aquele que voe do presente para alcançar o futuro, mesmo que em incerta e improvável utopia”. Mais importante ainda, ao sustentar sua tese, refere Fachin (2001, p. 310): “A sustentação do mister protetivo a que se propôs o ideário desta análise tem amparo nas fontes. Não é estranha às origens da família jurídica romanista a aferição dos bens à luz de valores que estejam além do componente técnico ou econômico em sentido estrito. Códigos modernos, ao lado do reconhecimento do direito de propriedade impõem a essa titularidade limites e restrições”.

superando o tempo perpetua-se através das gerações, constitui uma transcendente unidade, que liga o passado ao futuro. (TELLES, 1971, p.235).

Feitas essas considerações, Telles (1971, p. 235) conclui que “[...] a função social da propriedade manifesta-se aqui no destino familiar, nesse seu encaminhamento *post mortem* para o grupo primário de que o falecido fazia parte”.

Reconhecer, portanto, a relevância da família e de sua realização nos moldes idealizados pela CRFB de 1988, não apenas para o indivíduo, mas igualmente para o Estado e para a sociedade, condiz com a proteção diferenciada que a legítima pode cumprir. Ainda que originalmente não tenha sido essa a sua gênese, a legítima se traduz hoje em um meio hábil de satisfação do paradigma constitucional de família. Interessante notar que um instituto destinado a conservar um único modelo de família, impedindo que outros modos de vida e de arranjos familiares florescessem, representa, na contemporaneidade, a garantia justamente do contrário. De fato, é isto que se verifica: de nada adiantaria proclamar a isonomia entre os filhos, independentemente da origem da filiação, se o pai pudesse testar ou doar em vida todo seu patrimônio aos filhos oriundos de sua relação conjugal em detrimento dos outros; pouca efetividade prática teria o princípio democrático no seio da família a indicar que cada componente do agrupamento possa desenvolver livremente sua personalidade, seus gostos e seu estilo de vida se, no fim, viesse a ser alijado da sucessão dos pais justamente por não concordarem com suas escolhas existenciais; ou, ainda, a proteção do idoso seria uma quimera se os descendentes pudessem livremente dispor em vida ou para depois da morte de todo o seu patrimônio, e assim por diante.

Logo, quando se afirma aqui cumprir a legítima a função social de realizar o modelo familiar proposto constitucionalmente mediante uma reserva sucessória destinada aos herdeiros necessários, deve-se compreendê-la como garantia do espaço coletivo familiar, único meio de realização plena da dimensão individual de seus componentes. Sob esse olhar, a legítima tem função social de promovente das potencialidades humanas, garantindo que a família não se torne um empecilho ao indivíduo, mas, ao contrário, uma fonte de estímulo e de proteção de sua personalidade.

Pretto (2015, p. 95), ao afirmar que a reserva hereditária é uma instituição protetora da família relaciona, na sequência, sua função de

reciprocidade na medida em que a família protege também a reserva, pois “[...] ela constitui o fundamento da reserva, sem o qual esta estaria abolida há muito tempo”. Para o autor, é claro o objetivo dessa proteção ao ente familiar, ainda que se efetive por meio do benefício concedido a certos integrantes dessa coletividade, chamados de herdeiros necessários. Pretto (2015, p. 95), em arremate, afirma ser “[...] a família o sujeito e beneficiário da reserva legal e não os herdeiros”.

Isentando-se expressamente de opinar acerca dos fundamentos para a manutenção ou não da reserva legitimária no Brasil, Pretto (2015, p. 94) acaba por contraditar-se ao antecipar que “[...] a existência de uma quota disponível e outra indisponível exerce a função de conciliar a liberdade do testador e a proteção da família, na pessoa de determinados herdeiros [...]”.

Com efeito, a constitucionalização do direito de herança, que passa a compor o catálogo de direitos fundamentais somente na CRFB de 1988, não se deu por acaso ou como reforço ao direito de propriedade. Ao revés, anuncia a possibilidade de sua restrição quando colidir com algo maior do que o indivíduo e sua autonomia patrimonial. Tem-se, portanto, que o direito fundamental à herança complementa à perfeição o paradigma familiar constitucional e vice-versa.

Nessa esteira, a conclusão da presente pesquisa, até o momento, alcançada a partir da fundamentalidade do direito de herança e dos princípios de direito fundamental, notadamente os que têm pertinência à arquitetura do paradigma familiar da Constituição da República Federativa de 1988, aponta para a compreensão da legítima em prol dos herdeiros necessários como (1) uma regra infraconstitucional à satisfação do direito fundamental à herança que, (2) ao restringir o direito de livre disposição do proprietário – vale dizer, sua autonomia patrimonial –, (3) realiza, na maior medida e extensão, o primado do ideal de família proposta constitucionalmente, (4) expressando, dessa forma, a sua função social, entendida como resgate do coletivo familiar de moldes constitucionais.

Apesar de respondida a indagação principal que motivou a presente pesquisa, qual seja a constitucionalidade ou não da legítima, concluindo-se ser a tutela da herança necessária a forma de concretizar o direito fundamental à sucessão e, sobretudo, o meio de realizar na sociedade a família idealizada constitucionalmente, um passo a mais se pode arriscar no caminho da compatibilização da legítima com a autonomia privada.

Essa última etapa, de contorno mais propositivo, busca harmonizar satisfatoriamente a autonomia dos componentes do agrupamento familiar com a tutela legal da herança necessária.

4.6 A AUTONOMIA PRIVADA E A PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA: UMA VISÃO PROPOSITIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS

Sem embargo da legítima e de sua função social, propõe-se alguns ajustes capazes de responder aos anseios dos que defendem a extinção ou redução da reserva legitimária em prol da autonomia privada do autor da herança.

Na verdade, o próprio Código Civil, em seu artigo 2.018¹⁶⁰, admite que o autor da herança possa, no exercício de sua autonomia privada, determinar os bens que devam compor os quinhões dos herdeiros necessários, seja por uma partilha em vida, seja por partilha determinada em testamento, desde que respeitadas as legítimas de todos.

De igual modo, o simples fato de possuir o autor da herança, ao lado da quota indisponível, uma quota disponível para dela fazer o que bem entender, harmoniza a sua autonomia com a tutela legitimária da família e dos herdeiros necessários.

Todavia, há modos de ampliar a autonomia do sucedido conjugando-a a dos demais membros da coletividade familiar, sem ferir os princípios constitucionais que a delineiam, contribuindo, ao contrário, para a sua maior satisfação e realização concreta.

Uma possibilidade, nesse sentido, seria a admissão de pactos sucessórios. Para isso, mostra-se necessário transcender a visão tradicional de que negociar herança de pessoa viva é sinal de mau agouro ou de sentimentos negativos em relação à pessoa de cuja sucessão se dispõe. Afinal, a única certeza que se pode ter desde o nascimento é a da morte, de modo que inadmitir o direito que se possam regular seus efeitos a partir de uma perspectiva moral que desafia a lógica da vida é incompreensível.

Poder-se-ia conceber, por exemplo, a renúncia antecipada da sucessão pelo herdeiro necessário, aumentando, assim, a quota disponível do titular do patrimônio. Igualmente, poder-se-ia considerar a

¹⁶⁰ “Art. 2.014. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas. [...] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.” (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

possibilidade de o herdeiro necessário ceder gratuitamente seu futuro quinhão a coerdeiro ou a descendente seu que, sem essa providência, não viria a participar dessa eventual sucessão.

A flexibilização em torno dos pactos sucessórios não apenas pode significar um aumento considerável da autonomia do titular do patrimônio, mas também e proporcionalmente na dos herdeiros necessários. Nada tem de odiosa essa perspectiva, pois tais medidas, ou outras de igual teor, não significam a expressão de um desejo de morte dos parentes próximos, mas talvez um meio de amenizar seus indelévels impactos pessoais e familiares. Representariam, assim, um modo de organizar previamente as consequências do evento morte, sem descuidar da proteção da família e de seus membros, mas, ao mesmo tempo, dando-lhes autonomia para delimitar concretamente essa tutela, consoante o contexto fático existente.

Preto (2015) destaca que o sistema jurídico francês, um dos grandes influenciadores do brasileiro, sofreu recentemente uma reforma para admitir, dentre outras alterações sucessórias, a renúncia antecipada da legítima (antes da abertura da sucessão), além da supressão da reserva legal em favor dos ascendentes. Indica também o mesmo autor, que uma das modificações mais significativas, admite que a legítima possa ser indenizada, vale dizer que evita eventual obrigação de devolver o bem propriamente, desde que o herdeiro necessário prejudicado receba o valor correspondente ao tanto da legítima invadida pela liberalidade¹⁶¹.

Em 1º de janeiro de 2010, passou a vigorar, na Alemanha, legislação modificadora das regras sucessórias do BGB, notadamente em relação à legítima. A “Lei de reforma do direito de sucessões e da prescrição na Alemanha” (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*), de 24 de setembro de 2004, introduziu no Código Civil alemão algumas regras interessantes, no sentido discutido nesta pesquisa (ARROYO i AMAYUELAS, 2010).

Ao mesmo tempo em que se ampliou a possibilidade de deserdação – semelhantemente ao que aqui será em seguida proposto –, houve também alargamento na quitação parcelada da legítima dos herdeiros necessários. Importante ressaltar que, no sistema alemão, a

¹⁶¹ Nas palavras de Preto (2015, p. 61-62): “A conversão da reserva em um crédito (indenização), ao que parece, afasta-se da natureza qualitativa da herança, aproximando-se da quantificação, exclusivamente. Evidente que a alteração visa maior liberdade (autonomia da pessoa). Além disso, ao estabelecer que as ações em defesa da reserva não se exercem in natura, mas por meio de uma compensação monetária, reduz-se o caráter público da reserva”.

legítima outorga um direito de crédito ao herdeiro necessário, que agora poderá ser pago parceladamente, inclusive por herdeiros que não sejam necessários, mas que tenham recebido do autor da herança benesse que atinjam a reserva legitimária em questão (PRETTO, 2015, p. 63).

Registra-se, por pertinência, os comentários de Arroyo i Amayuelas (2010) sobre a reforma do Código Civil alemão que, não obstante, a modernização rechaçou a supressão da legítima dos herdeiros necessários¹⁶². Diz, ainda, a autora que, apesar de a Corte Constitucional alemã já ter decidido que somente a legítima dos descendentes encontra tutela constitucional proibitiva de eventual supressão, o legislador ordinário manteve a legítima dos pais e do cônjuge igualmente¹⁶³. Assim, cumpre registrar que a legislação alemã permite a renúncia dos herdeiros necessários por pacto sucessório, desde que realizado por instrumento público, sendo Pretto (2015, p. 63).

No mesmo sentido, a legislação italiana passou a admitir os pactos de família voltados a organizar a sucessão empresarial, possibilitando que o empresário transfira suas ações para um ou alguns dos descendentes e mediante a intervenção de todos e do cônjuge no

¹⁶² Importantes observações são feitas pela autora Arroyo i Amayuelas (2010, p. 5-6): “La legítima (um derecho de crédito contra el heredero) sufre modificaciones que, sin embargo, no cuestionan su fundamento ni, por lo tanto, su subsistencia. No se modifica tampoco ni la cuantía (la mitad del valor de la cuota hereditaria legal), ni los beneficiarios (descendientes, padres, cónyuge) (§ 2303 BGB). El legislador ha mantenido el equilibrio entre la necesidad de adecuar el valor de la legítima a la realidad social y la obligatoriedad de observar el mandato contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005. Según el BVerfG, la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que aquéllos no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad. Lo garantiza el art 14.1, I en relación com el art. 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (“Grundgesetz”). A pesar de los progresivos cambios en la evolución de las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia y sus fundamentos aún se explican em virtude del principio de solidaridad familiar y de protección de la familia”.

¹⁶³ Em suas palavras: “La sentencia marca los límites dentro de los que debe moverse el legislador, pero hay que tener em cuenta que el BVerfG sólo prohíbe la supresión de la legítima de los descendientes. El legislador alemán, sin embargo, ha considerado aplicables los anteriores razonamientos a la legítima del cónyuge y de los ascendientes (padres). Em consecuencia, no sólo descarta la opción de suprimir la legítima de los descendientes (constitucionalmente protegida), sino que continua manteniendo la pretensión legitimaria de los padres y del cónyuge” (ARROYO I AMAYUELAS, 2010, p. 6).

referido pacto, além de uma compensação referente à legítima aos que não forem contemplados com a transmissão da empresa¹⁶⁴.

Em Portugal, como já se teve oportunidade de mencionar, a recente alteração do Código Civil em vigor, realizada pela Lei n. 48, de 14 de agosto de 2018, permite a renúncia recíproca da condição de herdeiro necessário em convenção antenupcial, desde que o regime escolhido seja o de separação de bens.

Conquanto não se tenha aqui o objetivo de realizar uma pesquisa em direito comparado, esses poucos exemplos colhidos da legislação estrangeira, notadamente dos países europeus, dão conta de como os ordenamentos jurídicos têm buscado harmonizar os ditames da autonomia – não só do autor da herança, mas de toda comunidade familiar – com a necessária proteção da família e dos indivíduos que a compõe.

A propósito da constatação e do que se defendeu até o momento acerca da constitucionalidade da legítima, bem como de sua fundamental função social, acredita-se ser possível promover uma modernização nas relações familiares e sucessórias, capaz de satisfazer os anseios de uma maior autonomia patrimonial associada à inarredável proteção legitimária.

Um dos principais pontos para o qual se deve atentar é o pacto antenupcial ou o contrato de convivência. Por meio desse ajuste de conjugalidade, o casal crê estar escolhendo um regime de bens que, ao menos à primeira vista, regulará suas relações patrimoniais e estabelecerá as condições e hipóteses de comunicação ou não dos bens. Contudo, desde a vigência do Código Civil de 2002, o regime de bens escolhido no pacto ou no contrato influenciará no direito sucessório do cônjuge ou companheiro sobrevivente, fato subdimensionado pela imensa maioria dos nubentes. Pior: o simples fato de casar ou constituir uma união estável gera automaticamente uma restrição ao titular do patrimônio correspondente à metade de tudo que possui, porquanto o cônjuge (e o companheiro) ostenta hoje a posição de herdeiro necessário. Muitos buscam reequilibrar a situação de seus descendentes pactuando o regime da separação de bens, olvidando-se que, nesse caso específico, embora o cônjuge não tenha meação de nada se a dissolução ocorrer por morte terá direito à quota sucessória idêntica a dos

¹⁶⁴ Dispõe o Art. 768-bis do Código Civil italiano: “E' patto di famiglia il contrato com cui, compatibilmente com le disposizioni in matéria di impresa familiare e nel rispetto dele differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o piu' discendenti”. (ITÁLIA, 1942).

descendentes do autor da herança por força do inciso I do artigo 1.829 do CCB/02.

Desse modo, é correto afirmar que o regime de bens escolhido afetará a partilha não apenas na hipótese de dissolução em vida da conjugalidade, mas sobretudo em sua dissolução por morte, na medida em que, além de estabelecer os casos de cabimento de meação, pode conferir ou não – a depender de cada caso concreto – concorrência sucessória com os descendentes.

A partir da dicção legal de que é “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (art. 1.639 do CCB/02), o pacto antenupcial ou o contrato de convivência deve ser encarado como o ajuste livre e consciente estabelecido por pessoas que desejam regular os efeitos patrimoniais de sua união. Sob essa óptica, questiona-se o porquê de se limitar tais efeitos à dissolução em vida. Inexiste fundamento jurídico válido para a legislação brasileira denegar o direito de ampla regulamentação das consequências patrimoniais do casamento ou da convivência, seja antecipando uma dissolução em vida ou em razão da morte. Ao revés, torna-se contraditório permitir ampla liberdade para dispor acerca dos bens conforme a conveniência e desejo do casal, franqueando-lhe a liberdade de escolher qualquer regime matrimonial, cujos efeitos na dissolução por morte lhe são impostos por lei, vedada a possibilidade de autorregulação.

Nota-se um profundo descompasso entre as consequências no direito de família do pacto antenupcial (ou contrato de convivência) e no direito sucessório. Não se desconhece o óbice representado pelo artigo 426 do Diploma Civil que proíbe ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, mas o que propõe é justamente a sua superação ou a admissão de algumas exceções legais, mormente para dar coerência e sistematicidade ao ordenamento como um todo. Explica-se. Na vigência do Código Civil de 1916, do qual o Código vigente “herdou” tal regra, o cônjuge sobrevivente não era herdeiro necessário, tampouco concorria com os descendentes na sucessão do parceiro falecido consoante o regime de bens pactuado. Na ambiência legal do Código revogado, de fato, a escolha do regime de bens e a matéria pactuada pelo casal previamente ao casamento repercutia de forma idêntica caso a conjugalidade terminasse em vida ou em razão da morte, de modo a não soar estranha a vedação de cláusula sucessória recíproca associada ao ajuste antenupcial.

Atualmente, tal limitação não se afigura coerente com o ordenamento jurídico infraconstitucional ou mesmo compatível com a

CRFB de 1988, nos termos já discorridos no trabalho. Isso porque o regime de bens não regula tão somente a meação, como antigamente, mas determina indiretamente direito sucessório. Portanto, nada mais lógico que se faculte ao casal que ajusta determinadas regras patrimoniais para incidir na relação conjugal durante sua constância a regulamentação de outras com intuito de incidir na dissolução por morte. A exemplo do que ocorre hoje em Portugal, pode-se, inclusive, cogitar de um regime de bens escolhido pelo casal para incidir durante toda a conjugalidade e também na hipótese de sua dissolução em vida, com opção de regras ou regime diverso, caso a relação subsista até a morte de um dos parceiros. Mostrar-se-ia igualmente interessante ampliar o alcance do pacto antenupcial para viabilizar renúncia recíproca da concorrência com os descendentes e ascendentes ou, ainda, da posição de herdeiro necessário, subentendendo que a devida compensação ou negociação fora realizada entre o futuro casal no ajuste de vontades que livremente firmaram e que, por isso mesmo, deve ser soberanamente acomodada pelo direito de família e pelo direito sucessório.

Em conformidade a tudo o que foi visto até este ponto, pode-se afirmar que ampliar a margem de liberdade dos cônjuges e companheiros no ajuste de suas vidas financeiras e patrimoniais não só atende à valorização de suas personalidades, mas também à tutela decorrente dos valores representados pela isonomia, responsabilidade, solidariedade e democracia, que devem marcar a relação conjugal na contemporaneidade.

Por fim, mas não menos importante, acredita-se urgente a (re)significação dos importantes institutos da deserdação, da indignidade e da revogação da doação por ingratidão, especialmente quando feita em adiantamento da legítima.

Retomando-se a ideia defendida no capítulo anterior, de uma releitura integrada desses institutos do direito civil a partir dos direitos fundamentais, tem-se que, diante de motivo autorizador da deserdação, deve ser ele também suficiente para revogar a liberalidade com vistas à antecipação de futura herança ou mesmo impedir, via indignidade, que alguém que viole a dignidade do autor da herança possa beneficiar-se com a sua sucessão. No mesmo sentido, qualquer ato caracterizado como de indignidade deve comprometer a doação feita em adiantamento de legítima, com a mesma força com que compromete o direito de herança quando inexistente antecipação, excluindo o sucessor de toda e qualquer possibilidade hereditária.

A revisão desses institutos é de fundamental relevância para realizar-se na sucessão legítima e legitimária o princípio da eticidade, pressuposto no qual se funda a construção da ordem da vocação legítima e se elegem as pessoas ligadas ao sucedido, qualificando-as como herdeiras necessárias. Compreender que, a despeito do tratamento compartimentalizado na lei, a deserdação, a indignidade e a revogação da doação por ingratidão feita em adiantamento de legítima são indissociavelmente parte do mesmo quadro – **formando o que se denominou de tríptico jurídico** –, é essencial para conjugar coerentemente a autonomia patrimonial do parente ofendido e a proteção legal conferida aos herdeiros, destacadamente aos necessários.

Propõe-se, nessa linha de argumentação, não apenas uma ampliação das hipóteses legais de deserdação, exclusão por indignidade ou de revogação das doações feitas como adiantamento da legítima, mas principalmente sua conjugação.

Desprezar o imenso hiato hoje existente nessa matéria é inadmissível. Mais grave, ainda, revela-se a jurisprudência pátria produzida sob a égide do atual ordenamento, sobretudo nos precedentes que aplicam taxativamente cada uma das hipóteses legais referentes ao instituto dado, ignorando suas omissões e inconsistências, em total arrepio dos princípios jusfundamentais e do paradigma familiar que sustenta todo o arcabouço sucessório brasileiro. Conciliar a prerrogativa de excluir da sucessão herdeiro ou donatário que não tenha para com o autor da herança ou dotador comportamento compatível com os ditames da solidariedade, do afeto, do cuidado e do respeito é passo indispensável para uma maior coerência do direito sucessório nacional, sobretudo da sucessão legitimária aqui defendida. É o outro lado dessa mesma moeda: o momento de aferir-se concretamente a reciprocidade pressuposta pelos legisladores constitucional e ordinário. Não havendo comportamento ético e recíproco do herdeiro legítimo ou necessário, seu afastamento é a medida legal que se impõe.

No entanto, enquanto uma reforma legislativa nesses moldes não seja implantada no país, é tarefa dos juristas de modo geral a construção de um direito sucessório que se coadune com as variadas esferas da personalidade humana, com seus anseios imemoriais, sem descurar da sua dimensão individual e de sua necessidade de comunhão e transcendência.

Sem a ingênua pretensão de esgotar tema tão polêmico quanto complexo, encerra-se esta pesquisa com a sensação de ter contribuído um pouco mais ao estudo da matéria, principalmente na estruturação de entendimento diverso dos indicados nos trabalhos acadêmicos recentes

sobre a reserva legal dos herdeiros necessários. Espera-se que este estudo sirva de ponto de partida a muitos outros, assim como de estímulo ao debate e à troca de ideias sobre a temática enfrentada.

Finaliza-se este último capítulo consignando a esperança e o desejo de que a literatura jurídica passe a dedicar-se com mais afinco aos temas relacionados à morte da pessoa física, inclusive de maneira mais comezinha, posto que possa tardar nunca falha. Como diz o poeta Mário Quintana, a morte **“sempre chega pontualmente na hora incerta”**.

Assim, se toma de empréstimo do poeta, como epílogo da presente pesquisa, a peça que dedicou ao escritor Liev Tolstói, falecido aos mais de oitenta anos quando fugia de casa¹⁶⁵, trazendo ao tema da morte aqui trabalhado, o humor e a sensibilidade que notabilizaram seus escritos. Eis o poema:

Poema da Gare de Astapovo

“O velho Leon Tolstoi fugiu de casa aos oitenta anos
 E foi morrer na gare de Astapovo!
 Com certeza sentou-se a um velho banco,
 Um desses velhos bancos lustrosos pelo uso
 Que existem em todas as estaçõezinhas pobres do mundo,
 Contra uma parede nua...
 Sentou-se... e sorriu amargamente
 Pensando que
 Em toda a sua vida
 Apenas restava de seu a Glória,
 Esse irrisório chocalho cheio de guizos e fitinhas
 Coloridas
 Nas mãos esclerosadas de um caduco!
 E então a Morte,
 Ao vê-lo sozinho àquela hora
 Na estação deserta,
 Julgou que ele estivesse ali à sua espera,

¹⁶⁵ Mário Quintana, com a devida licença poética, retrata de maneira bem humorada a verdadeira história da morte do escritor Liev Tolstói, mundialmente conhecido pelos seus romances “Anna Kariênina”, “Guerra e Paz” e “Ressurreição”. Consta que, com mais de oitenta anos de idade, em razão do desacordo com a mulher e os filhos, que não se conformavam com a simplicidade da vida por ele escolhida e, portanto, em meio a brigas familiares pelos direitos autorais de suas obras, acabou fugindo de casa. Entretanto, veio a falecer no meio do caminho, na aldeia de Astápovo, em 7 de novembro de 1910. Mário Quintana, então, dedicou-lhe a poesia intitulada **“Poema da Gare de Astapovo”**.

Quando apenas sentara para descansar um pouco!
A Morte chegou na sua antiga locomotiva
(Ela sempre chega pontualmente na hora
incerta...)
Mas talvez não pensou em nada disso, o grande
Velho,
E quem sabe se até não morreu feliz: ele fugiu...
Ele fugiu de casa...
Ele fugiu de casa aos oitenta anos de idade...
Não são todos os que realizam os velhos sonhos
da infância

5 CONCLUSÃO

Em razão da complexidade do tema enfrentado na presente pesquisa científica, impõe-se a ressalva de que as considerações finais ora apresentadas, sem pretensão de esgotamento da matéria, refletem apenas a sistematização didática do que fora discutido no texto e, nessa extensão, das conclusões viabilizadas a partir das análises promovidas ao longo de cada capítulo.

Acredita-se que o propósito maior da Tese fora satisfatoriamente atingido, na medida em que se chega à resposta da indagação inicial acerca da constitucionalidade do direito à herança necessária, indo-se até um pouco mais além ao se considerar a função social por ela desempenhada na concretização do atual paradigma constitucional de família.

Iniciou-se o segundo capítulo indagando os motivos pelos quais a positivação do direito à herança na categoria dos direitos fundamentais coincide com as profundas alterações constitucionais no modelo familiar e de propriedade privada. Desenvolvida a problemática nos capítulos subsequentes, comprovou-se a intrínseca conexão entre a sucessão *causa mortis*, a função social da propriedade e os princípios informadores da família proposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para a qual se presta a sucessão legitimária – enquanto posição *prima facie* assegurada pelo direito fundamental à herança – a efetivar.

Ainda na etapa inicial deste trabalho, mediante a utilização da teoria de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, assentou-se a estrutura normativa do direito fundamental à herança como norma-princípio. Conjugando-se essa constatação às posições jurídicas jusfundamentais *prima facie* decorrentes da referida norma constitucional, sedimentou-se o caminho para a compreensão da lei de colisão e da máxima da proporcionalidade, regra metodológica alexyana para a resolução dos chamados “*hard cases*”, ou seja, dos casos que envolvem a realização de valores constitucionais aparentemente antagônicos. Com base no entrecruzamento desses conceitos com o de restringibilidade dos direitos fundamentais, mostrou-se possível concluir que (1) o direito fundamental à herança tem a estrutura de norma-princípio e, como tal, (2) deve ter seu conteúdo realizado na maior extensão possível, (3) merecendo toda e qualquer limitação em alguma das suas posições *prima facie* a devida justificativa constitucional, sob a

pena de configurar violação ao referido direito fundamental e não uma autêntica restrição.

Em seguida, definiu-se o conteúdo do direito fundamental à herança como um direito autônomo, comprovando-se a hipótese de não se tratar de um reforço ou uma mera garantia ao direito fundamental à propriedade privada, reclamando, por isso mesmo, âmbito de proteção e suporte fático específico.

Assentados os âmbitos autônomos de proteção dos direitos fundamentais à herança e à propriedade privada e diferenciadas as intervenções que os afetam em autênticas restrições ou violações, fora possível submeter a questão central da Tese, a “sucessão necessária”, ao enfoque da colisão entre os direitos fundamentais à herança e à propriedade privada, aferindo-se, ao final, a sua compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Mas não apenas isso. Na última etapa deste trabalho, comprovou-se a correlação entre o paradigma constitucional de família inaugurado pela CRFB de 1988 e a fundamentalidade do direito à herança, chegando-se à constatação de que a sucessão necessária cumpre uma importante função social. Para tanto, depois de assentados os conceitos de personalização e despatrimonialização do direito de família e de (re)significada a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva da solidariedade familiar e da autonomia patrimonial, resolveu-se a colisão entre o direito fundamental à sucessão e o direito à propriedade privada. Com o auxílio de princípios constitucionais destacados do direito de família e da concepção de função social, conseguiu-se harmonizar o aparente antagonismo, alcançando-se, segundo a teoria alexyana, a otimização dos princípios jusfundamentais consagradores da herança e da propriedade privada. Edificou-se, a partir daí, a devida fundamentação acerca da constitucionalidade da sucessão necessária, enfrentando, inclusive, a discussão sobre a posição jurídica de herdeiro necessário, conferida ao cônjuge sobrevivente pela legislação de 2002, bem como sua concorrência com descendentes e ascendentes do autor da herança. Do mesmo modo, enfrentou-se a polêmica da equiparação do companheiro sobrevivente nesse particular, alçando-o também ao *status* de herdeiro necessário, lançando um diagnóstico constitucional com pretensões propositivas.

A partir das conclusões alcançadas nos tópicos precedentes e com base no conceito de José Isaac Pilati, delineou-se a verdadeira função social que cumpre a reserva legal em favor dos herdeiros necessários **individualmente** e da família **coletivamente**.

Vale repisar que a função social da herança legitimária é entendida neste trabalho como a forma de resgate e preservação do corpo coletivo representado pela família que, personalizado constitucionalmente, tem seus interesses e suas pautas sobrelevadas as dos particulares e do próprio Estado. Isso porque se traduz na conciliação dos interesses situados tanto na dimensão pública, ocupada pelo Estado, quanto na dimensão privada, em que se situa o indivíduo, como também na dimensão coletiva, na qual convergem os interesses dos indivíduos voltados à consecução dos fins específicos de cada agrupamento social.

Reconhecer a relevância da família e de sua realização nos moldes idealizados pela CRFB de 1988, não apenas para o indivíduo, mas igualmente para o Estado e para a sociedade, condiz com a proteção diferenciada que a legítima cumpre e pela qual se justifica constitucionalmente.

Ainda que originalmente não tenha sido essa a sua gênese, a legítima se apresenta hoje como o único meio hábil de satisfação integral do paradigma constitucional de família. Interessante notar que um instituto destinado a conservar um único modelo de família, impedindo que outros modos de vida e de arranjos familiares florescessem, representa, na contemporaneidade, a garantia justamente do contrário.

Por mais paradoxal que possa parecer, esta é conclusão encontrada na pesquisa: de nada adiantaria proclamar a isonomia entre os filhos se o pai pudesse testar ou doar em vida todo seu patrimônio a um ou alguns dos filhos em detrimento dos demais; pouca efetividade prática teria o princípio democrático se, no fim, os filhos pudessem ser aliados da sucessão dos pais justamente por não concordarem com suas escolhas existenciais; ou, ainda, a proteção do idoso seria uma quimera se os descendentes pudessem livremente dispor em vida ou para depois da morte de todo o seu patrimônio, e assim por diante.

Nesse contexto, demonstrou-se cumprir a legítima a função social de realizar o modelo familiar proposto constitucionalmente mediante uma reserva sucessória destinada aos herdeiros necessários, devendo-se compreendê-la como garantia do espaço coletivo familiar, único meio de realização plena da dimensão individual de seus componentes. Sob esse olhar, a legítima tem função social de promotora das potencialidades humanas, garantindo que a família não se torne um empecilho ao indivíduo, mas, ao contrário, uma fonte de estímulo e de proteção de sua personalidade, resgatando as dimensões da personalidade humana

ligadas à comunhão e à transcendência, sem olvidar-se do seu traço de individualidade.

Para não destoar do propósito condutor desta Tese de conjugar a teoria com a práxis, foram analisadas, no último capítulo, hipóteses específicas concernentes às repercussões jurídicas da manutenção da legítima no ordenamento brasileiro, sempre sob a lente da constitucionalidade ou não das respectivas limitações infraconstitucionais. Ainda, em seus derradeiros tópicos, definiu-se a reserva legitimária a partir de sua relevância constitucional e social, propondo-se sua conciliação com a tutela da autonomia privada, em uma espécie de pacificação com todas as dimensões da personalidade humana, única forma de realização concreta e integral do primado da dignidade que lhe é subjacente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Procriação assistida**: colóquio interdisciplinar. (12-13 de Dezembro de 1991) Coimbra: Centro Biomédico da Faculdade de Direito, 1993.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ARROYO i AMAYUELAS, Ester. La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción em Alemania. InDret 1/2010. **Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, enero 2010. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2019.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Sucessões. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 107-125, 1 jan. 2002.

BAGGIO, Antônio Maria (org). **O princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Coord). **Autonomia Privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 503-512.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, ano 2003, v. 6, n. 23.

BAUMAN, Zygmund. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahara, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Família, Sociedade e Educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. In.: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. out/nov 2007. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Distrito Federal. **Recurso Especial n. 1.475.759**, DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 05.12.2017, DJe de 15.02.2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1475759&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898060/SC**. Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 21.09.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9q8b7l>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1593857/MG**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, julgado em 14.06.2016, DJe de 28.06.2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1593857&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Distrito Federal. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4815%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycar4z4x>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 867, de 2011**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=496851>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**, relator Ministro Ayres Brito, julgada em 29.05.2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Distrito Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 569220/RJ**. Relator Ministro César Asfor Rocha, julgado em 08.06.2004; DJ de 04.10.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=569220&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

_____. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estado Unidos do Brasil**. Revogada Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANCELIER, Mikhail. **Infinito particular**: privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARDOSO, Simone Tassinari; BASTOS, Ísis Boll de Araújo. Leading cases de direito das famílias: uma análise das situações com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In.: **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 10, out /dez 2016.

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

CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

CHINELATO, Silmara Juny. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de direito romano**: institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português em confronto com o texto latino. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

CORTIANO JÚNIOR, Erouths. Conexões: Sucessão e Direitos Fundamentais. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Coord). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 481-489.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. 6ª reimpressão (2005). Coimbra: Almedina, 1996.

COULANGES. Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Americas S.A, 1961.

CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DELGADO, Mário Luís. **40 anos de divórcio no Brasil**: uma história de casamentos e florestas. 22 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0014972-26.2016.8.07.0007**, relator Desembargador Silva Lemos, julgada em 17.10.2018, DJe de 19.12.2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12 ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1991.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Estatuto do patrimônio jurídico mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **A síndrome da família light**. 29.07.2009. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaop/artigos/a-sindrome-da-familia-light-br3fguebs3mqvtdicz7hs1fy/>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**: análise econômica do direito no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. Tese (Doutorado Direito). Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 337-355.

_____. Deserção, indignidade e revogação de doação por ingratidão: a necessária compreensão do tríptico jurídico. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 277-295.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Tradução de Miguel Carbonell. Mexico: UNAM, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HIRONAKA, Gisela. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501.

ITÁLIA. Regio Decreto 262, 16 marzo 1942. **Il Codice Civile Italiano**. GU n. 79. Roma, 1942. Disponível em: <www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig=>>. Acesso em: 2 fev. 2019

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental – breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 49 n. 194, p. 53-64. abr./jun. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. v. XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Bioética e presunção de paternidade (Considerações em torno do art. 1597 do Código Civil). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 39-99.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo LV. Direitos das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão Legítima. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

NAHAS, Luciana Faísca. Pacto antenupcial: o que pode e o que não pode constar? Reflexões sobre cláusulas patrimoniais e não patrimoniais. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias e sucessões**: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 225-248.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Coord). **Contrato & sociedade**. v. II. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. Curitiba: Juruá, 2011.

NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito e sistemas sociais**: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

_____. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, M. A Família Triunfante. In: PERROT, Michelle et al. **História da vida privada**. v. 4. Trad. Bernardo Joffily e Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 79-90.

PILATI, José Isaac. **Propriedade & função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma. **Revista Sequência**, nº 50, p. 49-69, jul. 2005.

PORTUGAL. **Código civil**. Lei n. 23, de 5 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUÉZ, Carmen Callejo. **Aspectos civiles de La protección del concebido no nacido**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

SÁ, Olga de. **O que é, pois, o tempo?** (Santo Agostinho). Kalíope, São Paulo, ano 7, n. 14, p. 100-107, jul./dez., 2011.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0008389-23.2013.8.24.0018**, relator Des. Carlos Roberto da Silva, Câmara Especial Regional de Chapecó, julgado em 24.04.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. **Apelação Cível n. 2010.004182-5**, relator Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, julgada em 22.04.2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. **Agravo de Instrumento n. 2013.035414-7**, Quarta Câmara de Direito Civil, relator Des. Jorge Luís Costa Beber, julgado em 07.11.2013. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada concepção – nascendo in vitro e morrendo in machina**: Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal Comparado. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2229232-49.2017.8.26.0000**, relator Desembargador Miguel Brandi, julgado em 30.05.2018, DJe de 15.06.2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=2229232-49.2017.8.26.0000&nuRegistro=>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. **Apelação Cível n. 0003388-50.2011.8.26.0510**, 8ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Alexandre Coelho, julgada em 27.01.2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=F5F7C9156E38733376057B78B728A115.cjsg3?conversationId=&nuProcOrigem=0003388-50.2011.8.26.0510&nuRegistro=>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 305-405.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 23-51.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de direito das sucessões**. 4. ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2012.

TARTUCE, Flávio. Companheiros são herdeiros necessários? In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 27-38.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 75 - 104, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Colação: em busca de critérios sistemáticos entre o CC e o CPC. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 11-14, jul./set. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.