



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

ANDRÉ LUIS SODRÉ DE ANDRADE

**A (IM)POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO LIVRE DO PATRIMÔNIO FAMILIAR:
DE ROMA ATÉ OS DIAS ATUAIS**

Salvador
2024

ANDRÉ LUIS SODRÉ DE ANDRADE

**A (IM)POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO LIVRE DO PATRIMÔNIO FAMILIAR:
DE ROMA ATÉ OS DIAS ATUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador como um dos requisitos para aprovação e conclusão do Mestrado e obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof.º Dr. Camilo de Lelis Colani
Barbosa.

Salvador
2024

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSAL. Biblioteca Dom Geraldo Majella Agnelo

A554 Andrade, André Luis Sodré de

A (im)possibilidade de disposição livre do patrimônio familiar: de Roma até os dias atuais / André Luis Sodré de Andrade. – Salvador, 2024.
75 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Família 2. Patrimônio 3. Sucessão Necessária 4. Autonomia Privada
5. Direito Sucessório I. Barbosa, Camilo de Lelis Colani – Orientador
II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-
Graduação. III. Título.

CDU 316.358.2:347.6

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUÍS SODRÉ DE ANDRADE

“A (IM)POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO LIVRE DO PATRIMÔNIO FAMILIAR: DE ROMA ATÉ OS DIAS ATUAIS”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 27 de março de 2024.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador (UCSAL)



Prof. Dr. Luciano Lima Figueiredo (FBD)



Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo (UCSAL)

*Aos meus pais, que sempre me deram apoio e amor
e me inspiraram a trabalhar com famílias;
Ao meu amor, a quem devo não apenas pelo
profundo sentimento que habita o coração, mas
também pelo incansável apoio;
E, por fim, a minha irmã e meu cunhado, que
sempre me influenciaram a ir além.*

¹ Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

² E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.

³ E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria.

(Coríntios 13:1-3)

RESUMO

O presente trabalho trata da problemática atinente ao tema da possibilidade ou não de disposição livre do patrimônio familiar, especificamente, buscando estudar os sentidos históricos da sucessão necessária, refletindo se esses subsistem e se o instituto se mantém frente ao choque com a autonomia privada do sujeito. No que se refere à metodologia, utilizar-se-ão, no presente trabalho, como métodos científicos os de indução e dedução. No que diz respeito à pesquisa, utilizar-se-á de revisão bibliográfica e levantamento legislativo. E, por fim, a forma de abordagem será qualitativa. Com tal perspectiva, o primeiro capítulo analisa a sucessão necessária, abordando de suas características a sua gênese histórica. No segundo, pesquisa-se o instituto da autonomia privada, perpassando o seu conceito, gênese e evolução, suas limitações e o fenômeno da autonomia existencial. Em seguida, feitas estas considerações, investiga-se a problemática específica realizando uma reflexão acerca da (im)possibilidade de disposição livre do patrimônio familiar em vida na atualidade e seus possíveis caminhos, perpassando por uma revisão da fundamentação da sucessão necessária da história, realizando um cotejo do sentido histórico do instituto com os valores da atualidade. Logo após, parte-se para a análise da dialética entre a sucessão necessária e a autonomia privada, concluindo com o exame da reserva da legítima frente aos vulneráveis.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA; PATRIMÔNIO; SUCESSÃO NECESSÁRIA; AUTONOMIA PRIVADA; DIREITO SUCESSÓRIO.

ABSTRACT

The present work deals with the issue relating to the possibility or not of free disposal of the family heritage, specifically, seeking to study the historical meanings of necessary succession, reflecting if they subsist and if the institute keep in view of the clash with the person's private autonomy. Regarding the methodology, will be used, in the present work, as scientific methods the induction and deduction. Regarding the research will be used bibliographic review and legislative survey. The nature of the approach will be applied research. And finally, the form of approach will be qualitative. With this approach, the first chapter analyzes the necessary succession, addressing its features to its historical genesis. In the second, the institute of private autonomy is researched, passing through its concept, genesis and evolution, its limitations and the phenomenon of existential autonomy. Afterwards, having made these considerations, the specific problem is investigated, carrying out a reflection on the (im)possibility of free disposal of the family heritage while still alive and its possible paths, going through a review of the basis of the necessary succession of history, carrying out a comparison of the historical meaning of the institute with current values, soon after, we move on to the analysis of the dialectic between necessary succession and private autonomy, concluding with the issue of the reservation of legitimate in front of the vulnerable.

KEYWORDS: FAMILY; FAMILY HERITAGE; NECESSARY SUCCESSION; PRIVATE AUTONOMY; LAW OF PROBATE AND SUCCESSION.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SUCESSÃO NECESSÁRIA EM ROMA, PORTUGAL E BRASIL	13
2.1 NO DIREITO ROMANO	18
2.2 NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS	23
2.3 NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	25
2.4 NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	27
2.5 DESDOBRAMENTOS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA	30
3. AUTONOMIA PRIVADA E SUAS FACETAS	34
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS	35
3.2 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA	39
3.2.1 Lei	40
3.2.2 Ordem Pública	41
3.2.3 Moral e Bons Costumes	42
3.3 AUTONOMIA EXISTENCIAL	45
4. UMA REFLEXÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE DIPOSIÇÃO LIVRE DO PATRIMÔNIO FAMILIAR EM VIDA NA ATUALIDADE E SEUS POSSÍVEIS CAMINHOS	49
4.1 FUNDAMENTOS DA IMPOSSIBILIDADE DE DIPOSIÇÃO COMPLETA DO PATRIMÔNIO FAMILIAR EM VIDA NA HISTÓRIA	52
4.2 COTEJO DO SENTIDO HISTÓRICO COM OS VALORES DA ATUALIDADE	56
4.3 SUCESSÃO NECESSÁRIA X AUTONOMIA PRIVADA	60
4.4 RESERVA DA LEGÍTIMA E A QUESTÃOS DOS VULNERÁVEIS	65
5. CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1. INTRODUÇÃO

A liberdade se constitui um dos temas mais instigantes não só do direito, mas da vida. Sobre ela recaíram as mais diversas lutas sociais e ferrenhas discussões. Tais discussões acompanham os seres humanos desde os primórdios da civilização, no próprio seio de um dos núcleos mais relevantes da vida social, o familiar. A criança vai aos poucos crescendo e testando/discutindo os limites de sua autonomia com os seus responsáveis, até adquirir a efetiva plenitude dessa liberdade. Ou será que não?

De certo se poderia, a partir disso, trazer inúmeras questões, inclusive de aspecto filosófico, mas o olhar aqui se volta para uma situação específica, a possibilidade de dispor do patrimônio, determinando o que será dele após a sua morte.

Vale notar que, a princípio, pode parecer um tema de natureza eminentemente patrimonial, contudo resta o questionamento de que: para o testador, a determinação de para quem se destinam seus bens, como ato de última vontade, como o nome já diz, estaria ligado, até de maneira mais intensa, à esfera existencial da autonomia do sujeito.

Um exemplo interessante sobre o tema é o de Bill Gates, um dos homens mais ricos do mundo, que decidiu deixar “apenas” US\$10.000.000,00 da sua fortuna de US\$ 124,5 bilhões, para cada um de seus três filhos, deixando todo o restante para seu “quarto filho”, a Fundação Bill e Melinda Gates, que tem sido o maior objetivo do bilionário que se dedica atualmente à filantropia.¹

O astro do basquete Shaquille O'Neal decidiu também que deixar toda a sua herança para os filhos não seria o melhor para eles, apontando que seria importante que eles se esforçassem para ter as próprias conquistas, em suas palavras direcionadas aos filhos “nós não somos ricos, eu sou”.²

Não é possível olvidar que, apesar de sua fundamental relevância, a liberdade, em seus diversos aspectos, pode e deve sim ser passível de algumas limitações, esse é, inclusive, um imperativo lógico da vida em sociedade ou do contrato social³. O grande ponto é, justamente, refletir para saber se efetivamente as limitações são justificadas.

¹ JORNAL O TEMPO. *Bill Gates deixará só 1% da fortuna de herança para filhos, R\$ 50 mi para cada*. 2024. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/mundo/bill-gates-deixara-so-1-da-fortuna-de-heranca-para-filhos-r-50-mi-para-cada-1.3327834>> Acesso em: 01 mar. 2024.

² REVISTA EXAME. *Ex-NBA, Shaq não deixará herança aos filhos: 'Nós não somos ricos, eu sou'*. 2021. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/mundo/bill-gates-deixara-so-1-da-fortuna-de-heranca-para-filhos-r-50-mi-para-cada-1.3327834>> Acesso em: 01 mar. 2024.

³ Sobre o tema ler: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios de direito político: texto integral*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

Na investigação a ser realizada por este trabalho, parece ser especialmente relevante a reflexão, haja vista se tratar de institutos do direito que remontam ao Direito Romano, tendo sido esses, com algumas alterações, repetidos ao longo da história, e tendo, possivelmente, se distanciado dos sentidos originais da norma e dos objetivos que foram pensados para resolver problemas de uma sociedade bastante díspar da atual.

A relevância se dá ainda pela percepção de que a temática sucessória, diversas vezes, tem um terrível peso no núcleo familiar e nas próprias relações de afeto. As normas restritivas acabam por gerar uma série de discussões judiciais, que, em diversos casos, resulta em destruir, sem pudor, relações entre filhos e pais, irmãos, primos...

Uma das questões gerada por essas situações é justamente a concepção social de que a herança dos que se vão é um direito, chegando a pensar que esse direito existe sobre os bens mesmo antes da ida daqueles com quem o relacionamento deveria ser pautado pelo afeto. Assim, qualquer questão sobre o patrimônio que não é dos herdeiros, mas sim fruto de uma vida de esforço dos que se vão, se transforma, muitas vezes, num objeto de ganância e rancor ao invés de representar um último presente daquele que não está mais aqui.

Dessa forma, a presente dissertação analisa a sucessão necessária frente à autonomia privada, especificamente buscando estudar os sentidos históricos da sucessão necessária e refletir se esses subsistem e se o instituto se mantém diante do choque com a autonomia privada.

Este trabalho se debruça sobre a problemática atinente à possibilidade de se dispor livremente do patrimônio familiar em vida, especificamente, buscando estudar os sentidos históricos que motivaram o surgimento das normativas do tema, refletindo se esses subsistem, especialmente tendo em vista a atual conformação das famílias contemporâneas.

A sucessão necessária, que representa justamente essa privação da liberdade do sujeito de dispor livremente de seu patrimônio, é de forma sintética a restrição ao direito do testador dispor de seus bens livremente. Como dito, tal instituto remonta ao Direito Romano, tendo sido desenvolvido e perpetuado nos ordenamentos jurídicos ao longo de milênios. Ocorre que a referida perpetuação, muitas vezes, foi feita sem a realização de um juízo de valor acerca de sua adequação aos valores e princípios da sociedade moderna.

Dessa maneira, a presente dissertação tem por problemas investigar: a) quais os fundamentos históricos da impossibilidade de dispor livremente do patrimônio familiar em vida? b) se essa impossibilidade se coaduna com o Princípio da Autonomia Privada? e c) se a reserva da herança legítima é a melhor opção no sentido de proteger os bens jurídicos, tendo em vista a atual conformação das famílias contemporâneas?

O objetivo geral desta pesquisa, assim, é investigar a origem da sucessão necessária

dentro do direito, partindo para uma pesquisa das suas bases históricas, no sentido de questionar se essas bases ainda estão presentes, ou se renovaram de alguma forma, analisando o referido instituto dentro da lógica atual do Direito Civil, buscando fazer um estudo acerca de sua adequação com o Princípio da Autonomia Privada.

Em síntese, tomar-se-á como objetivos específicos revisar a bibliografia sobre Direito Sucessório, mais especificamente no relativo à sucessão necessária e à história do Direito Civil para trazer as bases da sucessão necessária, em especial no Direito Romano e Brasileiro; revisar a bibliografia referente à autonomia privada; investigar se as motivações históricas da sucessão necessária se mantêm na atualidade e realizar o cotejo dialético da sucessão necessária com a autonomia privada.

No intuito de concretizar os objetivos do presente trabalho de dissertação, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica sobre o Direito de Família e Sucessório, em específico acerca da possibilidade de disposição livre do patrimônio em vida, bem como outros ramos do Direito Civil, como o contratual. Ademais, far-se-á uso da literatura acerca da atual conformação da família contemporânea, além de similar pesquisa no que tange ao Princípio da Autonomia Privada em seus aspectos patrimonial e existencial, utilizando também de levantamento legislativo relativo aos temas mencionados.

A metodologia a ser adotada aproxima-se da vertente jurídico-dogmática, utilizando os elementos internos ao ordenamento jurídico. Dessa forma, o desenvolvimento do trabalho dar-se-á por uma análise doutrinária e legislativa, examinando as bases e eficiência dos institutos jurídicos envolvidos.

Relativamente à estruturação do trabalho, investigou-se o fenômeno da sucessão necessária no segundo capítulo. Nesse, são estudadas as características atuais do instituto no Direito Brasileiro, bem como, a sua gênese histórica a partir do Direito Romano, e a sua evolução no ordenamento pátrio, finalizando com o estudo de seus desdobramentos em outros institutos.

No terceiro capítulo, debruça-se sobre o fenômeno da autonomia privada. Para tanto, perpassa-se pela sua evolução histórica e principais características, partindo para um exame de seus fatores limitantes, e encerrando com a investigação da autonomia existencial.

O quarto capítulo se propõe a realizar uma reflexão acerca da possibilidade ou não de se dispor livremente do patrimônio familiar na atualidade e seus possíveis caminhos. Aparelhado com os conceitos dos capítulos anteriores, realizar-se uma revisão da fundamentação da sucessão necessária na história, para, dessa forma, poder fazer um cotejo do seu sentido histórico com os valores da atualidade. Em seguida partir-se para a análise da

dialética entre a sucessão necessária e a autonomia privada, finalizando com a questão da reserva da legítima frente aos vulneráveis.

Na conclusão, retoma-se toda a discussão do trabalho, analisando se todos os objetivos da pesquisa foram atendidos, para, por fim, apresentar as conclusões e os resultados obtidos.

2. SUCESSÃO NECESSÁRIA EM ROMA, PORTUGAL E BRASIL

Inicialmente, cumpre trazer que quando se fala de Direito das Sucessões, “entende-se o conjunto de regras relativas à transmissão do património de uma pessoa morta a uma ou mais pessoas vivas, seus herdeiros”⁴. É possível, também, dizer que a sucessão em si poderia ser definida “subjctivamente e objetivamente. No sentido objetivo, é a universalidade, a massa de bens, que, com os elementos negativos, ficam, com a morte do defunto, para outrem. No sentido subjetivo, é o direito a receber tais bens”⁵.

A sucessão num geral é distinguida em “duas formas de sucessão: a *sucessão ab intestato* e a sucessão testamentária”⁶. Na sucessão *ab intestato*, “a lei ou o costume suprem a vontade do de cuius; supõe-se que este não quis regular a devolução dos seus bens por forma diferente daquela por que o faz a lei ou o costume”⁷. Por outro lado, a sucessão testamentária “ocorre quando a hereditas (herança civil) é deferida por meio de testamento”⁸, sendo caracterizada pela liberdade do testador de dispor dos seus bens.

Adentrando-se agora, de forma mais direta, no tema específico deste capítulo, tem-se que a chamada sucessão necessária refere-se ao sistema sucessório em que o indivíduo não tem liberdade plena para dispor acerca da destinação de seus bens após a sua morte. Nele, destina-se uma cota do património, a chamada legítima, do sujeito aos seus herdeiros necessários, caso existam. Cota essa que não pode ser violada, havendo, inclusive, uma série de instrumentos para protegê-la, como será oportunamente analisado no tópico 2.5.

Dessa forma, a denominada cota legítima, reservada aos herdeiros necessários, representa “a parte do património do testador de que este não pode privar os seus herdeiros em linha recta, por actos a título gratuito, - testamento ou doação anterior.”⁹.

O rol de quem seriam os herdeiros necessários é estabelecido na legislação e pode variar de acordo com o tempo e local onde se estude o instituto¹⁰. No presente trabalho será

⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 673.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. t. LVI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 23.

⁶ GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 673.

⁷ *Ibidem*, p. 673.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 765.

⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro, vol. III*. São Paulo: Max Limonad, 1951. p. 1336.

¹⁰ Sobre o tema aduz Uchoa Barreira que “A ordem de vocação hereditária não é a mesma, em tôdas as latitudes. Natural é que ela varie. E varia em função sobretudo das idéias com que cada povo encara a instituição da família. Essa é uma das razões por que divergem entre si os direitos sucessórios dos diferentes países. Não é, realmente, o mesmo, e nem podia ser, o direito das sucessões dos ingleses, dos russo, dos alemães, dos franceses e dos americanos.” in BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitaria do Ceara, 1967. p. 126.

realizado o estudo específico do tema a partir de sua aplicação em Roma, Portugal e Brasil, nos tópicos 2.1 a 2.4.

Prosseguindo-se o raciocínio, importante analisar o sentido e fundamento do instituto. Por óbvio, o mesmo possui diferentes facetas ao longo do tempo e espaço em que se realiza a análise, mas é possível afirmar, de forma simplificada, que o fundamento da reserva da legítima é a proteção do núcleo familiar, “garantindo, minimamente, uma proteção de patrimônio, a partir de uma indisponibilidade patrimonial relativa do titular respectivo”¹¹. Existem, também, diversos entendimentos no sentido da desnecessidade/não conveniência do instituto, os quais serão destrinchados mais à frente.

A referida restrição à liberdade de testar tem, dentro do sistema jurídico, natureza de ordem pública, dado que sua justificação está para além do indivíduo, procurando manter certos valores adotados pela sociedade, não podendo ser afastada por atos privados. Nesse sentido, aponta-se que há historicamente uma série de limitações no sentido de impossibilitar que se realizem restrições nos bens sobre os quais recai a legítima.

Como relatado, trata-se de um objeto de estudo que varia no tempo e espaço, sujeito às variações e caprichos da sociedade, não sendo possível traçar uma perfeita linha acerca do que é permitido ou não. Dessa forma, apesar de ainda se entender pela inviolabilidade da legítima, a partir da Lei Feliciano Pena, se permitiu no Brasil que o testador determine quais bens comporão a reserva aos herdeiros necessários.

O referido entendimento prospera até hoje, conforme previsão do Código Civil de 2002, em seu artigo 2.014, “Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”¹².

Esse tipo de possibilidade é uma inovação da legislação brasileira, inexistente no Direito pré-codificado e sem consonância na legislação estrangeira¹³. A referida modificação, como mencionado, foi incluída pelo Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, também conhecido como Lei Feliciano Pena, em seu artigo 3^o¹⁴. Válido notar que apesar de curto, o

¹¹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61.

¹² BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235

¹⁴ “Art. 3° O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, atribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.” In BRASIL. Decreto n° 1.839, de dez. de 1907. Regula

decreto modificou significativamente o Direito Sucessório vigente à época, como será devidamente analisado.

Aponda-se, porém, que caso exista cônjuge sobrevivente, casado sobre o regime da comunhão total de bens, “a indicação dos bens constitutivos da legítima será reputada simples conselho, que o juiz atenderá ou não, porque o cônjuge sobrevivente tem preferência na escolha dos bens a serem partilhados, cuja metade já lhe pertence como meação”.¹⁵

Acerca da questão de se apontar os bens da legítima, importante lembrar da impossibilidade de se estabelecer certas limitações referentes a esses bens. Conforme determina o atual Código Civil em seu artigo 1.848¹⁶, salvo quando houver justa causa, não é possível que se estabeleça cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima.

Chama a atenção que as referidas restrições, presentes no Direito pré-codificado, foram excluídas pela Lei Feliciano Pena, no seu artigo 3º, acima citado. No mesmo sentido, o Código de 1916 em seu artigo 1.723¹⁷ “admitia a inserção de cláusulas testamentárias restritivas, como a de inalienabilidade *temporária* ou *vitalícia*, gravando dessa forma os bens do acervo e impedindo sua alienação, sob pena de nulidade”¹⁸, entendimento esse que, como mencionado, foi modificado pelo CC/02.

Ainda subsiste, no entanto, a possibilidade de gravar os bens da legítima, nos termos do próprio artigo 1.848 do CC/02, desde que haja justa causa. Muito se discute acerca do que seria justa causa, por se tratar de conceito aberto, do qual cabe ao interpretador completar o

o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235.

¹⁶ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁷ “Art. 1.723. A legítima dos herdeiros, fixada pelo art. 1.721, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que a constituam, lhes prescreva a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária, e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros-legítimos, desembaraçados de qualquer ônus.” In BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 237.

sentido no caso prático, não cabendo, entretanto, entrar na discussão propriamente dita, por fugir aos objetivos do presente trabalho.

Importante analisar que parte do patrimônio tomar-se-á como base para o cálculo da cota legítima. Nesse sentido, percebe-se que a legítima não representa, em bem verdade, a metade exata dos bens do *de cuius*. Para calculá-la, deve-se primeiro abater dos valores dos bens existentes na data de abertura da sucessão as dívidas e as despesas com o funeral e em seguida adicionar os valores dos bens sujeitos a colação, nos termos do artigo 1.847¹⁹ do Código Civil.

Sobre os valores sujeitos à colação, esclarece-se que consistem nas doações realizadas pelo *de cuius* aos seus ascendentes, descendentes ou cônjuge²⁰. Podem, porém, ser dispensadas da colação as doações do *de cuius* aos seus herdeiros necessários, desde que aquele determine que essas saiam de seu patrimônio disponível²¹, e contanto que não excedam esse²².

Grande debate já se operou e, em certa medida, ainda se opera, no direito brasileiro, acerca do momento de constatação de uma eventual doação inoficiosa, se tal verificação se daria com base no patrimônio existente na data da doação ou na data de abertura da sucessão. Essa discussão se originou, em especial, a partir da aparente divergência das normas previstas no artigo 2.004²³ do Código Civil e no parágrafo único do artigo 639²⁴ do Código de Processo Civil.

¹⁹ “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁰ Nesse sentido os artigos 544 e 2.002 do CC/02, respectivamente: “Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”; “Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

²¹ Conforme traz o artigo 2.006 do CC/02: “A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

²² Conforme estabelecido no artigo 2.005 do CC/02: “Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação. Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

²³ “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2024.

²⁴ “Parágrafo único: Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.” In BRASIL. Lei nº 15.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 mar. 2024.

Recentemente, porém, o Superior Tribunal de Justiça julgou o tema definindo o entendimento de que se deve aplicar o quanto previsto no artigo 549²⁵ do Código Civil, sendo a doação considerada inoficiosa ou não com base no patrimônio do doador na data da liberalidade²⁶.

Esse pequeno recorte é válido para destacar que mais do que “apenas” a discussão acerca da liberdade de testar, a reserva da legítima termina por gerar uma complexa sistemática que envolve inúmeras regras acessórias. Essas regras motivam diversos litígios e embates, que não apenas sobrecarregam o judiciário, mas também ocasionam as nefastas consequências de uma disputa judicial entre familiares, e, ao invés de assegurar a solidariedade familiar, destroem os laços de afeto eventualmente existentes.

Obviamente as referidas questões sucessórias apresentam também uma série de aspectos e possíveis discussões que não foram trazidas neste trabalho, apesar de relevantes e merecedoras de serem objetos de pesquisas específicas, a exemplo de toda a sistemática das doações inoficiosas e da sucessão do cônjuge/companheiro (a despeito dessa ser referida um pouco mais detidamente no último capítulo). Tal situação se deve à necessidade de focar especificamente no objeto desta pesquisa e não acabar gerando uma divagação por outras temáticas, aqui tangenciadas, mas não diretamente ligadas ao desenvolvimento e aprofundamento da temática debatida.

Feito esse adendo e explorados os aspectos gerais da sucessão necessária, cumpre realizar rápida retomada histórica, para que se possa compreender melhor a evolução do instituto, suas bases e sua motivação dentro das diversas sociedades. Para isso partir-se-á do

²⁵ “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.” *In* BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 mar. 2024.

²⁶ “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE DOAÇÃO. MOMENTO DA AFERIÇÃO DO AVANÇO SOBRE A LEGÍTIMA. DATA DA LIBERALIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 549 DO CC/2002. EXISTÊNCIA DE BENS NA DATA DO FALECIMENTO DO DOADOR, REVERSÃO DOS BENS EXISTENTES AOS HERDEIROS E INCLUSÃO DOS BENS NO ACERVO HEREDITÁRIO. IRRELEVÂNCIA. 1- Ação distribuída em 31/03/2008. Recurso especial interposto em 03/08/2021 e atribuído à Relatora em 21/07/2022. 2- O propósito recursal consiste em definir se é a data da liberalidade ou a data do falecimento do doador que determina se a doação por ele realizada avançou sobre a legítima dos herdeiros necessários e se, na hipótese, a doação realizada é nula. 3- Na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, firmada tanto sob a ótica do art. 1.176 do CC/1916, quanto também sob a égide do art. 549 do CC/2002, o excesso caracterizador da doação inoficiosa deve ser considerado no momento da liberalidade e não no momento do falecimento do doador e da abertura da sucessão. Precedentes. 4- No contexto do exame da doação inoficiosa, é irrelevante saber se os demais bens existentes ao tempo do ato de liberalidade foram, ou não, efetivamente revertidos em favor dos herdeiros necessários após o falecimento do doador ou se os referidos bens compuseram, ou não, o acervo hereditário.” *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.026.288 - SP. Recorrente: Luiza Olegario Fonseca Lima. Recorridos: Paola Mara Cepollina; Rogerio Penteado Proenca; Antonio Franco Cepollina; Marcia Cristina Cotrim Cepollina; Carla Cepollina. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2288242&num_registro=202201312367&data=20230420&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2023.

Direito Romano, posteriormente indo ao Direito Português, para, por fim, estudar a questão sob a ótica do Direito pátrio.

2.1. NO DIREITO ROMANO

A Civilização Romana foi uma das mais longevas da história, indo da fundação da cidade de Roma em 753 a.C. até a queda do Império Romano Oriental com a conquista de Constantinopla em 1453 d.C., chegando a se estender por 6.500.000 Km² e abrigar 88 milhões de habitantes.

Refere-se, via de regra, ao Direito Romano enquanto um só, mas obviamente, muito pela sua longevidade, esse passou por diversas modificações²⁷, sendo dividido, a título de estudo, em fases. A divisão em fases varia de autor para autor, não sendo, porém, relevante para o presente estudo se aprofundar nas divergências sobre o tema, assim, pode-se dividir, via de regra, em: Realeza (753 a.C. - 510 a.C.); República (510 a.C. - 27 a.C.); Alto Império (27 a.C. - 284 d.C.); Baixo Império (284 d.C. - 565 d.C.); e Bizantino (565 d.C. - 1453 d.C.)²⁸.

Chega a parecer desnecessário comentar a relevância de estudar o Direito Romano. Além do seu extenso período de vigência, ele serviu de base e influenciou praticamente todo o direito ocidental²⁹, chegando inclusive a vigor diretamente algumas matérias em Portugal³⁰, apenas a título de exemplo.

²⁷ Nesse sentido, aduz-se que “as origens, a evolução e, finalmente, a reinterpretção e atualização do Direito Romano nas compilações justinianéias no século VI P.C. abrangem um multissecular espaço de tempo em que os institutos jurídicos surgiram, desenvolveram-se e sofreram modificações, algumas tão profundas que os tornaram quase irreconhecíveis ou simplesmente extinguiram-nos. Compreende-se, assim, que o Direito Romano não ofereça no seu conjunto uma unidade monolítica. [...] A diversidade do Direito Romano encontra fácil explicação em numerosos fatores que, através do tempo, influíram direta ou indiretamente na estrutura dos institutos jurídicos. Essa vasta gama de fatores inclui desde os acontecimentos políticos, econômicos, sociais, religiosos que assinalaram as diferentes fases da História de Roma até a intensa atuação dos juristas das mais diferentes épocas, o profícuo trabalho dos pretores e as normas jurídicas emanadas de fontes tão diversas como os Comícios, o Senado e o Imperador.” In GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 2.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.9.

²⁹ Sobre o tema aduz Rolim: “A recepção do Direito Romano por outros países significa, pois, que ele passou a servir como alicerce, como base, como uma “bíblia jurídica” [...] Mesmo com a publicação de “códigos civis” nos diversos países não diminui a importância do Direito Romano, mas, muito pelo contrário, consagrou-o.” In ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

³⁰ O direito romano teve sempre grande influência no território português, com a publicação das Ordenações Afonsinas foi determinado que “as leis e o direito tradicional (os costumes) deveriam ser supridos por outras fontes do direito, tais como os “santos cânones, a Magna Glosa, de Accursio, e a opinião de Bartolo”, ou seja, o Direito Romano interpretado pelos juristas pertencentes às Escolas dos Glosadores e dos Pós-Glosadores passou a ser oficialmente reconhecido como um direito subsidiário ao direito português. As orientações contidas no Digesto persistiram, também, nas outras ordenações do reino” In ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 125.

Grande porção do Direito Civil Brasileiro teve como base institutos do Direito Romano, tanto o foi que “dos 1.807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes na cultura romana”³¹. Dessa forma, como já mencionado, é de extrema importância que se revise a origem e sentido dos institutos para que se possa bem compreendê-los na atualidade.

Vale notar que, agora mais especificamente em relação ao objeto desta dissertação, “o direito das sucessões, tal como está descrito no Code civil, foi em larga medida inspirado no direito romano, sobretudo no direito do Baixo Império e da época de Justiniano”³²

Antes de ingressar na questão da sucessão necessária propriamente dita, se faz necessário trazer alguns conceitos do Direito Romano, para que possibilite compreender de forma integral a matéria.

Inicia-se com um conceito básico, que figura, porém, deveras importante para a compreensão da estrutura do Direito Romano, o de *pater familias*. *Pater familias* era o chefe da família romana, tendo total, completo e duradouro poder sobre aqueles que vivessem sob o seu pátrio poder, que estavam sujeitados a ele enquanto o mesmo vivesse³³³⁴. Esse é, invariavelmente, o ascendente masculino mais remoto, sob o qual repousa o *patria potestas* e a capacidade jurídica plena.

Avançando para a questão do parentesco, pode-se distinguir duas espécies, o *agnaticio* e o *cognaticio*. “O parentesco *agnaticio* é o que se transmite apenas pelos homens; o *cognaticio* é o que se propaga pelo sangue, e, em consequência, tanto por via masculina quanto por via feminina”³⁵.

Outro conceito de fundamental relevância é o de *sui heredes*. Os *sui heredes* “eram as pessoas que estariam sob o pátrio poder ou a *manus* do *de cuius*, se este ainda estivesse

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

³² GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 674.

³³ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 155.

³⁴ Avançando no estudo do tema, percebe-se que “A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patria potestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um déspota. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no direito justinianeu – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco *agnaticio* pelo *cognaticio* –, a *patria potestas* se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo), embora conserve – o que a afasta deste – duas características antigas: a) a vitaliciedade (mesmo no período justinianeu não se conhece, no direito romano, o instituto da maioridade: enquanto vivo o *pater familias*, estão sujeitos à *patria potestas* seus *fili* familiares); e b) a titularidade, não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 663.

³⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 144.

vivo”³⁶³⁷. Considerava-se que herdavam algo que já lhes pertencia, pois já se encontravam teoricamente na posse dos bens em vida, figurando, assim, como uma espécie de “coproprietários” dos bens do *pater familias*, de maneira a herdar definitivamente esses após sua morte.³⁸

Os *naturali liberi* eram os filhos nascidos do concubinato, os quais a partir da *legitimatio* adquiriam a condição de filhos legítimos³⁹. Tal instituto só foi admitido no Direito pós-clássico “quando, em virtude da influência do cristianismo, é combatido o concubinato, surgindo a concepção de que é indigna a condição dos *naturales liberi*.”⁴⁰.

Ingressando agora no estudo mais específico do tema, cumpre analisar a questão da liberdade de testar em Roma. Inicialmente, vigia no Direito Romano a noção de uma total liberdade de testar, “nos tempos históricos, na legislação decenviral, o princípio básico do direito sucessório foi o da liberdade absoluta do testador em escolher seu sucessor ou sucessores”⁴¹. Dessa forma, o *pater familias* podia dispor de todos os seus bens como melhor entendesse, sem qualquer limitação legal.⁴²

Com o decorrer do tempo, porém, surgiram algumas limitações ao referido direito. Essas limitações podem ser divididas em duas espécies, as quais são estudadas conjuntamente por motivos didáticos, “porquanto, em verdade, elas apresentam características diferentes, surgiram em épocas diversas, e evoluíram independentemente uma da outra.”⁴³. São elas a sucessão necessária formal e a sucessão necessária material.

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 796.

³⁷ Continua Moreira Alves trazendo que “Assim, eram heredes sui – e essa posição se apurava no momento em que se abria a sucessão ab intestato – os filhos vivos, inclusive se adotivos, e não emancipados, do de cuius, seus netos (se o pai deles, que era filho do de cuius, estivesse morto ou tivesse sofrido *capitis deminutio maxima*, *media* ou *minima*); 12 seus bisnetos (se o mesmo tivesse ocorrido com o avô e o pai deles); sua mulher *in manu*; as mulheres *in manu* de seus filhos – e, se fosse o caso, de seus netos – mortos; e o póstumo, isto é, o filho que, ao falecer o de cuius, está no ventre da esposa deste, desde que nasça vivo posteriormente (aplica-se, nesse caso, o *brocardo postumus suus conceptus pro iam nato habetur* – o póstumo *suus* concebido já se tem por nascido). Não era, portanto, o parentesco cognatício que dava a posição de *heres suus* (tanto que o filho emancipado não era *heres suus* do *pater familias*), mas sim o agnatício. Entre os heredes sui se admitia a *successio in locum*; quando esta não ocorria, eles sucediam *per capita*. Por outro lado – e além de a Lei das XII Tábuas não fazer distinção, para que fossem heredes sui, entre o homem e a mulher –, os heredes sui adquiriam a herança automaticamente, sem que fosse necessária, portanto, a aceitação; e não podiam renunciá-la, ainda que o quisessem. Na falta de heredes sui, é chamado à sucessão ab intestato o *adgnatus proximus* (ou, se for o caso, os *adgnati proximi*), isto é, o parente agnado do de cuius em grau mais próximo, o que se apura, não no momento da morte do de cuius, mas quando se sabe, com certeza, que este morreu *intestatus*.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 796 – 797.

³⁸ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira *op. cit.*, p. 661.

⁴⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 189.

⁴² ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 281.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 809.

A sucessão necessária formal figura, como o nome já indica, como restrição relativa ao aspecto formal do testamento. Nesse sentido, Moreira Alves a conceitua como a “denominação que os pandectistas alemães deram ao instituto pelo qual certos herdeiros legítimos têm o direito de ser referidos no testamento, ou para serem instituídos herdeiros testamentários, ou para serem deserdados”⁴⁴.

No Direito Quiritário, a sucessão necessária formal valia apenas para os *sui heredes*, decorrendo da seguinte regra: “*sui heredes instituendi sunt uel exheredandi* (os *sui heredes* devem ser instituídos ou deserdados)”⁴⁵.

Dessa forma, os *sui heredes* deveriam ser constituídos herdeiros ou deserdados em testamentos, devendo tal deserdação ser nominal, abarcar toda a herança e seguir os sacramentos. Assim, poderia então o *pater familias* instituir como herdeiro um estranho.⁴⁶

As consequências da falta de menção ou deserdação de um *sui*, no entanto, variavam de acordo com quem fosse. Tratando-se de filho não mencionado no testamento, esse era reportado nulo, abrindo-se, portanto, sucessão *ab intestato*. No caso de outros *sui*, como netos ou filhas, o testamento era válido, recebendo, porém, os preteridos sua parte, que consistia em uma quota igual a dos outros herdeiros, no caso de serem *sui*, ou metade da herança, no caso de serem estranhos à família.⁴⁷

Ainda falando sobre as consequências da não observância dos preceitos da sucessão necessária formal, aduz-se que no caso dos *postumus*, ou seja, aqueles que adquiriam a qualidade de *sui* após a feitura do testamento, reputa-se o testamento como inválido. Observa-se que os *postumus* inicialmente não eram abarcados pelo referido instituto, sendo incluídos com o tempo, a partir da redação de novas leis e atuação dos jurisconsultos⁴⁸⁴⁹.

No Direito Pretoriano foi incluída a possibilidade de estender a aplicação da sucessão necessária formal aos *liberi*⁵⁰, através da *bonorum possessio contra tabulas*, através da qual

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 810.

⁴⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁷ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 811.

⁴⁹ Sobre o tema prossegue Moreira Alves: “Essas diferentes categorias surgiram gradativamente: em primeiro lugar, admitiu-se a instituição ou a deserdação dos postumi sui ou legitimi; em seguida, graças a expediente imaginado pelo jurisconsulto Aquílio Gallo, o mesmo ocorreu com os postumi Aquilliani; depois, e isso em virtude da Lei Iunia Vellaea (de, possivelmente, 26 d.C.), estendeu-se aos postumi Vellaeiani primi (primi, porque referidos no primeiro capítulo dessa Lei) e aos postumi Vellaeiani secundi (secundi, porque aludidos no segundo capítulo dela); posteriormente, igual tratamento se deu, por atuação do jurista Sálvio Juliano, aos postumi Iuliani; e, enfim, provavelmente graças à jurisprudência, da mesma forma foram tratados os quasi postumi.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 811.

⁵⁰ MARKY, Thomas. *op. cit.*, p. 190.

“não se anulava o testamento [...], mas apenas se paralisavam as cláusulas que eram prejudiciais ao *liberi* omitido ou deserddado irregularmente”⁵¹.

A sucessão necessária material, por outro lado, se apresenta enquanto uma restrição à matéria disposta no testamento. Essa surgiu no final da República, e no início era o principado, dentro do Tribunal Especial dos *Centumviri* (cem membros), a quem competia julgar questões hereditárias⁵².

A *querela inofficiosi testamenti* incluiu a possibilidade de se questionar a deserdação injusta feita por testamento. Acerca de suas bases, bem esclarece Marky:

A idéia básica, copiada, talvez, de costume prevalente na Grécia, era a de que o testamento em que se nomeavam estranhos como herdeiros, em detrimento de familiares mais próximos, ofendia o *officium pietatis*, esse liame moral que liga entre si tais parentes. Daí o testamento ser considerado *inofficiosum*, pois a última vontade do testador seria evidentemente motivada por ódio injustificável, que o tornava equiparável ao louco (*color insniae*), cujo ato é, como sabemos, nulo do ponto de vista jurídico.⁵³

Podiam utilizar desse instrumento os ascendentes e descendentes que, se não houvesse testamento, seriam chamados à sucessão. Da mesma forma, a partir de uma constituição imperial de Constantino, os irmãos e irmãs consanguíneos, ou seja, nascidos do mesmo pai, poderiam invocar a *querela inofficiosi testamenti*, no caso do herdeiro instituído ser *persona turpis*^{54, 55}.

A *querela inofficiosi testamenti* era utilizada apenas quando o testador não deixava em seu testamento aos parentes acima referidos cota parte da herança que lhes caberia caso a sucessão fosse *ab intestato*. A referida quota correspondia a 1/4 dos bens calculados sobre o patrimônio líquido do testador no momento de sua morte.⁵⁶

Ressalta-se que a referida quota era devida apenas se fosse provado pelo herdeiro legítimo que o testador não tinha motivos para deserdá-lo, ou que os motivos eventualmente expostos no testamento eram inverídicos.⁵⁷

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 813;

⁵² MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

⁵³ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁴ Conceituando *persona turpis*, aduz Alves: “A turpitude nada mais é do que a má reputação de uma pessoa, em virtude da prática de ações menos dignas que, embora não lhe acarretassem a infâmia, traziam sobre ela o desprezo por parte da sociedade. Os autores modernos denominam à turpitude infâmia facti (infâmia de fato), para contrapô-la à infâmia (que seria infâmia iuris, infâmia de direito).” in ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 155.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 815.

⁵⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Convém agora realizar um salto histórico para o estudo de como a sucessão necessária evoluiu em Portugal, tomando como principal base as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até a publicação do Código Civil de 1916.

2.2. NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

As Ordenações Filipinas foram um conjunto de normas compiladas pela Coroa Espanhola, que no momento também era a Coroa Portuguesa, durante o período da União Ibérica. Foi a última de uma série de três instrumentos normativos desse tipo a ser publicada, tendo sido precedida pelas Ordenações Manuelinas e Afonsinas.

Interessante apontar que “as Ordenações Afonsina, Manuelina e Filipina, tomadas em globo, representam em ultima analyse o esforço pacífico, ao mesmo tempo theorico e pratico, da nação portuguesa para a consolidação da sua independência política”⁵⁸.

As ordenações surgiram no contexto de estruturação do Estado Português havendo “nelas influências dos povos primitivos da Península Ibérica, como os lusitanos, do direito romano [...], do direito visigótico, em 652 d.C. e, posteriormente, de um retorno ao direito romano, em 1360”⁵⁹.

De autoria de Dom Filipe I, as Ordenações Filipinas foram publicadas em 11 de Janeiro de 1603, já sob o reinado de Filipe II, sendo notável a sua longevidade, tendo vigido em Portugal até 1867 e no Brasil até 1917 com a publicação do Código Civil⁶⁰. Sobre a vigência de uma legislação Portuguesa no Brasil após a independência, se esclarece que essa se deu a partir da publicação da Lei de 20 de outubro de 1823, a qual manteve as Ordenações Filipinas e toda legislação portuguesa anterior a 25 de abril de 1821 em vigor no Brasil⁶¹.

O referido instrumento previa que o indivíduo tinha direito de dispor livremente da terça parte de seu patrimônio, seguindo o disposto inicialmente nas Ordenações Afonsinas⁶² e copiado nas Ordenações Manuelinas.

⁵⁸ MARTINS JUNIOR, Jose Isidoro. *Historia do direito nacional*. Rio de Janeiro : Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895. p. 102.

⁵⁹ VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 set. 2022.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado - V. I.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 83-84.

⁶¹ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 24.

⁶² Tal previsão pode ser encontrada no Livro IV, título 97 do referido diploma, *in verbis*: “Segundo costume destes Regnos o Padre ou Madre podem tomar a terça de seus bens, e a distribuir e fazer em ella seu herdeiro quem por

Determinava-se, dessa forma, que 2/3 do patrimônio figurassem como reserva da legítima, considerando-se, inclusive, a cota legítima tacitamente testada, conforme se infere pela passagem do Título LXXXII do Livro IV:

Porquanto, pois tomou (o pai) a terça de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quiz deixar aos filhos, e os instituiu nellas, posto que dellas não faça expressa menção, e assim devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento.⁶³

Da mesma maneira quanto ao observado na legislação atual, havia proteções específicas relativas à sucessão necessária, a exemplo da questão da doação inoficiosa, *in verbis*: “ficando por sua morte herdeiro legítimo, descendente ou ascendente, poderá esse herdeiro revogar a doação, até haver cumpridamente sua necessaria legitima, e o mais que sobrejar da doação, havel-o-ha esse donatario”⁶⁴.

Interessante perceber acerca das influências no Direito Português que a terça parte disponível figura “como reminiscência da tradição muçulmana no Direito Português”⁶⁵ a qual pode ser “inferida justamente da continuidade desta regra mesmo após a reconquista do território ibérico”⁶⁶.

No que tange ao rol dos herdeiros necessários, desprende-se que estavam incluídos os ascendentes e descendentes⁶⁷. Nota-se de logo a falta de previsão dos cônjuges, o que foi, apesar de diversas críticas, mantido pelo Código Civil de 1916, como será detalhado no tópico a seguir.

bem tiverem; e as duas partes som dos filhos por bem do dito costume, dado que os filhos sejam muitos, quer poucos. E porque aquece por vezes que elles fazem testamento da terça... nom fazendo mençom em seu testamento dos filhos, os ques per Direito Cômum devem ser instituidos ou exherdados e nom sendo fica o testamento nenhum... o que é contra o costume susodito, e tal conselho dam letrados e procuradores, e fazem sobre ello grandes despesas; porem nos pedem que, seja nossa mercede mandarmos em tal caso fazer ordenação per nom fazerem laaes despesas daqui em diante.” In: Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 06/10/2022.

⁶³ ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quarto Livro*. 14ed. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 912.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 869

⁶⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. *Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69802>>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁶⁶ *Ibid. loc. cit.*

⁶⁷ BASTOS, José Tavares. *O testamento feito pelo próprio testador*. Rio de Janeiro: Garnier Irmãos, 1911. p. 8.

2.3 NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A criação do primeiro Código Civil Brasileiro passou por um longo processo marcado por diversas tentativas até a aprovação do texto definitivo, como pode ser observado pela longevidade das Ordenações Filipinas no Direito pátrio. Acerca da necessidade de um Código Civil Brasileiro esclareceu Beviláqua:

Si ha necessidade claramente accusada pela consciencia juridica entre nós, é, creio eu, a da codificação das leis civis. Testemunhos irrecusaveis desse estado de espirito se nos deparam nos livros de doutrina que assignalam, deplorando, a dissonancia entre o instrumento legislativo de que se servem e a expansão scientifica que os deslumbra; na Jurisprudencia, que se esforça por adaptar vetustos preceitos, creados para uma organização social differente, a novas fórmulas de relações juridicas; nas insistentes tentativas, por parte dos poderes publicos, de compendiar, num todo systematico, a legislação civil, tão vasta e tão complexa; na aprovação geral com que têm os competentes secundado esses esforços, infelizmente até hoje infructiferos.⁶⁸

Dentre as referidas tentativas de criação de um Código, se notabiliza o anteprojeto de Teixeira de Freitas pela qualidade e grandiosidade da obra, que continha 4.608 artigos, tendo servido, inclusive, de base para a criação do Código Civil Argentino⁶⁹. Foram também realizadas outras empreitadas lideradas por Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues⁷⁰.

Apesar disso, foi apenas em 1899, quando se designou o professor cearense de Direito Civil Comparado Clóvis Beviláqua, que, apesar de diversas críticas, em especial a realizada por Ruy Barbosa e uma difícil tramitação, o projeto conseguiu ser aprovado⁷¹. Acabou por ser promulgado em 01/01/1916, começando a sua vigência em 01/01/1917, como a Lei 3.071/1916, que teve a redação alterada pela Lei 3.725/17, culminando para finalmente terminar a aplicação das Ordenações Filipinas que vigiam desde o período em que o Brasil era uma Colônia⁷².

Apesar da reserva da legítima estar prevista no Direito Português e no Direito Brasileiro desde a sua existência, observa-se que diante de acirrado debate foi votada proposta

⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Codigo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 13-14.

⁶⁹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 46.

⁷⁰ *Ibid.*, loc. cit..

⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 99.

⁷² *Ibid.*, p. 100.

no sentido do fim da reserva da legítima⁷³. Como bem observa Nonato: “a liberdade de testar teve, na elaboração do nosso Código, momentaneamente triunfo no Senado, logrando prevalência as emendas ns. 1.532 e 1.675”⁷⁴

Prosseguindo, porém, as propostas de emenda para votação na Câmara dos Deputados, “foi repellida a desastrosa inovação, apesar do apoio que lhe deram alguns distintos representantes do povo (45 contra 76. Veja-se o Diário do Congresso, de 21 de Julho de 1915).”⁷⁵

Dessa forma, a reserva da legítima acabou sendo mantida no diploma legislativo, estando prevista em seu artigo 1.576, *in verbis*: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”⁷⁶.

Registra-se que, no referente à mudança da reserva de 2/3 para a metade do patrimônio do *de cujus* a título de sucessão necessária, o Código seguiu o quanto disposto na Lei Feliciano Pena (Decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907). Como anteriormente citado, a referida legislação realizou significativa alteração nas normas vigentes à época no que tange ao Direito Sucessório, determinando em seu artigo 2º que “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.”⁷⁷.

Houve grande controvérsia relativa à questão de quem seriam os herdeiros necessários, mais especificamente em relação à inclusão ou não dos cônjuges no rol desses. Clóvis Beviláqua foi um dos grandes defensores da inclusão dos cônjuges enquanto herdeiros necessários, sendo ele um entusiasta da ampliação dos direitos sucessórios dos cônjuges. Nas palavras do próprio:

Entre marido e mulher não existe parentesco, que sirva de base a um direito hereditário recíproco. Um elo mais forte, porém, os une em sociedade tão íntima, pela comunhão de afetos, de interesses, de esforços, de pre-ocupações, em vista da prole engendrada por ambos, que se não pode recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório, somente equiparável ao dos filhos e ao dos pais. Ou se tenha em atenção, para determinar o direito hereditário *ab intestato*, o amor presumido do *de cujus* ou a solidariedade da

⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado - VI*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 208.

⁷⁴ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária: vol II*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. pg. 365.

⁷⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Edição Histórica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 751.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 1.839, de dez. de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

família, a situação do cônjuge supérstite apresenta-se sob aspecto dos mais vantajosos. [...] e ainda, que a equidade seria gravemente golpeada em muitas circunstâncias, se o cônjuge fôsse preterido por um parente longínquo; os legisladores modernos tem buscado reagir contra o sistema ilógico e injusto da exclusão total ou quase total do cônjuge sobrevivente em face da herança do cônjuge pre-morto⁷⁸.

Os cônjuges foram, inclusive, colocados no anteprojeto do CC/16 enquanto herdeiros necessários⁷⁹. As ideias do referido doutrinador, porém, não encontraram consonância com o legislador, que acabou por excluir os cônjuges da categoria, vencendo o entendimento de que “o cônjuge e os colaterais não têm direito à legítima. Podem ser excluídos da sucessão até mesmo tacitamente, o que se dá em disposto um indivíduo de toda a sua fortuna por meio de um ato *causa mortis*”⁸⁰.

Com o tempo, muitos avanços foram realizados em relação à sucessão dos cônjuges supérstites, mas foi apenas com o Código Civil de 2002 que esses alcançaram a categoria de herdeiros necessários⁸¹.

Nesse ponto vale notar que existe ampla discussão, com bem fundamentadas críticas acerca da manutenção do cônjuge e agora também do companheiro, no rol dos herdeiros necessários. Neste trabalho, porém, discute-se a existência dos herdeiros necessários em si, sendo, contudo, a questão do cônjuge, discutida de forma mais específica no capítulo 4.4.

2.4 NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em 1967 foi designada comissão de juristas para a elaboração de um novo Código Civil, liderada por Miguel Reale, tendo como diretriz a ideia de tentar preservar tanto quanto possível, “a estrutura e as disposições do Código de 1916, mas reformulando-o, no âmbito

⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 143-144.

⁷⁹ BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceara, 1967. p. 135.

⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões: volume III*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 33.

⁸¹ A exemplo do entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal: “Ousamos divergir, data máxima vênica. Com efeito, entendemos que a base axiológica de um casamento há de ser afetiva e, por conseguinte, existencial. Os seus efeitos patrimoniais devem ser circunstanciais e eventuais. Não se pode conceber o casamento como instituição de necessária produção de efeitos patrimoniais, como se as pessoas casassem por persecuções econômicas. [...] Nada contra proteger o cônjuge (e o companheiro) quando há uma vontade do titular do patrimônio nesse sentido. O que não nos parece razoável é impor a alguém que pretende transmitir o seu patrimônio, adquirido por esforço único, para os seus filhos, unicamente, a imperativa divisão sucessória com o cônjuge - que, insista-se à exaustão, pode não ser o ascendente ou descendente dessa prole. Viola-se, a mais não poder, a autonomia privada, ferindo de morte a própria liberdade que serve como esteio do estado constitucional de direito.” In FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 301-302.

especial, com base nos valores éticos e sociais revelados pela experiência legislativa e jurisprudência”⁸².

Com a promulgação da Constituição de 1988, o projeto teve que sofrer uma série de adequações, tendo sido aprovado e publicado apenas em 11 de janeiro de 2002, começando a vigor no mesmo dia e mês do ano de 2003.

O Direito das Sucessões foi tratado no Livro V do CC/02, que compreende do artigo 1.784 ao 2.027, sendo a questão da sucessão necessária prevista, dentre outros⁸³, no artigo 1.789, que diz “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”^{84 85}

No que tange à previsão da reserva da legítima propriamente dita, não trouxe alteração o novo instrumento legislativo, copiando *ipsis litteris* a redação do artigo 1.576⁸⁶ do Código de Clóvis Beviláqua. Por outro lado, pode-se dizer que houve uma mudança em relação ao rol dos herdeiros necessários.

Diferentemente do antigo diploma, o Código de 2002 incluiu o cônjuge no grupo dos herdeiros necessários, atendendo a antiga crítica e seguindo o posicionamento trazido por Beviláqua no anteprojeto do CC/16. Importante notar que “Críticas eram feitas a esse sistema,

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35.

⁸³ A exemplo do artigo 1.846 e do § 1º do artigo 1.857, respectivamente com redação “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” e “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁵ Oportuno destacar relevante comentário de Osni de Souza sobre o artigo 1.789 do Código Civil de 2002, “Contrariamente à solução adotada pelo CC/2002, argumentam alguns doutrinadores que o direito de testar é uma simples aplicação do direito de livre disposição, atribuído ao proprietário, sendo um consectário lógico do exercício da propriedade; a restrição ao direito de testar fere a liberdade individual, suprime a autoridade paterna, inibe a iniciativa individual, gerando o vício e a ociosidade. Preferiu, entretanto, o legislador, seguir o caminho oposto, também trilhado pelas legislações modernas, como o CC português de 1966 (arts.2.156 a 2.161), que assegura aos herdeiros necessários participação na herança e justifica o cerceamento da liberdade do testador como forma de proteção da família, evitando o sacrifício daqueles que estão vinculados ao de cujus por laços de parentesco em benefício de terceiros que não contribuíram para a formação do patrimônio. Adotou o Código um sistema de limitada liberdade de testar, pois, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima, que deverá ser calculada, na forma do art. 1.847, "sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação". A liberdade de testar, portanto, só será plena quando o testador não tiver descendente, ascendente ou cônjuge, hipótese em que poderá livremente dispor de todos os seus bens por testamento, afastando de sua sucessão os colaterais” in MACHADO, Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coor.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. São Paulo: Malone, 2017. p. 1565.

⁸⁶ “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” In BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

desde a primeira codificação brasileira, sob o argumento de que o direito do cônjuge não estaria suficientemente preservado, impondo-se uma reforma que melhor contemplasse a sua situação e aperfeiçoasse a sua tutela.”⁸⁷.

Com redação mais sintética, o artigo 1.845 traz que “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”⁸⁸.

Superada a questão do cônjuge enquanto herdeiro necessário, discutiu-se por muito tempo sobre a diferenciação que foi trazida em matéria sucessória entre o companheiro e o cônjuge. A caracterização do companheiro enquanto herdeiro necessário divide opiniões, entendendo parte da doutrina, a exemplo de Nader, que os “companheiros, não catalogados na ordem da vocação hereditária (art. 1.829), mas considerados à parte (art. 1.790), não integram a categoria de herdeiros necessários, embora possam concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais”⁸⁹.

Em sentido diverso, tem-se “que se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve *ser* compreendido como tal, por força da proteção constitucional dedicada à união estável (CF, art. 226, § 3º).”⁹¹ Na mesma linha entende Paulo Lobo que “com o advento do Código Civil de 2002, passaram a ser considerados herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro sobrevivente”⁹².

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 4.ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 176.

⁹⁰ Continua dizendo que “dúvida não pode haver que não constituem herdeiros necessários, tanto que não foram relacionados no elenco do art. 1.845, o qual, como já afirmamos, é *numerus clausus*. Além disto, na ordem sucessória, estipulada pelo art. 1.790, os companheiros foram situados em último lugar, após, inclusive, os colaterais, como Gavião de Almeida observa” in NADER, Paulo. *op. cit.*, p. 176.

⁹¹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 58.

⁹² LOBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

⁹³ Na mesma linha de raciocínio prossegue: “O Código Civil não se refere ao companheiro em união estável, entre os que estão obrigados à colação. Todavia, o princípio da igualdade impõe tratamento idêntico ao do cônjuge. O companheiro é herdeiro necessário, tanto sob o ponto de vista da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, quanto sob o de sua inconstitucionalidade, como sustentamos. Herdeiro por sucessão concorrente, quer pela aplicação do art. 1.790, quer pela aplicação analógica do art. 1.829, em seu lugar, é espécie do gênero herdeiro necessário. Sendo assim, qualquer doação que o outro companheiro lhe faça é adiantamento da legítima e, conseqüentemente, dever de colação.” in LOBO, Paulo. *op. cit.*, p. 89.

O assunto, porém, parece ter se pacificado com o julgamento dos Recursos Especiais de nºs 878.694⁹⁴ e 646.721⁹⁵, ambos com repercussão geral conhecida. O primeiro dos casos trata de uniões heteroafetivas e o segundo de uniões homoafetivas, tendo ambos soluções semelhantes, sendo aprovada após o julgamento a seguinte tese em sede de repercussão geral: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”.

Inovou também o CC/02, como já mencionado, no retorno à impossibilidade de se estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, fazendo-se ressalva apenas nos casos em que houver justa causa.

2.5 DESDOBRAMENTOS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA

A reserva da cota legítima não figura como mandamento legal puro e simples, representa, em bem verdade, um complexo de normas que visa, *in praxis*, a sua proteção. Muitas são as ferramentas que o legislador estabeleceu para evitar a burla da legítima, buscando barrar a fértil imaginação humana quando se trata de encontrar meios para delinquir e violar normas legais.

⁹⁴ Julgado com a seguinte ementa: “Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.’ (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

⁹⁵ Segue a ementa do julgamento: UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil. (STF - RG RE: 646721 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/11/2011, Data de Publicação: DJe-232 07-12-2011)

Conforme bem esclarece Orlando Gomes, não se protege a legítima apenas em relação às liberalidades testamentárias excessivas “mas, igualmente, contra as liberalidades excedentes que se efetuam por negócio *inter vivos*, a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mixtum cum donatione*”⁹⁶.

Apesar da observação de Orlando Gomes, quando se pensa nas restrições estabelecidas pela reserva da legítima, a mais óbvia é a limitação à capacidade de testar. Nos artigos 1.996⁹⁷, 1.997⁹⁸ e 1.998⁹⁹, previu o Código Civil a redução da herança nos casos em que o testador invadir a cota indisponível.

Estabelece a norma civil, em síntese, que dispendo o *de cuius* em testamento de parcela igual ou inferior a sua parte disponível, ficarão os herdeiros necessários com o remanescente do patrimônio. No caso de dispor de mais do que a sua cota disponível, as disposições que a essa excederem serão reduzidas ao limite estabelecido pela lei.

Prosseguindo, deve-se tratar da questão da doação inoficiosa, a qual pode ser conceituada como “aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários”¹⁰⁰. A referida limitação à liberdade de doar remonta ao Direito Romano e foi prevista no artigo 549 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.”¹⁰¹.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. Por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 81.

⁹⁷ “Art. 1.966. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁹⁸ “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁹⁹ “Art. 1.968. Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente. § 1º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio. § 2º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor” in BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

Ressalta-se que para ocorrer a caracterização da doação inoficiosa é preciso que se atenda a dois requisitos, quais sejam: que o doador extrapole o limite disponível e, por óbvio, que existam herdeiros necessários.

Questão de grande relevância é se a doação inoficiosa seria passível de nulidade ou anulabilidade. Antes da vigência do CC/02, havia entendimento sólido nos tribunais superiores no sentido de que seria anulável dentro do prazo prescricional de 20 anos¹⁰².

Ocorre que, a partir do referido diploma, foi previsto no artigo 549 de forma clara que a doação inoficiosa é “nula” e não anulável¹⁰³. Dessa forma, acompanha-se o pensamento de Stolze no sentido de que deve prevalecer o entendimento de que o negócio é nulo¹⁰⁴.

Já o artigo 544 do Código Civil trata da doação de ascendente para descendente e entre cônjuges, *in verbis*: “A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”¹⁰⁵. O referido artigo figura igualmente como importante instrumento de proteção da legítima, de maneira a não tornar desiguais as cotas dos herdeiros necessários.

Ressalta-se que, no caso da doação de ascendente para descendente e entre cônjuges, é possível que seja feita expressa menção no instrumento que essa sairá da metade disponível do patrimônio do doador. Assim, a doação não estaria sujeita a colação, não sendo configurado o adiantamento da legítima.

Por fim, têm-se a questão da venda de ascendente para descendente. A matéria foi tratada no artigo 494 do CC/02: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 45-46

¹⁰³ Ao tratar sobre o tema, aduzem Pamplona e Stolze que “um ponto digno de elogio no novo diploma é exatamente este: cuidar de traçar uma diagnose linguística diferencial mais nítida entre os institutos jurídicos da nulidade e da anulabilidade. Note-se, portanto, que quando o legislador quis mencionar a hipótese de anulabilidade tratou de ser *explícito*, como é o caso, por exemplo, das regras dos arts. 117, 496, 533, 1.550, 1.558 e 2.027” In GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 171.

¹⁰⁴ Sobre o tema, o referido autor discorre: “Em nosso sentir, há de prevalecer a segunda linha de pensamento, por se harmonizar não apenas com o sistema em vigor, que /resguarda a legítima por meio de normas de ordem pública, mas também com a própria terminologia empregada no art. 549 do Código Civil. Ademais, a se fixar a tese da anulabilidade, o que resultaria na inafastável conclusão de o prazo decadencial ser, a teor do art. 179, de dois anos, estar-se-ia consagrando, em verdade, um lapso de tempo por demais exíguo, não só se comparando ao anterior (de vinte anos), mas, principalmente, se se considerar que, em se tratando de uma impugnação manejada no seio das relações familiares, mais justo seria reconhecer um prazo maior para que o herdeiro prejudicado, esgotadas todas as vias de composição amigável do litígio, pudesse ingressar em litígio.” in GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 49.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”¹⁰⁶. A ideia é evitar que se realizem doações mascaradas de compra e venda.

Os descendentes, portanto, têm uma restrição legal, lhes sendo vedada a realização desse negócio sem a aquiescência dos demais descendentes e do cônjuge, assim, “estariam, pois, nesse contexto, impedidos de celebrar este negócio, ainda que fossem perfeitamente capazes, se os demais descendentes não houvessem expressado a sua aquiescência”¹⁰⁷. Ressalva se faz em relação ao previsto no parágrafo único, no sentido da desnecessidade da autorização do cônjuge nos casos em que esses sejam casados pelo regime de separação obrigatória de bens.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 72.

3. AUTONOMIA PRIVADA

O Princípio da Autonomia Privada é de fundamental importância dentro do Direito Civil. Representa a liberdade que o indivíduo possui para reger as suas relações seja no campo patrimonial, seja no campo existencial¹⁰⁸. Através dela também se observa a imposição de alguns, necessários, freios a essa liberdade e a sua justificação.

A partir da autonomia percebe-se historicamente a evolução do Direito Civil e as mudanças de perspectiva que o seguem, estando muito ligada à noção de negócio jurídico, que inegavelmente figura como um elemento indissociável à vida moderna. Ressalva-se, porém, que, como será observado, a questão extrapatrimonial ganha cada vez mais campo e importância no direito privado, mudança que é perpassada pela evolução da noção da autonomia privada.

Assim, pode ser conceituada como o “poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos as suas relações”.¹⁰⁹¹¹⁰ Diz-se também que seria “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”¹¹¹ ou, ainda, o “poder outorgado pela ordem jurídica à pessoa humana de dirigir sua vida, seja na feição existencial, seja no plano negocial, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações, consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito”.¹¹²

¹⁰⁸ Sobre o tema esclarece-se que “a autonomia privada não se restringe aos negócios jurídicos patrimoniais. Perlingieri chegou a afirmar que as “expressões de liberdade em matéria não patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional”. Quanto às relações não patrimoniais, deve-se ressaltar que o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato, e envolve manifestação de autonomia privada, seja ela de cunho patrimonial ou não. A autonomia privada não se restringe à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso de imagem, da voz.” In BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹¹⁰ Continua a autora: “Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito, este se torna apto a estabelecer “miniordenamento jurídicos” para situações específicas da vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas de seu dia-a-dia. Luigi Ferri elabora um amplo estudo sobre a autonomia privada e, nele, autonomia privada é sinônimo de poder de disposição. Para Ferri, autonomia privada e poder de disposição são exatamente o mesmo conceito, sendo que poder de disposição significa poder de ditar normas, já que, em sua concepção de negócio jurídico, este é norma jurídica e a autonomia privada é um poder normativo. Conforme Manuel A. Domingues de Andrade, a autonomia privada é a “ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares” e o negócio jurídico é “o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (SINGULAR OU COLETIVA) PARA MODELAR COMO LHE aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende ou aprecia” in BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 47.

¹¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. t. IV*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 81.

¹¹² HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 74-75.

Neste capítulo, analisar-se-á o Princípio da Autonomia Privada, percorrendo diversas questões que serão de fundamental importância para o seu estudo e compreensão. Da sua evolução histórica a suas limitações, para, por fim, analisar a questão da autonomia existencial.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS

Sobre as origens da autonomia privada, traz Romualdo dos Santos que:

A noção de autonomia privada está relacionada à ideia de dignidade humana fornecida por Immanuel Kant, em sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Com efeito, a dignidade humana reside no fato de que o ser humano, por sua natureza racional, é um fim em si mesmo com capacidade para se autodeterminar (autonomia); e não apenas uma coisa que possa ser utilizada como meio para algo. As coisas, por serem destituídas de razão e, portanto, de vontade, não podem estabelecer fins para si mesmas, não passando de meios para a consecução dos fins estabelecidos pelo homem e sua natureza racional. Então, o ser humano obedece à lei que ele mesmo estabelece como boa. Mas esta noção de autodeterminação sofreu flutuações e distorções até alcançar a compreensão que dela se tem atualmente. Em razão do individualismo que caracterizou os séculos XVIII e XIX, no bojo do liberalismo econômico e do capitalismo selvagem, a capacidade de autodeterminação do ser humano era interpretada como poder de autodeterminação individual e se denominava autonomia da vontade.¹¹³

Prosseguindo o raciocínio, resta indispensável que se compreenda o conceito de autonomia da vontade. Muitas vezes tratada como sinônimo, a autonomia da vontade é a precursora da autonomia privada.

A autonomia da vontade foi um conceito de fundamental importância no surgimento do Estado Liberal, sendo que, “após o advento da revolução liberal burguesa, passou a ser a expressão jurídica do princípio político da autodeterminação individual”¹¹⁴. Pode-se dizer que “autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade intemporalidade”¹¹⁵.

O liberalismo foi um movimento social, cultural e político que surgiu como um contraponto ao Estado Absolutista que vigia à época. A partir das ideias iluministas de Voltaire, Locke, Montesquieu, Constant, dentre inúmeros outros que reagiam às restrições impostas pela

¹¹³ TARTUCE, Flávio (org.); CASTILHO, Ricardo (org.). *Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial: Estudo em Homenagem a Professora Giselda*. São Paulo: Método, 2006. p. 239-240.

¹¹⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 58.

ordem vigente e defendiam que houvesse uma limitação ao poder do Estado em intervir na vida do indivíduo.

Como boa parte das mudanças mais gerais da forma de governo, o movimento liberal foi perpassado por uma mudança econômica, saindo da lógica do mercantilismo para as concepções da revolução industrial que se seguiu.

Apesar das ideias liberais e seus grandes teóricos remontarem ao início do século XVII, foi apenas com a Revolução Francesa, iniciada em 1789 que as ideias se sedimentaram e ganharam grande força em todo o mundo. Um dos grandes marcos da Revolução Francesa foi a mudança da classe dominante da nobreza para a burguesia, sendo, em grande parte, a pressão por essa mudança que causou a Revolução.

A referida mudança é de grande importância para o direito, pois esse, via de regra, tem como base as necessidades da classe dominante e segue a lógica não só dos costumes sociais da sociedade em que está inserido, mas também do sistema econômico em que se baseia essa.

Dessa forma, necessitava-se de uma figura jurídica que atendesse à nova lógica econômica e social, dentro de uma noção de liberdade do indivíduo, sob uma mínima intervenção do estado. E com o fim da lógica mercantilista e a realidade da revolução industrial e tudo que a acompanha, a liberdade de realizar negócios ganha fundamental relevância.

Sendo assim, a noção de autonomia da vontade vem para se amoldar perfeitamente aos ideais e necessidades da sociedade liberal, tendo seu desenvolvimento se dado principalmente na França¹¹⁶, à luz das ideias da Revolução Francesa. Percebe-se, também, uma forte ligação com a teoria voluntarista¹¹⁷, segundo a qual o negócio jurídico adviria da vontade real, fazendo desse lei entre os particulares.

A autonomia privada, por outro lado, tem raízes no direito italiano e alemão, sendo concebida dentro de uma concepção objetivista¹¹⁸ “e atribui primazia à sua exteriorização e à

¹¹⁶ Interessante destacar apontamento de Junqueira de Azevedo “Em França, ao contrário, a onipotência da vontade ultrapassou o estágio da filosofia pura para atingir o grau de verdadeiro princípio político, que, com a Revolução Francesa, se enriqueceu de uma significação concreta e positiva, na medida em que, precisamente, o voluntarismo foi um instrumento de luta contra as antigas estruturas feudais e corporativas. Tornando-se um símbolo da liberdade, o princípio de autonomia da vontade recebeu uma espécie de consagração sentimental que, em França, mais que em qualquer outro lugar, lhe conferiu seus títulos de nobreza.” in AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

¹¹⁷ “Também conhecida como *Willenstheorie*, tendo como principais defensores: SAVIGNY, WINDSCHEID, DERNBURG, UNGER e ENNECCERUS” In GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. volume 1: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388.

¹¹⁸ Sobre o tema aduz-se que “na noção de autonomia privada, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige. In

limitação posta pelo ordenamento jurídico (teoria da declaração, ou objetivista), por exigência da justiça social”¹¹⁹.

A autonomia privada surge em um momento histórico posterior, onde já se questionava muito uma série de questões do ideal liberal, iniciando a perspectiva de um Estado social. Justamente por isso, se tem uma das grandes diferenças entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, a limitação da vontade frente à lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Interessante notar acerca da influência da concepção de um estado não mais liberal, mas social pode ser vislumbrada no Código Civil Alemão de 1900, haja vista que uma das primeiras experiências de um estado ser social foi justamente a Prússia de Otto Von Bismark¹²⁰.

Nesse contexto, não se concebia a autonomia do sujeito para realizar negócios como algo praticamente sem limitações, mas sim como uma possibilidade fornecida pelo sistema jurídico do indivíduo criar normas privadas dentro dos parâmetros que esse próprio sistema impunha.

Conforme reforça Roxana Borges, relevante destacar, acerca da autonomia privada e autonomia da vontade que “o processo de passagem da noção de Autonomia da Vontade para a concepção de Autonomia Privada acompanha a transformação do direito liberal para o direito da era dos Estados sociais, também chamados, por isso, de intervencionista”¹²¹.

Necessário esclarecer, porém, que justamente por serem conceitos que visam explicar o mesmo fenômeno, se diferem basicamente pela forma de se compreender tal fenômeno. Há, *in pratis*, muita confusão em relação aos dois termos, sendo, muitas vezes, tratados como sinônimos.

Um exemplo do acima referido pode ser retirado em passagem escrita por Pontes de Miranda: “Já aqui pode-se caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama autorregramento da vontade, ‘autonomia privada’, ou ‘autonomia da vontade’¹²²”. Ainda sobre o tema, opina Paulo Lobo no sentido de que “apesar do esforço doutrinário em demonstrar a excelência de cada denominação ou de suas

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

¹¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

¹²⁰ FERGUSON, Kate. How German angst created the welfare state. *Deutsche Welle*, 29 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://www.dw.com/en/how-german-angst-created-the-welfare-state/a-48048444>>. Acesso em: 28 de out. de 2019.

¹²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 54.

¹²² *Ibid.*, *loc. cit.*

finalidades diferenciadas, não vemos razões consistentes para tais distinções, que são resultantes de momentos históricos diferentes ou opções doutrinárias e ideológicas”¹²³.

Muitos outros exemplos poderiam ser trazidos de doutrinadores que tratam os termos enquanto sinônimos. Em bem verdade, não há grande problemática em tratar os termos enquanto sinônimos, haja vista que o que se pretende referir é a concepção de Autonomia Privada, até porque essa se adequa mais às concepções do direito moderno. Reputa-se, porém, de grande importância entender como se deu a evolução histórica do instituto, para que se possa bem compreendê-lo na atualidade e não terminar por reviver concepções que estão há muito superadas.

Nesse sentido, vale notar que a autonomia privada, para além de um princípio que está envolvido em todo o Direito Civil, desde o negócio jurídico a situações existenciais, pode ser também considerada enquanto um princípio constitucionalmente reconhecido, apesar de não ser trazida de forma explícita.

Sobre o tema, relevante destacar que:

Nada obstante, não é possível afirmar que a autonomia privada não ostentaria, por essa razão, o status de norma constitucional vigente, em especial como princípio basilar do Direito Privado. Ao contrário, é possível extrair a autonomia privada como princípio implícito, em decorrência de diversos dispositivos constitucionais.

O preâmbulo da Constituição Federal já sinaliza, dentre os valores supremos da República Federativa do Brasil, a garantia ao exercício dos direitos individuais, e, especificamente, a liberdade, no âmbito de um modelo de sociedade pluralista e sem preconceitos.

Na sequência, o art. 1º reforça, como fundamento da República Federativa, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a livre iniciativa, além dos valores sociais do trabalho e da soberania. P. 188

Já por força da exegese do art. 1º da Constituição Federal, portanto, é possível extrair a vigência da autonomia privada como princípio, não apenas diante da menção à liberdade como valor supremo e à livre iniciativa como fundamento de nossa República Federativa, mas, igualmente, do princípio da dignidade humana, que contém, dentre seus mais relevantes conteúdos normativos, a percepção da autonomia individual, a partir do que se torna reconhecível, no ser humano, a existência de um valor intrínseco e incondicionado.¹²⁴

A despeito do referido princípio ser ou não constitucionalmente protegido não parecer, a priori, algo relevante para este trabalho, essa noção é relevante quando considera-se o ponto do choque de princípios que envolve a existência da legítima, em especial quando se foge de um raciocínio puramente na lógica do dever-ser para um pensamento da normativa jurídica atualmente vigente.

¹²³ LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

¹²⁴ NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. *O estatuto constitucional da autonomia privada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2022. p. 188 – 189.

Dito isso, clarividente que mais do que apenas o Princípio da Autonomia Privada estar protegido de forma constitucional, seus mais variados aspectos e desdobramentos estão protegidos na Magna Carta.

3.2 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA

Prosseguindo no estudo da autonomia do sujeito para criar normas privadas e reger aspectos patrimoniais e existenciais dentro da ótica do Direito Civil, fundamental que se compreenda quais barreiras são opostas a esse sujeito.

Historicamente, as limitações à autonomia privada estão ligadas à lei, à ordem pública, à moral e aos bons costumes¹²⁵. Cada uma das referidas limitações possui a sua especificidade, sendo por isso interessante que se trate de cada uma separadamente.

Ressalva, no entanto, deve ser feita, no sentido de que a regra é a liberdade para estabelecer negócios. Dessa maneira, um negócio não precisa ser previsto no ordenamento jurídico para ser válido, necessitando, porém, que seja expressamente contrário a alguma das limitantes acima mencionadas para que seja reputado como inválido.

Bem esclarece Roxana Borges que “as fronteiras da Autonomia Privada são postas numa faixa cinzenta cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos”¹²⁶.

Ainda sobre o tema, Hupsel finaliza trazendo que:

A autonomia privada é um poder; no entanto, é um *poder derivado*. Submete-se aos ditames normativos do ordenamento, tanto às normas-princípios quanto às normas-regras, donde ser também limitada a expansão da vontade. Há uma *moldura legal* a restringir o seu espaço de atuação, o que não o elimina, não o sufoca, não o descaracteriza nem desmerece a vontade como sua manifestação: ela transita em plenitude no seu espaço. Em todo Estado de Direito Democrático, todo e qualquer poder tem suas limitações; assim também a autonomia privada.¹²⁷

¹²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58 – 67.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 56.

¹²⁷ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 76-77.

Prosseguindo com o tema, cumpre agora destacar mais especificamente cada uma das limitações e suas acepções na doutrina, para que se possa melhor compreender o instituto e as suas particularidades.

3.2.1 Lei

A primeira e talvez mais óbvia limitação é a lei. Não há como se considerar que exista uma figura jurídica que infrinja as próprias normas que a legitimam. Nesse caso, só há liberdade do sujeito criar normas para reger suas relações porque o direito assim o determina.

Quando se fala em contrariedade a lei, relevante perceber que se deve compreender lei em sentido lato, não apenas se aplicando à lei propriamente dita. Compreende-se, assim, que “legalidade não é só o respeito à lei. No sistema constitucional, é exigência de reconstrução de nexos entre as diversas fontes operantes em um mesmo território, fontes legitimadas pela Constituição e que encontram composição na sua unidade axiológica”¹²⁸.

As limitações que a lei impõe ao negócio jurídico são as mais diversas, desde a vedação a negócios específicos até as exigências relativas aos campos de existência, validade e eficácia.

No plano de existência, procura-se analisar, como o nome já diz, pura e simplesmente a existência do negócio, independentemente de sua eventual validade ou eficácia. Nesse sentido, tem-se que, para a existência do negócio, se faz necessária a presença de seus elementos constitutivos, quais sejam: manifestação de vontade, agente emissor da vontade, objeto e forma.¹²⁹

Em sede do plano da validade, há uma preocupação não apenas com a existência do negócio, que a precede, mas também com os efeitos jurídicos desse negócio, com a adequação às regras jurídicas. “No primeiro plano (existência), os elementos aparecem, estruturam o negócio. Já no plano seguinte (validade), aqueles mesmos elementos se qualificam, para que se tornem aptos a produzir efeitos”.

Dessa forma, apresenta-se como requisitos para considerar válido um negócio jurídico os mesmos necessários no plano de existência, só que, dessa vez, qualificados. Sendo assim, faz-se necessário haver agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma adequada e vontade livre e de boa-fé.

¹²⁸ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 179.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. volume 1: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 322.

Marcos Bernardes de Melo preleciona que o plano de eficácia pode ser tratado como a “parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo¹³⁰”, em outras palavras, tem-se que a eficácia seria a irradiação do fato jurídico¹³¹.

3.2.2 Ordem Pública

O conceito de ordem pública não é definido pela legislação, de modo que podem ser encontrados diversos conceitos de acordo com o doutrinador que busca defini-lo. Apesar disso, há certa similaridade entre as compreensões, afinal se busca descrever uma única ideia.

Sendo assim, a ordem pública, enquanto limitante da autonomia privada, pode ser definida como “fator limitante que visa impedir que a disponibilidade de certos bens prejudique a ordem jurídica vigente, assim como a organização social estabelecida.”¹³²

Maurício Requião, tratando sobre a aplicação do referido conceito, esclarece que:

Acredita-se que a possibilidade de limitação da autonomia em função da ordem pública se daria quando, através de uma análise principiológica, se constatasse que o ato autônomo individual, ainda que proveitoso ao sujeito, acabasse por trazer prejuízo social proporcionalmente injustificado. Até porque, de tal maneira, haveria aproximação da noção de ordem pública à diretriz da socialidade do CC-2002.¹³³

Vale notar, porém que a construção dos limites da autonomia privada advém de momentos em que a codificação do direito muitas vezes ainda não estava plenamente desenvolvida em todos os seus aspectos e apesar da ordem pública figurar efetivamente como elemento limitante da autonomia do sujeito, até por um imperativo lógico do contrato social, muitas das situações em que esta limitação de ordem mais aberta poderia ser utilizada acabam por já estarem previstos na legislação, em especial quando se considera os próprios princípios constitucionais de natureza bastante ampla.

¹³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96.

¹³¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. t. V*. Campinas: Bookseller, 2000. p.33.

¹³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136.

¹³³ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43.

3.2.3 Moral e Bons Costumes

De forma genérica, é possível identificar os bons costumes como “o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média¹³⁴”.

A moral pode ser entendida como conjunto de regras, ligadas ao campo da ética, que visam regular o comportamento humano, sendo utilizada dentro do Direito Civil, na maioria das vezes, como sinônimo de bons costumes¹³⁵, os quais são nada mais do que aspecto exterior da moral.

Apesar de ter sido trazida conceituação básica, necessário esclarecer que não existe critério único para se determinar o que se quer dizer com moral e bons costumes na seara do Direito Civil, ainda mais qual amplitude esses atingem quando se trata de um caso prático. Nesse sentido, preleciona Marcos Bernardes de Melo:

“Em doutrina e na jurisprudência, por sua vez, não há sobre o tema uma concepção unívoca. Em geral, os critérios propostos pela doutrina não são adequados para permitir uma avaliação objetiva sobre a moralidade ou imoralidade do negócio jurídico. Sugere-se, por exemplo, que o juiz deve apreciar o caso concreto tendo em vista princípios da honestidade, ou conforme o agir de um bom pai de família, ou segundo o critério de um homem honrado e prudente, ou de acordo com o sentimento moral do homem médio e outras formulações imprecisas que expressariam padrões da boa moral. A jurisprudência alemã adota a fórmula de que a imoralidade se deve determinar segundo ‘o sentimento de decência de todas as pessoas que pensam justa e equitativamente’¹³⁶”.

Em bem verdade, cada autor termina por apresentar conceito próprio, sendo que boa parte dos manuais mais recentes simplesmente ignoraram a ingrata tentativa de se chegar à definição mais precisa, apenas aduzindo que a moral e os bons costumes seriam elementos limitantes da autonomia privada e estariam inseridos na ideia de ilicitude, sem por outro lado trazer reflexão mais ampla acerca desses.

¹³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 382.

¹³⁵ Nesse sentido: “*Contrato imoral é o que ofende os bons costumes.*” in GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 382; “Bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social” in PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado - V. 3. Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 23; “Dizem-se imorais os negócios contrários aos bons costumes” in SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 473, 1962; “Assim, os contratantes deverão sujeitar sua vontade [...] b) aos bons costumes, relativos à moralidade social” in DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

¹³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152.

Avançando no raciocínio, necessário esclarecer que uma “regra moral que é sancionada pelo direito passa a ser norma jurídica¹³⁷”, dessa forma “havendo ilegalidade, portanto, não há como se referir à imoralidade. Quando se fala de imoralidade supõe-se a inexistência de regra jurídica sobre o assunto.¹³⁸”.

Tendo em vista o raciocínio acima, percebe-se que a utilização desses conceitos no sentido de invalidar o negócio jurídico é, na prática, deveras limitada.

Menezes Cordeiro aduz que na jurisprudência alemã, antes da promulgação do BGB, eram entendidos como exemplos de violação aos bons costumes os casos relativos a “contratos referentes a comércio sexual, a corretagem matrimonial, o pacto de não concorrência considerado excessivo, a adstrição, contra dinheiro, a dever de não licitar, a condição de seguir certa religião e todo ciclo de contratos referentes a bordeis¹³⁹”.

Marcos Bernardes de Mello traz como exemplos de negócios que seriam inválidos por contrariedade a moral e aos bons costumes: a doação feita para que a pessoa jamais se case, para que case somente com determinada pessoa, para que mulher grávida pratique aborto, para que mulher não engravide nunca mais ou para filho havido fora do casamento não reivindicar o reconhecimento de paternidade; o acordo para fraudar concorrência pública, bem como negócios ligados à prostituição¹⁴⁰.

Na mesma linha, Serpa Lopes elenca como negócios contrários a moral e aos bons costumes (a autora trata os dois conceitos como sinônimos¹⁴¹), as convenções contrárias à moral sexual, convenções ou cláusulas contrárias à equidade e convenções atentatórias da integridade física, da liberdade ou da dignidade¹⁴².

Ocorre que, os já esparsos casos em que se utilizava o critério de contrariedade a moral e aos bons costumes para invalidar o negócio, em grande parte já estão previstos como atitudes antijurídicas pelo ordenamento vigente, especialmente com a atual noção de incidência dos

¹³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152.

¹³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e apud REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40.

¹⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, p. 154 - 155.

¹⁴¹ “Dizem-se imorais os negócios contrários aos bons costumes” in SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 473.

¹⁴² *Ibid.*, p. 475-476.

Direitos Fundamentais nas relações de Direito Privado¹⁴³ e ampliação de uma visão principiológica do Direito Civil¹⁴⁴.

Dessa forma, como pode ser observado a partir dos exemplos, dentre os casos que, *in pratis*, se anulava o negócio com base na contrariedade à moral, só restaria hoje como possibilidade os relacionados à prostituição, haja vista que todos os outros são vedados pela lei.

Atualmente, porém, é possível se fazer uma série de críticas acerca da concepção da moral e bons costumes enquanto limitadoras à autonomia privada. Nesse sentido, cumpre analisar algumas críticas doutrinárias, as quais estão presentes principalmente em livros mais específicos sobre o tema, até porque, justificadamente, uma análise mais profunda sobre o assunto não seria possível dentro dos objetivos e recortes de um manual técnico, por exemplo.

Em “Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e Autonomia Privada”, Roxana Borges esclarece que “a moral por si só, assim como os bons costumes, quando não refletidos em lei (que seja constitucional) ou quando não inferidos do ordenamento jurídico, não podem servir como barreiras jurídicas (pseudojurídicas) para as escolhas de vida da pessoa¹⁴⁵”.

Prossegue em sua crítica expondo que tendo em vista a sociedade não poder ser tida enquanto ente autônomo, provido de consciência e moral próprias, bem como que essa não pode ser tida enquanto individualidade, mas como uma pluralidade de individualidades diversificadas e que por não considerar que algum costume possa ser considerado bom ou mal por si mesmo, a moral e os bons costumes não poderiam, dentro de um Estado de Direito, pluralista e democrático, ser configurados como elementos restritivos à liberdade do sujeito¹⁴⁶.

Maurício Requião, tendo como base as ideias de Dworkin sobre direito e moral, preleciona que “o uso dos bons costumes como limitador da autonomia é inviável, ao menos no contexto que ele é normalmente utilizado¹⁴⁷”, tendo em vista que não seria possível acontecer a “limitação da autonomia com base em mero consenso da maioria, já que esse consenso pode ter sido formado com base em critérios que não fazem parte das regras do jogo das posições morais, como o preconceito¹⁴⁸”.

¹⁴³ Sobre o tema, ler: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300 - 303.

¹⁴⁴ Acerca do tema, ler: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43–46.

¹⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 137.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 138.

¹⁴⁷ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 41.

¹⁴⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

Na obra *Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional*, Francisco Hupsel tece ferrenha crítica aos bons costumes enquanto elemento limitante da autonomia privada, trazendo que “invocá-lo, difundi-lo, preservá-lo, serve de biombo para esconder muitas condutas ou para conservar privilégios e o *status quo*. Serve de justificação para a criação de normas legais. Acoberta hipocrisias. Em seu nome, desgraças foram – ou são- cometidas¹⁴⁹”, acrescentando que os mesmos acabam por cercear a autonomia existencial e “esmagar” a dignidade de ser, agir e propor¹⁵⁰.

3.3 AUTONOMIA EXISTENCIAL

Ultrapassado o estudo das características básicas da autonomia privada, relevante prosseguir a investigação, agora sob uma nova ótica. O Direito Civil ao longo do tempo vem se humanizando, de maneira a se apropriar de questões que fogem muitas vezes da esfera meramente patrimonial.

Sobre o assunto, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald aduzem que:

O individualismo desenfreado converte-se em egoísmo e, a reboque de ideias pretensamente libertários e de uma igualdade formal, as constituições burguesas do século XX camuflam um sistema jurídico profundamente exclusivista, no qual apenas existem espaços para certos protagonistas, portadores de interesses patrimoniais.

Ocupava-se o Direito Civil, forjado no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito: o proprietário, o contratante, o marido e o testador. Todavia, os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Guerra Mundial perceberam que a todo o direito subjetivo deverá necessariamente corresponder uma função social. Em sentido sociológico, falar em função significa imprimir uma correspondência entre uma atividade e as necessidades do organismo social. Toda atividade deverá contribuir para a manutenção da continuidade estrutural.¹⁵¹

Uma das mais claras manifestações deste processo é a proteção aos direitos da personalidade dentro do direito privado. Esses podem ser conceituados como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”¹⁵².

¹⁴⁹ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 197.

¹⁵⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵¹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 93-94.

¹⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. volume 1: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 196.

A proteção aos direitos da personalidade bem traduz essa nova visão do Direito Civil que se preocupa não apenas com o “ter”, mas também com o “ser”. Nessa linha, esclarecem Stolze e Pamplona que os direitos da personalidade figuram como sintoma “da modificação axiológica da codificação brasileira”¹⁵³, a qual escapa da lógica agrária, conservadora e tradicionalista do Código Civil de 1916 para “se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988”¹⁵⁴.

Acerca desse novo panorama dentro do direito privado, relevante trazer observação de Francisco Hupsel acerca da classificação das questões existenciais enquanto “extrapatrimoniais” ou “não patrimoniais”, *in verbis*:

Uma vez mais, retiramo-nos desse recinto terminológico para aninhar um posicionamento de positivação, substituindo o viés negativo ou extramuros com que recebem tratamento as afirmações do desenvolvimento da personalidade. Quando elas são convocadas, nomeia-se-lhes comumente ‘não patrimoniais’ ou ‘extrapatrimoniais’. Estas expressões carregam forte componente ideológico de onde e quando o patrimônio se destacava. Iniludivelmente, ao chamar-se de ‘não-patrimonial’ ou ‘extrapatrimonial’ a relação da vida na qual a pessoa busca a realização de seus fins, põe-se em primeiro lugar o patrimônio. Saindo desta esfera, é o resto: o não-patrimônio ou o que escapa de seu reino, o extra. Há de ser o inverso: o patrimônio não agride nem ofende. Completa. Mas o que se quer decantar é esta visão que vai para um ângulo específico, ficando o outro turvamente visto, como ‘o que não é aquele’ ou o que está ‘fora daquele’. Deveras, a existência humana é o bem originário e primordial.¹⁵⁵

Conforme pode ser observado através das ilações do doutrinador, não se pode afirmar ainda que a questão existencial já tenha angariado o papel que lhe é de direito na esfera privada. Observa-se, como já anteriormente mencionado, que o Direito Civil acaba por reproduzir uma série de construções que remontam de séculos, sem, por outro lado, realizar a devida reflexão do não cabimento delas dentro da sociedade atual ou a necessidade de adequarem-se a essa.

Apesar do panorama acima apresentado, muito já se avançou, mesmo que de forma lenta, especialmente com a constitucionalização do Direito Civil e a concepção no sentido da aplicação dos direitos fundamentais ao direito privado.

Diante disto, muitos autores começam a chamar a atenção para o fato de que o fenômeno da autonomia, como já mencionado, não se restringe à esfera do patrimônio, sendo,

¹⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. volume 1: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

¹⁵⁴ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 41.

¹⁵⁵ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 79.

em bem verdade, muito mais amplo, na medida em que abarca todo um campo existencial¹⁵⁶, que até recentemente era pouco explorado.

Nesse sentido, muitos autores chegam a considerar a autonomia existencial como um conceito autônomo, derivado do mesmo fenômeno. A exemplo dos referidos autores, tem-se Hupsel, que deixa sua opção deveras clara na seguinte passagem: “pugnamos no sentido de que se assenta de um lado, a autonomia negocial, do outro, se posiciona a ‘autonomia existencial’”.¹⁵⁷

Conceitua-se autonomia existencial como “a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna.”¹⁵⁸ ou, ainda, enquanto “conteúdo da liberdade individual no que se refere às livres opções do indivíduo para a concretização do que reputar compatível para se realizar como pessoa”.¹⁵⁹

Aparentemente, poderia se dizer que não há ligação entre a autonomia existencial e o tema aqui trabalhado, qual seja, a sucessão necessária. Essa percepção surge, principalmente, pela questão da reserva da legítima aos herdeiros necessários ter, obviamente, uma forte conotação patrimonial.

Ocorre que, parece se tratar de um raciocínio deveras equivocado. Aprofundando na questão, conclui-se que o cerne da discussão acerca da liberdade ou não do testador em relação à totalidade de seu patrimônio está justamente em uma questão existencial, apesar das suas óbvias consequências patrimoniais.

A morte é um tema deveras delicado, as questões ligadas a ela são intrinsecamente conectadas à essência humana. Quando posto face à morte, o indivíduo costuma rever seus

¹⁵⁶ Aprofundando no raciocínio, Roxana Borges aduz: “A autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso da imagem, da voz. Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia privada ‘se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa’. De acordo com Perlingieri, os atos de autonomia privada têm fundamentos diferentes. Não se pode, por exemplo, reconduzir à liberdade econômica atos distintos como a venda de mercadorias e o consentimento para um transplante. Segundo o autor ‘quando a negociação diz respeito às situações subjetivas não-patrimoniais, os atos de autonomia se relacionam diretamente ao art. 2º Const. [da Constituição italiana]’, que alguns comparam ao art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira. Portanto, os atos de autonomia privada acontecem em áreas diversas, não apenas no âmbito econômico. Quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados com os direitos da personalidade.” in BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

¹⁵⁷ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172.

¹⁵⁸ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 31.

¹⁵⁹ HUPSEL, Francisco. *op. cit.* p. 172.

conceitos e enxergar as coisas dentro de um panorama diferenciado, voltando-se mais para as questões afetivas e existenciais.

Uma das demandas mais pungentes quando se reflete acerca do final da existência (corpórea ao menos) está justamente naquilo e naqueles que se deixa para trás. Dessa maneira, a disposição do patrimônio para resguardar aqueles a quem se tem afeto possui, em bem verdade, natureza existencial para aquele a quem cabe dispor.

Assim sendo, a discussão quanto à sucessão necessária, sob pena de análise superficial, deve perpassar a questão existencial do sujeito. Apesar de haver, sem dúvida, uma série de consequências patrimoniais para os que ficam, o cerne da questão, ao menos para aquele que irá testar, reside em um campo diverso que não deve ser ignorado.

4. UMA REFLEXÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE DIPOSIÇÃO LIVRE DO PATRIMÔNIO FAMILIAR EM VIDA NA ATUALIDADE E SEUS POSSÍVEIS CAMINHOS

Apesar das diversas tentativas de isolar o direito e enxergá-lo enquanto um fenômeno a parte ou uma ciência pura, na linha positivista de Kelsen¹⁶⁰, nos parece impossível dissociar o direito do fenômeno social.

O direito surge enquanto forma de ordenar uma sociedade dentro do processo histórico. Naturalmente, uma série de problemas e situações aparecem dentro de uma sociedade, encontrando diversas soluções baseadas numa série de fatores que marcam a forma de pensar de acordo com tempo, local e até fatores mais volúveis, como qual a classe ou o grupo dominante que determina os rumos daquela sociedade. Via de regra, primeiro surgem as situações-problemas, para só depois se chegar a uma solução com o direito visando solucionar de uma ou de outra forma a questão.

Nesse sentido, destaca-se que para conhecer e interpretar um instituto jurídico historicamente “Impõe compreender os interesses sociais envolvidos no seu significado prático, as forças econômicas que desencadearam sua existência, os anseios culturais que movem a sua aplicação”¹⁶¹.

Para bem compreender o fenômeno, importante a fundamental percepção de que não existem soluções propriamente corretas, como muitas vezes se buscou com o direito natural. Pode-se dizer ao menos, com certa tranquilidade, que não existe necessariamente uma solução correta para aquela sociedade, naquele momento, mesmo que se considere existir uma solução perfeita, a exemplo de uma justiça divina irrefutável, ela não serviria para todas as sociedades em todos os tempos, sendo considerada como o ponto final do direito, que não nega o seu necessário desenvolvimento.

O acima aduzido pode ser percebido, por exemplo, em relação à Lei de Talião. Para a nossa realidade, parece algo extremado e absurdo, mas, em sua gênese, foi a origem de uma noção de equilíbrio em relação às penas¹⁶², representando grande avanço em uma época na qual leis mais rígidas eram necessárias e representavam a realidade da sociedade.

¹⁶⁰ Sobre a concepção do direito sobre a ótica de Kelsen ler: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁶¹ KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de.; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil. Coleção Direito UERJ*. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 34.

¹⁶² PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 43.

O quê, em bem verdade, existe, é uma série de caminhos que podem ser seguidos, os quais trazem vantagens e desvantagens. Novamente, se ilustra o raciocínio com um exemplo, desta vez de uma situação muito cara e corriqueira ao direito contemporâneo, o choque entre princípios.

Os princípios são de extrema relevância no direito moderno, visando, justamente, traduzir valores da sociedade e tornar as normas-regras mais adequadas a um padrão de dever-ser para aquela sociedade. Ocorre que constantemente esses princípios se encontram em choque, tendo o operador do direito que analisar, *in casu*, como proceder e adequar a solução dada pelo direito.

Para isso, fora criada uma série de métodos e técnicas, a exemplo da ponderação e da proporcionalidade de Alexy¹⁶³. Tais técnicas surgem para que haja certo direcionamento e para possibilitar uma sensação de segurança e tecnicidade.

Apesar de importantes, tanto a sensação de segurança, quanto um tipo de critério nas decisões, não se pode escapar de que há, na maioria das vezes, *in praxis*, diversos caminhos possíveis, sendo que de uma sociedade, de um país, de uma cidade e até de um julgador para outro pode-se considerar que diferentes soluções são as ditas corretas.

O direito à liberdade de expressão é um ótimo recorte para perceber o quanto aduzido, especialmente quando se compara a sua extensão no Brasil e na Europa com a sua extensão nos Estados Unidos, onde possui uma força enorme, que se justifica em muito pela história da sociedade americana e sua extrema valorização à liberdade.

Contrastando, se não em conceito, ao menos na prática, com a ideia de que o direito é formado muito por escolhas ligadas a uma sociedade em específico e todos os seus múltiplos e complexos fatores, está uma outra questão muito arraigada à natureza humana, os costumes.

Como frisado em diversos momentos neste trabalho, as normas tendem a se perpetuar durante o tempo. Ao longo dos anos, novas regras são incorporadas, velhas são eventualmente ajustadas e algumas poucas são efetivamente modificadas para posicionamentos opostos, mas o esqueleto, a base, acaba por se manter em muito a mesma.

Esse processo é natural, afinal o conhecimento e as estruturas não surgem do nada, mas são construções realizadas tendo como base todo o conhecimento e soluções que já existem e vão se desenvolvendo. Mesmo quando se investiga as grandes mudanças e descobertas, como

¹⁶³ Sobre o tema ler: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. e SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

que a terra é redonda, o iluminismo ou a descoberta dos elétrons, é possível observar que existiram descobertas, ideias e anseios da própria sociedade que figuraram como precursores para que atingissem aqueles momentos.

No direito não é diferente, muito pelo contrário, a relação das normas atuais com construções que remontam ao passado é extrema. O principal retrato dessa situação é o Direito Romano, especialmente no que se refere ao direito privado. Nesse sentido, observa-se, como já mencionado que “dos 1.807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes na cultura romana”¹⁶⁴.

Observação, porém, deve ser feita para que não haja confusão relativamente ao ponto acima exposto. Não é porque um dispositivo tem bases históricas e sua origem remonta de muitos séculos que ele necessariamente não é mais adequado à atualidade, ou porque esse se perpetuou ao longo de milênios que não figura como a “melhor opção”.

As construções sobrevivem ao tempo porque, querendo ou não, atendem, mesmo que não perfeitamente ou de forma adequada, aos problemas reais. O que se pretende dizer, na realidade, é que se deve, ao estudar o direito, lançar um olhar crítico e, ao menos, tentar fugir um pouco de certas compreensões pré-concebidas para que se possa ter uma visão mais ampla das questões.

Tal reflexão é válida ao menos para que se adote a mesma solução, só que com uma maior segurança. Tendo em vista que, apesar de muitas vezes não ideal, afinal no direito muitas vezes tem-se que sacrificar algo em prol de proteger certas coisas, a solução dada pelo sistema é a que melhor se adequa a resolver a problemática.

As bases acima traçadas são de fundamental relevância para o estudo aqui intentado, em especial para a reflexão a que este capítulo se propõe. Como dito, não se busca negar ou reafirmar a sucessão necessária, mas bem compreendê-la e eventualmente explorar algumas outras possibilidades, para que assim possa se chegar a um entendimento consciente e sólido da matéria, não fundado apenas na repetição cega de um instituto que remonta a milênios.

¹⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

4.1 FUNDAMENTOS DA IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO COMPLETA DO PATRIMÔNIO FAMILIAR EM VIDA NA HISTÓRIA

Na linha do acima exposto, cumpre agora retomar a questão da sucessão necessária e buscar investigar os motivos dessa no tempo, visando entender as suas motivações dentro das sociedades, para só então refletir se esses motivos subsistem.

A retomada à gênese, o nascimento da reserva da legítima, passa, inevitavelmente pelo Direito Romano. Tratar do Direito Romano é algo, via de regra, complexo, haja vista estar se referindo a um período de mais de mil anos, em que essa sociedade e, conseqüentemente, o seu direito passaram por uma série de mudanças.

Como visto, a sucessão necessária em Roma adquiriu dois vieses, cabendo novamente ressaltar que esses são estudados conjuntamente por motivos didáticos “porquanto, em verdade, elas apresentam características diferentes, surgiram em épocas diversas, e evoluíram independentemente uma da outra.”¹⁶⁵.

São eles a sucessão necessária formal e a sucessão necessária material. A sucessão necessária formal representa restrição relativa ao aspecto formal do testamento, determinando que certos herdeiros devem ser expressamente mencionados no testamento, mesmo que para serem deserdados.

A sucessão necessária material é a que figura mais próxima a que se tem na atualidade e se apresenta enquanto uma restrição à matéria disposta no testamento. Nela os ascendentes e descendentes poderiam ingressar com a *querela inofficiosi testamenti*, na hipótese de que não lhes fosse deixada a cota parte da herança que lhes caberia, caso a sucessão fosse *ab intestato*, qual seja, 1/4 dos bens calculados sobre o patrimônio líquido do testador no momento de sua morte.

A reserva da cota legítima em Roma surgiu de forma tímida e foi se fortalecendo com o decurso do tempo. Refletindo sobre as possíveis origens da sucessão necessária formal, Moreira Alves aduz que as referidas formalidades surgiram enquanto uma maneira de servir de “freio a essa liberdade de testar do *pater familias*, pois, estando ele obrigado a aludir expressamente no testamento à deserdação, possivelmente ponderaria mais – do que faria se bastasse a simples omissão dos *sui* – antes de tomar resolução de tal gravidade”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 809.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 811.

Relativo às origens da sucessão necessária material, tem-se a ideia de solidariedade familiar. Compreendia-se que ao nomear pessoas estranhas ao invés de seus parentes próximos, o testamenteiro ofendia o “*officium pietatis*, esse liame moral que liga entre si tais parentes. Daí o testamento ser considerado *inofficiosum*, pois a última vontade do testador seria evidentemente motivada por ódio injustificável, que o tornava equiparável ao louco”¹⁶⁷.

Em Roma, a situação ganha especial relevo tendo em vista a estrutura da família e a questão da capacidade jurídica do indivíduo. Na terra dos Césares, a família era extremamente centralizada na figura do *pater familias*, tendo esse total, completo e duradouro poder sobre aqueles que vivessem sob o seu pátrio poder. Como bem esclarece Marky, “o pátrio poder implicava a centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *pater familias*. No Direito Clássico, esse era a única pessoa capaz de ter direitos e obrigações”¹⁶⁸.

Dessa forma, realmente, uma possível exclusão dos parentes próximos do testamento do *pater familias* poderia gerar consequências gravíssimas, tendo em vista justamente o patrimônio familiar estar concentrado exclusivamente nele.

Nesse ponto, pode-se fazer a importante percepção de que a preocupação com a manutenção de uma vida digna dos parentes mais próximos do *de cuius* está, de fato, no centro da justificação da reserva da legítima e do seu fundamento nas mais diversas sociedades.

Outra questão relevante a ser trazida é a manutenção da reserva da legítima no Código Civil francês, o qual, importante destacar, “serviu de parâmetro a todos os sistemas codificados sul-americanos”¹⁶⁹.

O que mais chama atenção para os objetivos deste trabalho em relação a isso é que as justificativas e funções da manutenção da legítima (com alterações, obviamente) no Direito Francês tiveram objetivos e funções sociais e políticas distintas das que fundamentaram o instituto em Roma¹⁷⁰. Vale destacar a observação do professor Eduardo Leite em relação a isso:

¹⁶⁷ MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 155.

¹⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código de Civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44.

¹⁷⁰ Nesse sentido, vale destacar os fundamentos da manutenção da legítima na sociedade francesa: “A Revolução Francesa, favorável à liberdade individual, admitiu evidentemente o testamento; mas, desejosa de manter a igualdade entre os herdeiros legítimos, temeu que o testamento permitisse defraudar as leis que instituíam essa igualdade, dispondo em favor do primogênito ou deserdando uma filha, o que representaria um retomo ao direito de primogenitura ou ao privilégio de masculinidade. Por isso, leis de Março de 1793 e do Nivoso do ano II reduziram a quota disponível a uma parte mínima da sucessão (um décimo, quando houvesse herdeiros na linha directa, um sexto, quando apenas existissem colaterais).” In: GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 694.

O direito francês intermediário, isto é, o período que medeia da queda da monarquia (*ancien régime*) ao advento do Code Civil é hostil à liberdade de testar, o que se explica por razões de ordem política: os revolucionários temiam que os particulares se servissem da liberdade de testar para restabelecer as desigualdades abolidas, especialmente o direito de primogenitura.¹⁷¹

Prosseguindo agora com o estudo através do viés de autores brasileiros, Pontes de Miranda, pensando a questão da sucessão necessária, bem resume algumas das principais justificativas doutrinárias:

a) A primeira concepção foi de ser tal regra jurídica emanção da compropriedade familiar (e.g., A. BOISTEL, R. TROPONG e A. RENOARD). b) A segunda, a de ser a sucessão legítima continuação da dívida alimentar [...] c) Alguns juristas sustentam tratar-se de fideicomisso tácito. Aí há alusão aos bens próprios das famílias, sujeitos à reserva costumeira, e a liberdade dos *aquestos*. [...] d) Outros juristas pretendem que se trate de vontade presumida do defunto. Tal justificativa que se poderia invocar para a sucessão legítima estaria em contradição com a herança necessária. [...] Dogmaticamente, o fundamento da regra jurídica, que se insere, por exemplo, no Código Civil brasileiro, art. 1721, não pode ser o da continuação da dívida alimentar, nem o da comunidade de herdeiros presumida. Historicamente, há a) o elemento da *iniuria* ao *officium pietatis*, que protegeu os filhos contra os pais impiedosos e às vezes tresloucados (sem os requisitos, embora, para a nulidade dos testamentos), sem que precisemos invocar o *color insaniae*, ou outro fundamento, e há b) o dado germânico, ético-jurídico, da comunhão matrimonial de bens e a posse da família ainda guardam (Código Civil, arts. 258, 259, 262, 495, 1.572, 1.579, § 2º, e 1.754). A quota disponível continua de exercer a função de mediadora entre o princípio da liberdade do proprietário dos bens e o direito dos descendentes (e dos ascendentes) à sucessão. No fundo, conciliam-se os interesses da família e os interesses provindos de amizade e gratidão.¹⁷²

Particularmente, considera-se que no caso da sucessão necessária não há como justificar o direito através do próprio direito, tal qual seria no caso de considerá-la como uma extensão da obrigação alimentar, a menos que se procure traçar certa analogia entre os fundamentos dos institutos.

Conforme pode ser percebido no tópico acerca da origem dos direitos, afigura-se tratar de uma questão social, de uma escolha feita para tentar suprir um problema que a realidade apresenta. Sendo assim, buscar a justificativa no direito assemelha-se a uma tentativa de voltar à visão maniqueísta de que há apenas uma solução e que qualquer outra conclusão é necessariamente errônea.

¹⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código de Civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 73.

¹⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. t. LV*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 213-215.

Voltando ao pensamento de Pontes de Miranda, pode-se perceber, em outra passagem do autor, que a manutenção de uma vida digna por parte dos herdeiros necessários é efetivamente o que se busca com a sucessão necessária e o possível entrave à sua extinção, *in verbis*: “Enquanto os bens da vida não se socializarem, o direito hereditário necessário deve existir. O Estado, que o abolir, tem, previamente, de assegurar o sustento e a educação dos descendentes de mortos.”¹⁷³.

Nos apontamentos de Paulo Nader, é igualmente possível perceber o mesmo tipo de preocupação. Traz o autor que “a instituição legal de herdeiros especiais, denominados necessários, para quem se reserva a metade do patrimônio, tem o seu fundamento nos laços de solidariedade que presumidamente envolvem tais sucessores e o *auctor hereditatis*.”¹⁷⁴.

Vale notar que, no momento da discussão acerca da promulgação do Código Civil de 1916, houve uma corrente dos parlamentares que defendeu, à época, a liberdade plena de testar. Os argumentos trazidos naquela oportunidade, porém, divergem dos fundamentos atuais apresentados pela doutrina para defender a liberdade plena de testar, sendo que o “pensamento vigente aquela época fundava-se em uma concepção de absolutismo do direito de propriedade e no privilégio da autoridade patriarcal sob os interesses dos outros familiares.”¹⁷⁵¹⁷⁶

¹⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. t. LVIII. 2. ed.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 46.

¹⁷⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões. 4.ed. re., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 171.

¹⁷⁵ PIRES, Caio Ribeiro. A Legítima e o Planejamento Sucessório: Entre o Antes e o Depois, o Inadiável Agora. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43.

¹⁷⁶ Nesse sentido, apesar de mais longo, relevante trazer os argumentos apresentados para a extinção da legítima, através do relato e com os comentários do próprio Clovis Bevilacqua: “Apreciemos, rapidamente, as razões de ordem moral e jurídica, invocadas em favor da liberdade de testar. a) o direito de testar é uma simples aplicação do direito de livre disposição, atribuído ao proprietário. Se este póde livremente, alienar o que é seu, durante a vida, não há razão para que se lhe proíba adiar os afeitos da transmissão da propriedade para depois da morte. Este raciocínio é, apenas, especioso. Não é certo que o proprietário goze de um direito absoluto de disposição. O seu direito soffre restrições impostas pelas necessidades da vida social. P. 752 [...] b) A Constituição, insistem, assegura o exercicio do direito de propriedade em sua plenitude. É um argumento sem valor. Em primeiro lugar, esse mesmo dispositivo, em que foram descobrir apoio para a liberdade de testar, submete o direito de propriedade ás restricções impostas pela necessidade ou utilidade publica. [...] c) A herança forçosa é uma injusta restricção á liberdade individual. É certamente uma restricção á liberdáde, como toda a organização jurídica. Para coexistirem, se hão de, necessariamente, limitar as pretenções de cada um; e a vida organizada em sociedade é o equilibrio da liberdade individual e das necessidades geraes. Não é, porém, uma restricção injusta, a que á lei impõe á liberdade de testar, porque é suggerida pela necessidade de proteger a familia contra o arbitrio do individuo; contra um impulso, momentaneo talvez, que sacrifica o bem estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar; contra as captações immoraes da cobiça, que se apodera do animo enfraquecido do moribundo, para arrebatat-lhe os bens, embora fique a familia na miseria. d) A liberdade de testar consolida a autoridade paterna, porque deixa ao pae o direito de transmittir o seu patrimonio ao filho mais digno da sua estima. É uma illusão. A hypocrisia, a intriga e a ganancia saberão illaquear a bôa fé dos paes, e lançarão a discordia entre os irmãos. E o prestigio da autoridade paterna deve procurar apoio em sentimentos mais elevados, deve resultar da dedicacão dos paes, que suscitará a veneração dos filhos, da rectidão, que imporá o respeito, do amor, que saberá gerar e conservar o amor. [...] e) A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque, não podendo o individuo contar com a herança, ha de, aguilhoadado pela necessidade, desenvolver as suas energias e consagrar-se ao trabalho.

Mais à frente serão abordados alguns dos posicionamentos atuais da doutrina acerca da reserva da legítima, mas antes de adentrar nos posicionamentos dos juristas, cumpre refletir acerca dessa norma e suas funções face à sociedade atual.

4.2 COTEJO DO SENTIDO HISTÓRICO COM OS VALORES DA ATUALIDADE

Os direitos existem, via de regra, para tutelar um bem jurídico que se busca proteger, ou seja, surge para exercer uma função na sociedade, seja para inibir certas ações, regulamentar uma situação ou garantir que determinadas medidas sejam realizadas. A sucessão necessária, como apontado no tópico anterior, tem como principal objetivo a manutenção de uma vida digna aos herdeiros necessários do testamenteiro.

O que se pretende questionar é: tal função ainda se faz necessária na sociedade atual? As razões que fizeram essa norma surgir ainda subsistem? Mais ainda, questiona-se se continua sendo justificado o cerceamento do direito do testador para que se realizem os fins a que a norma se propõe.

Inicialmente, aponta-se que a sucessão necessária em Roma, na visão deste trabalho, atendia a uma demanda efetiva da vida prática e figurava como uma restrição importante para aquela sociedade e momento histórico. Efetivamente, na família romana, o patrimônio girava muito em torno do *pater familias* e tirá-lo completamente do círculo familiar causaria graves consequências.

Nessa época, os “herdeiros necessários” eram, em regra, hipossuficientes em relação ao testador e verdadeiramente necessitavam do patrimônio dele para subsistir de forma digna. Tal situação, embora atenuada, perdurou durante muitos séculos, continuando o chefe da família a ser o centro dessa no que tange à questão financeira.

É de todos os argumentos invocados, o mais valioso, mas o seu valor persuasivo se attenúa e desfaz, deante de outras considerações de maior peso. A educação convenientemente dirigida obterá a mesma vantagem de desenvolver a capacidade de direcção na vida, sem as funestas consequências da liberdade de testar, entre as quaes avultam a inflação do egoísmo, que é retrocesso á animalidade, e a dispersão do grupo familiar, que impede o cultivo de afeições, que sómente no circulo familiar se podem desenvolver. E esta falha prejudica, enormemente, o aperfeiçoamento moral do homem. 3. - Os argumentos, em que se pretende apoiar a liberdade de testar, como se vê, desfazem-se deante do interesse superior da familia. Mas, se ha um filho mau, use o pae contra elle do direito de deherdação. O que é profundamente injusto é, por causa dessa possibilidade, comprometter os laços que unem a familia, porque é nesse ambiente de affecto que se desenvolvem as qualidades moraes do homem. O direito patrio concilia, convenientemente, os elementos em que se apoia o direito hereditario: a propriedade, elemento individual e a familia, elemento social. Elevou a porção disponivel á metade dos bens, e permittiu clausular a legitima. Conceder mais ao individuo seria sacrificar a familia, e, com ella, a sociedade, ao egoismo indisciplinado, absorvente e cruel.” In: BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 751-754.

Na época colonial, mesmo depois de mais de um milênio do auge da civilização romana, podia se observar que, na maioria dos casos, o sustento dos integrantes da família girava em torno dos bens do “chefe da família”, seja em relação a um comércio, fábrica ou em relação a um pequeno pedaço de terra ou grande latifúndio.

As mulheres, que ainda tinham a sua liberdade bastante limitada, não trabalhavam afora os serviços domésticos, e os filhos homens sobreviviam com a continuação do trabalho dos pais. A escolaridade era baixa, não havia qualquer tipo de programa social para amparar o indivíduo e a perda de um pai, mesmo com a manutenção de todos os seus bens, podia representar a ruína de todo um grupo familiar.

Sendo assim, na linha da sociedade romana, entende-se que a reserva da cota legítima era justificada, tendo em vista que no choque de bens jurídicos a serem protegidos se erigia em favor da legítima uma argumentação ainda sólida. Nessa linha de raciocínio, Raphael Furtado, em Dissertação de Mestrado com o tema “Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo” expõe:

Naquela sociedade, a limitação se justificou, pois as pessoas dependiam do patrimônio deixado por seus antepassados, especialmente da terra, para sobreviver, já que a mulher não era financeiramente independente e não havia sistema previdenciário que garantia ao cônjuge sobrevivente e aos descendentes menores pensão por morte. Além disso, a ideia de patrimônio familiar, apesar de inexistente no âmbito jurídico, não fora completamente superada por aquele povo. No Brasil Colônia, em que vigiam as Ordenações, a limitação à liberdade de dispor para depois da morte também era o único modo eficaz de se garantir aos familiares condições mínimas de sobrevivência após a morte de seu provedor, pois o país era essencialmente agrário, dependendo todos da terra para prover seu próprio sustento. A família brasileira do início da colonização se assemelhava, em muito, à família romana primitiva, até mesmo em termos religiosos, tendo o chefe de família no Brasil poder semelhante ao conferido ao *pater* romano. [...] Vê-se, portanto, que numa sociedade patriarcal, que se organizava em torno da família provida por um “chefe”, sendo todos os demais membros completamente dependentes do patriarca, era justificável a garantia de um quinhão mínimo para os herdeiros necessários, uma vez que a sorte deles estava diretamente relacionada à posse da terra.¹⁷⁷

Continua o autor trazendo a reflexão de que tal padrão, na sociedade brasileira, acabou por se perpetuar por um longo período de tempo, seguindo até o início da República, *in verbis*:

¹⁷⁷ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011. p. 135 - 136.

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. Além disso, a ideia de propriedade familiar ainda permanecia arraigada na mente do povo brasileiro, tanto que os filhos continuavam a trabalhar para o pai, desde cedo, com a expectativa e necessidade de, no futuro, serem contemplados com uma gleba rural de onde tirariam o sustento da família que viriam a constituir. De uma maneira geral, o cidadão não tinha meios para progredir e prover seu próprio sustento sem o recebimento da herança deixada, principalmente, por seus pais. Caso o sujeito fosse simplesmente deserdado, sem qualquer razão plausível, fatalmente a este não restaria outro destino que não fosse a vida em miséria.”¹⁷⁸

Não obstante se admitir que a sucessão necessária teve, do período do Brasil Colônia até parte do período Republicano, justificadamente, prevalência no embate com a liberdade de testar, tal afirmação não se sustenta no período atual. No panorama de hoje, observa-se um progressivo esvaziamento dos principais argumentos a favor da reserva da legítima.

A figura do chefe da família, antes tão centralizadora, não representa mais o papel que tinha em épocas passadas. Um dos importantes marcos que deve-se ter em conta é o da emancipação feminina. Ao longo dos anos, a mulher, apesar de todas as dificuldades que ainda existem, passou a poder representar o papel de protagonista em sua própria vida.

Com o ingresso no mercado de trabalho e a independência da mulher, não se pode enxergá-la mais enquanto uma dependente de um pai ou marido. A centralização dos bens do(a) chefe de família enquanto sustentáculo perene desse núcleo, igualmente, não figura como realidade prevalente. Os filhos maiores costumam buscar seus próprios caminhos, tendo o avanço do sistema educacional importante papel nesse processo.

Destaca-se, portanto, que:

Na grande maioria dos casos, no momento da abertura da sucessão, os sucessores do *de cuius* já são maiores, com suas próprias famílias já constituídas, possuindo perfeitas condições de prover seu próprio sustento, não dependendo da herança para a manutenção de vida digna. No caso da previdência social, como demonstrado anteriormente, esta é de filiação obrigatória para os brasileiros que exercem atividade econômica. Sendo assim, nos termos da legislação previdenciária, nenhum dependente do autor da herança ficará desamparado após sua morte, uma vez que a estes é

¹⁷⁸ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011. p. 136–137.

garantido o benefício previdenciário da pensão por morte. Aos dois pontos apontados pela autora francesa como elementos aptos a não mais justificar o instituto da legítima, acresce-se a emancipação feminina. Na medida em que a mulher se emancipou e passou a ocupar postos no mercado de trabalho, ela garantiu para si condições de prover seu próprio sustento, não sendo mais dependente economicamente de seu cônjuge.”¹⁷⁹

Considera-se, assim, que a ideia central a justificar a sucessão necessária se encontra, se não completamente desnaturada, ao menos, bastante esvaziada. Necessária ressalva, porém, deve e será feita no item 4.4 do presente trabalho, relativamente aos herdeiros necessários que se encontrarem em alguma situação de vulnerabilidade.

Fica também o questionamento, sendo a legítima uma “opção do Estado. Pode-se, assim, dizer que a legítima é um modelo de gerenciamento estatal do patrimônio. Cabe a indagação: seria, dessa forma, um certo paternalismo do Estado para com a sociedade?”¹⁸⁰.

Nesse sentido, um ponto que merece atenção é o fato de que, considerando a existência da sucessão necessária, perdura atualmente, muitas vezes, uma noção social de que os bens dos pais são de seus filhos. Assim, muitos filhos, maiores e capazes, se ressentem de seus pais simplesmente por esses não poderem eventualmente comprar uma residência para eles iniciarem as vidas ou veem os bens dos genitores como seus e tratam qualquer movimentação desses com rancor.

Especialmente quando se trata de pais idosos, acaba por não se vislumbrar um patrimônio desses que trabalharam e construíram-no a custa de seus esforços e podem, muitas vezes, querer simplesmente usufruir de tal patrimônio como preferirem. Resulta que em vez de garantir a solidariedade familiar, que seria o intuito da legítima, inspira uma série de desavenças e mágoas familiares, tornando as relações de afeto voltadas prioritariamente para o patrimonial.

Dessa forma, a herança, que é no final de contas (tirando as hipóteses de vulnerabilidades que serão tratadas em específico) um último presente daqueles que se vão, que ao invés de disporem do que têm em seu proveito, deixaram para os que aqui ficaram, acaba se tornando objeto de profunda ganância, trazendo o que há de pior no ser humano, destruindo laços familiares em grande parte pela noção inata de um direito próprio e irrestrito em relação a algo que não é seu e, como dito, é, em última análise, um presente a ser recebido com gratidão.

¹⁷⁹ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011. p. 136–137.

¹⁸⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. A Autonomia Privada e a Flexibilização dos Pactos Sucessórios no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Tomo I. 2. ed. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 161.

4.3 SUCESSÃO NECESSÁRIA X AUTONOMIA PRIVADA

Prosseguindo com esta análise, investiga-se a sucessão necessária à luz da autonomia privada. A Autonomia Privada é um dos principais, se não o principal princípio do Direito Civil, e apesar de não ser expressamente trazida no ordenamento pátrio, sua influência permeia todo esse, sendo que uma série de doutrinadores a inserem enquanto derivação de outros princípios constitucionais.

Nesse sentido, alguns autores questionam a regra da sucessão necessária, ao menos em relação aos herdeiros necessários maiores e capazes, trazendo o choque dessa com o Princípio da Autonomia Privada. Acerca da aplicação do referido princípio nas normas do Direito Civil, Raphael Furtado assevera que:

“Entendida a autonomia privada como um princípio fundamental de direito civil, todas as suas normas devem com ela harmonizar-se e, mais, promovê-la. Além disso, o intérprete, diante de casos concretos que permitem uma multiplicidade de entendimentos, deve conferir à norma a interpretação com maior conformidade possível à autonomia privada. [...] Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como regra geral a impossibilidade de imposição de limites sobre a mesma, sendo estes admitidos em caráter excepcional, apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício. [...] Assim, qualquer limitação à autonomia privada, que não esteja suficientemente justificada na proteção a direitos e garantias fundamentais do(s) afetado(s) por seu exercício é ilegítima e inconstitucional. A compreensão da autonomia privada passa a ter, portanto, dupla dimensão, devendo o operador do Direito observar se a norma jurídica, ao mesmo tempo, preserva os direitos e garantias fundamentais de todas as partes envolvidas.¹⁸¹

Percebe-se que, na compreensão do autor, tem a Autonomia Privada valor de princípio central dentro do direito, e, dessa forma, poder-se-ia realizar uma releitura da regra da sucessão necessária, haja vista essa violar o referido princípio. Para ela, tal violação só seria possível quando se chocassem com a Autonomia outros direitos e garantias fundamentais, o que se daria na visão do autor no caso de herdeiros necessários incapazes ou ainda dependentes do *de cuius*.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald chegam à conclusão análoga por um caminho diferente. Consideram, também, os doutrinadores que a sucessão necessária quando aplicada a herdeiros maiores e capazes é uma violação indevida da Autonomia Privada.

¹⁸¹ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011. p. 133-134.

Dessa maneira, reputam possível que não se apliquem as regras referentes à reserva da legítima nos casos de herdeiros maiores e capazes, devido à aplicação da tese da derrotabilidade das regras. Destaca-se passagem sobre o tema:

“Entendemos, pois, que o juiz, casuisticamente, poderá acobertar com o manto da validade e da plena eficácia o testamento celebrado pelo titular com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível) quando os herdeiros necessários são maiores e capazes, através da utilização da tese da derrotabilidade das regras, para permitir a realização de valores que se mostrem mais relevantes do que a proteção de herdeiros necessários. Assim, resguardará a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio. Com a derrotabilidade da norma-regra é possível impedir o sacrifício de valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo, somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto¹⁸²

Apesar de louvável, o presente trabalho não se filia à compreensão dos autores acima. A análise do conflito entre normas-regra e normas-princípio é de grande seriedade e precisa ser realizada com a devida cautela, especialmente quando se trata do direito privado, sob o risco de se ter uma grande insegurança jurídica, principalmente tendo em vista a infinidade de princípios que podem ser invocados.

Realmente é possível inferir a existência do Princípio da Autonomia Privada enquanto desdobramento de outros princípios constitucionais. Ocorre que se acaba por ter uma construção que não parece sólida o suficiente, ao menos para a função que se lhe pretende. Afigura-se temerário negar a validade de uma norma a partir de um princípio que, apesar de constar no espírito da norma, não está propriamente positivado. No âmbito do direito privado, considera-se que há de haver muita ressalva nesse tipo de interpretação, sob pena de começar a questionar todo o sistema civil, gerando infundáveis discussões que demorariam décadas para serem resolvidas e uma série de prejuízos.

Mesmo que superada a questão acima, há de se enfrentar o eventual choque de princípios. Nesse sentido, os defensores da reserva da legítima apontam que ao lado dessa se encontram, por exemplo, os valores constitucionais da proteção à família, da dignidade da pessoa humana (eventualmente apontada pelos dois lados) e da solidariedade.

Restaria, então, aplicar o método da ponderação ou da proporcionalidade para se chegar a um possível resultado. Retorna-se, assim, ao comentário inicial, dependendo do julgador poder-se-ia concluir, de forma “técnica”, a favor da prevalência de um lado ou de outro.

¹⁸² FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 65-66.

Assim, a compreensão de que a reserva da legítima não é válida, no sentido legal, no ordenamento jurídico pátrio, figura-se como frágil. Ainda que se possa, eventualmente, alçar tal entendimento, esse não parece ter base para resistir a reiterados julgamentos, a fim de se tornar posição majoritária.

Não se conclui, porém, com isso, que se está a dizer que a reserva da legítima deve necessariamente subsistir no direito pátrio e que se coaduna com os seus valores. Afirma-se, apenas, que a questão não poderia (ou deveria) ser tratada no campo da técnica do direito, mas sim na política do direito. No sentir desta análise, tal mudança, caso se entenda por ela, deve vir pelo campo legislativo, até porque significaria uma grande mudança de paradigma e exigiria uma alteração em uma série de institutos e adequação de outros.

Passa-se agora para a investigação da sucessão necessária a luz da autonomia privada enquanto um valor de grande relevância dentro de nossa sociedade. Não obstante haja questionamentos acerca da autonomia enquanto princípio positivado, inegável a influência dessa por todo o direito privado e, assim sendo, a sua relevância enquanto um valor a ser observado.

Nesse ínterim, esclarece-se que, para o presente estudo, o ponto central da questão não é de natureza patrimonial, mas existencial. Conforme exposto no tópico sobre a autonomia existencial, apesar das principais consequências da sucessão necessária, que, diga-se de passagem, não são poucas, serem de natureza patrimonial, o cerne da questão é de natureza extrapatrimonial.

Isso pode ser afirmado em relação a ambas as faces da questão. De um lado, tem-se a questão do testador poder ou não dispor de seus bens da forma que entender, sendo livre para escolher com base nas relações de afeto e não puramente de sangue. De outro, os herdeiros necessários são uma barreira eminentemente moral relativa à preferência do *de cuius* por outros que não esses.

A ilação de que a barreira relativa aos herdeiros necessários é de ordem moral não necessita de grande reflexão para ser confirmada. Veja-se, se a questão central é a subsistência dos herdeiros necessários, como já se concluiu anteriormente, o que dizer nos casos em que os herdeiros têm mais bens que o *de cuius*? Ou, caso se raciocine no sentido da subsistência do ser humano, quando os herdeiros forem preteridos em favor de uma instituição de caridade que abriga órfãos ou pessoas em situação de rua?

Tal reflexão importa para notar que a argumentação principiológica é possível nos dois sentidos, não sendo “apenas” o direito de propriedade do testador a ser violado. Com isso,

busca-se afastar o argumento de que a liberdade de testar é fruto do egoísmo e individualismo, hoje tão combatidos no Direito Civil.

Em bem verdade, a liberdade de testar vem também para garantir direitos ligados à personalidade e dignificar o ser humano, lhe proporcionando uma liberdade ligada a uma das questões mais centrais da existência humana, o seu fim. Não sendo justo que se viole um aspecto tão importante da liberdade individual, que é afinal tão essencial ao ser humano, tendo em vista resguardar um objetivo que, como visto no tópico anterior, já se encontra, no mínimo, muito diminuído em sua necessidade prática.

Apesar de se tratar de corrente ainda minoritária, uma série de autores já questiona a reserva da legítima, ao menos em alguns casos, trazendo que se trata de violação exagerada à autonomia do sujeito¹⁸³.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald seguem essa linha de raciocínio, aduzindo não encontrarem sentido na restrição à esfera de liberdade do testador:

¹⁸³ Para além dos autores mencionados a seguir, vale notar que começam a surgir trabalhos em sede de dissertações de mestrado e teses de doutorado questionando a legítima no ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido, vale destacar uma sistematização dos pontos trazidos nestes trabalhos e pela doutrina em geral que defende uma modificação do instituto: “Sustenta-se tal posicionamento a partir de duas constatações principais: a) descompasso da sucessão reservatária com as transformações sociais; b) inefetividade jurídica de suas regras para realização dos objetivos a que deveriam servir. [...] Neste sentido, relata-se um aumento da expectativa de vida da população (a.1.1), consequência do avanço da medicina e das melhores condições de higiene disponíveis. Diante deste quadro, passa-se a se herdar mais tarde. Portanto, no momento da transmissão causa mortis, muitas das vezes, os descendentes já receberam educação e estão na fase produtiva de suas vidas, sustentando-se sem o auxílio do ascendente. Então, tornar-se-ia duvidoso obrigar o autor da herança a deixar bens no intuito de impedir a falta de recursos gerada pela sua morte. Afinal, a proteção patrimonial, em verdade, significaria um mero conforto econômico. Ademais, sustenta-se uma pulverização tanto desta função econômica e mantenedora antes imputada à família, quanto dos instrumentos dos quais os particulares podem se utilizar com o fim de assegurar a sobrevivência de seus dependentes (a.1.2). Nestes termos, a política de seguridade social visa, exatamente, garantir, pela via do Estado, que todos os cidadãos sejam segurados contra infortúnios, como a morte de um provedor econômico. Além disso, outras ferramentas estariam à disposição dos particulares que pretendessem amparar determinado familiar. Conforme esta dinâmica, o seguro de vida representaria uma maneira de o autor da herança deixar quantias específicas, de dinheiro em espécie (ou seja, riqueza com liquidez), a quem ele sabe precisar de seus subsídios. [...] Exemplos não faltam, tal como a exclusão sucessória que garante aos cônjuges de segunda união se planejar e viver o matrimônio sem se preocupar com a transmissão da herança entre si no momento da morte. Também, a deixa testamentária de toda a herança ao filho menor de idade, subsistindo outro maior e autossuficiente, ou de substancial parte de tal patrimônio. No entanto, nenhuma das duas estratégias sucessórias resiste à intangibilidade da parcela indisponível, sofrendo as consequências das normas que determinam a sucessão necessária. Assim, parte da doutrina enxerga potencial na ampliação da liberdade de testar. Diante deste ponto de vista, acredita-se que a concretização dos desejos do autor da herança realizaria os valores e princípios estampados na Constituição da República em maior medida do que a lei cogente. Mais uma vez, o ponto de vista é demonstrado tanto sobre a ótica da solidariedade existencial (b.1) quanto de solidariedade material (b.2). Desta forma, observa-se que munido de uma autonomia privada maior o testador estaria autorizado a privilegiar os verdadeiros laços afetivos proporcionados pela vida, independentemente das amarras da conjugalidade e do parentesco (b.1). Ademais, esta corrente elabora questionamentos relativos à insuficiência da legítima como ferramenta de proteção à segurança alimentar, o que impacta em uma realização jurídica defeituosa da solidariedade material quando se precisa que ela produza efeitos (b.2). In: PIRES, Caio Ribeiro. *A Legítima e o Planejamento Sucessório: Entre o Antes e o Depois, o Inadiável Agora*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43-45.

Em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular. Até porque o ofício do pai se impõe *em razão do exercício do poder familiar* – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes. Cuida-se de uma *interdição parcial* na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica.¹⁸⁴

Prosseguindo o raciocínio, os autores seguem afirmando que além da indevida interferência na autonomia do sujeito, a restrição acabaria, muitas vezes, por não atender também a um padrão de justiça:

Não se pode ignorar os direitos de quem é titular de um patrimônio adquirido pessoalmente, em especial fruto de seu esforço e trabalho, de escolher o caminho que os seus bens devem percorrer, por transmissão sucessória. Sabendo as potencialidades, fraquezas, méritos... de seus familiares e das pessoas que o circundam, o titular precisa ter respeitada a sua vontade (quando não existam herdeiros necessários incapazes, em nosso sentir) [...] O que é mais importante em uma relação familiar é o laço de solidariedade, não a transmissão patrimonial. É violenta a limitação da liberdade de testar de um pai, por exemplo, que sabe que os seus filhos são maiores e capazes e possuem um vasto patrimônio, maior do que o seu mesmo, e que, por isso, gostaria de beneficiar um irmão desamparado e desafortunado.¹⁸⁵

Pablo Stolze segue igual entendimento, esboçando que, na linha do que se defendeu no tópico anterior: “essa restrição ao direito do testador, como dito, se já encontrou justificativa em sociedades antigas, em que a maior riqueza de uma família era a fundiária, não se explica mais nos dias que correm.”¹⁸⁶

Também seguindo a compreensão de que a questão afetiva deve ser o principal guia das disposições patrimoniais e defendendo a liberdade de testar, o referido doutrinador prossegue afirmando que “se o que justifica o benefício patrimonial *post mortem* é o vínculo afetivo que une o testador aos seus herdeiros, nada impediria que aquele beneficiasse os últimos por testamento, de acordo com a sua livre manifestação de vontade.”¹⁸⁷

Além do quanto exposto, necessário analisar a questão dos eventuais herdeiros vulneráveis com maior atenção, pois, em relação a esses, o choque entre os princípios pode chegar eventualmente a uma solução diferente, observando os bens jurídicos que devem ser tutelados nesse tipo de situação.

¹⁸⁴ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 64-65.

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 38.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 39.

4.4 RESERVA DA LEGÍTIMA E A QUESTÃO DOS VULNERÁVEIS

Como dito, a questão dos herdeiros necessários que se encontram em posição de vulnerabilidade é ponto deveras relevante, e merece, pela sua particularidade, uma análise específica. Iniciando a investigação, faz-se necessário esclarecer, primeiramente, quem se entende enquanto herdeiros necessários em situação de vulnerabilidade.

A reserva da legítima para o testador, conforme referido, efetivamente tem uma grande natureza existencial, porém, em relação aos herdeiros, possui natureza primordialmente patrimonial. Dessa forma, a vulnerabilidade aqui tratada não será a afetiva, para a qual, infelizmente, o Direito Sucessório não apresenta solução.

Trata-se, portanto, de uma vulnerabilidade patrimonial frente ao testador. Nessa categoria se inserem, por óbvio, os descendentes menores de idade, os quais dependem dos seus ascendentes para proverem o seu sustento. Em raciocínio análogo ao da pensão alimentícia, pode-se também incluir os descendentes de até 25 anos (adotado pela jurisprudência, para ações de alimentos) que ainda estejam completando os seus estudos (não incluindo nesses, cursos de pós-graduação)¹⁸⁸.

Ressalta-se que, *in casu*, a analogia com a pensão alimentícia é muitíssimo válida, haja vista que o instituto busca justamente suprir àqueles a quem se tem o dever de sustento e estão em situação de vulnerabilidade financeira. Nessa linha, não se considera razoável entender-se

¹⁸⁸ Nesse sentido, destaca-se trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça: Pacífica a jurisprudência do STJ e desta Corte no sentido de que, mesmo após a maioria civil do beneficiário de pensão alimentícia, o dever de alimentar se estende até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, desde que o alimentando comprove estar matriculado em instituição de ensino superior ou técnico profissionalizante. [...] Uma vez extinto o poder familiar, pela maioria é imprescindível que o titular do direito aos alimentos comprove a sua necessidade, para que persista a obrigação. Note-se, ademais, que ainda após extinto o poder familiar, em razão de maioria, seus efeitos continuam repercutindo na esfera jurídica do alimentante, se o alimentado não tiver alcançado a idade de vinte e quatro anos e se encontre em formação acadêmica técnica ou de nível superior. Dessa maneira, o que se deseja é atender as necessidades da educação, que os pais possam proporcionar a seus filhos uma ocupação profissional de melhor nível, que permita, no futuro, qualidade de vida compatível com a condição social do alimentado. O STJ editou a súmula 358, cujo enunciado segue: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. A matéria versada nos autos já se encontra pacificada em nossos Tribunais no sentido de que os pais têm o dever de pensionar seus filhos até 24 (vinte e quatro) anos, desde que estes estejam matriculados em unidade de ensino técnico ou de nível superior. A continuidade dos alimentos destinados ao filho após atingir a maioria é permitida quando presente a possibilidade de formação educacional e profissionalizante do mesmo, justamente para não frustrar a possibilidade de ascensão profissional do alimentando. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.378.454-RJ. Agravante: S B S. Agravado: S S S. Relator: Min. Antonio Carlos Pereira. Brasília, 30 nov. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201802631784&dt_publicacao=06/12/2018>. Acesso em: 5 mar. 2023

como vulnerável uma pessoa maior de idade, que já finalizou os estudos e está apta ao trabalho, por mais que momentaneamente precise de auxílio.

Pontua-se, por outro lado, que nada impede que esses descendentes sejam contemplados enquanto herdeiros. Em bem verdade, a regra é que o sejam, seguindo o quanto ditado pela sucessão legítima que possui grande prevalência no Brasil em relação à sucessão testamentária.

Ainda quanto aos descendentes maiores, eventuais exceções devem ser postas em relação aos portadores de deficiência. Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, esses passaram a ser plenamente capazes, sendo assim, quando maiores e com os estudos completos, seriam excluídos deste rol de vulneráveis.¹⁸⁹

Não se pretende aqui retroceder a noções preconceituosas e equivocadas do passado equiparando todas as pessoas com deficiência como um grupo único. As deficiências podem ser de vários tipos e graus, sendo que somente alguns casos irão se enquadrar no espectro aqui investigado.

Entende-se que seriam vulneráveis, na acepção de vulnerabilidade aqui utilizada, aquelas pessoas que, em razão de suas deficiências, enfrentem dificuldades para se sustentar sozinhas e por isso necessitem/utilizem da ajuda financeira do *de cuius*. Por óbvio, tal percepção teria que ser feita no caso concreto, seguindo os eventuais parâmetros legais.

Relativo ao cônjuge e ao companheiro, não parece, porém, haver tal vulnerabilidade. A esmagadora maioria dos casamentos e uniões estáveis no Brasil são celebrados sob o regime legal da comunhão parcial de bens, na qual o cônjuge/companheiro já tem direito à meação dos bens disponíveis.

Questionamento poderia ser posto no que tange aos casos em que se adote o regime de separação total de bens. O raciocínio, porém, permanece o mesmo, haja vista que quando tal regime é utilizado, via de regra, é por pessoas que já possuem grande patrimônio pessoal individualmente e/ou não pretendem misturá-lo, de forma que a sucessão necessária acabaria por, na realidade, burlar o principal objetivo desse regime de bens.

¹⁸⁹ O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil para excluir pessoas com deficiência do rol dos incapazes e relativamente capazes, nesse sentido, vale destacar o artigo 6º do referido dispositivo: “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” In: BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 07 mar. 2024.

Necessário também notar que o regime de bens é uma escolha, não uma imposição, que é feita por pessoas livres e capazes. Ressalta-se, por oportuno, que não se pretende sugerir uma retirada da, esta sim correta, posição do cônjuge/companheiro na sucessão legítima, de maneira que a exclusão desses em relação aos direitos patrimoniais do *de cujus* terá que se dar por dois atos de vontade distintos, expressamente nesse sentido, o primeiro na escolha do regime de bens e o segundo o excluindo da sucessão através do testamento.

Partilhando desse entendimento e questionando o cônjuge enquanto herdeiro necessário, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald aduzem:

Nada contra proteger o cônjuge (e o companheiro) quando há uma vontade do titular do patrimônio nesse sentido. O que não nos parece razoável é impor a alguém que pretende transmitir o seu patrimônio, adquirido por esforço único, para os seus filhos, unicamente, a imperativa divisão sucessória com o cônjuge - que, insista-se à exaustão, pode não ser o ascendente ou descendente dessa prole. Viola-se, a mais não poder, a autonomia privada, ferindo de morte a própria liberdade que serve como esteio do estado constitucional de direito.¹⁹⁰

Quanto aos ascendentes, não se considera que se encaixem na maioria das situações da referida vulnerabilidade. A despeito do quanto aduzido, *in casu*, essa pode ocorrer de maneira que se mantém o raciocínio análogo ao da pensão alimentícia, com a modificação de considerar-se que não seria o caso de pressupor a vulnerabilidade, como em relação aos filhos menores, mas de que se comprove essa faticamente.

Ultrapassada a questão de quem se enquadraria no rol dos vulneráveis, parte-se para a reflexão da sucessão necessária em relação a esses. Na linha de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves e Raphael Furtado, não se defende uma liberdade testamentária completa, na linha seguida pelos Estados Unidos, por exemplo.

Assim como os mencionados autores, considera-se que apesar da sucessão legítima, de maneira genérica, representar uma intrusão indevida na liberdade do indivíduo, no caso de herdeiros necessários que se encontram em posição de vulnerabilidade, essa se torna relevante.

Essa linha de raciocínio tem sido, inclusive, seguida, ao longo do tempo, pelos próprios países que preveem a liberdade completa de testar, os quais acabaram por perceber a necessidade de proteger alguns grupos que poderiam ficar em situação de eventual vulnerabilidade¹⁹¹.

¹⁹⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 302.

¹⁹¹ Sobre o tema, vale notar que “Na Inglaterra, até 1938, a liberdade de dispor, do de cujus era plena. A partir desta data o princípio da liberdade ilimitada foi temperado em proveito dos parentes mais próximos do testador (cônjuge sobrevivente, filhos, ou pessoas que vivem sob os cuidados do testador) pelo Inheritance Family

Efetivamente as críticas anteriormente tecidas acerca da reserva da legítima se enfraquecem quando se enfrenta a questão da vulnerabilidade. Em bem verdade, o esforço realizado anteriormente foi justamente para demonstrar que na maioria dos casos não há uma vulnerabilidade que justifique a restrição de liberdade, o que parece estar devidamente claro.

Nessa senda, diante das situações aqui tratadas, vislumbra-se que o ordenamento jurídico deve proteger os hipossuficientes em detrimento da liberdade do testador. Dessa forma, se encontraria o equilíbrio entre proteger aqueles que efetivamente necessitam dessa proteção e garantir a liberdade do testador, que, conforme já tratado, não figura como mero capricho fruto do individualismo, mas sim importante expressão da autonomia existencial.

Por fim, impõe asseverar que o objetivo do presente estudo é investigar a possibilidade de disposição livre do patrimônio familiar, observando assim a sucessão legítima à luz da autonomia privada e dos seus sentidos na história, não se pretende fazer uma proposta fechada de alteração legislativa ou algo do gênero. O que se intenta é estabelecer bases teóricas que possibilitem a discussão do tema e o seu desenvolvimento.

De certo seria possível redigir uma proposta válida de alteração legislativa, mas, dentro das bases que foram estabelecidas, poderia ser contraditória uma proposta nesse sentido, visto que a conclusão que se alcança passa muito mais pela necessidade de reflexão social sobre o tema do que necessariamente que haveria um caminho “correto” ou apenas uma solução a ser seguida.

Em bem verdade, parece que existem múltiplos caminhos válidos e inúmeras formas de eventual redação do artigo de lei. E justamente por isso, obviamente abrindo espaço para críticas, apesar de se chegar a uma linha de raciocínio fechada sobre o tema, faz-se necessário admitir que ela não é a única possível e que o direito serve à sociedade e deve se adequar às suas necessidades, e não o contrário.

Provision Act (em 1938) e pelo Inheritance Provisions for Family and Dependents Act, de 1975. Os temperamentos trazidos pelas duas legislações não se materializam na constituição de uma "reserva", representando uma fração da sucessão, como ocorre no direito europeu continental (e no brasileiro). A lei garante aos interessados a possibilidade de ingressar com uma ação tendente a reconhecer os direitos na sucessão do defunto. Na apreciação do pedido o juiz levará em conta as vantagens que o testador poderia ter concedido ao requerente, a situação financeira do mesmo, a atitude que ele teve em relação ao defunto e a importância da sucessão. Nos Estados Unidos, todos os Estados concedem às viúvas uma certa proteção contra o testamento que pretende as deserdar. Esta proteção é feita segundo diversos métodos, dote que reveste a forma de um direito vitalício relativo a um terço da sucessão, cota parte sobre a plena propriedade do patrimônio do cônjuge falecido, etc. Em compensação, na maioria dos Estados norte-americanos, os filhos podem ser inteiramente excluídos, salvo aqueles nascidos após a assinatura do testamento. Alguns Estados conhecem a instituição do "bem de família" que fica reservado ao uso da viúva e dos filhos menores, sendo, pois, proibido, legá-lo. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código de Civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 40-41.

Caso se entenda por uma modificação legislativa, o caminho mais interessante parece ser o de diálogo com a sociedade sobre a norma e não uma mera imposição ou simples repetição do que existe há milênios sem maior discussão, enfrentando infelizmente esse debate um fantasma paternalista, sem a devida análise das efetivas vulnerabilidades, que muitas vezes nossa legislação decide seguir.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho, desenvolvido em quatro capítulos, conforme exposição introdutória e conforme os marcos teóricos adotados, termina por orientar as conclusões a seguir expostas:

- a) É importante revisitar e analisar com um olhar crítico as construções do direito para poder perceber se os motivos que levaram a sua gênese subsistem ou se trata-se de uma mera repetição, por vezes acéfala, de um instituto que muitas vezes não mais se justifica no panorama atual.
- b) Não é porque uma construção remonta há muitos séculos e foi sucessivamente reproduzida nas legislações, sem grandes alterações na maioria das vezes, que necessariamente não é válida ou adequada a um padrão de dever-ser.
- c) O fundamento central da reserva da legítima, o bem jurídico que se visa proteger com a norma restritiva, é a proteção/garantia de uma vida digna aos herdeiros necessários. Tal fato é perceptível pelo processo de gênese do instituto em Roma e pelas suas justificações ao longo dos séculos.
- d) Sobre as bases da sucessão necessária, percebe-se que não é válido reputar a sua justificação a partir da obrigação alimentar ou em outro instituto legal, afinal, o direito, ao menos nesse caso, não serve para justificar o próprio direito, tendo por trás dele, na sua essência, uma questão social a qual as normas pretendem regular em um ou outro sentido.
- e) No que tange à sustentação da restrição à liberdade de testar, entende-se que, efetivamente, encontrou justificativa no passado, tendo em vista principalmente o papel centralizador do chefe da família frente aos seus sucessores. Havia nesses casos, via de regra, uma forte dependência econômica, de maneira que a total liberdade de testar poderia, eventualmente, levar os sucessores a completa ruína.
- f) Dentro dessa dependência econômica, se destaca a questão do papel que a mulher exercia na sociedade, bem como o fato do sustento dos integrantes da família girar, na maioria dos casos, em torno dos bens do “chefe da família”, seja em relação a um comércio, fábrica seja em relação a um pequeno pedaço de terra ou grande latifúndio.
- g) No panorama atual, porém, os principais argumentos a favor da reserva da legítima se esvaziaram, tendo em vista a luta pela liberdade das mulheres, o advento da

previdência social e o fim, em grande parte, da centralização econômica do núcleo familiar em torno do patrimônio do(a) “chefe de família”.

- h) Acerca da liberdade de testar, aduz-se que para o testador, muito mais do que uma questão patrimonial, trata-se de uma questão existencial. Inegáveis os efeitos patrimoniais para os herdeiros, mas para o *de cujus*, a distribuição de seus bens está mais ligada às questões extrapatrimoniais, especialmente o afeto.
- i) Relativo ao evidente choque entre autonomia privada e sucessão necessária, não se considera, como alguns autores, que se possa negar a validade da norma instituidora da reserva da legítima frente à violação da autonomia.
- j) Figura-se como frágil a construção, tendo em vista que a autonomia privada é princípio implícito, não estando diretamente positivada no direito brasileiro, além disso, seria necessário para tanto tomar como paradigma a aplicação direta dos direitos fundamentais no direito privado e, mesmo assim, seria possível fazer uma argumentação principiológica nos dois sentidos, podendo se chegar, de maneira técnica, a qualquer uma das soluções.
- k) Nessa senda, a questão da plena liberdade ou não de testar tem de ser objeto não da técnica do direito, mas da política do direito, devendo a referida mudança, caso se entenda por ela, vir através do campo legislativo.
- l) Refuta-se a noção de que a liberdade plena de testar é fruto do egoísmo e individualismo, afirmando-se que a liberdade de testar serve, em bem verdade, para garantir direitos ligados à personalidade e dignidade do ser humano, lhe proporcionando uma liberdade ligada a uma das questões mais centrais da existência humana, o seu fim.
- m) Dessa forma, não se afigura razoável violar aspecto tão relevante da liberdade individual no sentido de manter a restrição à liberdade de testar, tendo em vista, inclusive, que essa visa resguardar um bem jurídico que se encontra, no mínimo, muito diminuído em sua necessidade prática.
- n) Necessária ressalva é feita no que tange aos hipossuficientes, em uma acepção econômica, frente ao testador. Seriam vulneráveis, nesta acepção, os descendentes menores e os maiores que ainda não tenham completado seus estudos, bem como os ascendentes e os descendentes portadores de deficiência, desde que comprovem a referida vulnerabilidade.
- o) Dos herdeiros necessários a ingressar nesse rol seriam excluídos os cônjuges. Tal exclusão se justifica tendo em vista serem beneficiados com a meação dos bens.

Nos casos em que se optou pelo regime da separação total de bens, também não parece razoável a reserva da legítima, levando em consideração que o objetivo do regime é justamente realizar uma separação entre os patrimônios.

- p) Nos casos de herdeiros vulneráveis, nos termos mencionados, considera-se que efetivamente há de se proteger esses em detrimento da liberdade testamentária. Dessa forma, se alcançaria o equilíbrio entre proteger aqueles que realmente necessitam dessa proteção e garantir a liberdade do testador.

Arrematando tudo quanto ponderado, conclui-se, por fim, que os fundamentos da sucessão necessária, apesar de relevantes historicamente, não mais subsistem e que apesar de efetivamente haver um choque entre a reserva da legítima e a autonomia privada, esse deve ser resolvido pela via legislativa. Conclui-se, igualmente, que a liberdade absoluta de testar deve ser relativizada nos casos de herdeiros hipossuficientes, em uma acepção econômica, frente ao testador.

Uma última observação acerca das conclusões alcançadas incumbe no sentido de não se pretender nem se considerar conveniente demonizar um instituto porque ele não parece ser a opção mais interessante, visto que, como dito, se trata de uma opção social e legislativa. A reserva da legítima efetivamente protege bens jurídicos (apenas parece violar outros em maior medida) e pode sim ser a escolha da sociedade para reger as suas relações, como o é atualmente em boa parte dos países.

Não obstante, rever conceitos, ainda mais os reproduzidos ao longo de séculos, é essencial para que se possa chegar a um direito mais adequado a um padrão de dever-ser dentro daquela sociedade e tempo, atingindo melhor o seu objetivo enquanto norma que rege um povo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quarto Livro*. 14ed. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceara, 1967.

BASTOS, José Tavares. *O testamento feito pelo próprio testador*. Rio de Janeiro: Garnier Irmãos, 1911.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

_____. *Direito das Sucessões*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

_____. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de dez. de 1907. *Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

_____. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 07 mar. 2024.

_____. Lei nº 15.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.378.454-RJ. Agravante: S B S. Agravado: S. Relator: Min. Antonio Carlos Pereira. Brasília, 30 nov. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201802631784&dt_publicacao=06/12/2018>. Acesso em: 5 mar. 2023

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.026.288 - SP. Recorrente: Luiza Olegario Fonseca Lima. Recorridos: Paola Mara Cepollina; Rogerio Penteado Proenca; Antonio Franco Cepollina; Marcia Cristina Cotrim Cepollina; Carla Cepollina. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2288242&num_registro=202201312367&data=20230420&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2023

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERGUSON, Kate. *How German angst created the welfare state*. *Deutsche Welle*, 29 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://www.dw.com/en/how-german-angst-created-the-welfare-state/a-48048444>>. Acesso em: 28 de out. de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. volume 1: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1951

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. Por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JORNAL O TEMPO. *Bill Gates deixará só 1% da fortuna de herança para filhos, R\$ 50 mi para cada*. 2024. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/mundo/bill-gates-deixara-so-1-da-fortuna-de-heranca-para-filhos-r-50-mi-para-cada-1.3327834>> Acesso em: 01 mar. 2024.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson. *Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil*. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de.; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Coleção Direito UERJ.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código de Civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. *Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69802>. Acesso em: 12 set. 2022.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coor.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. São Paulo: Malone, 2017.

MARTINS JUNIOR, Jose Isidoro. *Historia do direito nacional*. Rio de Janeiro : Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões: volume III*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES CORDEIRO, António Manoel da Rocha e apud REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. t. IV*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de Direito Privado. t. V*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de direito privado. t. LV*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

_____. *Tratado de direito privado. t. LVIII*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 4.ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária: vol II*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 06/10/2022.

NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. *O estatuto constitucional da autonomia privada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado - VI*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Instituições de Direito Privado - V. I*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REVISTA EXAME. *Ex-NBA, Shaq não deixará herança aos filhos: 'Nós não somos ricos, eu sou'*. 2021. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/mundo/bill-gates-deixara-so-1-da-fortuna-de-heranca-para-filhos-r-50-mi-para-cada-1.3327834>> Acesso em: 01 mar. 2024.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios de direito político: texto integral*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

TARTUCE, Flávio (org.); CASTILHO, Ricardo (org.). *Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial: Estudo em Homenagem a Professora Giselda*. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Tomo I. 2. ed. 4. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Arquitetura do planejamento sucessório*. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas., 2008.

VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico], São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 set. 2022.