



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**Família, afeto e sucessão: interseccionalidades do direito sucessório
com o novo modelo familiar pós constituição de 1988**

LUIZA JACOB DO CARMO

**Rio de Janeiro
2022**

LUIZA JACOB DO CARMO

Família, afeto e sucessão: interseccionalidades do direito sucessório com o novo modelo familiar pós constituição de 1988

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Filipe Medon.

Rio de Janeiro
2022

LUIZA JACOB DO CARMO

Família, afeto e sucessão: interseccionalidades do direito sucessório com o novo modelo familiar pós constituição de 1988

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Filipe Medon.

Data de Aprovação: ___ / ___ / ___

Banca Examinadora:

Professor Ms. Filipe Medon (Orientador)
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Professor Ms. Marcos de Souza Paula (1º Suplente)
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Professor Ms. Caio Ribeiro Pires (2º Suplente)
Institutos Superiores de Ensino do Censa (ISECENSA)

Rio de Janeiro
2022

À Maria Stella de Sousa Jacob,
nossa eterna Tela (*in memoriam*).

Poema

Se morro o universo se apaga
como se apagam as coisas deste quarto
se apago a lâmpada:
os sapatos-da-ásia,
as camisas e guerras na cadeira,
o paletó - dos-andes,
bilhões de quatrilhões de seres
e de sóis
morrem comigo.
Ou não:
o sol voltará a marcar
este mesmo ponto do assoalho
onde estive meu pé;
deste quarto ouvirás o barulho dos ônibus na rua;
uma nova cidade
surgirá de dentro desta
como a árvore da árvore.
Só que ninguém poderá ler no esgarçar destas nuvens
a mesma história que eu leio, comovido.

Ferreira Gullar

RESUMO

O presente trabalho se dedica a estudar o direito à legítima sob o viés do novo paradigma familiar introduzido pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Para isso, foi necessário revisar os conceitos inerentes à personalidade consubstanciada nos valores constitucionais de dignidade humana e solidariedade, na saída do indivíduo para a comunidade. O intuito foi buscar analisar o quanto a matéria sucessória se cruza com o direito de família, a partir da ressignificação do seu conceito no tempo. A análise crítica, a partir dos argumentos dos que são a favor do direito à legítima em comparação àqueles que advogam pela sua exclusão ou redução no ordenamento jurídico brasileiro auxiliou na compreensão da função social da legítima como concretização do modelo familiar proposto constitucionalmente pela CRFB de 1988.

Palavras-chave: direito à legítima; direito de família; dignidade humana; solidariedade.

ABSTRACT

This study is focus on the right of legitimate in relation to the new family paradigm introduced by the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB) of 1988. In order to achieve such purpose, it was necessary to review the concepts inherent to the personality embodied in the constitutional values of human dignity and solidarity, in the exit of the individual to the community. Thus, it is fundamental to identify how much the matter of succession intersects with family law, from the resignification of its concept in time. The critical analysis, from the arguments of those who are in favor of the right to the legitimate in comparison to those who advocate for its exclusion or reduction in the Brazilian legal system, supported the understanding of the social function of the legitimate as a materialization of the family model constitutionally proposed by the CRFB of 1988.

Key words: right of legitimate; family right; human dignity; solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	10
1.1 Do indivíduo à Família: a intersubjetividade na construção e realização da personalidade	10
1.2 Novo paradigma familiar: as transformações no conceito de família	15
1.2.1 Código de 1916 e a perpetuação da “família legítima”	16
1.3 Família e Sucessão Hereditária: Valores e princípios em comum	20
1.3.1 Princípio da autonomia privada e liberdades individuais	20
1.3.2 Princípio da Solidariedade familiar	22
1.4 Do Direito Fundamental à herança.....	27
1.5 Do Direito fundamental à propriedade.....	29
1.6 Princípio da Afetividade.....	31
1.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob a perspectiva familiarista: limites à autonomia privada e a solidariedade familiar	32
2 O DIREITO À LEGÍTIMA	35
2.1 Autonomias: a construção do conceito de autonomia no âmbito familiar	35
2.2 Direito à legítima: limites à autonomia privada e sua função social	38
2.2.1 Sucessão.....	38
2.2.2 Do direito à legítima.....	40
2.3 Nova concepção da legítima e a constitucionalização do direito à herança.....	42
2.4 História do direito sucessório	43
3 FAMÍLIA, TESTAMENTO E GRANDES FORTUNAS: DESDOBRAMENTOS DO DIREITO À LEGÍTIMA	50
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva do Código Civil de 1916, a família era fundada no casamento, portanto, o casamento era a única forma de constituição de família. A partir do casamento teremos fundada a instituição família, baseada nas relações conjugais hierarquizadas e cujo marido era o chefe dessa sociedade conjugal. O novo paradigma familiar, contudo, volta-se para a funcionalização da família enquanto comunidade de pessoas e lugar de desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros o que inclui a realização existencial e promoção dos seus membros.

Essa comunidade deve ser preservada, não mais enquanto instituição, mas enquanto locus garantidor da dignidade das pessoas que a compõem, isto significa, garantir que todos os membros familiares tenham respeito, incentivo e tutela, e sobretudo, que recebam amparo e cuidado como obrigação civil.

A legítima é a garantia prevista no Código Civil de 2002, no artigo 1.789, o qual determina que "havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança" (BRASIL, 2002). Essa limitação imposta pela lei, em reservar metade do patrimônio aos herdeiros necessários é que será objeto de análise e estudo. O direito sucessório e o direito à legítima, trazem uma situação peculiar ao direito patrimonial e de propriedade: a limitação do titular de dispor de seus bens a seu próprio modo, em detrimento daqueles que defendem a total autonomia privada.

Em termos atuais e legais, a legítima pretende a conciliação entre a liberdade e autonomia de testar e a proteção à família e a dignidade de seus membros (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021). Desse modo, a legítima não pretende apenas limitar o poder do titular de dispor de seus bens, sua funcionalização colabora para limitar a autonomia privada e o individualismo na sociedade. Cumpre, portanto, papel fundamental para a realização do novo paradigma familiar baseado nos princípios constitucionais de democracia, igualdade e solidariedade entre os membros familiares, ainda que e nos moldes de um sistema capitalista. Tepedino, Nevares e Meireles (2021) ressaltam que o direito à herança deve complementar o direito à propriedade privada, mas seu foco é assegurar o caráter privatista da herança (e seus herdeiros) e, por fim, da família nos moldes contemporâneos.

O objetivo do estudo é investigar a função social da legítima e se ela colabora para a construção do modelo familiar constitucional democrático, a partir do princípio da dignidade humana, do direito fundamental à herança e do viés solidário objetivado pela Constituição da República de 1988. Para isso, será feita uma revisão dos princípios familiares e constitucionais que permeiam a nova concepção de família, especialmente do princípio da dignidade humana e da solidariedade familiar.

1 O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1.1 Do indivíduo à Família: a intersubjetividade na construção e realização da personalidade

A família é a base da sociedade, diz o artigo 226 da Constituição Federal. Sendo base, é comunidade essencial onde o ser humano constrói sua subjetividade, se humaniza e desenvolve sua personalidade. Antônio Junqueira de Azevedo¹ na busca de uma caracterização jurídica sobre a dignidade da pessoa humana colabora para uma nova concepção do ser humano, própria de uma nova ética, fundada no ser humano como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital há bilhões de anos.

A partir desse entendimento, o homem se torna único e especialmente diferente das demais espécies. Não mais pelo aspecto biológico enquanto espécie, isto é, seus atributos diferenciadores não podem estar somente no elemento psíquico/biológico representado pela razão/vontade, ou na autoconsciência (capacidade de pensar em si próprio) concepção insular e ainda dominante, posto que, do ponto de vista biológico, outros animais, como os chimpanzés já a desenvolveram. Mas na concepção holística do ser integrado com a natureza, na sua capacidade de sair de si mesmo, de dialogar, amar, enfim, de perceber o outro como seu igual e na colaboração, conforme conclui:

(...) há graves falhas científicas na concepção filosófica da pessoa humana como ser dotado de razão e vontade, ou auto-consciente (concepção insular). Segue-se daí que é insuficiente a idéia de dignidade como autonomia, a que essa concepção dá sustentação. A pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor) (AZEVEDO, 2002, p. 122).

O conceito de dignidade humana está atrelado ao próprio conceito jurídico de ser humano e é muito usado para garantir que a pessoa humana seja reconhecida, respeitada em todas as suas formas de sobrevivência ou de desenvolvimento da personalidade, aspectos físicos, morais ou psicológicos, o fato é que o direito salvaguardou com propriedade a dimensão

¹ 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.

ontológica e antropológica do ser humano; seja por ser dotado de razão e vontade ou por ser dotado de um corpo que venceu a natureza, os conceitos sobre o ser humano e sua dignidade param na inteligência e isolam o homem em si mesmo. Essa concepção “insular, antropocêntrica e subjetivamente fechada, já não garante juridicamente o ser humano” e colabora para o entendimento imperfeito de dignidade humana e autonomia individual:

Entre o mais remoto e o mais recente dos seres, há mudanças de nível com a emergência de novas faculdades, sempre, porém, sem quebra da continuidade: à simples vida, foram se acrescentando a mobilidade, a sensibilidade, a inteligência e a vontade, a autoconsciência e, finalmente, a projeção para o próximo, com a capacidade de dialogar, e a potencial abertura para o absoluto. A o tentar fixar a especificidade do homem, a concepção insular pára na inteligência e na vontade, que são faculdades comuns aos homens e animais superiores, ou pára na autoconsciência, comum pelo menos ao homem e ao chimpanzé.⁶ O que, de fato, é específico do homem é omitido por ela. Daí, com graves conseqüências jurídicas, o lento deslizar intelectual no entendimento da dignidade da pessoa humana, de "autonomia individual", para "qualidade de vida", quando, então, algo que deveria ser radical passa a ser tão relativo quanto viver melhor ou pior. A concepção insular, antropocêntrica e subjetivamente fechada, já não garante juridicamente o ser humano; infelizmente, ela pode levar a abusos e desvios, entre os quais o caso da eutanásia é paradigmático (AZEVEDO, 2002, p. 110-11).

Por isso, quando se adentra no vasto campo do direito de família é preciso lembrar que estamos saindo de um conceito insular de dignidade da pessoa humana, para um novo conceito baseado em uma ética de convivência, de cooperação, de afetividade e de valores que transpassam a autonomia privada e existencial de um indivíduo, mas que se esbarram nos limites impostos à liberdade individual estabelecidos a partir da noção do outro como um referencial para ser indivíduo.

Nesse contexto, a limitação das liberdades individuais não devem ser vistas como forma de restrição das autonomias, mas como forma de garantia dos princípios e objetivos² constitucionais de solidariedade, democracia e respeito sobretudo às diferenças, em

² Não é demais relembrar os arts 1º e 3º da Constituição de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

um ordenamento jurídico que tem como marca a pluralidade de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o direito de família é marcadamente e historicamente associado a autonomia patrimonial, posto que envolve não só a autonomia existencial dos indivíduos enquanto locus de desenvolvimento da personalidade, mas que também envolve a construção de relações, de histórias de vida e essas histórias se compatibilizam com as histórias do patrimônio e de tudo que se formou materialmente como consequência dessas relações.

É claro que o conceito de família sofreu sensíveis alterações no tempo, e não se pode entendê-la hoje, sob o mesmo viés que há décadas atrás, porém, a sua essência permanece nas relações e nas consequências jurídicas que dela resultam, como a afetividade (com possibilidade ou não de afeto)³, a solidariedade e as responsabilidades recíprocas.

Não há como se falar em direito de família e patrimônio sem falar da pessoa, e da sua construção enquanto indivíduo; mas também, não há como se falar da construção de um indivíduo sem falar das intersubjetividades que se constituem socialmente no indivíduo. Por isso, em um primeiro momento é a pessoa humana em toda a sua plenitude que merece destaque, constituída a partir das interseccionalidades afetivas no eixo família/comunidade.

O novo paradigma familiar passa em torno da afetividade e na valorização de cada integrante do ente familiar, cujo significado é o pleno desenvolvimento de todos os entes familiares. A família deixa de ser um ente despersonalizado, para formar-se das particularidades e diferentes pessoas que ali comungam. Esse fenômeno definido por Paulo Lôbo como repersonalização das relações de família⁴.

³ Será melhor explicado no tópico específico sobre afetividade, a princípio, é preciso sublinhar que afeto e afetividade são conceitualmente distintos.

⁴Nesse artigo o autor defende a volta do olhar para a pessoa humana, e seu pleno desenvolvimento, em uma ontológica. “O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar. ORLANDO DE CARVALHO julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha – isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos. É essa valorização do poder jurisdicção do homem comum, é essa centralização em torno do homem e dos interesses imediatos que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”. 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.

A repersonalização faz parte de alterações constitucionais valorativas na seara dos direitos humanos como dignidade, cidadania, igualdade, pluralidade trazidas pela Constituição Federal de 1988, mais tarde normatizadas pelo Código Civil de 2002, onde a dignidade da pessoa humana alcança o ápice da hierarquia desses valores no ordenamento jurídico. Entretanto, interessa anotar que o fenômeno da repersonalização não deve ser tomado como uma releitura do liberalismo individual com contornos egocêntricos subserviente à família patriarcal e patrimonial; bem como não se presta ao papel de excluir a pessoa em sua subjetividade como um ser isolado e dissociado do seu meio social num culto à pessoa, como no conceito ontológico e antropocêntrico (GOMES e AZEVEDO, 2019, 2002). O conceito não escapa à análise de Meireles (2009):

A repersonalização do direito civil, sem nenhum compromisso com o liberalismo econômico ou qualquer retorno ao liberalismo metafísico, trata de repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*, não apenas como o ator que aí privilegiadamente intervém, mas sobretudo, como o móbil que especialmente explica a técnica dessa regulamentação. Dessa forma, “a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário” (MEIRELES, 2009 p.13).

A mudança nos valores constitucionais repercute no âmbito do Direito Civil, quando o Código Civil de 2002, considera a personalidade como um valor, na parte reservada aos direitos da personalidade que, apesar de não trazer cláusula geral de tutela da personalidade, segue os preceitos constitucionais, de Dignidade da Pessoa Humana da Constituição Federal de 1988. Portanto, é no artigo 1º, III, da CRFB que se encontra a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Enquanto o Código Civil de 1916, refletiu as aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar o sistema capitalista de produção, tendo os mesmos protagonistas: marido, proprietário, testador, contratante (como percebe-se homens e burgueses); a Constituição Federal, centrou-se na pessoa como fundamento absoluto e razão de ser de todas as normas. É, pois para ela, e por ela que a Lei Fundamental vive (MEIRELES, pp.9-14).

Passa-se, assim, do indivíduo à pessoa humana. Do individualismo ao personalismo, e do sujeito abstrato ao concreto. Isto significa que a ordem jurídica como um todo se volta à tutela da pessoa humana que toma lugar do indivíduo neutro (...). Importa-se, a proteção da pessoa humana dentro das relações que participa, sem que seja reduzida a mero elemento, titular de direitos e deveres, mas também, como ponto referencial de tutela (MEIRELES, 2009, p.13).

Gomes (2019 p. 134) ressalta que a visão individualista do ser humano pré-social, desconstituído do relacionamento com seus pares, é antidemocrática. A família individualista onde cada um pensa somente em si também corrobora para formar cidadãos pouco sensíveis às questões sociais e anestesiados perante as necessidades da sua comunidade, do seu bairro, e por fim, do seu Estado, isto é, de tudo o que existe ou pode existir de forma coletiva.

A formação individualista centrada no ser em si mesmo, gera indivíduos pouco participativos enquanto cidadãos, ao menosprezar o problema do vizinho, como se seu não o fosse, contribui para a formação de uma sociedade egoísta e pobre de valores. O problema do vizinho, bem como a sua vida, é individual, mas também, insere-se no contexto de uma coletividade; reflexo do contexto social pelo qual se formou o indivíduo. A família, nesse sentido, tem um papel substancial na formação do ser enquanto pessoa humana e ser social, isto é, a sua felicidade também está atrelada a felicidade e bem-estar do grupo a qual faz parte. O ser integral é aquele que vive integrado à sua comunidade, porém, antes, conectou-se consigo mesmo, na sua centralidade enquanto pessoa humana, mas como parte permanentemente conectada à natureza da vida.

O indivíduo, uma vez tendo experienciado do cuidado obtido dentro do núcleo familiar, desfruta de uma felicidade, não eudemonista, própria dos Estados neoliberais, mas solidarista, pilar de uma vida harmônica e plena, onde não há felicidade e desenvolvimento sem a cooperação de todos os membros da comunidade, dando a família não mais apenas um senso privado onde as liberdades individuais são asseguradas mas, indo além, garante o encontro com o interesse público de bem estar social (GOMES, 2019).

De modo contrário, o ser sozinho é aquele que se integrou complementarmente ao capital, pois erroneamente aprendeu que independência se constrói sozinho. “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” (GOMES, 2019, p. 153).

Por isso, Gomes (2019)⁵ sublinha o papel fundamental da família enquanto lugar fundamental na realização dos afetos e potencialidades humanas:

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 (GOMES, 2019, p.136).

1.2 Novo paradigma familiar: as transformações no conceito de família

A família sob a perspectiva do Código Civil de 1916 era fundada no casamento, portanto, o casamento era a única forma de constituição de família. A partir do casamento teremos fundada a instituição família, baseada nas relações conjugais hierarquizadas e cujo marido era o chefe dessa sociedade conjugal. Ao marido cabia o “poder marital”, isto é, a faculdade de autorizar a mulher a praticar atos da vida civil enquanto vigorou a incapacidade jurídica da mulher casada. Somente com o advento da Lei 4.121/1962, o Estatuto da mulher casada, a mulher passou a exercer papel colaborativo ao lado do marido, mas até a promulgação da Constituição de 1988 só o marido representava a família (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021).

No que diz respeito aos filhos, o processo educacional era extremamente autoritário, ao pai eram conferidos excessivos poderes e ao filho, a sujeição ao poder paterno. Qualquer contestação e distúrbio no sentido de romper esse mecanismo era visto como um atentado à paz doméstica e à instituição. A institucionalização da família deveria prevalecer a todo custo, ainda que sob pena de sacrifício e até (infelicidade) de seus membros. A objetificação dos integrantes representa o olhar institucional para o bem maior família.

Ainda em nome da paz doméstica, O Código Civil de 1916 desconsiderava o filho adulterino, e mesmo após, com o advento da Lei 833/1949, teria o seu reconhecimento condicionado à dissolução da sociedade conjugal ou, à hipótese de separação de fato por mais de cinco anos. O que demonstra a supremacia da família considerada “legítima” sobre a pretensão de dignidade do filho extraconjugal (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.7). Nas palavras de Gomes (2019):

⁵ 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. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2019. 214 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

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 (GOMES, 2019, p. 82).

O marco constitucional de 1988 representou uma mudança significativa às falhas e discriminações do Código Civil de 1916, e além disso, representou uma verdadeira revolução no paradigma familiar. Se antes, a família era marcadamente matrimonial, após 1988, ganha valores compatíveis com o Estado Democrático de Direito. A nova família é aquela que tem como fundamentos a pluralidade, a igualdade e o sentimento democrático entre seus membros:

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. 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 legitimários os cônjuges sobreviventes (GOMES, 2019, p. 82-83).

1.2.1 Código de 1916 e a perpetuação da “família legítima”

A ideia de assegurar um patrimônio mínimo no ordenamento pátrio não é nova, o Código Civil de 1916 preocupava-se em reservar parte do patrimônio aos herdeiros necessários a fim de reproduzir a família legítima, matrimonializada ou única reconhecida e tutelada legalmente.

Nesse sentido, ensina Gomes (2019):

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 burguês 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. 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 (GOMES, 2019, p. 79).

Portanto, a família legítima tinha a ver com a família proprietária, isto é, dona de um patrimônio que deveria ser assegurado acima de qualquer interesse individual. A família só o era enquanto núcleo patrimonial e patriarcal cuja liberdade estava diretamente relacionada à manutenção ou perpetuação desse mesmo patrimônio.

Dessa forma, a família tinha como objetivo assegurar primeiro, o matrimônio e, segundo, o patrimônio. Pois a maneira que se tinha para adquirir o patrimônio era através do matrimônio, pelo culto doméstico. Por isso, o direito de família associou-se muito mais a uma lógica patrimonial, pois tinha como concepção um conceito liberal burguês, onde a autonomia privada, estava associada, quase exclusivamente, à autonomia patrimonial no intuito de assegurar o livre uso e disposição da propriedade.

A despeito da família ser local iniciático das relações sociais do indivíduo, as partes destinadas no Código Civil de 1916 à família são de forma predominante de cunho patrimonial, onde a família passa a ser um ente moral, quase dotado de personalidade, porém, desfuncionalizado perante as diversas personas, desejos e formas de vida que ali compõem esse núcleo social. Perde-se, portanto, o foco na pessoa humana em detrimento da perpetuação da instituição enquanto status social. (Gomes, 2019, p. 80).

De forma gradativa no tempo, a lógica patrimonialista mudou, à medida que mudaram os valores, os costumes e os anseios familiares. O que não quer dizer, o abandono total com o seu vínculo essencialmente patrimonial e privatista⁶. Alterou-se, entretanto, a interpretação dos institutos à medida que a funcionalidade⁷ familiar ganhou outra dimensão.

⁶ Sobre autonomia existencial/patrimonial tratar-se-á mais à frente.

⁷ Conforme os ensinamentos de Meireles (2009) “a função de um instituto jurídico revela para que serve, ou seja, qual a sua finalidade no ordenamento jurídico no qual está inserido. Já não basta definir o que é, porque o juízo

A família contemporânea volta-se para a funcionalização da família enquanto comunidade de pessoas e lugar de desenvolvimento da personalidade de seus membros e da realização existencial. Essa comunidade deve ser preservada exclusivamente para o único e possível fim: garantir a dignidade das pessoas que a compõem, isto é, garantir que essa pessoa tenha respeito, incentivo e tutela, pelo simples fato de existir enquanto ser humano (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, pp 2-11).

A Constituição de 1988, (...) alterou o objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.8).

A família em sua concepção moderna, mudou. E isto é muito claro quando se tem em mente os avanços conquistados pela mulher, com a emancipação da mulher antes destinada ao lar e as tarefas domésticas; a instituição do divórcio pela Lei 6.515 de 1977 e também a “emancipação dos filhos” enquanto sujeitos autônomos.

A família brasileira formou-se essencialmente patrimonial, agrária e religiosa, moldada pelo “pater”, ou “chefe” aquele designado pelos deuses. Nisso concorda-se com Carminate (2011), pois os fatos estão na história:

Durante o Império e início da República, em que vigiram em matéria civil as Ordenações Filipinas, com alterações produzidas pela legislação esparsa e, posteriormente, o Código Civil de 1916, a sociedade brasileira manteve seu caráter agrário e patriarcal, continuando a legítima a exercer seu papel de garantir aos membros das famílias a mínima possibilidade de manutenção de vida digna após o falecimento do patriarca. Apesar de independente, o Brasil ainda era essencialmente agrário, patriarcal, o índice de analfabetismo era elevadíssimo, e o direito previdenciário ainda engatinhava (CARMINATE, 2011, p. 136).

de merecimento de tutela depende da realização da função”. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 336 p. ISBN 978857147-747-6.

Não obstante, a comunidade familiar mudou à medida que não há mais um “chefe” como bem elucida Carminate (2011), porém, não se pode olvidar da essência da família e aqui discorda-se do autor. A família é o lugar mais fundamental que permitiu, através de um processo dialético e intersubjetivo, o avanço no campo de desenvolvimento do indivíduo e, por consequência, a própria evolução do conceito de família. Isto é, as transformações dentro da concepção que se tem hoje sobre o seu significado, ocorreram dentro dela mesma a partir das próprias relações ao longo do tempo. Através da construção e da compreensão de uma ética social de entendimento do que é bom, justo e melhor para todos, não se deve relegar o enquadramento da legítima à razão estritamente econômica de um filho, como justifica Carminate (2011, p. 137): “o cidadão não tinha meios para progredir e prover seu próprio sustento sem o recebimento da herança deixada, principalmente, por seus pais”.

Sob essa perspectiva, defende-se que um indivíduo capaz, pode conseguir e ser o que quiser, dependendo somente dele, alcançar seus objetivos, algo muito mais apropriado ao conceito de meritocracia e perfeitamente cabível em uma sociedade capitalista. A Constituição democrática de 1988, apesar de inserida em um sistema capitalista, não se afeiçoou a essa noção. Revela seus objetivos no art. 3º: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Dessa forma liberdade e solidariedade devem andar juntos. Apropriando-se desse sentido, se terá a forma mais profunda e instigante de análise do tema da sucessão legítima:

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 (GOMES, 2011, p. 154).

A instituição família ganhou novos conceitos, principalmente, no âmbito existencial, porém, quando envolve os bens de família, o patrimônio e quem os irá suceder, o caminho ainda parece tortuoso e polêmico, aparentemente dividido entre os defensores da autonomia

privada, e aqueles à favor da legítima (a sucessão legítima) e, por consequência, da restrição às liberdades individuais⁸.

1.3 Família e Sucessão Hereditária: Valores e princípios em comum

1.3.1 Princípio da autonomia privada e liberdades individuais

O Estado Democrático de Direito trouxe a privatização da família, o objetivo era consagrar o princípio da dignidade humana, valor fundamental da constituição de 1988. A família contemporânea deixa de ser instituição realizadora de valores extrínsecos a ela, mais precisamente, da Igreja e do estado, para habitar-se em si mesma, isto é, no desenvolvimento pleno de seus membros e na mútua colaboração para a promoção dos demais. Por isso, o seu caráter privativo, isto é, a família deve ser comunidade livre de escolhas, a fim de suprir os interesses e necessidades de cada um dos seus integrantes.

É um dos objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, para isso é necessário respeitar, antes de tudo, as diferenças e o ser humano em sua singularidade. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana forma verdadeira baliza contra a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela das regras privativas de seus integrantes. A família é apenas um instrumento para a realização de seus integrantes, sua proteção é importante à medida que nela se constitui um núcleo intermediário de autonomia existencial, de desenvolvimento da personalidade e de liberdade de escolhas individuais (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p -13).

Seu caráter instrumental ressalta que a família é meio, que tem como fim a realização da pessoa humana e sua dignidade, em termos constitucionais. O legislador ordinário, reconhece a privatização da família quando em vários momentos, protege a liberalidade dos membros familiares em prol da felicidade de seus membros e do pleno desenvolvimento de todos os componentes da entidade familiar, como é o art. 1511 do Código Civil o qual justifica o casamento “pela comunhão plena de vida”, isto significa que a manutenção do vínculo conjugal é fruto do compartilhamento de afetos e interesses ou projetos e vida em comum (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p. 14).

⁸ Sobre autonomia privada e suas limitações quando envolve o direito sucessório será tratado em tópico específico mais a frente, em momento oportuno.

A centralidade na pessoa humana e sua ontologia passaram a ser perseguidos. Dessa forma, o homem percebeu que é o fim último do direito e que, portanto, o ordenamento jurídico existe para protegê-lo e não para sobrepor-se a ele. O direito existe para o homem, não importando sua “origem, raça, sexo, cor, idade” conforme objetiva a constituição da república. Dessa forma, a função da família, a ser protegida pelo estado, é ser local de realização da dignidade humana, e de fato, é na célula familiar o local de potencialização do desenvolvimento das faculdades do ser (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, pp 11 -14).

Nesse sentido, a privatização da família e a menor atuação estatal entre seus membros cria maiores espaços para o exercício das liberdades, para que os componentes da família possam construir de forma livre o próprio regramento da vida familiar, presentes todas as responsabilidades e consequências inerentes às suas escolhas.

Essas liberdades, no entanto, não devem ser absolutas quando o ser depara-se com a existência do outro. O outro deve ser um fator de limitação da liberdade do “si mesmo” e invoca automaticamente o valor da solidariedade. Essa identificação do outro, ou alteridade, prova que o ser humano é um ser social que interage e constrói sua subjetividade a partir da interação com o outro ou de forma intersubjetiva.

A jornada do ser humano é única em história, mas não ocorre de forma solitária, é em sociedade e nos espaços intersubjetivos que o indivíduo constrói sua personalidade e autonomia, a partir da troca de experiências e interação com o outro, em um processo gradual de amadurecimento e aprendizagem (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.16).

Teixeira⁹ propõe uma divisão no raciocínio jurídico que deve permear o campo das relações de acordo com a natureza existencial ou patrimonial da situação:

Se estiver em questão uma relação patrimonial, o limite interno colocado pelo ordenamento é a solidariedade, exteriorizada pela função social; mas se a situação for extrapatrimonial, referente à personalidade, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que o “o outro” consubstanciado pelo Estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e

⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil –RBDCivil. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018 p.102.

salvaguardá-las. que o exercício da liberdade só pode ser ilimitado quando alude a aspectos existenciais do próprio titular, em nada afetando a esfera jurídica “do outro”.

O ordenamento jurídico impõe limites à autonomia privada, quando, por exemplo, reserva legalmente a cota de 50% para os filhos herdeiros necessários. Pela divisão acima mencionada, quando envolve uma questão de natureza patrimonial, o limite interno colocado pelo ordenamento é a solidariedade, exteriorizada pela função social; mesmo nas situações extrapatrimoniais, referente à personalidade, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, isto é, quando há a presença do elemento da alteridade, ou seja, se a circunstância, por algum motivo, interferir em espaços de intersubjetividade, deve encontrar na barreira da solidariedade sua eficácia.

Por fim, garante-se a liberdade plena, no âmbito das decisões subjetivas individuais, quando a decisão pode ser feita de forma totalmente autônoma e plena, garantindo o exercício genuíno da liberdade individual. Com isso, um indivíduo adulto e capaz, pode decidir e tomar os rumos que bem lhe couber em relação à própria vida.

1.3.2 Princípio da Solidariedade familiar

A perspectiva igualitária e democrática trazida pela Constituição da República enseja o surgimento, por consequência, de uma família igual e democrática. O significado disso, é, nas palavras de Tepedino e Teixeira (2021, p.17) que “a família ultrapassa o seu perfil eudemonista, para se tornar, também, solidarista, vez que os membros se corresponsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existir algum tipo de vulnerabilidade (...) pois as escolhas familiares estão sempre atreladas ao outro: cônjuge, companheiro, filho ou pais, uma vez que o direito de família é relacional”.

O princípio da solidariedade resguarda no direito de família os deveres e responsabilidades inerentes ao cuidado, porém, vai além. Desvincula-se do individualismo egocêntrico e consagra a abertura do indivíduo para o relacionamento com o outro.

A solidariedade tem a ver também com essa capacidade de "sair de si"¹⁰ e olhar para o outro, para as necessidades e diferenças que o outro carrega (suas experiências de vida). Na verdade, o princípio da solidariedade, o princípio da solidariedade não é sobre um comportamento altruísta, mas constitui valor jurídico que incorpora a promoção de outros

¹⁰ Sobre isto escreveu Azevedo (2002, p. 108-109 apud GOMES, 2019, p.137).

valores como a responsabilidade recíproca e o dever de cuidado, o que significa assumir perante a si e a outrem uma série de deveres jurídicos. Esse mecanismo pode funcionar também de forma compensadora quando uma das pessoas não está em pé de igualdade com o resto do grupo, o direito intervém de forma a tutelar as vulnerabilidades e assimetrias.

Dessa forma, o princípio da solidariedade exige a responsabilidade civil para além da mera consciência individual. Sendo dever de todos, o cuidado, uns com os outros, de maneira que, existindo assimetrias, deve-se atuar de forma colaborativa a fim de restabelecer a dignidade e igualdade. Pode-se dizer que seu fim último, seria proporcionar o bem-estar, a harmonia e o equilíbrio físico, emocional, espiritual para o bem viver de todos. “A convivência e o cuidado recíproco no âmbito familiar (...) devem ser instrumentos para diminuir as vulnerabilidades e promover o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que, por alguma razão, encontram-se em situação de vulnerabilidade, provisória ou definitiva” (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p. 19).

Conforme dito, o princípio da solidariedade familiar visa corrigir as assimetrias, pois trata de posicionar as pessoas que não se situam em uma posição de igualdade, em virtude da presença de alguma vulnerabilidade¹¹. Dessa forma, a solidariedade, com efetivo respeito à liberdade individual, significa a atuação do Estado impondo deveres jurídicos, fazendo cumprir a noção relacional a partir de uma perspectiva democrática. A solidariedade, seria como um dever-agir imposta pelo Estado a fim de corrigir as desigualdades sociais, mas, também, está ligada a capacidade de responsabilização e participação de todos os membros familiares na promoção e bem-estar do outro (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.17).

Dessa forma, o legislador aqui resguarda ao Estado a intervenção a fim de proteger as pessoas que não se encontram em situação de igualdade substancial, em virtude de sua vulnerabilidade. Nesse caso, é fundamental a atuação do Estado a fim de corrigir eventuais assimetrias, fazendo jus ao princípio constitucional de igualdade e tratamento isonômico, onde impera a necessidade de tratamento desigual para aqueles que se encontram em situação de desigualdade perante os outros.

Sobre esse aspecto, a Constituição Federal tutela e protege a criança, o adolescente, o jovem, o idoso, a pessoa com deficiência e a mulher. Esses grupos são considerados vulneráveis porque “nem sempre tais pessoas teriam condições, sozinhas, de exercer sua subjetividade e de

¹¹ do latim *vulnerabilis* “que pode ser facilmente ferido”.

assumirem integralmente as consequências de seus atos de forma responsável” (TEPEDINO e TEIXEIRA, p.17).

A Constituição Federal tutelou tais pessoas no âmbito dos artigos 227 e 230 e 226, §8º a fim de o Estado assegurar mecanismos para coibir violência entre o grupo familiar, contudo, a solidariedade é princípio que deve ser analisada à luz do caso concreto, fazendo cumprir o artigo 3º, I, da CRFB.

Extrai-se daí, portanto, dois aspectos do princípio da solidariedade: (1) as responsabilidades relativas ao dever de cuidado e (2) as noções relacionais a partir do paradigma democrático da constituição. O primeiro, muito se encontra às exigências do Código Civil na parte destinada ao direito de família. No entanto, encontra fundamento no valor da constituição solidarista, razão de ser e objetivo do Estado Democrático de Direito. Ao percorrer a seara sucessória, é necessário a tomada do segundo aspecto para sua melhor compreensão.

1.3.2.1 Solidariedade sucessória

Quando se fala em solidariedade familiar no campo do direito sucessório, a força do seu valor está em situações que transcendem o interesse existencial do indivíduo mesmo porque sua subjetividade foi construída a partir das relações afetivas familiares. Por isso, o legislador estabelece de forma restritiva normas referentes aos direitos da personalidade associados à memória do falecido. A atribuição iure proprio ou por direito próprio, ocorre pela comunhão da história vivida pelo falecido com seus familiares. Isso ocorre para impedir que outras pessoas sensibilizadas pelo falecido arguissem em pretensões em nome próprio, caso mais comum nas relações entre fãs e ídolos (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021, p. 16-17).

Os direitos do autor, a exploração da imagem e também situações puramente existenciais como a honra e a intimidade são transmissíveis aos sucessores na sua expressão patrimonial, ensejando a essas violações a responsabilidade civil por dano material aos herdeiros do falecido. Ou seja, o ordenamento jurídico permite que determinados parentes ou cônjuges sejam legitimados para exigir e defender os direitos de personalidade do falecido, ainda que se tratem de situações post mortem¹². A situação jurídica subjetiva, portanto, é

¹² Tais situações podem ser observadas no §1º, do art.24 da Lei 9.610/1998. E também, pelo art. 12 do CC/02: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

relevante até quando não mais existe seu titular. Isso mostra que mesmo após a morte, considera tuteláveis os interesses pessoais do falecido (MEIRELES, 2009, p. 171).

A lei legitima os familiares, o que não significa que eles se tornam titulares daquelas situações existenciais cujo titular permanece sendo o falecido. A obra não deixa de ser do morto, nem mesmo a honra ou sua imagem, o que ocorre é que tais situações são de interesse, também, de seus familiares, ultrapassam, portanto, o indivíduo para comungar com os interesses coletivos daquela particular formação social (MEIRELES, 2009, p.173-174).

Em suma, os direitos da personalidade do morto projetam-se na família do titular, embora o seu caráter personalíssimo. Surge para elas um direito novo, diferente daquele do titular, onde essas pessoas irão agir não mais como herdeiros, porém, em nome próprio, a fim de garantir um interesse que se transformou em um interesse de família (MEIRELES, 2009, p. 173-174).

1.3.2.2 Personalidade como valor

A reserva legal dos direitos da personalidade ocorre por se considerar a personalidade como um valor, isto é, um conjunto de atributos inerentes e indispensáveis do ser humano que, à mercê da convivência e do relacionamento, se irradiam para os outros parentes. Por isso, mesmo as situações extrapatrimoniais continuam a receber tutela jurídica, porque se mostram também relevantes socialmente entre os membros da comunidade familiar (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELS, 2021, p.16).

Tal questão não escapa aos apontamentos de Meireles (2009):

Ocorre que alguns interesses ultrapassam o indivíduo e alcançam o grupo a que ele pertence. É o caso das situações existenciais que merecem proteção após a morte do titular. Melhor explicando, não é apenas ao morto que interessava a preservação da sua intimidade, pois pode também interessar aos seus parentes. Não é apenas ao defunto que interessa o bom uso do nome, mas, também, aos familiares. A tutela de alguns interesses existenciais, portanto, é útil ao seu titular e ao grupo familiar a que pertença. Todavia, por sua natureza personalíssima, somente após a morte do titular que o seu núcleo familiar passa a ter legitimidade para a defesa desses interesses (MEIRELES, 2009, p. 172).

Na mesma vertente, observa¹³ que mesmo as situações que permeiam o campo existencial da pessoa humana têm em comum uma estrita conexão entre titularidade, seu exercício e razões familiares, demonstrando que o status de família constitui o pressuposto legitimador. Dessa maneira, a dignidade moral e jurídica de um dos seus componentes, deve ser entendida na comunhão de afetos e sentimentos ainda que não vividos pelos componentes familiares herdeiros, mas guardados na memória de seus antepassados, representando (ou pelo menos supondo representar) interesse de vida e história de todo o grupo.

É claro que nem sempre o sentimento de afeto estará presente nas relações, o que definitivamente não se tem como prever, podendo ou não acontecer; no entanto, a solidariedade, o respeito e o cuidado são valores constitucionais, recepcionados pela legislação infraconstitucional¹⁴, não podendo ser ignorados. Excluídos os casos do art. 1.814 e 1.963¹⁵ do Código Civil (indignidade e deserção); o direito brasileiro a todo momento nos leva a compreender o fenômeno da sucessão sob uma perspectiva patrimonial, porém, funcional, onde se limita os direitos de propriedade ao mesmo tempo que a sucessão legítima (aquela imposta pela lei) presta uma função social: a de garantir a união e comunhão da família como lugar primordial no desenvolvimento do indivíduo (GOMES, 2019).

Ademais, de modo transcendental, a sucessão legítima presta a função social de resguardar não só o patrimônio, mas os interesses do falecido, sua memória e por sua vez, de todos aqueles compartilharam com proximidade, sua história.

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” (GOMES, 2019, p. 26).

¹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 173.

¹⁴ O LIVRO IV, do Código Civil de 2002, parte reservada ao direito de família.

¹⁵ “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”. E também o “Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

1.4 Do Direito Fundamental à herança

A Constituição de 1988, inovou ao dedicar em seu artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança no rol dos direitos fundamentais¹⁶. Inovou, porque deu à herança destaque de direito fundamental, porém, pouco se tem estudado a respeito do seu alcance e das repercussões no âmbito do direito civil. Nas palavras de Gomes (2019):

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” (GOMES, 2019, p. 35).

O Código Civil de 2002, designou a transmissão da herança aos herdeiros necessários, no entanto, a sucessão hereditária é situação jurídica já existente nos ordenamentos jurídicos mais antigos, tendo se perpetuado nos mais modernos (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021, p.3).

Em Tepedino, Nevares e Meireles (2021)¹⁷ O direito fundamental à herança deve ser analisado a partir de dois pilares: o direito à propriedade privada e o direito de família. Quanto à propriedade, a apropriação dos bens deve ser tutelada sem perder o seu princípio basilar: a função social da propriedade. Isto é, a transmissão causa mortis da situação proprietária deve cumprir a sua função social, pois uma modificação no seu titular pode contribuir para interferir diretamente no cumprimento da funcionalidade da propriedade.

Por isso, utilizar-se-á a percepção autonomista¹⁸ da sucessão, uma vez que esta desloca 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

¹⁶ “art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança (CRFB/88).

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.3-7.

¹⁸ Conceito utilizado na tese de doutorado de Gomes em: Entre a Fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2019. 214 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

jurídico). “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” (GOMES, 2021, p. 98).

Na tese de Gomes (2021) há uma preocupação na 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 deste último em prol do primeiro.

A Constituição da República garante que a herança seja privatista, como parte de uma constituição marcadamente capitalista. Dessa forma, garante que a sucessão mortis causa seja privada, não havendo, portanto, a apropriação dos bens de uma pessoa pelo Estado após a sua morte. No entanto, tal visão parece muito simplista e pouco profunda. Para isso, Gomes (2019) chama atenção:

A afirmação de que a garantia fundamental à herança nada mais é do que um direito complementar ao de propriedade privada, 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. (GOMES, 2019, p.86)

Melhor explicando, o direito fundamental à herança evidencia uma íntima e histórica conexão com os conceitos de propriedade privada e, por sua vez, com a família. Existem pontos de intersecção entre ambos os direitos (o direito fundamental à herança e o direito fundamental à propriedade) mas, sobretudo, de diferenciação. Fato é que a constituição reservou à herança direito fundamental e que, logicamente, não faria sentido se tal direito prestasse apenas a complementar o direito fundamental à propriedade.

Não obstante, tenha íntima afinidade com a propriedade, o direito fundamental à herança dá pistas de que não se pode confundi-lo com o direito de propriedade. Gomes (2021) resume a necessidade do direito à herança ao direito de defesa ou de prestação negativa do Estado, isto é, direito ao não embaraço de ações, direito à não afetação de características ou situações e direito à não eliminação de posições jurídicas:

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 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 (GOMES, 2019, 95-96).

1.5 Do Direito fundamental à propriedade

As concepções de propriedade e família entrelaçam-se quando se aborda o direito à herança. De forma que é quase impossível falar de sucessão, sem procurar entender de onde surgiu a concepção moderna de propriedade privada e como se relaciona também com a concepção da família patriarcal. Gomes (2019) explica através da teoria materialista, que a organização da família monogâmica, com ênfase na fidelidade feminina ocorre de forma concomitante à apropriação dos meios de produção pelo homem e ainda, ressalta que a concepção de propriedade privada foi fator fundamental para a passagem da família matriarcal, à família monogâmica, marcadamente patriarcal:

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(..)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 (GOMES, 2019, p.76).

Dessa forma, a família monogâmica, de parentesco patrilinear, delimita o núcleo familiar com maior precisão, o que permite a perpetuação do patrimônio através da sucessão hereditária a esse mesmo núcleo familiar. Dessa forma haveria um anacronismo existente por grande parte dos doutrinadores ao defender a sucessão necessária sob a concepção antiga de

família, pela manutenção do modelo de família estabelecido pelo Código Civil de 1916 – a família legítima – já superado pela CRFB de 1988, e com ela incompatível (GOMES, 2019, p. 78).

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, uma vez que engloba o exercício de todas as faculdades decorrentes do status jurídico de proprietário, como as que concebe o direito civil - usar, usufruir, dispor e perseguir o bem de quem injustamente o possui. Por esse viés, 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. Porém, o direito fundamental à herança, como visto, não pode significar a mesma coisa, sob a pena de um movimento circular sem fim (GOMES, 2019, p.93).

Por outro lado, não foi à toa que a Constituição de 1988 designou um inciso a parte reservado à garantia do direito à herança, a afirmação de que o direito à herança seria apenas um reforço à garantia ao direito de propriedade constitui tese reducionista e que desmerece a positivação pela CRFB de 1988 do direito à herança com feição autônoma de direito fundamental. Em sentido contrário, o direito à herança dá pistas suficientes de algo novo a ser explorado no universo dos direitos fundamentais, e que também não deve se confundir com as normas relativas à propriedade ou à família, não obstante com elas tenha íntima afinidade. Dessa forma, a tese de que o direito fundamental à herança apenas complementa o direito fundamental à propriedade seria redundante e sem eficácia.

O direito constitucional à herança marca por sua vez, um novo paradigma familiar o qual merece destaque porque reafirma os valores de solidariedade, igualdade e democracia no campo familiar/ sucessório. Mostrando que o que está em jogo não é valorar um instituto que já existe há anos (como é o direito à legítima) mas sim, dar importância principiológica, ao assumir tais valores basilares do Estado Democrático de Direito, na seara sucessória.

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 (GOMES, 2019, p. 189).

1.6 Princípio da Afetividade

Gomes (2019) aborda a compreensão do afeto dentro das relações familiares, como uma questão complexa que não ocorre de forma linear suscetível a mudanças a todo momento conforme o estado psíquico individual:

A teoria psicanalista, segundo as reflexões de Rodrigo Pereira (2016), 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 familiares (GOMES, 2019, p.143).

O afeto realiza-se dentro das relações, sendo fato psicológico, não deve ser medido ou dosado objetivamente ou juridicamente. A teoria psicanalítica proposta ajuda a compreender e delimitar a natureza jurídica do afeto para que não se caia em uma falsa sensação de que o afeto deve determinar e ser preterido pelo direito, como por exemplo o direito à legítima. Nesse sentido, o direito de família não se trata de sentimentos, sendo assim, o afeto não é um direito e nem deve ser objetivada pelo ordenamento, apesar de ser mola propulsora dos comportamentos tutelados pelo ordenamento. O que devem ser analisadas são as condutas objetivas verificáveis, solidárias e responsáveis, propulsoras de direitos e deveres decorrentes do afeto (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.29).

Por isso, não se pode falar em direito ou dever de afeto, no entanto, devem ser analisadas as condutas e os comportamentos que sejam capazes de traduzir a existência do afeto nas relações sociais. Tais comportamentos, ou condutas visualizadas na convivência familiar se torna elemento fático, caracterizado pela afetividade. Nesse sentido, a afetividade sendo um princípio jurídico, não se confunde com afeto, pois pode gerar efeitos jurídicos na órbita do direito. O caráter de juridicidade aparece pelas consequências que a presença do afeto pode gerar nas relações familiares. Portanto, a afetividade é um elemento fático, não jurídico mas

que pode gerar consequências no direito porque pode ser analisada através de condutas internalizadas ultrapassando os confins do sentimento para se tornar comportamento (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.29).

Mas não é regra, podendo ou não acontecer:

Não há direito ou dever de afeto, mas a valorização das manifestações exteriores - condutas e comportamentos-que traduzam a existência do afeto em determinadas relações. A família é o locus privilegiado para o nascimento de relações como estas, dada a proximidade, a intimidade que brota entre as pessoas. Daí nasce a posse de estado de filho (paternidade socioafetiva), a posse de estado de casado de casado (união estável), além de outras manifestações que acabaram por resultar da construção hermenêutica do direito de família, a partir do reconhecimento jurídico da afetividade. (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2021, p.30).

O legislador recorda que o amor não é uma obrigação, mas o cuidado sim. Dessa forma, o dever de cuidar, de amparar deve estar inserido na lógica familiar, caso contrário, o seu extremo oposto, isto é, ausência total de cuidado, o abandono e indo além, situações que ferem a dignidade da sucedido, são abrangidas pelo direito sucessório pelo instituto da Indignidade Sucessória.

1.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob a perspectiva familiarista: limites à autonomia privada e a solidariedade familiar

O valor máximo trazido pela Constituição da República de 1988 é o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa dizer que o direito civil e as relações privadas devem ser interpretadas à luz dos valores fundamentais. Sob essa perspectiva, as normas devem ser compreendidas em razão da pessoa humana e da sua realização existencial, inclusive no âmbito do direito sucessório. Nesse sentido, a centralidade da pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. (CHAVES, ROSENVALD, 2021, p. 48 e 49)

Nas palavras de Barroso (2020, p. 491) a palavra dignidade é cercada por três valores: (1) no plano filosófico, o valor intrínseco de toda pessoa, do princípio antiutilitarista de Immanuel Kant onde nenhuma pessoa pode ser um fim para a realização de objetivos coletivos ou metas pessoais dos outros; (2) no plano da autonomia individual/existencial/ privada, a qual consiste na autodeterminação do ser humano para fazer suas escolhas existenciais. A autonomia privada abriga os direitos fundamentais e se materializa nas “liberdades” legais do indivíduo,

como a liberdade de expressão, de religião e de associação; e por último, (3) o valor comunitário, isto é, a própria limitação legítima da autonomia e das liberdades individuais por valores, costumes e direitos de outras pessoas.

A este trabalho interessa o valor comunitário da dignidade, ou seja, as implicações da limitação às liberdades individuais e conseqüentemente da autonomia privada. A sucessão legítima impõe limites à disposição do patrimônio de uma pessoa ao mesmo tempo que corrobora para a superação do entendimento da dignidade apenas pelos preceitos (1) e (2). Dessa forma, a dignidade humana, preceito fundamental da República Federativa do Brasil, deve compatibilizar-se com contexto comunitário pelo qual uma pessoa se constitui e deve resguardar não só os valores de uma única pessoa, mas, sobretudo, refletir os ideários constitucionais de igualdade, fraternidade e solidariedade.

Dessa forma, a dignidade humana ganha um aspecto transcendental à própria pessoa, onde a sua dignidade diz respeito também a um interesse coletivo. O viés individual e autônomo da liberdade não pode sobrepujar o direito à vida, uma vez que este é, ou pelo menos deve ser um interesse social, coletivo. Por isso, Azevedo (2002) conclui que a dignidade humana inclui um preceito comunitário, o qual deve respeitar a convivência social.

Fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.(AZEVEDO, 2002, p.123)

A dignidade humana é o parâmetro adequado para limitar o exercício dos direitos subjetivos sucessórios, com vistas à proteção do núcleo familiar e do próprio titular, que ficam protegidos pelo patrimônio mínimo. O titular não pode testar patrimônio que comprometa a dignidade do seu núcleo familiar.

A dignidade sucessória é de todos os membros da família, isto é, ocorre no núcleo familiar, mas é antes, de tudo, social, uma vez que a autonomia privada deve também, ser considerada pelo seu valor comunitário que respeita e legitima seus integrantes transmitindo aos descendentes as condições existenciais mínimas para uma vida digna no sentido de comunhão com a própria cultura e experiências aprendidas dentro daquele núcleo social. “A dignidade também possui dimensão social, por isso o exercício da autonomia privada nas

situações existenciais não é mero ato de vontade arbitrária, pois a realização da dignidade de uma pessoa não pode ter como meio no sacrifício da dignidade de outra, o que colocaria a pessoa na condição de objeto” (MEIRELES, 2009, p. 305).

Em resumo, o que se deseja clarear quando se fala em dignidade sob o viés familiar é entendê-la não como conceito atrelado à autonomia privada, mas como conceito atrelado à autonomia patrimonial, que encontra limites na solidariedade familiar. É isto que sublinha Gomes, 2019:

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 Sarmento (2006) ao afirmar que a autonomia existencial é protegida com muito mais intensidade pela ordem constitucional do que a autonomia econômico-patrimonial (GOMES, 2019, p. 138).

2 O DIREITO À LEGÍTIMA

2.1 Autonomias: a construção do conceito de autonomia no âmbito familiar

Antes de adentrar no direito à legítima, é necessário esclarecer todos os aspectos que a circundam. Nesse sentido, Gomes (2019), aponta para a necessidade de compreensão das distintas formas de autonomia, respectivamente a autonomia existencial e autonomia patrimonial quando se vinculam com o conceito de dignidade:

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 (GOMES, 2019, p.138).

A dignidade humana enquanto percebida como autonomia patrimonial cria a necessidade de mediação entre os princípios de liberdade e solidariedade. Ao privilegiar a autonomia existencial, a autonomia patrimonial será sempre afetada pela transcendência e comunhão com a essência humana, devendo submeter-se à sua função social:

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 (GOMES, 2019, p. 138).

Portanto, a dignidade sob viés familiarista, ganha aspectos de autonomia patrimonial, portanto, merecedora de uma função social, uma vez que as situações patrimoniais têm função social¹⁹.

¹⁹ “Existem situações que têm função social, outras são função social. Assim ocorre com as situações existenciais, as quais não têm propriamente função social porque são função social. Quando se afirma que dada situação jurídica subjetiva tem função social, faz-se uma distinção entre o interesse individual e o interesse social que esteja envolvido. A função social, neste aspecto, impõe que seja merecedora de tutela a situação jurídica apenas se também promover interesses sociais ainda que não coincidentes daqueles individuais pertencentes aos titulares” (MEIRELES, 2009, p. 43).

De matriz Kantiana, o elemento nuclear da dignidade humana é a autonomia e o direito de cada pessoa autodeterminar-se. Reforça-se aqui a concepção da ideia do homem enquanto sujeito e não coisa, com fim em si mesmo. “No mundo dos fins, tudo tem preço ou dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, me por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente um valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade²⁰. ”A nova concepção de família frisa o desenvolvimento do ser enquanto pessoa singular no mundo, coadunando-se com o conceito Kantiano onde digno é o ser humano que tem valor apenas por ser pessoa humana e não outra coisa.

“A etimologia da palavra autonomia vem do grego autós que significa próprio e nomos que significa norma. Sendo assim, etimologicamente autonomia revela o auto-governo, a possibilidade de ditar normas a si próprio” (MEIRELES, 2009, p.74).

A palavra autonomia pode ser confundida conceitualmente, quando não muito bem delimitada. Por isso, é necessário antes de entrar propriamente no conceito de autonomia privada, compreender outros conceitos que o perpassam. Na verdade, tais conceitos se modificam de acordo com o contexto histórico-social no qual estão inseridos, conforme bem categoriza Meireles (2009):

- 1) Liberdade jurídica: ser livre, em termos jurídicos, “é toda manifestação da vontade tutelada pelo ordenamento jurídico”. Nela está embutida a literalidade do art. 5º, II, Constituição da República o qual garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Isto é, a lei faculta o agir lícito e veda o agir ilícito, em outras palavras, o ser humano pode fazer tudo que a lei não proíbe, ou seja, dessa maneira, a liberdade teria como único limite a lei, o que repercute para um viés negativo da liberdade uma vez que sua tutela somente ocorre, se não for proibida.
- 2) Autonomia da vontade: a concepção negativa de liberdade ensejou a filosofia individualista e liberal dos séculos XVII e XIX, pós revolução francesa, cujo um dos princípios era a autonomia da vontade. A vontade psicológica, individual,

²⁰ Meireles, 2009, p.99 -100 apud kant, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, p.65.

isto é, voltada ao próprio sujeito era vista como base para a liberdade. Dado o momento histórico, defende Francisco do Amaral que tal compreensão seria uma evolução à luz da política brasileira consubstanciada em um estado centralizador.

- 3) Autonomia privada: tem acepção mais objetiva enquanto a outra, trata de questões subjetivas em relação a situações juridicamente objetivas. “A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, chama-se autonomia. Direito de reger-se por suas próprias leis” (MEIRELES, 2021, p. 69). Ou seja, a autonomia privada seria uma expressão da liberdade jurídica, representada e instrumentalizada pelo negócio jurídico.

Dessa forma, a autonomia privada toma um sentido não mais contratual, liberal e patrimonialista, mas participa do processo de emancipação do ser em sociedade, tendo como pressuposto o Estado Democrático de Direito, isto é, a norma como referência objetiva de que tudo o que pode o indivíduo, desde que a lei não o proíba.

Alguns autores ainda defendem o surgimento da autonomia negocial como consolidação dos atos negociais, como fruto dos interesses de um grupo em comum e não apenas de um indivíduo, no entanto, a atos da autonomia individual não excluem atos de interesses coletivos, portanto o melhor seria ficar com o conceito de autonomia privada. “A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema do direito privado brasileiro que reconhece uma esfera privada de atuação com eficácia jurídica” (MEIRELES, 2009, p. 73)

Essa parte tem correlação com a personalidade enquanto valor e sua relação com o princípio constitucional de solidariedade, que também se relaciona com a solidariedade sucessória.

Os atos de autonomia privada existenciais são merecedores de tutela se promotores de sua função, pois só assim se configura propriamente como exercício (...) o fim social a ser perseguido nos atos de autonomia existenciais se traduz na realização da dignidade humana, porque as situações existenciais são função social. Consequentemente, não é incoerente afirmar que a autonomia privada existencial (a pessoa) e funções (livre desenvolvimento da personalidade) que merecem tutela e que são socialmente úteis (dignidade humana), mas não se subordina a interesses da coletividade. Isto porque o fim socialmente útil a que visa a autonomia privada existencial consiste na pessoa humana, portanto, não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

A autonomia privada existencial é promocional, pois visa promover o desenvolvimento da personalidade e, por consequência, somente pode ser digna de tutela se verdadeiramente estiver direcionada a interesse existencial calcado na dignidade humana. A dignidade humana deve ditar os limites sobre os interesses do próprio declarante. Contudo, não pode ser tomada como uma liberalidade absoluta no sentido do ser poder bem fazer o que quiser, mesmo que se trate de decisões aparentemente personalíssimas. Meireles (2009) exemplifica tal situação quando aborda a colisão de princípios fundamentais para a transfusão de sangue recusada por paciente Testemunho de Jeová, caso em que os tribunais têm se posicionado pela preponderância da vida sobre a autonomia e liberdade de crença do paciente (MEIRELES, 2009, p. 190-191).

A defesa da autonomia privada na limitação aos direitos da personalidade, contudo, não deve induzir a um perigoso equívoco: aquele que importa na confusão entre instâncias diversas, de liberdade e libertinagem, entre os conceitos de vontade e voluntarismo, ou ainda, entre o reconhecimento de autonomia privada, de um lado, e a sua configuração como dogma intangível.

Afirmar que “é a própria pessoa, tendo a materialização do patrimônio mínimo, quem definirá em que consiste sua dignidade e quais são os atos que possam agredi-la” confere para a autonomia privada um caráter absoluto que ela não tem, mesmo no âmbito das situações existenciais (MEIRELES, 2009, p. 194).

Gomes (2019) defende o método da ponderação como forma de sopesamento quando a autonomia vai de encontro com outro princípio formalizador da dignidade humana. Porém, ressalta que a dignidade humana é um princípio um valor fundamental da Constituição de 1988 e, portanto, não se sujeita a ponderação. “Na verdade, é a dignidade humana critério de ponderação, não seu objeto, por ser fundamento axiológico máximo do ordenamento jurídico brasileiro” (MEIRELES, 2009, p. 196).

2.2 Direito à legítima: limites à autonomia privada e sua função social

2.2.1 Sucessão

A palavra sucessão vem do latim *sucessio*, do verbo *succedere* (sub + cedere), significa substituição, com a ideia de algo ou alguém que aparece após o outro, vinculados por uma relação de causa (ROSENVALD, 2021, p.30).

A conceituação de sucessão é mais apropriada que a de transmissão porque, segundo a concepção de Gomes (2019), a transmissão ocorre pela transmissão dos bens em decorrência da morte de alguém, como por exemplo 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), aquisições que não são tratadas em matéria sucessória. Em contrapartida, a sucessão é caracterizada pelo ingresso de um sujeito na posição que outro ocupara. Sendo assim, 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 (GOMES, 2019, p. 98).

O Direito das Sucessões trata da substituição de um sujeito de uma relação jurídica por conta da morte do seu titular, porém, “nem toda sucessão concerne ao Direito das Sucessões - por conta da possibilidade de substituição do objeto da relação jurídica ou do sujeito por ato entre vivos”. (ROSEVALD, 2021, p. 32)

Nesse sentido, não se confunde sucessão com sub-rogação real e sub-rogação pessoal. O primeiro trata da substituição de um objeto e o segundo da substituição de um sujeito de uma relação jurídica por ato inter vivos. “A sucessão, no questionado ramo do Direito Civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança”(ROSEVALD, 2021, p. 32).

O direito de sucessão não pode ser ilimitado, uma vez que se transmite a titularidade das relações patrimoniais, isto é, pode-se transmitir o conteúdo de natureza econômica, o que não ocorre com a transmissão de direitos de natureza pessoal. Apesar de o direito reservar, como visto, mesmo após a morte, a pretensão familiar de direitos de caráter personalíssimo²¹ do morto.

“A morte do sujeito (ativo ou passivo) implicará na transmissão²² dos direitos e/ou obrigações respectivas do falecido aos seus sucessores. São transmitidas todas as relações patrimoniais pertencentes ao falecido, como crédito, débito, direitos obrigacionais, direitos

²¹ Capítulo 1, tópico sobre solidariedade sucessória.

²² Gomes (2019) utiliza o termo “sucessão” ao invés de “transmissão” uma vez que a sucessão é mais apropriada pois somente ocorre causa mortis, isto é, em decorrência da morte de alguém. Enquanto a transmissão pode acontecer ainda vida.

reais, posse, propriedade e, até mesmo, o direito de laje” (FARIAS e ROSENVALD, 2021, p. 34).

Gomes (2019) atenta para a questão patrimonial da sucessão, a qual não lhe escapa a apreciação econômica:

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 prestação médica ou jurídica). 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 vigente, 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 necessários (GOMES, 2019, p. 99-100).

Deve-se entender a sucessão como a vocação dos sucessores para herdar seja por ato de última vontade do de cujus, através do testamento, seja por força da lei, legítima. Dessa maneira, o foco transfere-se para a pessoa do herdeiro que assumirá as posições jurídicas titularizadas pelo falecido no momento da abertura da sucessão (morte) e não extintas como consequência desta.

2.2.2 Do direito à legítima

A legítima representa a parcela da herança que é dedicada, obrigatoriamente, aos herdeiros necessários. É uma reserva da lei em favor dos herdeiros necessários, a qual limita o poder do titular de dispor de seus bens à metade de seu patrimônio.

Sobre isso dispõe o artigo 1.789, do código Civil o seguinte: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (BRASIL, 2002). A sucessão legítima, portanto, é a sucessão feita através da lei, independente da vontade do falecido.

Para Rosenvall (p. 68, 2021) assevera que a “existência de herdeiros necessários impõe freios à liberdade de testamento do autor da herança”. Aos doutrinadores contrários à legítima e defensores da autonomia privada encerram a matéria a questão patrimonial, não adentrando nas questões subjetivas e, profundamente, tratadas na seara familiar.

Na tese de Gomes (2019) a autora observa que sistematicamente, aqueles que são contrários à legítima a associam somente à uma questão de natureza patrimonial limitando o instituto aos interesses do sucessor que tem necessidades materiais prementes a serem supridas pela herança, com isso enfraquecem a noção de solidariedade familiar reduzindo-a a concepção de assistencialismo. Alerta para que a sucessão legítima tenha uma dimensão fraterna, o que pode ser encontrado no princípio da solidariedade entendida como responsabilidade recíproca. Veja o exemplo, explicado em Gomes, 2019:

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 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. (...) Logo, (...) a validação de testamento que exclua o filho extramatrimonial da sucessão, em desrespeito a sua legítima,

mostrar-se-ia flagrantemente inconstitucional (GOMES, p.144-145).

De outra feita, existem aqueles que insistem em subsidiar o afeto como cláusula garantidora da herança, isto é, a necessidade de prova direcionada aos herdeiros a fim de comprovar se desenvolveram algum tipo de afeto para com o autor da herança. Como visto, na parte destinada ao princípio da afetividade, pela teoria psicanalítica, o afeto dentro das relações familiares é aspecto volúvel que fica à mercê dos acontecimentos cotidianos. Não há como medi-lo, um dia se gosta mais, outro, se gosta menos. O que não significa ausência ou a presença de afeto. A presença da afetividade é situação fática que poderá se tornar situação jurídica quando ingressa no campo comportamental, de outro modo, o sentimento de afeto puro e simplesmente, não pode constituir situação juridicamente relevante.

2.3 Nova concepção da legítima e a constitucionalização do direito à herança

Inicialmente o conceito do direito à legítima se confundia com a perpetuação da família matrimonializada, única reconhecida e tutelada. No entanto, o entendimento moderno vai no sentido de garantir a família enquanto organização social, isto é, local de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Pensando nisso, a legítima ganha um sentido de “responsabilidade familiar mínima”, nas palavras de Rosenvall (2021, p. 284).

Com isso, é possível notar que a legítima tem um papel obrigacional perante o Estado dentro das relações familiares. O que parece contraditório, em um primeiro momento, já que a família ganhou, nas últimas décadas, caráter particularista. Tal contradição, no entanto, não merece razão, visto que o privado e o público se complementam. A célula familiar é privada, mas as responsabilidades do cuidar vão para além do mero vínculo afetivo, constituem, também, responsabilidade social.

A família enquanto instituição fundamental à formação da sociedade, necessita de manutenção e proteção, mesmo após a morte do titular dos bens. Não por sua perpetuação enquanto instituição, mas pelo caráter solidário e fraterno da família, segundos os parâmetros constitucionais. O direito à herança é um direito fundamental, constitucionalmente previsto no inciso XXX do artigo 5º da CRFB de 1988, em conjunto com o Código Civil brasileiro, artigo 1.784. Gomes (2019, p. 27) discorre sobre a positivação do direito à herança e o vínculo com as profundas alterações sofridas pelo modelo familiar e de propriedade privada na Constituição da República Federativa de 1988.

O nascimento da nova família, portanto, carrega estrita relação com o paradigma constitucional de família inaugurado pela CRFB de 1988 e a fundamentalidade do direito à herança. (GOMES, 2019, p.21). É a família o lócus garantidor dos valores supremos da constituição como a solidariedade, a igualdade e a democracia. Dessa forma, há um objetivo maior da família constitucional, que ultrapassa a “família legítima”, mas como espaço potencializador de afetos e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e futuros cidadãos.

2.4 História do direito sucessório

A sucessão hereditária ou destinação e reserva da herança aos membros da família constitui prática antiga na humanidade²³ porém, a sucessão patrimonial causa mortis é assunto que se inicia com a apropriação do homem da propriedade. Antes disso, o homem primitivo era enterrado com seus poucos adornos e armas sem a necessidade de compartilhamento com o seu grupo, mesmo porque a sociedade não era fundada sob os pilares de acúmulo patrimonial a qual fundou-se a sociedade proprietária e capitalista. Destaca-se o trecho de Carminate (2011):

O homem primitivo, que não conhecia a propriedade individual, uma vez que todos os bens, excetuando-se os de uso pessoal, eram de propriedade coletiva, não admitia a sucessão mortis causa como conhecida atualmente. Isto porque o grupo, tribo ou clã não morrem. O morto, que possuía como bens individuais apenas algumas armas ou adornos, era com eles enterrado, inexistindo repartição destes entre os membros de seu grupo. Para que haja, portanto, sucessão causa mortis, é fundamental a existência de propriedade privada (CARMINATE, 2011 p. 12).

O núcleo primitivo era, marcadamente matriarcal, onde somente o parentesco feminino era reconhecido, às mulheres cabiam amparar e alimentar seus filhos e com isso, se viam obrigadas a apropriarem-se das coisas móveis e as transmitirem a seus filhos. A propriedade, no entanto, pertencia imóvel a todos os membros da comunidade.

A transferência da família, comandada pelo pater, o patrimônio familiar passou a ser atrelado a religião, fundamento da propriedade privada, já que os deuses teriam designado às famílias o direito sobre o solo. O direito sucessório, portanto, começa com o estudo de sua evolução a partir da sociedade romana primitiva.

²³ FILHO, João Biazzo. **Histórico do Direito das Sucessões**. Portal Jus, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>. Acesso em: 20 jan. 2022.

O aspecto patrimonial não era tão essencial, o que se passavam eram as responsabilidades de seus antepassados, em uma espécie de culto ou respeito àqueles que vieram antes onde o fundamental era “manter o fogo sagrado. Simbolicamente o fogo representa a vida, a luz, isto é, a continuidade aquele clã familiar, conectados por estritos laços consanguíneos:

Em Roma Antiga, desta maneira, era herdeiro aquele encarregado de continuar o culto familiar, com a prática de sacrifícios e rituais, em honra do defunto, uma vez que os mortos, os antepassados da família, eram os seus deuses. Dentre os ônus impostos ao herdeiro destacava-se a manutenção do fogo sagrado, consistente na obrigação de se manter, sempre, dentro da casa, uma lareira que permanecia acesa, representando a proteção dos antepassados familiares, protegendo o lar dos seus. Receber a herança, àquela época, apesar de normalmente representar um bônus, pois se adquiria o patrimônio do defunto, implicava, igualmente, em ônus para o herdeiro, na medida em que a manutenção dos rituais em honra de seus antepassados eram dispendiosas (CARMINATE, 2011, p. 13).

Nessa época, em primeiro momento, a obrigação de manutenção do culto era transmitida de varão para varão, e a regra hereditária era decorrente da tradição religiosa, a herança era destinada aos filhos herdeiros homens. Pela tradição, apenas o filho primogênito herdava o patrimônio, inclusive realizando os cultos domésticos aos antepassados. Os escritos dos povos egípcios, hindus e babilônios constituem os escritos mais antigos que mencionam sobre a sucessão hereditária.

A mulher permanecia excluída da sucessão, ainda que fosse única herdeira. Nesta situação, a herança era transmitida ao herdeiro mais próximo, obrigado a se casar com a filha sobrevivente. Caso já estivesse casada, à filha cabia o culto dos antepassados de seu cônjuge, não mais lhe pertencendo a herança dos bens de seu pai (CARMINATE, 2011, p.14).

A sucessão, ainda que unicamente masculina, restringia-se na sua totalidade ao filho mais velho cuja responsabilidade estava na continuidade do culto. Em momento posterior, os romanos encontraram meios de se atribuir à filha os bens deixados por seu pai, quando o de cujus não havia deixado herdeiros do sexo masculino, consagrou-se a heranças às filhas herdeiras:

Através da autorização, por exemplo, de que se casasse com um irmão, desde que unilateral por parte de pai que, se casado, deveria se divorciar para cumprir o preceituado pelo Direito Costumeiro. Além dessa hipótese, no caso de possuir o falecido apenas filha, poderia adotar um

filho, a quem sua filha seria dada em casamento, ou constituir, por testamento, um herdeiro incumbido de se casar com ela (COULANGES, 1975). “Mais tarde, em Atenas e na Índia se admitiu o casamento da filha com um estranho e fosse o primeiro filho do casal considerado filho do defunto, para ter os direitos e obrigações do herdeiro descendente masculino”. (MAXIMILIANO, 1937, p. 38) (CARMINATE, 2011, p.14).

O testamento surge de forma rudimentar, no caso de o autor da herança não ter filho algum, isto é, na ausência de descendentes varões poderia o poder pater instituir (não de forma livre), um ou mais herdeiros, os quais deveriam ser a partir daquele momento, os soberanos no lar. Sobre o testamento rudimentar, discorre Carminate (2011):

O testamento, concebido nesta forma rudimentar, deveria ser realizado perante o colégio dos pontífices e dos comícios por curias, que o aprovavam, ou não. Essa forma testamentária foi denominada por Gaius de *calatis comitiis*, e nela, não prevalecia a vontade individual do testador mas, sim, a vontade coletiva. (MIRANDA, 2005, p. 31) (...) Tamanha interferência se justificava porque o testamento tinha como efeito a transmissão a alguém da soberania doméstica, e da integralidade do patrimônio, significando verdadeira adoção, uma vez que os herdeiros instituídos ocupavam o lugar de filhos, preterindo os outros parentes na ordem de vocação hereditária (CARMINATE, 2011, p.15).

No sistema republicano romano instituiu-se a Lei das XII Tábuas, e priorizou-se a sucessão sempre em linha reta, ascendente ou descendente, sem se cogitar em direitos do cônjuge sobrevivente ou dos colaterais (cognados):

Havia três classes de herdeiros, chamados *heredes sui et necessarii*, agnados e gentiles. Os primeiros eram aqueles que se achavam sob o pátrio poder do autor da herança, inclusive a mulher solteira e os descendentes nascidos posteriormente ao falecimento, desde que concebidos antes da abertura da sucessão. Estes, obrigatoriamente, “tinham de adir á herança, sive velint sive nolint. Só mais tarde é que o pretor lhes concedeu o benefício da abstenção”. (BEVILAQUA, 1932, p. 91). Já os agnados, compostos pelos filhos, cujos pais fossem pré-mortos, mães e madrastas que coabitavam com o autor da herança, que constituíam a segunda classe, eram chamados na ausência dos primeiros, sendo que, neste caso, os parentes em grau mais próximo excluía os mais remotos. Por fim, os gentiles, chamados a suceder na ausência das outras classes, eram os agregados que usavam os mesmos nomes e cultuavam os mesmos deuses domésticos do falecido, os filhos emancipados e a filha casada, com os mais próximos precedendo aos mais remotos (CARMINATE, 2011, p.16).

Outra novidade instituída pela Lei das XII Tábuas foi a permissão da disposição testamentária por morte, dos bens, sem qualquer intervenção do povo, fazendo com o que o testamento mais se aproximasse ao que conhecemos hoje, visto que as formas primitivas/públicas testamentárias deram espaço para a autonomia da vontade do testador:

Na fase republicana, destaca-se a grande liberdade de testar, talvez a maior já conhecida, mantida até o período justiniano. Neste período o testamento passou a ter grande relevância pois a sucessão legal era supletiva em relação à testamentária, daí advindo a sua denominação “*successio ab intestato*”. Predominava, assim, a sucessão testamentária em relação à legítima. (LAFUENTE, 1956, p. 14) (CARMINATE, 2011, p.17).

Apesar da ampla liberdade para testar, o autor da herança não poderia omitir ou preferir seus herdeiros, o que mostra que o testamento era quase uma lei e que existiu mais pelo sistema arcaico legislativo romano e menos pela característica própria dos testamentos modernos (a autonomia privada). Desse jeito, fica evidente que o testamento configura uma fase “embrionária da herança necessária, ao recepcionar os direitos dos herdeiros como obrigatórios para o testador, é o que estabelecia a “TÁBUA QUINTA, Das heranças e tutelas” em seu ponto 2: “Se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro” (CARMINATE, 2011).

O sistema baseado no testamento vigorou até Justiniano. Antes disso, a “sucessão necessária material”, já lançava as bases para o direito à legítima, que se inicia no século II. com a Lex Furia Testamentaria. Tal lei estabelece que “salvo os cognatícios, não poderia um parente receber mais de mil ases em legado que outro”. Dessa forma, reserva o quantum que deveria ser percebido por cada parente, preceituando o que hoje entende-se como reserva legítima (CARMINATE, 2011, p. 80).

O testamento, à época, era absoluto, a deserção poderia ser feita sem a indicação de causa, foi somente com a instituição da querela *inofficiosi testamenti* que o testamento ganhou limitações “legais”. Foi criado o “tribunal dos Centumviros” especialmente para julgar causas de competência hereditária. “Assim, o testamento que prejudicava os parentes próximos do de cujus era submetido à apreciação do referido tribunal, que avaliava se a exclusão do parente havia sido legítima ou não”. (CARMINATE, 2011, p. 80). À época era descabível e até considerado uma insanidade que um aparente não deixasse seus bens a outrem que não fosse seu consanguíneo.

Lançadas as bases para a legítima, passou a vigorar um sistema de lei de Justiniano, que mais se aproxima a legítima, porém, que abre o leque de herdeiros, abarcando os colaterais e até mesmo, os chamados “irregulares”. Descreve carminate (2011):

O sistema instituído por Justiniano chamava à sucessão “todos os parentes, sem distinção de agnados e cognados, e tendo estabelecido, unicamente, como fundamento da sucessão legítima, ou ab intestato, a afeição presumida do defunto, firmou, com as novellas 118 e 127, a classe dos herdeiros regulares e irregulares”. (OLIVEIRA, 1936, p. 123) A classe dos herdeiros regulares era integrada pelos descendentes, ascendentes (que concorriam com os irmãos bilaterais), irmãos unilaterais, e outros parentes colaterais do de cujus. A ordem dos descendentes compreendia todos eles, sem distinção, quer se encontrassem sob o pátrio poder, ou não, seja homens ou mulheres, sendo que os parentes de primeiro grau herdavam por cabeça, e os dos demais por stirpe. Já a segunda ordem era composta pelos ascendentes, irmãos e irmãs bilaterais (ou germanos), e os sobrinhos e sobrinhas igualmente bilaterais, na qual os mais próximos excluía os mais remotos, sem distinção entre as linhas materna e paterna. Os irmãos unilaterais, que compunham a terceira ordem, também sem distinção entre o parentesco materno e paterno, recebiam a herança na falta de membros das outras classes, sendo que os sobrinhos e sobrinhas unilaterais também integravam a terceira ordem. Por fim, a quarta ordem compreendia todos os demais colaterais, até o infinito, se agnados, e até o sétimo grau, se cognados, com o grau mais próximo excluindo o mais remoto. Por herdeiros irregulares eram conhecidos o “conjuge sobrevivente, os filhos naturaes, a concubina, o pae natural, a curia e, finalmente, o fisco” (OLIVEIRA, 1936, p. 19 124) (CARMINATE, 2011, p.18).

Após as invasões germânicas, o direito romano mescla-se com os costumes e tradição do direito consuetudinário e intestado germânico. O direito germânico somente considerava os filhos consanguíneos, isto é, a reserva hereditária era totalmente destinada à família. Ao passo que a legítima constituiu para o direito romano, uma exceção, ao restringir a liberdade de testar; para o direito germânico, a legítima é a exceção ao direito de reserva destinada à família consanguínea. (CARMINATE, 2011, p. 81). Outrossim, a propriedade, assim como na Roma primitiva, era coletiva, porém, menos despótica e patriarcal. Havia um equilíbrio nas relações, apesar de os germânicos somente considerarem como legítimos, os filhos consanguíneos. (CARMINATE, 2011).

O conteúdo da legítima no direito brasileiro se alinha com os países de tradição do *civil law*. Os códigos civis português, francês, espanhol e argentino destinam, em geral, desde o princípio, reservam a quota legítima para os herdeiros necessários, ainda que a divisão ou a

porcentagem não seja a mesma que a brasileira, podendo variar de acordo com o número de herdeiros. Por isso, serão analisadas algumas legislações estrangeiras, a fim de melhor compreensão da matéria que evoluiu desde a antiguidade até o mundo moderno, especialmente, nesses países.

No Brasil, a legítima vigorava desde o período colonial, a partir das Ordenações Jurídicas Portuguesas²⁴, e tem suas origens no direito sucessório português²⁵. No ordenamento português, o código reservava três quartos ou quatro quintos da herança em favor dos descendentes e ascendentes²⁶.

No entanto, a quota atualmente consagrada pelo Código Civil de 2002, e mantida antes pelo Código Civil de 1916, tem origem no Decreto nº 1.839 de 1907 (Lei Feliciano Pena), o qual alterou o regime jurídico instituído pelas Ordenações, reduzindo, através de seu artigo 2º, a legítima para a metade dos bens, sendo a outra parte a chamada quota disponível.

No ordenamento jurídico português, a sucessão dos legitimários, que equivalem aos herdeiros necessários no Brasil, segue as mesmas regras e ordem estabelecidas para a legítima, designando no art. 2157º do Código Civil Português, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes como herdeiros legitimários. Parecida com o Código Civil Francês, a legislação portuguesa não estabelece uma reserva única para os herdeiros legitimários, variando a mesma de acordo com o número deles existente à época da abertura da sucessão, de acordo com as regras fixadas pelos artigos 2158º a 2161º²⁷.

²⁴ No Brasil Colônia, vigorava a ordem jurídica portuguesa, que foram elaboradas durante os reinados de Portugal. Significaram a primeira grande compilação de leis esparsas em vigor, visando uma organização das normas vigentes. “As Ordenações levaram o nome de seus mandantes régios e três foram essas compilações: a Afonsina de 1447, ordenada por Afonso IV possuía cinco livros que versavam sobre Direito Administrativo (Livro I), Direito Constitucional (Livro II), Processo Civil (Livro III), Direito Civil (Livro IV), e Direito e processo Criminal (Livro V); as Ordenações Manuelinas datam de 1521 e foram elaboradas no reinado de D. Manuel, mantendo a mesma sistematização das Ordenações Afonsinas; e, finalmente as Ordenações Filipinas, que apesar de sua vigência ter iniciado em 1603, no reinado de Filipe II, sua elaboração iniciou-se em 1583, sob a égide de Filipe I. Sua sistematização de assuntos é a mesma das Ordenações anteriores, onde encontramos cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos. Desse modo, as Ordenações foram compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (séculos XV, XVI e XVII), com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito, que por estarem avulsas, tornava-se muito difícil a correta aplicação do direito” AS ORDENAÇÕES E O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO. <http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/31/01.pdf>.

²⁵ 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.

²⁶ BEVILAQUA, 1932, p. 293 apud CARMINATE, 2011, p. 81.

²⁷ Conforme os estudos de Carminate, 2011, p. 84: ARTIGO 2158º (Legítima do cônjuge) A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança. ARTIGO 2159º (Legítima do cônjuge e dos filhos) 1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um

O direito francês, também destina metade do seu patrimônio se o autor da herança possuía apenas um filho; se dois filhos, estes terão reservados para si dois terços da herança; e se deixou três ou mais filhos, estes dividirão três quartos do acervo hereditário. Assim dispõe o artigo 913 de Código Francês, segundo Carminate (2011, p.82):

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

Portanto, observa-se que a cotada legítima no ordenamento francês assim como no ordenamento português, não é fixa, varia de acordo com o número de descendentes ou ascendentes. Outra questão relevante, está no fato da França não considerar o cônjuge um herdeiro necessário, diferente de Portugal que o inseriu após a reforma do seu Código Civil, estatuída pelo Decreto-Lei n. 496 de 1977.

Pelo direito espanhol, a legítima também apresenta conteúdo variável em relação à quantidade dos herdeiros necessários que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A legítima é disciplinada pelo art. 808²⁸ da legislação espanhola e na análise de Carminate (2011, p.86) fixa a legítima dos descendentes em dois terços do acervo hereditário. O legislador distingue as duas terças partes que compõem a legítima, dispondo que de uma delas pode valer o testador para “melhorar” a herança de algum, ou de alguns, dos descendentes. A herança espanhola deve ser dividida, previamente, em três terços, sendo um deles a parte disponível, outro correspondente à legítima propriamente dita, consistente no mínimo a ser atribuído aos descendentes, e a “parte de melhora” em favor de alguns herdeiros em detrimento dos demais.

só filho ou existam dois ou mais. ARTIGO 2160° (Legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes) Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima. ARTIGO 2161° (Legítima do cônjuge e dos ascendentes) 1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes. (PORTUGAL, 1966).

²⁸ Artículo 808 Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición. (ESPANHA, 1889).

3 FAMÍLIA, TESTAMENTO E GRANDES FORTUNAS: DESDOBRAMENTOS DO DIREITO À LEGÍTIMA

O caso da família Gugu Liberato é bastante emblemático e ganhou grande repercussão midiática. Aqui interessa o seu estudo como forma de analisar os conceitos e perspectivas do estudo da legítima através de um núcleo familiar específico e amplamente conhecido. E dessa forma, busca-se colaborar na compreensão da importância do instituto da legítima a partir de um caso prático-elucidativo.

A reserva legal da legítima²⁹ é tema polêmico e, pouco se fala sobre a matéria, porém, Gomes (2019) aponta que as poucas pesquisas realizadas sobre a matéria têm apontado unanimemente para a mesma direção, em geral a defesa da autonomia privada/existencial³⁰, sem contraponto ou vozes dissonantes³¹.

A defesa da autonomia privada ou existencial prepondera naqueles que defendem a extinção ou a minoração da legítima, em geral, os argumentos dirigem-se para a observação das reais necessidades do parente protegido pela legítima (necessidades materiais³²); ou na necessidade de verificação de afeto nas relações entre o autor da herança e o herdeiro necessário (nota-se que o afeto se confunde com afetividade).

Nota-se que a presença ou não do afeto muito se confunde com a afetividade e, por essa razão, leva a uma compreensão que pode beirar ao sentimentalismo, distanciada do direito de família. A justificativa sentimental não pode ser juridicamente averiguada, e por isso inviabiliza

²⁹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

³⁰ Renata adverte que os poucos trabalhos acadêmicos direcionados ao tema, em geral, confundem autonomia privada com autonomia patrimonial: “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” (GOMES, 2019, p. 138).

³¹ “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) enfraquece profundamente a noção de solidariedade familiar, reduzindo-a à ideia de assistencialismo” (GOMES, 2019, p. 141).

³² como em Carminate (2011, p. 42) “Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.

uma compreensão ética e racional da legítima. Se assim o fosse, haveria uma insegurança jurídica e familiar, fazendo vigorar “a lei do mais forte” submetendo o indivíduo às expectativas afetivas de seus antecessores.

Não obstante, os autores contrários a sucessão legítima, em regra, consideram o fator afeto como determinante para a sucessão hereditária, é o que defende Carminate (2011):

Observa-se, assim, que a ordem de vocação hereditária, para respeitar a solidariedade familiar e conferir à família proteção integral, além de ter de ser elaborada em observância à pessoa dos sucessores, deve também respeitar a situação do autor da herança, considerando as relações de afeto efetivamente estabelecidas entre ele e seus herdeiros legítimos (CARMINATE, 2011, p. 37).

Como visto, o afeto, o amor são possibilidades, podem ou não ocorrer. Não há como limitar o direito à legítima sob este argumento. Mas o ordenamento jurídico brasileiro abrange situações em que o herdeiro necessário deve ser excluído da sucessão. Nesse sentido, a indignidade e deserdação constituem autênticas restrições ao direito fundamental à herança:

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 (GOMES, 2021, p. 121).

A indignidade e a deserdação são institutos com feições punitivas e abrangidas pelo direito sucessório, quando não só estão ausentes os deveres de cuidado, solidariedade e a responsabilidade recíproca, mas quando o desamor é evidente. Tais situações decorrem da violação de valores existenciais da pessoa ofendida, notadamente, sua dignidade:

(...) 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 (GOMES, 2021, p. 122).

Gomes (2019) assevera que tais institutos merecem tratamento mais ampliado, a fim de garantir a dignidade do autor da herança de forma mais efetiva. Nesse sentido, o ordenamento jurídico apresenta-se insuficiente à proteção da dignidade do sucedido, além de ainda existirem incoerências e lacunas.

O art. 1814 do Código Civil reservado a exclusão da herança por indignidade, no inciso I, exclui os 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” não inclui, porém, o homicídio culposo e o preterdoloso. Dessa forma, se a intenção era lesionar e não matar, não se cogita o seu enquadramento como cláusula de indignidade, como o é de deserdação³³, “ainda mais quando de tal agressão resultar na morte do lesado que, obviamente, padece dos ferimentos sem ter podido providenciar testamento para deserdar seu algoz” (GOMES, 2019, P. 127).

O inciso II do mesmo artigo, 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”. Nesta órbita, Gomes (2019, p.128) crê ser possível abranger a violência sexual contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, por considerar contra a honra todas as condutas que possam ser consideradas atentatórias à do autor da herança, inclusive, as físicas.

O fato do autor da herança poder dispor de uma quota para fazer o que bem entender, harmoniza a sua autonomia com a tutela da família. Na verdade, o próprio Código Civil no art. 2018³⁴ valida a partilha em vida, desde que respeitada a legítima. O que Gomes (2019, p. 190) propõe é a possibilidade de extensão dessa autonomia privada, ainda em vida através do pacto sucessório³⁵, ao invés de propagar a extinção da legítima ou a sua redução. O que ela propõe são mecanismos que (1) assistam de forma absoluta a dignidade do sucedido, através da

³³ A deserdação somente pode ser feita por manifestação da vontade do autor da herança em testamento, enquanto a indignidade pode ser requerida pelo Ministério Público, na hipótese do inciso I, do artigo 1.814. “Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

³⁴ 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, 2002).

³⁵ No Brasil, o pacto sucessório, também conhecido como pacta corvina, é proibido pelo art. “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (BRASIL, 2002).

ampliação dos institutos de indignidade e deserdação e (2) ampliem a autonomia privada daquele que será sucedido ainda em vida, conciliando-a com a proteção da família a fim de evitar possíveis conflitos após a sua morte. Para isso, alerta para a superação da crença de se falar da herança antes da morte, representar mau agouro ou desejo de morte do sucedido:

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 indeléveis impactos pessoais e familiares. Representariam, assim, um modo de organizar previamente as consequências do evento morte, sem descurar 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.

Ao contrário do que ocorre em outros países, a sucessão voluntária é limitada à sucessão testamentária, isto é, a sucessão causa mortis. No direito português, entretanto, a sucessão voluntária fundada na autonomia do autor da herança, divide-se em contratual e testamentária, enquanto a sucessão legal, como ocorre no Brasil, abrange a necessária e a facultativa. A recente legislação portuguesa do Código Civil em vigor, alterada em 2018, permite a renúncia recíproca da condição de herdeiro necessário em convenção antenupcial, desde que o regime escolhido seja o de separação de bens.

No mesmo sentido, passou a vigorar na Alemanha; a “Lei de reforma do direito de sucessões e da prescrição” instituindo um sistema de crédito aos herdeiros necessários, o qual poderia ser pago parceladamente por herdeiros que não sejam necessários, mas que tenham recebido do autor da herança benesse que atinjam a reserva legitimária em questão. O sistema jurídico francês, admitiu que a legítima possa ser indenizada, desde que o herdeiro necessário prejudicado receba o valor correspondente ao tanto da legítima invadida pela liberalidade. Além de admitir a renúncia antecipada da legítima (antes da abertura da sucessão) e a supressão da reserva legal em favor dos ascendentes. Na legislação italiana, a alteração pelo pacto de família, ocorreu em relação a organização da sucessão empresarial, permitindo que o empresário, mediante a concordância de todos e do cônjuge, além da garantia de uma compensação referente à legítima aos que não forem contemplados com a transmissão da empresa (GOMES, p. 191-192).

Ademais, se o que se está buscando é uma isonomia entre todos os filhos, isto é, um tratamento igualitário entre todos eles, a legítima propõe exatamente isto. O objeto da legítima não deve “cair na cilada” de garantir a sucessão ao sujeito concreto que apresente maior grau de miserabilidade. Sobre isso, o Código Civil no art. 1.694³⁶ protege o parente necessitado em decorrência da sua situação alimentar (GOMES, 2019, p. 141).

Em resumo, os autores contrários à legítima, perpassam três argumentos: (1) a limitação à autonomia privada; (2) o grau de miserabilidade do herdeiro; (3) a medida do nível de afeto entre sucedido e herdeiro. O primeiro, justifica-se na restrição da autonomia patrimonial do autor da herança de dispor dos seus bens como melhor lhe cabe baseado na limitação ao direito de propriedade. Há frequente colisão entre o direito fundamental à herança e o direito fundamental em relação à propriedade privada. O segundo, retira totalmente a responsabilidade recíproca e a solidariedade do âmbito familiar, à medida que desloca o indivíduo da família caso ele seja independente financeiramente. E o terceiro, como já visto, ignora a complexidade de sentimentos vivenciados no âmbito das relações.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, responsável por verdadeira revolução do paradigma jurídico-familiar no ordenamento jurídico brasileiro, constitui importante justificativa jurídico-familiar para a restrição da propriedade privada em prol do direito à herança. O novo paradigma familiar resgata a família como único meio de realização plena do indivíduo:

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 (GOMES, p. 201-202).

Dessa forma, a autora realça o olhar totalmente novo da Constituição em relação a família, como espaço coletivo, dotada de particularidades, mas plural e democrática a qual serve à legítima amparo sólido à construção do ser humano e, nas palavras de Gomes (2019, p. 201), único meio hábil de satisfação integral do paradigma constitucional de família:

³⁶Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (CÓDIGO CIVIL DE 2002).

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 (GOMES, 2019, p. 201).

Portanto, o que se quer mostrar é que existem valores que estão além da questão meramente material; situação, a que muitos, contrários à legítima, pretendem vincular o instituto. Para além, da questão econômica ou patrimonial³⁷ existem valores que “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 futuro” (GOMES, 2019, p. 142).

Dessa forma, a questão não pode limitar-se somente à particularidade econômica de cada um dos herdeiros necessários, não é sobre isso. É sobre garantir àqueles que mais se vinculam por laços, não restritos exclusivamente ao afeto, mas sim, ancestrais e matrilineares. Muito se alia esse vínculo transcendental ou ancestral à questão religiosa, historicamente, revelada na evolução do direito à legítima, sobretudo em autores avessos à legítima. No entanto, o que outrora, poderia ser um dever moral-religioso familiar, baseado no direito de propriedade, e na perpetuação do “pater” designado pelos deuses para a proteção da família, modernamente, ganha contornos valorativos que envolvem, no âmbito da personalidade, a transcendência (de si mesmo) e comunhão (entre herdeiros) por laços que maturam as noções de “ importância, pertencimento e perpetuidade” (GOMES, 2019, p. 142).

Nesse sentido, na conclusão de Gomes (2019, p. 201), a autora reforça que por mais paradoxal que seja, a função da legítima corrobora com o ideário coletivo de família atual, apesar do seu surgimento de ter se dado para um outro fim: garantir a família matrimonializada enquanto instituição moral. Dessa forma, pode-se dizer, que a legítima perdeu sim o seu sentido no tempo, tornando-se anacrônica, porém, ganhou novo significado com o direito fundamental à herança e os princípios constitucionais da Constituição Democrática. O conceito da legítima

³⁷ Ao longo de toda a pesquisa, é possível observar que valores existenciais e patrimoniais se esbarram a todo momento e se complementam, o direito de família não se presta somente a resolver assuntos patrimoniais e nem merece esse título sob pena de um reducionismo raso, ao passo que incorpora situações existenciais e também, transcendentais que merecem a devida valoração quando interseccionado com o direito sucessório.

se reinventou no tempo, à medida que os valores familiares e a concepção de solidariedade e coletividade foram inseridas no Direito de Família:

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 alijados da sucessão dos pais justamente por não concordarem com suas escolhas existenciais(...) (GOMES, 2019, p. 201).

O patrimônio constitucionalmente assegurado deve existir em razão da sua função social, o que tanto o restringe quanto o limita, a partir da noção de solidariedade. Portanto, dois direitos se esbarram e limitam a autonomia patrimonial: (1) a função social e (2) a solidariedade. A justa vinculação da autonomia patrimonial à dignidade da pessoa humana deve ser feita através da mediação desses dois princípios constitucionais (GOMES, 2019, p. 137).

Pela perspectiva patrimonial, Gomes (2019) associa a solidariedade a dimensão fraterna entre a comunidade familiar e para além disso, a responsabilidade recíproca que não deve ser interpretada pelo viés do assistencialismo. Vale a pena o destaque do trecho completo:

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 descendente, 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 futuro (GOMES, 2019, p. 142).

Sob esse aspecto, a família Gugu Liberato pode ajudar a visualizar mais precisamente o quanto o “assistencialismo particularizado” perde força. À família bilionária, não se trata de do cálculo de um quantum financeiro para que seus herdeiros sobrevivam, pois, a questão não envolve apenas a sobrevivência de seus membros. Mais parece se coadunar com as noções de importância, pertencimento e perpetuidade” da mesma maneira que se fosse de uma pequena quantia, ainda que aqui importe a sobrevivência. Dessa maneira, não se pode olvidar que os valores de solidariedade familiar permanecem, ainda que se trate de grandes fortunas. A solidariedade consubstanciada no âmbito familiar na responsabilidade recíproca e até mesmo “geracional” não é valor a ser perquirido caso a caso, pois se trata de valor fundamental da Constituição da República de 1988. Ainda que o raciocínio induza a pensar sobre se é justo ou não que os herdeiros recebam a herança volumosa, o direito brasileiro não permite esse erro. A herança é privada e pertence à família, como visto. Da mesma maneira, se os defensores do testamento atentam para uma maior amplitude da cota testamentária, mas, por outro lado, preocupam-se com a necessidade financeira particularizada, Gugu atingiu os dois aspectos: destinou a cota não legítima aos filhos já herdeiros e há poucas pessoas da família não abrangidas pela legítima, os herdeiros legatários.

Gugu Liberato, foi um apresentador famoso da TV brasileira que morreu em novembro de 2019, aos 60 anos de idade, em Orlando, nos Estados Unidos, depois de sofrer uma queda em casa e bater a cabeça. O caso ganhou grande repercussão pois o apresentador faleceu e deixou um patrimônio de um bilhão de reais aos seus herdeiros, destinando em testamento a cota de 75% aos três filhos (João Augusto, 18 anos, e as gêmeas Sofia e Marina, de 16), e os outros 25% aos cinco sobrinhos. Ademais, destinou a Maria do Céu, de 90 anos, mãe do apresentador, uma espécie de pensão vitalícia de 163 000 reais. A polêmica gira em torno não só da volumosa herança, mas pelo fato de que Gugu ter limitado a herança aos filhos e sobrinhos, excluindo sua companheira, Rose Miriam di Matteo, mãe de seus filhos do testamento³⁸, designando a sua irmã, Aparecida Liberato como a responsável pelo espólio e curadora de seus filhos menores de idade.

³⁸ Sobre a matéria o STF, em sede de repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade do art.1.790 (que disciplinava a sucessão na união estável), determinando que o regime jurídico sucessório do companheiro seja o

O direito brasileiro reconhece duas formas de sucessão do patrimônio: (1) a sucessão legítima (estabelecida no Código Civil, cujos herdeiros são aqueles definidos pela lei); (2) a sucessão testamentária (de acordo com a vontade expressa do autor da herança). A primeira é a lei quem determina; a segunda, manifesta a autonomia privada, uma vez que o autor pode livremente dispor dos seus bens caso não haja herdeiros necessários. Caso contrário, somente é possível dispor de metade do patrimônio líquido em respeito à legítima.

A priori, quando se pensa em grandes fortunas, logo vem à mente o volume do patrimônio em relação a quantidade de pessoas que irão herdá-lo. Ao optar pela linha de autores defensores da autonomia total privada, como Nelson Rosenthal, tal questão não seria um problema, tendo em vista a vontade do falecido. Entretanto, ao mesmo tempo que defende o total direito do autor da herança de dispor de seus bens como bem entender, condena o ócio e a falta de estímulo proporcionada pela herança deixada pelo pai³⁹.

Nota-se que a preocupação não está na autonomia do testar, mas perpassa pela concepção de autonomia existencial do herdeiro. Ou seja, a autonomia privada do sucessor, colabora para a "disautonomia" do sucedente. Isso geraria conforme alguns autores preguiça e desestímulo para alcançarem suas próprias coisas. No entanto, por essa concepção estar-se-ia reforçando a ideia individualista, disfarçada na autonomia existencial e dignidade humana, de resguardar a pessoa humana, mas desconectada de sua história. A premissa parece incompatível com os princípios constitucionais de solidariedade e democracia no âmbito familiar, estudados no capítulo primeiro. Esse esvaziamento da família foi "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 (GOMES, 2019, p. 154).

O volume da herança pode nos remeter a deduções precipitadas que em nada colaboram com os princípios constitucionais. Mesmo que se trate de uma família bilionária, o ordenamento jurídico brasileiro assegura pelo direito fundamental à herança que (1) esse patrimônio pertença a essa família pelo direito negativo do Estado de não intervenção e (2) pelo direito de

mesmo dedicado ao cônjuge, pelas regras do art. 1.829. (STF, AC. TRibunal Pleno, RE 878.694/MG, rel. Min.Luís Roberto Barroso).

³⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 7. ed. rev. atual. aum. Salvador: JusPodivm, 2021. 656 p. v. 7.

propriedade, que Gugu poderia ainda deixar o restante da cota não reservada à legítima a quem bem entendesse mesmo que não fosse membros de sua família, porém, assim não o fez. Os sobrinhos e também os filhos ficaram com a outra parte. Muitos autores relacionam as grandes fortunas a sentimentos de ganância e também, a comportamentos ociosos por partes dos herdeiros, questão esta que não pode ser valorada. Quanto à primeira, obviamente, existem casos em que a ganância e o ódio estão presentes no seio familiar ao ponto de ensejar verdadeiras barbáries no âmbito familiar, porém, a análise deve ser no sentido de compreender que valores como os respeito, a solidariedade, o cuidado e a solidariedade não moldaram esse núcleo familiar. O que não se pode, é tomar a exceção desses casos, como regra. Ademais é preciso dar-lhes o tratamento jurídico adequado respectivamente pela ampliação dos institutos da indignidade e deserção.

“O fenômeno sucessório responde a aspirações pessoais 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” (GOMES, 2019, p. 74).

De outro modo, não faria sentido, dentro de uma concepção de sociedade fundada no capitalismo e na família, que os bens tivessem outra destinação senão para aqueles da própria família. A apropriação dos bens pelo Estado, foi uma tentativa da Rússia Socialista.⁴⁰ A família entendida por essa linha de raciocínio era assunto público e, conseqüentemente, o patrimônio também era público.

Modernamente, a família é privada e o direito constitucionalmente previsto à herança assegura justamente o seu caráter privado. Portanto, não parece fazer muito sentido o Estado apropriar-se desse patrimônio com a morte do seu titular para, em seguida, distribuir novamente na sociedade.

⁴⁰ Na Rússia Socialista, a herança era distribuída ao Estado e compartilhada por todos, não importando os vínculos sanguíneos e afetivos. Em um sistema capitalista, como é o da nossa constituição republicana de 1988, a família é privada, proprietária e veiculada pela proximidade. Essa concepção socialista e idealista, aproxima-se do conceito de família primitiva, universal, matriarcal, onde todos cuidavam de todos, onde não se sabia quem era filho de quem. Nesse caso, a família ganhava um sentido comunitário, onde era dever de todos cuidar, principalmente, porque seus membros não eram monogâmicos e, portanto, não se sabia quem era o pai da criança. Nessa forma de vida, não poderia existir herança, pois todos eram herdeiros de todos (IBDAM, 2010).

O direito à herança é corolário do direito à propriedade privada, pois se o Estado capitalista garante a propriedade privada em vida, esse mesmo Estado, não pode apropriar-se dele após a morte do indivíduo, ela continua sendo um bem privado e objeto de herança particular. De outro modo, fez sentido quando a Rússia socialista se apropriou da herança, posto que o Estado não era mais fundado na propriedade e na família, mas na universalidade dos bens e compartilhamento da riqueza. Portanto, há que se levar em conta o contexto social de uma época e a mentalidade social de seus membros.

Dessa forma, a legítima concilia dois princípios: a proteção cogente da família e a proteção da propriedade privada.

Do extremo oposto, Nelson Rosenvald, considera que a simples reserva de parte do patrimônio (a sucessão legítima) estabelecida nos arts. 1.845 e 1.846⁴¹ e ordenada pelo art. 1829⁴², aos herdeiros necessários constitui uma intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada:

“(...)se os herdeiros necessários são maiores e capazes, sem qualquer necessidade de suprimento material, não enxergamos legitimidade e justa motivação em limitar a liberdade de testamento. Isso porque o simples fato de ter um herdeiro necessário não nos parece suficiente para conduzir a uma obrigação de transmissão de bens, sacrificando a autonomia privada e a liberdade de disposição patrimonial. Tal conduta, (...), se nos afigura uma intervenção indevida e ilegítima do Estado em uma relação privada (ROSEVALD, 2021, p.409).

Rosenvald associa o direito de família a um caráter patrimonialista, como se este fosse sinônimo de limitação a autonomia privada e a dignidade do herdeiro:

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro, assim como os países que seguem a tradição do civil law, como a Suíça, a Espanha, Portugal, a França, a Argentina e a Colômbia, esteve alinhado com um ideal patrimonialista, decorrente da Revolução Francesa (que inspirou diretamente o Code de France), procurando conferir uma tutela jurídica

⁴¹ A sucessão legítima é estabelecida por força da lei no Código Civil de 2002, nos arts. 1.846, o qual destina aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança. O art. 1.845, define quem são os herdeiros necessários: descendentes, os ascendentes e o cônjuge [ou companheiro].

⁴² “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, 2002).

de conteúdo visivelmente econômica. No âmbito das relações particulares, o Direito de Famílias e das Sucessões sempre respiraram esses ares patrimonialistas, mais vocacionados à proteção do patrimônio do que da existência da pessoa” (ROSENVALD, 2021, p. 50).

É curioso que autores como Rosenthal (2021) e Carminate (2011) rejeitam o viés patrimonialista da legítima sob o argumento da natureza existencial e da dignidade do sucedido, em detrimento da proteção do caráter também existencial dos herdeiros. Seu argumento é muito mais em fortificar a capacidade do indivíduo dentro da sociedade (capitalista) do que na seara do desenvolvimento pessoal-social (familiar):

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 capital. Nessa lógica, convém ao mercado, e ao mercado de consumo especificamente, 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 (GOMES, 2019, P. 153-154).

Tais autores ainda defendem que pode haver a relativização da autonomia privada e o asseguramento da legítima somente para os indivíduos incapazes:

Na classe dos descendentes, deveria ser conferida a legítima, nos moldes atuais, apenas aos menores e incapazes, uma vez que estes, em regra, não têm condições de prover seu próprio sustento. Para os demais descendentes, não haveria reserva de quota-parte da herança, pois seriam pessoas, a princípio, aptas ao exercício de atividade econômica, carecendo de especial proteção (CARMINATE, 2011, p. 142).

Ou Rosenthal em (2021, p. 409), que propõe uma visão “constitucional do testamento” quando importe em sacrifício da dignidade de terceiros:

Um bom exemplo disso é a limitação da liberdade de testar quando há herdeiros necessários incapazes. De fato, não parece que se possa autorizar um pai a dispor da inteireza de seu patrimônio quando possui um filho incapaz, a quem é obrigado a assistir materialmente, suprindo os alimentos necessários, enquanto perdurar a necessidade. Nesse caso, vislumbramos uma natural relativização da autonomia privada, em respeito à dignidade do filho incapaz.

Ao mesmo tempo que há o aparente incômodo daqueles que defendem a extinção da legítima, observa-se que a prática de testar não é comum na sociedade brasileira. Por alguns motivos: (1) econômico: devido ao baixo poder econômico a prática de testar não é usualmente comum; (2) caráter religioso: falar da morte ainda é um tabu e considerado um mau presságio. (3) contemplação pela lei; isto é, a lei já contempla aqueles que muito provavelmente o falecido gostaria de beneficiar sejam eles, os ascendentes, descendentes e o cônjuge ou companheiro (ROSENVALD, 2021, p.408). Gomes (2019) ressalta que a vontade de testar pode variar de acordo com o tipo de sociedade e a época histórica. O Brasil, historicamente, alinha-se aos países que resguardam a cota da legítima, desde quando era colônia de Portugal. Ao longo do tempo, a configuração das organizações familiares brasileiras aparece intimamente ligada à noção de propriedade privada e, conseqüentemente, de sucessão causa mortis desse patrimônio.

Mas, se nos seus primórdios, o instituto da legítima tem origem no testamento, pela falta de um sistema jurídico robusto, quando por tradição a herança se passava de pai para filho sem maiores questionamentos; modernamente, ganha contornos mais parecidos a razões matrilineares, como eram as sociedades matriarcais, comunitárias e não monogâmicas. Pode-se dizer que em sua essência, a função social da legítima aos poucos despede-se da noção patriarcal e predominantemente patrimonial, mas alia-se, por assim dizer, ao seu conceito mais “transcendental” e “ancestral” quando as coisas eram passadas por uma questão muito mais ritualística do que religiosa e moral, em uma conexão, por assim dizer “aos seus”, isto é, àqueles conectados por laços de proximidade e comunhão de vida.

Isto quer dizer que a função social da legítima não mais se presta a assegurar a propriedade privada e a família, conectada pelo sentido de filiação, porém, garante a preservação da família como estrutura sólida de promoção e formação das diversas personalidades e, por sua vez, de transcendência dos individualismos exacerbados, conectada pelo sentido de solidariedade, respeito e comunhão, com o intuito de concretizar o modelo de família constitucionalmente proposto para a sociedade brasileira na Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

O trabalho chega ao fim com a certeza da complexidade do tema. Não se pretendeu, de forma alguma, esgotá-lo, mas apenas suscitar o debate em torno da polêmica que ronda o instituto do direito à legítima. A princípio, parece que pouco se tem a dizer posto que a sucessão legítima é matéria antiga na história do direito sucessório. Entretanto o mergulho do tema, permite perceber o vasto território já percorrido por muitos e que não se esgota nessas poucas páginas.

O direito à legítima suscita uma função social que está muito atrelada ao novo paradigma familiar instituído pela constituição de 1988. Essa compreensão inicial veio com a leitura e os estudos da tese de doutorado de Gomes (2019), e partir disso, da necessidade de interseção do direito sucessório com o direito de família, uma vez que os argumentos contrários à legítima a inserem em um contexto quase que de valorização absoluta de uma autonomia privada ilimitada, revestida de dignidade humana.

Por isso, o trabalho buscou primeiro, analisar o instituto a partir do indivíduo e as concepções inerentes ao que é ser humano e ser social. Após, buscou definir o que é dignidade e seus limites no encontro com a dignidade do outro. Nesse ponto, inseriu as diversas concepções de família, desde a “família legítima” até a família fraterna, plural, democrática e solidarista consubstanciada pela constituição de 1988.

Em um segundo momento, analisou-se a família pela perspectiva do direito sucessório e como os conceitos de dignidade e solidariedade se cruzam. A seara sucessória antes de falar da morte de uma pessoa, fala da funcionalização da família enquanto lugar de construção da personalidade do indivíduo, que somente pode ser alcançada pela transcendência e comunhão. Isto é, o entendimento de que é preciso reconhecer algo mais importante do que os interesses próprios e desejos pessoais o que se constrói na intersubjetividade das relações.

Por fim, buscou-se uma família em específico a fim de melhor visualização da matéria e seus desdobramentos. Se por um lado há argumentos contrários à sucessão legítima, defendidos por aqueles que optam pela defesa de uma autonomia privada ilimitada do sucedido. Por outro, e a contribuição a qual se presta este trabalho, a análise da legítima enquanto função social e locus garantidoras potencialidades humanas, garantindo que a família seja uma fonte de estímulo e de proteção de sua personalidade humana.

REFERÊNCIAS

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.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BAUMAN, Zygmund. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahara, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. 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.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1º de janeiro de 1916.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de PósGraduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de PósGraduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Sucessões. 7. ed. rev. atual. aum. Salvador: JusPodivm, 2021. 656 p. v. 7.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11 ed. São Paulo: **Editores Revista dos Tribunais**, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

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.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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. **Entre a Fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2019. 214 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. v. XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 336 p. ISBN 978857147-747-6.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 27-38.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 75 - 104, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 328 p. v. 7.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: Direito de família**. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 528 p. v. 6.