



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANILO MATEUS NOVAES DAS VIRGENS

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA
ANÁLISE ACERCA DA PERTINÊNCIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA
E RESERVA LEGÍTIMA NA CONTEMPORANEIDADE.**

Salvador

2021

DANILO MATEUS NOVAES DAS VIRGENS

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA
ANÁLISE ACERCA DA PERTINÊNCIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA
E RESERVA LEGÍTIMA NA CONTEMPORANEIDADE.**

Trabalho de conclusão de curso ao Programa de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Dr. Leandro Reinaldo da Cunha

Salvador

2021

DANILO MATEUS NOVAES DAS VIRGENS

**AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DAS SUCESSÕES: UMA
ANÁLISE ACERCA DA PERTINÊNCIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA
E RESERVA LEGÍTIMA NA CONTEMPORANEIDADE.**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador, 14 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Leandro Reinaldo da Cunha (**Orientador**)

Pós-doutor e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) Professor da Universidade Federal da Bahia

Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Doutora em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) Professora da Universidade Federal da Bahia

Técio Spínola Gomes

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) Professor da Universidade Federal da Bahia

VIRGENS, Danilo Mateus das. *Autonomia privada e direito das sucessões: uma análise acerca da pertinência da sucessão necessária e reserva legítima na contemporaneidade*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a realizar uma discussão dialética acerca da sucessão necessária, reserva legítima e da autonomia privada, com o intuito de entender a pertinência da manutenção na contemporaneidade destes institutos no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo uma análise acerca dos possíveis embates e alinhamentos entre a autonomia privada e os institutos. Neste sentido, no primeiro capítulo realiza-se um apanhado histórico dos direitos das sucessões, buscando compreender as razões para a criação da sucessão necessária. No segundo capítulo, promove-se uma análise acerca da autonomia privada, seu conceito, suas nuances, bases, limitações e desdobramentos dentro do ordenamento e das relações civis, de modo a entender como funciona a compatibilização do instituto com o direito das sucessões. No terceiro capítulo, pesquisa-se a existência ou não da sucessão necessária e legítima no direito comparado, de modo a entender como os outros países tem tratado do tema atualmente. Por último, desafia-se a pertinência da sucessão necessária e da reserva legítima, através da análise dos fundamentos históricos dos institutos, do contexto, valores e necessidades sociais atuais, da questão dos vulneráveis e daquilo constatado no direito comparado, concluindo-se com o embate entre a autonomia privada e a sucessão necessária e legítima na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Civil; Autonomia Privada, Sucessão Necessária; Reserva Legítima

VIRGENS, Danilo Mateus das. *Autonomia privada e direito das sucessões: uma análise acerca da pertinência da sucessão necessária e reserva legítima na contemporaneidade*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

The present work proposes to carry out a dialectical discussion about the necessary succession, reserve of legitimate and private autonomy, in order to understand the relevance of maintaining these institutions in the contemporary Brazilian legal system, promoting an analysis of the possible clashes and alignments between private autonomy and the institutes. In this sense, in the first chapter a historical overview of the succession rights is made, seeking to understand the reasons for the creation of the necessary succession. In the second chapter, an analysis is carried out about private autonomy, its concept, its nuances, bases, limitations and developments within the order and civil relations, to understand how the compatibility of the institute with the law of succession works. In the third chapter, we investigate the existence or not of the necessary and legitimate succession in comparative law, in order to understand how other countries have dealt with the subject today. Finally, the relevance of the necessary succession and reserve of legitimate is challenged, through the analysis of the historical foundations of the institutes, the context, current values and social needs, the issue of the vulnerable and what is found in the comparative law, concluding with the clash between private autonomy and the necessary and legitimate succession in contemporary times.

KEYWORDS: Civil Law; Private Autonomy, Necessary Succession; Reserve of Legitimate.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. SUCESSÃO NECESSÁRIA	9
2.1 Sucessão em Roma	13
2.2 Ordenações Filipinas	19
2.3 Código Civil 1916	21
2.4 Código Civil de 2002	23
3. A AUTONOMIA PRIVADA	32
3.1 Percurso Histórico e Atributos	34
3.2 Limites à Autonomia Privada	37
3.2.1 Lei	38
3.2.2 Ordem Pública	40
3.2.3 Moral e Bons Costumes	41
3.3 Autonomia Existencial	44
4. A LEGÍTIMA NO DIREITO COMPARADO	47
4.1 Países que Adotam o Sistema de Legítima	48
4.2 Países que Não Adotam a Legítima	52
4.3 Países que Adotam o Sistema Misto	54
5. UMA ANÁLISE ACERCA DA PERTINÊNCIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA E DA LEGÍTIMA NA CONTEMPORANEIDADE	56
5.1 Base e Fundamentos Históricos	57
5.2 Cenário Contemporâneo	62
5.3 Os Vulneráveis e os Dependentes Frente a Regra de Ausência da Sucessão Necessária e Reserva Legítima	65
5.4 O Embate entre a Autonomia Privada e a Sucessão Necessária e Legítima no Contexto Contemporâneo	69
5.5 A Proteção dos herdeiros frente a disposições discriminatórias	74
6. CONCLUSÃO	78
7. REFERÊNCIAS	83

1. INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem o intuito de analisar a pertinência da sucessão necessária e reserva legítima na sociedade contemporânea. Para isso, utilizamos os métodos científicos de indução e dedução, além de focar em uma pesquisa de caráter bibliográfica sobre o Direito das Sucessões, mas não se limitando, ao abordar questões de outras matérias do Direito Civil e tocar em fundamentos do Direito Constitucional.

Quanto ao conteúdo, buscamos entender as bases e fundamentos históricos dos institutos, os contrapomos com a autonomia privada e observamos como o direito comparado vêm dispendo do assunto nos dias atuais.

A Sucessão necessária é o instituto pelo qual a lei protege imperativamente determinados indivíduos da família do *de cujus*, além do cônjuge, garantindo a estes um direito a parte do patrimônio na abertura da sucessão. Por outro lado, a Reserva Legítima é justamente a parte protegida em garantia, a qual o testador não pode dispor livremente, sendo atribuída uma porcentagem a cada herdeiro necessário.

Conforme será demonstrado neste trabalho, estes institutos tem origem no direito romano, e foram perpetuados em ordenamentos em diversos lugares do mundo, estando presente dentro do recorte brasileiro nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e no Código Civil 2002.

Deste ponto de vista, três são as razões principais que tornam oportuna a escolha desse tema.

A primeira é entender quais as bases, diretrizes e fundamentos históricos da sucessão ao longo do tempo, identificando se faziam sentido dentro daquele contexto histórico, bem como analisando se continuam a justificar a presença de tais institutos na atualidade.

A segunda é observar se existe ou não uma harmonização entre a sucessão necessária e a legítima com o princípio da autonomia privada, que apesar de não ser expresso, rege as relações privadas.

Por fim, a terceira razão é a de com base nos fundamentos atuais e históricos, na conformidade ou não com autonomia privada e no que dispõe o direito comparado,

averiguar se a manutenção da sucessão necessária e reserva legítima do jeito que estão postas é a melhor forma de se harmonizar o amparo aos direitos do testador com a segurança dos direitos daqueles que precisam de proteção.

Desta forma, o trabalho se estrutura em cinco capítulos. No segundo, iremos analisar a sucessão necessária desde o seu surgimento em Roma até os dias atuais. O terceiro capítulo dedica-se a Autonomia Privada, perpassando pelo seu conceito, atributos percurso histórico, limitações e também pela denominada Autonomia Existencial.

No quarto capítulo, iremos observar o tratamento dado pelo Direito Comparado a Sucessão Necessária e Legítima, trazendo exemplos de países que adotam os institutos, países que não adotam e um terceiro grupo de países que utilizam um chamado sistema “misto”.

O quinto e último capítulo propõe-se a realizar uma reflexão acerca da sucessão necessária e reserva legítima na contemporaneidade, bem como o embate destes com a autonomia privada.

Por fim, levando em conta todas as considerações feitas nos capítulos citados, na conclusão iremos fazer uma ponderação das ideias e aferições realizadas no trabalho, trazendo as conclusões da pesquisa, além de responder as questões que deram razão ao trabalho.

2. SUCESSÃO NECESSÁRIA

A sucessão necessária é um instituto do direito sucessório que encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Com a sua existência, a capacidade do indivíduo dispor dos seus bens e patrimônios para o *pós mortem* fica limitada, pois, na existência dos herdeiros tidos como necessários, o sujeito somente pode dispor da metade da sua herança, existindo uma série de dispositivos dentro do ordenamento jurídico que visam assegurar a cota patrimonial dos herdeiros necessários, conforme será melhor analisado neste trabalho.

No Brasil, atualmente temos que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”¹, por opção legislativa. Contudo, nem sempre este foi o rol de herdeiros necessários, tendo variado ao longo do tempo, bem como varia no espaço, ao se observar o rol de outros países. No presente trabalho, propõe-se uma leitura histórica do instituto com foco no Direito Romano, ao qual o Brasil bebeu da fonte, e o Direito Português, por está intimamente ligado a história de nosso país.

Posto o cenário, faz-se essencial entender a necessidade, objetivo e fundamento da sucessão necessária. Por óbvio, de acordo com o lugar e o tempo em que foi pensada e instituída, teve-se fundamentos diferentes, e conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira “numa referência simplesmente positivista, poderíamos limitar-nos a dizer que o seu fundamento é a vontade legislativa. Assim é, porque o legislador assim quer. No plano histórico-comparativo, é possível ir mais longe, para atestar que assim tem sido.”²

Contudo, sabemos que o legislador ao por em prática suas prerrogativas, também é movido por algumas bases. Desta forma, de maneira sintética, podemos dizer que a sucessão necessária, bem como a reserva legítima tem como principal fundamento a proteção da família, tendo-se segundo Eduardo Oliveira de Leite (2009, apud GONÇALVES, 2017, p. 257) “que a proteção da família se impôs, pendendo a balança a favor da propriedade da legítima, em detrimento à liberdade de testar”,

¹ 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/l10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil* – VI. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 95.

“garantindo, minimamente, uma proteção de patrimônio, a partir de uma indisponibilidade patrimonial relativa do titular respectivo”³.

Percebe-se, então, que o legislador enxerga o direito a herança como algo essencial, e nas palavras de Caio Mário da Silva Pedreira ela:

“(…) é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária”⁴

Tal mecanismo, inclusive, atende aos interesses do sistema capitalista que rege nossa sociedade. Ora, acaso não fosse prevista a possibilidade de herança, dificilmente o indivíduo objetivaria acumular bens durante a sua vida, visto não ter o direito de dispor acerca do endereçamento dos bens após a sua morte, e, conseqüentemente, produziria menos para os interesses do capital. Neste sentido, dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

“É indubitável o interesse da sociedade em conservar o direito hereditário como um corolário do direito de propriedade. Deve o Poder Público assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade. A Constituição Federal de 1988, por isso, no art. 5º, XXII e XXX, garante o direito de propriedade e o direito de herança”⁵

Desta forma, de início podemos concluir que a transmissão hereditária, bem como a sucessão necessária legítima, busca garantir aos indivíduos direitos sobre os bens, protegendo à instituição familiar, bem como aos interesses do capital, tendo natureza de ordem pública, visto que através da legítima, são mantidos certos estados que não podem ser afastados por ação privada.

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

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil* – VI. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 15.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30

Acerca da legítima, importante dizer que a existência de herdeiros necessários bem como de bens deixados pelo *de cuius* não garante o efetivo recebimento da herança, visto que antes de se calcular a legítima, subtrai-se o valor dos bens existentes na época de abertura sucessão pelas despesas do funeral e pelas dívidas deixadas, e adiciona-se o valor dos bens objeto de colação.

Com relação a colação, têm-se que esta é um instrumento jurídico que obriga que o sucessor que antes fora favorecido a mostrar aquilo que lhe foi doado pelo *de cuius*, com o intuito de se calcular a porcentagem que este corresponde da legítima, equilibrando-se a herança dos herdeiros necessários, conforme arts. 544 e 2.002 do CC/02. No entanto, é possível que as doações realizadas não precisem passar pelo procedimento de colação, caso o proprietário expressamente disponha que tal bem deve ser descontado da parte disponível da sua herança. Contudo, é necessário se calcular a porcentagem que este bem corresponde ao patrimônio, verificando se não ultrapassa os limites da parte disponível e invade a legítima.⁶

Contudo, em que pese a natureza de ordem pública e a proteção absoluta que o ordenamento prevê a legítima de modo a proteger os interesses sociais, têm-se que é permitido ao testador dispor acerca dos bens que farão parte da legítima. Tal fato se dá devido a previsão do art. 2.014 do código civil brasileiro, que dispõe que “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”⁷.

O art. 2.018 reforça a liberalidade: “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”⁸. Desta forma, percebemos que o código permite a liberalidade do indivíduo, observando somente a as porcentagens da disposição, de modo que o valor estabelecido para a legítima (50% dos bens da herança), sejam respeitados. Tal

⁶ Artigo 2.005 do Código Civil de 2002: “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: 19 mar. 2021.

⁷ 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: 18 mar. 2021.

⁸ 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: 18 mar. 2021.

disposição pode ser vista como uma tentativa de legislador em compatibilizar a Sucessão necessária com a autonomia privada, o que será analisado neste trabalho.

Contudo, conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves, existe exceção a esta regra, pois, em caso de sobrevivência do cônjuge, isto é, que o parceiro do *de cuius* ainda esteja vivo no momento da sua morte, e o regime escolhido por eles tenha sido o de comunhão universal de bens, a indicação da composição da legítima pelo *de cuius* será reputada como simples conselho, pois o cônjuge sobrevivente tem preferência na escolha dos bens a serem partilhados, considerando que a metade já lhe pertence como meação⁹.

Neste ponto, importante dizer que meação e herança são dois institutos diferentes. Na meação, se tem que aquele patrimônio já é do cônjuge, em condomínio com o parceiro. Portanto, com o falecimento de uma das partes do casal, de acordo com o regime de bens ocorre a meação, e o patrimônio do *de cuius* que excedente a esta meação, é que irá compor a herança a ser partilhada. Nas Palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“(...) há de se pontuar que não se confunde, sequer longiquamente, o direito à herança com o direito à meação do cônjuge ou do companheiro. Aquele direito (herança) é atribuído ao cônjuge sobre o patrimônio pertencente ao falecido consorte, em concorrência com o descendente ou ascendente ou, na ausência deles, sozinho. Este direito (meatório) é próprio, decorrendo do regime de bens do casamento ou da união estável. Dissolvido o casamento pelo divórcio, cada consorte terá direito meatório, a depender do regime de bens do casal. Diferentemente, extinta a relação pela morte de um deles, o(a) viúvo (a) fará jus à meação, de acordo com o regime de bens, e, além dela, participará da sucessão do falecido consorte, juntamente com os seus descendentes, com os seus ascendentes ou, na ausência deles, recolherá todo o patrimônio sozinho.”¹⁰

Lado outro, em contraponto a liberalidade do apontado dos bens que devem compor a legítima, o ordenamento brasileiro restringiu o poder de o indivíduo impor cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade sobre os bens da legítima, conforme disposição do art. 1.848 do CC/02.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 260

¹⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 270.

Tal restrição, contudo, não é absoluta. O próprio código prevê que em caso de justa causa apontada em testamento, poderá se impor tais cláusulas. No entanto, como não define o que seria justa causa, a doutrina discute os impactos que esta subjetividade pode ter, trazendo Silvio Rodrigues que:

“(...) a pleora de questões que essa exigência vai gerar, tumultuando os processos de inventário, dado o subjetivismo da questão. Se o testador explicou que impõe a incomunicabilidade sobre a legítima do filho porque a mulher dele não é confiável, agindo como caçadora de dotes; ou se declarou que grava a legítima da filha de inalienabilidade porque esta descendente é uma gastadora compulsiva, viciada no jogo, e, provavelmente, vai dissipar os bens, será constrangedor e, não raro, impossível concluir se a causa apontada é justa ou injusta” (apud GONÇALVES, 2019, p. 262).

Importante dizer que, conforme será detalhado neste trabalho, a possibilidade e estabelecimentos dessas cláusulas já foi possível e também vetada em leis passadas, até chegar ao atual texto do código civil.

Desta forma, têm-se que foram apontados as principais diretrizes e aspectos que cerceiam a sucessão necessária, passando-se a se dispor em seguida sobre a evolução histórica do instituto, mais precisamente no Direito Romano, nas Organizações Filipinas, no Código Civil de 1916, e por fim, no Código vigente. Importante alertar que não se terá uma evolução em “linha reta” do instituto, pois, o tempo histórico não ocorre desta forma. Pelo contrário, é um erro acreditar que o tempo histórico é uma linha reta, pois estamos em constate retornos e repetições, avanços e retrocessos, continuidade e descontinuidades. Por esta razão veremos que disposições acerca da sucessão necessária saíram, voltaram e saíram novamente do ordenamento, de acordo com a reflexão feita pelo legislador em momentos distintos. Dito isto, passemos ao levantamento histórico do Instituto.

2.1 Sucessão em Roma

O império Romano certamente foi um dos maiores e mais influentes que se existiu na história da humanidade. Costumes, linguagens, princípios e diretrizes foram passados de geração em geração, provindos da civilização romana. No Direito não foi diferente, trazendo Luiz Antônio Rolim que a “a recepção do Direito Romano por outros países significa, pois, que ele passou a servir como alicerce, como base, como uma

“bíblia jurídica”, auxiliando a aplicação do direito nacional local.¹¹ Traz o referido autor, ainda, que a publicação de códigos civis não retirou a importância do Direito Romano, tendo-o na verdade consagrado, pois, sobretudo o código francês e alemão, beberam da fonte do manual de Direito Romano, e, posteriormente, influenciaram os códigos de todo o mundo.¹²

Em relação ao Código Civil Brasileiro, não foi diferente, trazendo Luiz Antônio Rolim que toda estrutura, princípios, classificações, critérios, métodos e ritos processuais do direito civil brasileiro são eminentemente construções romanas, se tendo que dos 1.807 artigos do código civil de 1916, cerca de 1.445 deles direta ou indiretamente remetem ao Direito romano contido no *Digesto*.¹³ Mas influência se manteve no código civil de 2002, conforme confirma José Carlos Moreira Alves, quando diz que “essa influência também se observa no atual código civil brasileiro¹⁴. Destacada a importância deste levantamento histórico, passemos a dispor acerca do Direito Romano, seus conceitos e sua tutela no Direito das Sucessões.

De início, temos que a sucessão testamentária é a mais antigo procedimento sucessório do Direito romano, sendo considerado uma obrigação moral o ato de testar, pois era desonroso uma pessoa morrer sem indicar a destinação do seu patrimônio, tendo o *pater familiae* total poder para decidir para quem deixaria seus bens, podendo até mesmo deixá-los para pessoas entranhas ao núcleo familiar e deserdar seus filhos, nem precisar fundamentar sua decisão.¹⁵

O *Pater familiae*, detentor de tal poder, era o senhor, a quem ficava confiada a *domus*, ou seja, o grupo doméstico¹⁶. Percebemos, então, que a sociedade romana tinha como pilar familiar o patriarcado, onde o homem alçado a *pater familiae* detinha o poder das disposições familiares, ficando submetidos os integrantes da *domus*, tais quais: a esposa, os filhos (biológicos ou adotados), as esposas dos filhos, os netos, escravos etc. Portanto, na família romana tudo convergia ao *Pater familiae*, detendo os poderes em várias direções: “sobre os membros da família (*patria potestas*), sobre

¹¹ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

¹² *Ibid.*, p. 120.

¹³ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 125.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28

¹⁵ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 270.

¹⁶ 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. 77.

a mulher (*manus*), sobre as pessoas in mancípio (*mancípium*), sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os bens (res) que lhe pertencem (*dominium*).”¹⁷

Contudo, com o passar do tempo esta liberdade que detinha o chefe da família romana foi sendo contida. Diante das consideradas injustiças cometidas pelo *pater familiae*, na disposição dos bens familiares após a sua morte, o Direito pretoriano passou a prevê dispositivos que contivessem a liberalidade do *de cuius*. Nas palavras de Luiz Antônio Rolim:

“O Direito Romano arcaico (jus civile ou direito quirítario) possibilitava ao pater doar todo o seu patrimônio até mesmo a pessoas estranhas à sua família, podendo excluir da sucessão os próprios filhos e os cognatos. Com o advento do direito pretoriano, essas situações de injustiça para com os membros da própria família do *de cuius* foram sendo modificadas. Analisando os mais diversos casos que lhes eram apresentados, os pretores passaram a introduzir mudanças substanciais na sucessão legítima e modernizaram, com seus éditos, as rígidas normas do antigo jus civile ou direito quirítario. O sistema sucessório pretoriano, denominado bonorum possessiones, passou então a regular o direito de sucessão, que passou a ser precipuamente fundamentado nos laços sangüíneos do falecido.”¹⁸

Já no Direito Pretoriano, passou a se prevê como herdeiros do *de cuius* os *heredes sui*, os *liberi*, os *legitimi*, *cognati* e o cônjuge do falecido, fosse homem ou mulher.

Os *Heredes Sui* são os filhos, filhas, netos, netas, a mulher casada e os filhos adotados. “Este eram uma espécie de coproprietários do patrimônio do *pater*, quando ainda vivo, e depois da sua morte herdavam definitivamente os seus bens.”¹⁹

Os *unde liberi* eram os filhos do *de cuius* que fossem emancipados. Para tanto, era necessário que:

“1 – Houvessem nascido de justas núpcias (o que excluía dessa classe o filho adotivo emancipado);

¹⁷ *Ibid.*, p. 78.

¹⁸ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 281.

¹⁹ *Ibid.*, p. 280.

2 – quando da morte do de cuius, não estivessem sob a potestas de outro pater familias (o que afastava o filho adotado por outro pater familias, e não emancipado dessa nova família);”²⁰

Em relação aos *Legitimi*, estes eram os *Agnatos* do *Pater*, isto é, os parentes que não se fundamentavam em laços sanguíneos, mas sim na sujeição ao *pater familiae*.²¹

Por fim os *Cognatos* eram aqueles ligados pelos laços de sangue, quais sejam, filhos, filhas, netos, avô etc.

A principal mudança que veio com a inclusão dos sujeitos supracitadas no rol de herdeiros é a de que estes passaram a ser protegidos pela Sucessão necessária formal, que é o instituto pelo qual “certos herdeiros legítimos têm o direito de ser referidos no testamento, ou para serem instituídos herdeiros testamentários, ou para serem deserdados”.²²

Avançando historicamente, temos o sistema estabelecido no direito imperial. Neste, não houve mudanças bruscas em relação aos estabelecido pelos pretores (como a permanência da sucessão necessária formal), tendo como principais adições a previsão da mãe que tivesse três filhos tivesse direito a herdar o os bens deixados por um destes, e mais tarde, em 178 d.C. o Imperador Marco Aurélio “promulgou o senatos-consulta Orficiano, que chama a sucessão da mãe, antes de qualquer *agnato*, os filhos”²³.

Ainda acerca da sucessão necessária normal, percebe-se que esta prevaleceu nos tempos históricos acima descritos. Quanto a ela, como foi dito, consistia basicamente na obrigação que o testador tinha de mencionar no seu testamento os herdeiros previstos como legítimos, fosse para prevê-los como herdeiros testamentários, fosse para os deserdar.

No caso da ausência de menção no testamento, a consequência jurídica iria depender da categoria do herdeiro, caso fosse um filho, o testamento seria reputado nulo, com a consequente abertura da sucessão *ab intestato*. Sendo filhas ou netos, o

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 799

²¹ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 156.

²² ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 810

²³ 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. 264.

testamento permanecia válido, contudo, estes recebiam suas partes, numa quota igual à dos outros herdeiros *sui heredes*, ou metade da herança, quando os outros herdeiros fossem estranhos a família. Já em caso de sujeitos que adquirissem a qualidade de *sui* após o fazimento do testamento, têm-se que o testamento seria considerado inválido, abrindo sucessão *ab intestato*.²⁴

Com o advento do Direito pretoriano supracitado, houve a extensão do rol de herdeiros necessários, e, no caso de preterição (ausência de menção no testamento), a consequência passou a ser não a invalidade, mas sim a faculdade de o preterido obter a parte que lhe caberia como herdeiro *ab intestato*.²⁵

Seguindo o percurso histórico, no fim da república a opinião pública passa a ser infensa às pessoas que deserjavam seus parentes em testamento, sem um motivo ponderável. Isso se deu por conta do princípio que passou a predominar naquela sociedade, qual seja, o de que o testador tinha o dever de afeição (*officium pietatis*), razão pela qual dizia-se que o testamento que contivesse tais deserdações era *inofficiosum* (inoficioso, isto é, contrário ao *officium pietatis*)²⁶, “pois a última vontade do testador seria evidentemente motivada por ódio injustificável.”²⁷

Neste contexto, surgiu uma forma judicial pela qual os parentes mais próximos poderiam impugnar a deserdação que considerassem injusta, denominada de *querela inofficiosi testamenti*. Através deste instrumento, o os descendentes, ascendentes ou irmãos do *de cuius*, nesta ordem de exclusão, podiam suscitar a invalidação do testamento que não previsse pelo menos um quarto da parcela da herança para os supracitados, que teriam direito pela ordem de vocação legítima²⁸.

Julgada procedente a ação, ocorria a rescisão do testamento, com consequente abertura da sucessão *ab intestato*. Nas palavras de Carlos Moreira Alves:

“Julgada procedente a querela inofficiosi testamenti, o testamento era rescindido (e a rescisão tinha efeito retroativo), sob a alegação de que o testador, que não contemplou no testamento seus parentes próximos, não agira como homem normal, mas, sim, como se fosse insano – quasi non sanae mentis fuisse. Daí decorria que, em vez da sucessão testamentária,

²⁴ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

²⁵ *Ibid.*, p. 190.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 810

²⁷ MARKY, Thomas. *op. cit.*, p. 190.

²⁸ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995., p. 191.

era aberta a sucessão ab intestato, favorecendo não só o que propusera a querela inofficiosi testamenti, mas todos os herdeiros legítimos que a ela eram chamados.”²⁹

Portanto, percebe-se que passou a existir uma proteção material aos herdeiros, chamada pela doutrina de Sucessão Necessária material, que, ao constatar que o testador não tinha motivos razoáveis, ou que fundamentou a deserdação em motivos não verdadeiros, protegia os herdeiros determinando sua participação na herança.

Em seguida, chega-se ao Direito Justinianeus, ou Sistema Justiniano. Aqui é onde se tem a maior transformação do direito das sucessões no Direito Romano. O imperador Justiniano bebeu da fonte do Direito Romano Arcaico, pretoriano, imperiais e estruturou o Direito das Sucessões nas Novelas 118 e 127, que “unificaram a sucessão necessária formal e material”.³⁰ Nas palavras de José Cretella Júnior:

“Deixa-se de lado o antigo princípio, fundamentado no parentesco agnático, para colocar-se o direito sucessório sob a influência de novo princípio informativo, o parentesco cognático.

Antiga regra, extraída dos centúviro, é revivida: o testador é obrigado a deixar a seus parentes próximos uma parte intocável e determinada, em lei, que recebe o nome de *legítima*. Limita-se, pois, a liberdade de testar, princípio que deita raízes nos séculos anteriores, no direito imemorial dos parentes próximos de conservarem algo, que lhes é próprio, na sucessão.”³¹

Portanto, com as novelas 118 e 127 e a unificação da sucessão necessária formal e material, surgiu um novo sistema, semelhante ao sistema do nosso ordenamento jurídico atual, e que se organizava da seguinte forma:

“Distribuem-se, agora, os herdeiros em ordens, sendo estas chamadas (vocações hereditárias) umas em seguidas às outras. De ordem a ordem, de grau a grau – eis o processo do chamamento à sucessão.

Há quatro ordens ou classes de herdeiros:

1ª *Descendentes*, que abrangem os *liberi*, emancipados ou não, e seus descendentes, nas duas linhas.

2ª *Ascendentes*, que são chamados à sucessão (sem distinção de linhas), com o critério mais próximo. Mas, se o *de cuius* deixa muitos ascendentes do

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 815

³⁰ MARKY, Thomas., *op. cit.*, p. 190.

³¹ 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. 265

mesmo grau, nas duas linhas, a partilha se faz por linhas e, no interior de cada linha, por cabeça.

3ª, *Colaterais privilegiados*, como irmãos e irmãs (germanos), que excluem os colaterais do mesmo grau (consanguíneos e uterinos)

4ª, *Colaterais ordinários* até o sétimo grau. Os mais próximos excluem os mais afastados. Ao mesmo grau, concorrem por cabeça.”³²

Demonstrada a evolução e previsão da sucessão necessária e legítima no Direito Romano, passemos agora a analisar as disposições das Ordenações Filipinas, que regularam o instituto até o advento do Código Civil de 1916.

2.2 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas, como se sabe, consistiam na junção de normas organizadas por Portugal, dando sequência ao antes disposto nas Ordenações Manuelinas e Afonsinas. Tal disposição surgiu no início do século XVII, e permaneceu em vigor no Brasil até 1917, quase um século após a independência do Brasil em 1822.³³ Nas palavras de Hugo Otávio Tavares Vieira:

“(…) elas refletiam a evolução do direito português ao longo de séculos, um direito que teve a contribuição de vários povos que ocuparam aquele país ao longo da história. Havia nelas influências dos povos primitivos da Península Ibérica, como os lusitanos, do direito romano (principalmente das Institutas, escritas antes de cristo)², do direito visigótico, em 652 d.C.r e, posteriormente, de um retorno ao direito romano, em 1360.”³⁴

Com relação a sucessão necessária neste período, têm-se que as Ordenações Afonsinas fixou como parte disponível ao indivíduo a terça parte de seus bens, entendimento que se manteve tanto nas Ordenações Manuelinas como nas Filipinas, se tendo como herdeiros necessários os descendentes e ascendentes. Nas palavras de Mauro Antonini:

³² 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. 265

³³ VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. *As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>
Acesso em: 26 mar. 2021

³⁴ VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. *As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>
Acesso em: 26 mar. 2021

“Nas Ordenações que se seguiram, Manuelinas e Filipinas, foi mantida a terça disponível. Nas três Ordenações, descendentes e ascendentes eram os beneficiários da reserva de dois terços. Havia a possibilidade de o irmão do autor da herança postular, em seu proveito, a deixo testamentária que instituisse herdeiro pessoa vil e de maus costumes.”³⁵

Por fim, interessante perceber que assim como no direito romano, existiam instrumentos de proteção a legítima, se tendo, por exemplo, no caso das Ordenações Filipinas, em seu livro Quarto, a previsão de revogação da doação realizada pelo *de cuius*, quando existir herdeiro legítimo e a doação tenha ultrapassado os limites disponíveis da Herança. Vejamos:

“E ficando por sua morte herdeiro legítimo, descendente ou ascendente, poderá esse herdeiro revogar a doação, até haver cumpridamente sua necessária legítima, e o mais que sobrejar da doação, havel-o-ha esse donatário. E se o que fez a doação, sendo casado, veio a falecer com testamento, em o qual mandou distribuir sua terça em todo (6), ou em parte, sem revogar a doação, serão os seus herdeiros legítimos primeiro entregues de sua legítima, havendo respeito aos bens, que o defuncto deu em sua vida, e aos que ficarão por sua morte; de modo que a doação seja contada com a herança, assi principal; como terça, e reputada assi como legado, porque na vida nunca valeu, e por morte foi confirmada.”³⁶

Desta forma, percebemos que esta previsão trata da doação inoficiosa, mecanismo criado para se proteger a reserva legítima, e que se faz presente também no art. 549 do código civil de 2002.

Interessante notar que conforme acima apontado, as Ordenações Filipinas estiveram em vigor no Brasil desde o primeiro dia que este foi considerado independente e ganhou a natureza de País, sendo constado, portanto, que a Sucessão Necessária e a Reserva Legítima existem no nosso país, desde a sua autonomia social e política. Feitas estas observações, avancemos no percurso histórico ao código civil de 1916.

³⁵ ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. 2013. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

³⁶ 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. p. 869.

2.3 Código Civil 1916

Conforme acima dito, as ordenações Filipinas estiveram em vigor no Brasil até 1917, quando o Código de Civil de 1916 começou a sua vigência. Pelo lapso temporal entre a independência e a entrada em vigor do código próprio brasileiro se percebe o complexo processo envolvido na realização do código. Esse processo se inicia na própria Constituição Imperial de 1824, que em seu art. 179, XVIII dispunha:

“XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”³⁷

Em que pese a disposição datar de 1824, somente 1855 as primeiras ações para materializar a codificação civil foram tomadas. Uma revisão da legislação brasileira foi realizada pelo civilista Teixeira de Freitas, que em seguida foi autorizado através do decreto 2.318 do Ministério da Justiça a elaborar o código civil brasileiro. Contudo, em que pese ter realizado um trabalho excelente, o seu Esboço ao Código Civil, com quase 5.000 (cinco mil).³⁸

A Partir disso, foi nomeada uma comissão que examinou o trabalho publicado até então, que fez severas críticas ao trabalho, o que levou a Teixeira de Freitas, suscetibilizado, a abandonar a tarefa, anunciando em carta dirigida ao então ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada. Antes da celebração do Código de 1916, portanto, malograram quatro tentativas, três, ainda ao tempo do Império, como a dos projetos (designe-se-os, assim) de Teixeira de Freitas (1859), Nabuco de Araújo (1872) e o de Felício dos Santos (1881) e o (já na República) de Coelho Rodrigues (1893).³⁹

Já em 1895, o Senado optou por formar uma comissão para indicar qual dos projetos serviria de base para o futuro código, sendo definido que seria o de Coelho Rodrigues. Para Revisão e elaboração do código, fora escolhido o jurista cearense

³⁷ BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³⁸ LIMA, Djahy Ferreira. *Nosso primeiro código Civil demorou quase um século*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60951/nosso-primeiro-codigo-civil-demorou-quase-um-seculo>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³⁹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 194.

Clóvis Beviláqua, que em seis meses realizou o trabalho, o entregando no fim de 1899.⁴⁰

A partir daí, uma comissão revisa o projeto no ano de 1900, enviando para aprovação da Câmara de Deputados, que o aprova em 1902. No senado, a comissão presidida por Rui Barbosa é a responsável por analisar o projeto, o que somente ocorre em 1912, com grande número de emendas atinentes a redação e apenas 186 atinentes a substância do projeto. Por fim, as comissões reunidas da Câmara e Senado minutam a redação definitiva, o que ocorre em dezembro de 1915, com a sanção e a promulgação em 1/01/16, e com entrada em vigor estabelecida em 1/01/1917. Por conta dos erros materiais que habitavam na Lei nº 3.071/16 (que instituiu o Código Civil), o congresso reparou tais erros por meio da Lei nº 3.725/1917, que corrigiu a redação.⁴¹

Interessante notar que nos trâmites do projeto dentro do congresso, foi aprovada uma emenda pelo Senado, que excluía a proteção aos herdeiros necessários, ou seja, deixava de prever a legítima no código civil de 1916, prevalecendo a irrestrita liberdade testamentária.⁴²

Tal disposição, com sua irrestrita liberdade testamentária, voltaria ao disciplinado no direito romano arcaico, como anteriormente visto. Contudo, a emenda aprovada no Senado fora rejeitada na Câmara de deputados, prevalecendo “afinal, a norma restritiva; assim, no sistema daquele código, o testador que tivesse descendente ou ascendente não poderia dispor, em doação ou testamento, de mais da metade de seus bens; a outra metade pertenceria, de pleno direito ao descendente, em sua falta ao ascendente, dos quais constituía a legítima”.⁴³

Desta forma, têm-se que o projeto original do código previa a legítima em dois terços, mesmo proporção prevista nas ordenações Filipinas, tendo uma emenda aprovada para banimento da previsão da legítima revogada, para, por fim, aumentar o percentual da legítima para metade dos bens da herança. Ainda, “o projeto de Clóvis Beviláqua previa a inclusão do cônjuge sobrevivente dentre os herdeiros necessários,

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas., 2013. p. 101.

⁴¹ *Ibid.*, p. 102

⁴² ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. 2013. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado* - VI. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 208

concorrendo com ascendentes, proposição não aprovada”⁴⁴. Por outro lado, conforme traz Mauro Antonini:

“Promulgado o Código Civil, resolução parlamentar consolidou a previsão do referido art. 3º da Lei Feliciano Penna, permitindo-se ao testador, no art. 1.723, determinar a conversão dos bens da legítima em de outras espécies, prescrever-lhes incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer inalienabilidade temporária ou vitalícia”.⁴⁵

Em resumo, portanto, têm-se que o código civil de 1916 estabeleceu a legítima em metade dos bens da herança, passíveis de conversão em outras espécies, bem como de ser estabelecidas cláusulas de incomunicabilidade e inalienabilidade, sendo previstos como herdeiros necessários os descendentes e, na sua falta, os ascendentes, sendo excluído da legítima o cônjuge sobrevivente, previsto no projeto do código, sendo assegurado a estes “apenas direitos reais limitado, o usufruto vidual (art. 1.611. § 1º) e o direito real de habitação (art. 1.611, § 2º), dependendo do regime de bens que vigorava no casamento (...) crendo o legislador que tais medidas protegiam o cônjuge sobrevivente.”⁴⁶

Feita a análise do processo histórico e previsões do código civil de 1916, passemos a contextualizar o Código Civil de 2002, bem como suas disposições acerca da matéria, que regula a legítima e a sucessão necessária na contemporaneidade.

2.4 Código Civil de 2002

Após o advento do Código Civil de 1916, ocorreram algumas tentativas de modificação da lei vigente, tendo existido já na década de 1940 um Anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado por Orosimbo Notato, Philadelpho Azevedo e Hannemann Guimarães. Além desse, houveram os projetos de Orlando Gomes (1963) e o Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira (1963). Neste contexto, em 1969 uma comissão foi nomeada pelo Ministro da Justiça, para elaboração de um novo código, sob a supervisão de Miguel Reale.⁴⁷

⁴⁴ ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. 2013. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁶ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em defesa da dignidade humana*. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d2dbf39ab407d4f>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas., 2013. p. 104

Em que pese o projeto de código tenha sido elaborado pela comissão, a sua tramitação no congresso foi lenta, recheada de debates e emendas. Do início da tramitação até a sanção presidencial, foram 1.063 emendas ao projeto original pelos deputados e 366 emendas pelo Senado, até se chegar ao texto final, onde ocorreu 127 emendas oferecidas pelo Relator, 332 emendas pelo Senado Federal, 13 emendas supressivas, 56 subemendas de redação e 15 emendas de adequação.⁴⁸

Importante recordar o contexto político da época, havendo a queda da ditadura e promulgação da Constituição da Federal de 1988, que provocaram mudanças políticas, econômicas e sociais, levando o projeto apresentado pela comissão a precisar passar pelas modificações supracitadas, de modo a se compatibilizar com os direitos, princípios e diretrizes advindas da nova carta constitucional. Alguns dos reflexos da nova Constituição, nas Palavras de Paulo Lôbo:

“Após o advento da Constituição de 1988, extinguiram-se as distinções entre os descendentes, notadamente entre os filhos, ficando proibidas as designações discriminatórias; todos são iguais em direitos e deveres, inclusive sucessórios, independentemente da origem biológica ou socioafetiva, neste caso, incluindo-se a adoção, a posse de estado de filho e a concepção por inseminação artificial heteróloga. Para fins de sucessão, não pode haver distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, matrimoniais e extramatrimoniais, biológicos e não biológicos.”⁴⁹

Passado o período de reflexões, discussões, emendas e aprovações, o projeto foi aprovado e transformado na Lei de nº 10.406 de 10/01/2002, entrando em vigor no mês de janeiro de 2003, conforme disposição do art. 2.044.

Quanto a questão da Sucessão Necessária, e por consequência da legítima, tem-se que tais institutos foram previstos e disciplinados pelo Código. Nos seus arts. 1845 e 1846 o Código Civil de 2002 prevê:

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

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

⁴⁸ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. 2012. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

Desta forma, percebe-se que o código civil de 2002 manteve o percentual da legítima idêntico ao previsto no código anterior, não havendo alterações neste quesito. Por outro lado, percebe-se que o art. 1.845 incluiu o cônjuge na relação de herdeiros necessários.

Tal inclusão resolveu uma das maiores críticas que rodeavam o antigo código, tendo disposto o próprio Miguel Reale (2005. p. 229, apud ROSENVALD, CHAVES, 2017 p. 301) que era “evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança”

Portanto, percebe-se que a intenção do legislador foi a de amparar o cônjuge sobrevivente, de modo a garantir que a dissolução do casamento por morte lhe defira vantagens sucessória além do direito meatório, que depende do regime de bens.⁵⁰

Interessante dizer que existem entendimentos contrários a esta inclusão realizada pelo código de 2002. Na interpretação de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

“Ousamos divergir, data maxima venia.

Com efeito, entendemos que a base axiológica de um casamento há de ser afetiva e, por conseqüente, 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.”⁵¹

Em que pese a interpretação dos renomados autores, fato é que o código aumentou rol de herdeiros necessário, contemplando o cônjuge sobrevivente. Por outro lado, diante do tratamento dado pela constituição a união estável, debate-se na doutrina sobre a condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente.

Da leitura do art. 1845 do código, percebe-se que não foi expressamente prevista a condição de herdeiro necessário do companheiro. No entanto, conforme traz Carlos Roberto Gonçalves, O Supremo Tribunal Federal concluiu em 10 de maio de 2017 o julgamento dos Recursos Extraordinário 646.721 e 878.694, em regime de

⁵⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 301

⁵¹ *Ibid.*, p. 301

repercussão geral, onde reconheceu de for incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o qual estabelecia a diferenciação dos direitos dos cônjuges e companheiros para fins sucessórios.⁵² Vejamos *in verbis*, a tese firmada no julgado 878.694:

“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”.

Com a inconstitucionalidade do art. 1.790, o qual previa um regime diferente na participação da herança do companheiro, tanto em cotas como em concorrência (com os colaterais, por exemplo), os companheiros passaram a ter o mesmo regime aplicável aos cônjuges, qual seja, o do art. 1.829, por meio do qual se divide a herança com os descendentes, na falta destes, com os ascendentes, e, na ausência de pais e filhos do *de cujus*, o companheiro recebe tudo. Os colaterais só podem questionar a herança se não houver mais filhos, cônjuge ou ascendentes vivos, conforme a decisão da corte⁵³

Tal entendimento fora, inclusive, concretizado através de julgado do STJ, o REsp 1357117 MG 2012/0257043-5, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que dispôs:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790 DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.829 DO CC/2002. APLICABILIDADE. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. PARTILHA. COMPANHEIRO. EXCLUSIVIDADE. COLATERAIS. AFASTAMENTO. ARTS. 1.838 E 1.839 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime do artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694). 3. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, ressalvada disposição de última vontade. 4. Os parentes colaterais, tais como irmãos, tios e sobrinhos, são herdeiros de quarta e última classe na ordem de vocação hereditária, herdando apenas na ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, em virtude da ordem legal de vocação hereditária. 5. Recurso especial não provido.

⁵² GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 7: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 242

⁵³ *Ibid.*, p. 243

(STJ - REsp: 1357117 MG 2012/0257043-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 13/03/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2018)

Diante dessas decisões, passou a doutrina a questionar se estas teses de repercussão geral tinham por objetivo apenas retirar do ordenamento o art. 1790, com a aplicação do art. 1.829, ou se a equiparação dos regimes de união estável e casamento seria plena para todos os fins sucessórios.

A resposta desse questionamento é importante, pois, em caso de se considerar que a extensão dos regimes foi plena, automaticamente se chega à conclusão de que os julgados elevaram o companheiro a condição de herdeiro necessário. Neste ponto, Giselda Hironaka (2018 p.755 apud GONÇALVES, 2019, p. 245) diz que “este julgado não teve o condão de igualar a união estável ao casamento. Absolutamente não”.

Pablo Stolze também relata o entendimento dos Juízes das Varas de Família de Salvador, elaborado na I Jornada de Direito de Família, onde não se considera o companheiro como herdeiro necessário, vejamos:

“Enunciado n. 13 — O art. 1.790 do Código Civil viola o superior princípio da vedação ao retrocesso e desrespeita a condição jurídica da(o) companheira(o) como integrante de um núcleo familiar equiparado àquele formado pelo casamento, razão por que padece de absoluta inconstitucionalidade. Enunciado n. 14 — Em virtude da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devem-se aplicar à(ao) companheira(o) viúva(o) as mesmas regras que disciplinam a sucessão do cônjuge, com exceção da norma que considera este último herdeiro necessário (art. 1845), porquanto, dada a sua natureza restritiva de direito (do autor da herança), não comportaria interpretação extensiva ou analógica.”

Lado outro, Carlos Roberto Barbosa Moreira, em atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira, defende a condição de herdeiro necessário do companheiro, vejamos:

“Declarada a inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 878.694-MG), do art. 1.790 do Código Civil de 2002, e assentada a tese de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de

2002”, não há mais espaço para pôr em dúvida que o companheiro (assim como o cônjuge) é herdeiro necessário, a despeito do silêncio do art. 1.845.”⁵⁴

Da mesma forma, Flávio Tartuce entende que o companheiro foi alçado ao rol de necessários, pois, lendo os votos prevaletentes, especialmente o do Relator, chega-se a esta conclusão⁵⁵

Paulo Lôbo, no mesmo sentido, traz em seu livro o companheiro como necessário, dispondo 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.”⁵⁶

Por fim, Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles trazem que:

“Quanto ao fato de o companheiro integrar o rol dos herdeiros necessários, em sede de embargos de declaração, o STF entendeu que não houve discussão a respeito do tema. Diante disso, a doutrina tem divergido sobre a questão. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já se manifestou pela afirmativa, determinando que na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente herdará com exclusividade, salvo disposição testamentária que contemple a parte disponível da herança”⁵⁷

Desta forma, percebemos que existem argumentos e interpretações da decisão do STF e STJ tendentes aos dois lados, sendo necessário aguardar uma resposta direta dos tribunais superiores acerca do assunto. Não obstante, para os fins deste trabalho segue-se a doutrina que reconhece os companheiros como herdeiros necessários, por se entender ser esta a melhor interpretação dos julgados supracitados, bem como a interpretação que melhor se coaduna com os princípios e diretrizes da Constituição Federal Brasileira.

Continuando a análise, têm-se que conforme o art. 1.848 do Código Civil, é proibido ao testador dispor cláusula de impenhorabilidade, inalienabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, salvo a existência de justa causa. Desta

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado* - VI. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 129

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243-244.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 176 e 177.

forma, percebe-se que o legislador inverteu a situação existente no código de 1916, onde era expressamente permitido o uso das cláusulas supracitadas, se tendo no novo código a regra de não uso, sendo somente exceção a possibilidade da sua utilização.

Percebe-se que o disposto no art. 1.848 visa proteger a herança dos necessários, visando que estes tenham acesso aos bens de forma livre, para dispor da maneira que julgarem conveniente, pois, a finalidade legal da qualificação dos herdeiros necessários entre os herdeiros legítimos, visa a proteção da parte da herança que não pode ser destinada a outros parentes ou a estranhos, mediante atos de liberalidade (doação, testamento, partilha em vida) etc.⁵⁸

Neste sentido, conforme traz o Carlos Roberto Gonçalves ao citar o grande Orlando Gomes (2010, p. 77 apud GONÇALVES p.253):

“Para Orlando Gomes não se justifica tratar da proteção da legítima na parte concernente ao estudo da sucessão testamentária, encarada unicamente sob o aspecto de limitação ao poder de dispor, por ato de última vontade, de quem tenha herdeiros legitimários, como o fazia o Código revogado. No seu entender, “tem a matéria, inquestionavelmente, outro relevo sistemático e mais vasta compreensão. Tutela-se a legítima não somente contra excessivas liberalidades testamentárias, mas, igualmente, contra as liberalidades excedentes que se efetuam por negócio inter vivos, a doação direta, a indireta, a simulada e o negócio mixtum cum donatione”

Portanto, percebe-se que a proteção a legítima precisa ser observada sob diferentes prismas, tanto das disposições testamentárias *post mortem*, como pelos negócios *inter vivos* realizados pelo indivíduo, pois, a depender de como ocorram tais negócios, a legítima pode ser comprometida.

Tendo isto em vista, o Código Civil de 2002 previu em alguns dispositivos aquilo que podemos denominar de instrumentos de proteção a legítima, quais sejam, a redução das disposições testamentária (Capítulo XI do CC), redução das doações inoficiosas e colação.

Com relação a redução das disposições testamentárias, temos que os artigos 1.966, 1.967 e 1.968 ditam o sistema de proteção. O art. 1.966 prevê que, em caso de o testador somente dispor de parte da quota disponível da herança, o remanescente será direcionado aos herdeiros legítimos. Já o art. 1.967 prevê que

⁵⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56.

caso o *de cuius* ultrapasse os limites da parte disponível em seus testamentos, será operada uma redução para adequar o testamento ao limite da cota disponível, protegendo a legítima. Para isso, a lei autoriza se reduzir proporcionalmente as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, e, caso isto não seja o suficiente, reduzir o legado deixado, de forma proporcional ao seu valor.

Já o art. 1.968, dispõe sobre a situação de um prédio ser o legado que extrapola a cota disponível, se tendo que caso este prédio seja divisível, simplesmente operasse a redução de forma proporcional a necessidade para recomposição da cota legítima, sendo o restante direcionado de acordo com a vontade do testador. Sendo indivisível o prédio, será necessário observar a proporção entre o tamanho da redução e o tamanho do prédio, se tendo que acaso a redução equivalha a mais de um quarto do valor do prédio, esta passa a integrar totalmente a legítima, podendo o legatário cobrar dos herdeiros necessários o pagamento do que seria a sua cota. Acaso o excesso seja menos de um quarto, este mantém para si o prédio, tendo que pagar aos herdeiros necessários o valor equivalente para integralização da legítima.

Com relação a doação inoficiosa, temos o art. 549 do Código Civil, que dispõe:

“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.”

Desta forma, da leitura do artigo têm-se a vedação expressa a doação inoficiosa, qual seja, a doação feita por indivíduo que, possuindo herdeiros necessários, doa além do que poderia dispor por testamento, ou seja, doa mais da metade do seu patrimônio, se desfazendo de parte dos bens que futuramente iriam compor a legítima do seu herdeiro necessário.⁵⁹

Da leitura do artigo, percebemos que é expressamente previsto a nulidade da doação, contudo, a doutrina e jurisprudência debatem neste ponto específico, se tendo teses que defendem ser caso de anulabilidade e não nulidade, visto a possibilidade de “convalidação da doação por renúncia ou inércia do sucessível necessário”.⁶⁰

⁵⁹ TARTUCE, Flávio *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68.

⁶⁰ ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. 2013. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 57

Fato é que, independentemente do alinhamento a tese de nulidade ou anulabilidade, o Código Civil protegeu os herdeiros legítimos de atos realizados até mesmo em vida, resguardando os necessários contra a simulações realizadas a partir de doações potencialmente simuladas para burlar a legítima.

No mesmo sentido vem o art. 496 do Código Civil de 2002, que prevê como anulável a venda de ascendentes a descendentes, a menos que exista expresse consentimento dos outros descendentes e do cônjuge (esta pode ser dispensada, caso o regime seja de separação obrigatória de bens, conforme elucida o parágrafo único do artigo 496) do alienante. Percebe-se claramente a preocupação do legislador em proteger os necessários de possíveis doações que atingem a legítima camufladas de negócio jurídico de compra e venda.

Por fim, temos a Colação, que consiste no “ato pelo qual os herdeiros descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum declaram no inventário as doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegados, para que sejam conferidas e igualadas as respectivas legítimas”.⁶¹ Ou seja, a colação é o instituto que obriga ao herdeiro que tenha recebido doação do seu ascendente, cônjuge, que colacione, confira o bem doado na sucessão do doador, de modo a promover a igualdade dos quinhões de cada herdeiro.

Tal instituto, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, advém do direito Romano, que com a intenção de restabelecer a igualdade rompida, criou a *collatio bonorum* e a *collatio dotis* (de elaboração pretoniana), da qual provém a colação no direito moderno.⁶²

O arts. 544 e 2.002 do Código civil de 2002 trata sobre a questão, dispondo:

“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.”

⁶¹ GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 7: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 681

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil* – VI. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 422.

Portanto, percebe-se que o código previu expressamente como um adiantamento da legítima a doação feita em vida dos ascendentes aos descendentes ou entre cônjuges, sendo obrigatório conferir o valor recebido do *de cuius* em vida, sob pena de sonegação. As demais disposições do instituto podem-se encontrar no código civil entre os arts. 2.002 e 2.012.

Desta forma, é possível enxergar que a colação foi mais uma forma prevista pelo legislador para proteger a legítima dos herdeiros necessários, bem como buscar a igualdade entre os herdeiros, pois, mesmo que a doação não invada a cota da legítima, a legislação presume o adiantamento da herança, de modo a também se igualar as respectivas cotas legítimas.

Feito este percurso histórico acerca da sucessão necessária e reserva legítima, bem como a análise acerca do tratamento do atual código aos institutos, cabe adentrar no tema da autonomia privada.

3. A AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é um dos principais princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no direito civil. No campo do direito das sucessões, a autonomia privada se faz ativamente presente, principalmente na figura do testamento, em que pese sua limitação frente a legítima. Quanto ao seu conceito, podemos dizer que se trata de um “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios.”

63

Do conceito de autonomia atribuído pelo autor, percebe-se que existe uma diferença entre autonomia e independência. A independência é o estado pelo qual o sujeito se encontra livre de ordens de outrem e é soberano em suas vontades. Já na autonomia privada, quando o autor aponta que esta é um poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento, percebe-se que a concessão é legitimada de forma pretérita ou posterior pelo sistema jurídico, sendo a autonomia privada válida apenas se suas disposições estiverem em correta observância ao direito, pois dele partiu a

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 338

autorização de dispor, podendo se dizer que existe um processo de filtragem, tendo em vista as disposições constitucionais, que limitam e cingem o campo de atuação dos indivíduos após a autorização da autorregulação.⁶⁴

Portanto, do conceito trazido pelo Perlingieri, percebemos que na contemporaneidade existe uma vinculação da liberalidade individual a autorização do ordenamento, em um fenômeno que podemos definir como paradoxo da autonomia privada. Ora, o sujeito é livre para regular suas próprias manifestações, mas só o é por prévio reconhecimento ou atribuição do ordenamento para essa possibilidade.

No mesmo sentido, dispõe Francisco Hupsel, que traz que:

“Com uma compreensão comprometida com o ser humano e com sua dignidade, entendemos que a autonomia privada consiste no 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.”⁶⁵

Lado outro, necessário se faz dizer que em que pese ainda hoje tratar-se autonomia privada e autonomia da vontade como sinônimos, tratam-se de institutos diferentes. A autonomia da vontade preexistiu a autonomia privada, servindo até mesmo de base para esta, e “em âmbito jurídico tem origem no Direito Romano quando se trata de matéria contratual”.⁶⁶ Reconhecendo esta diferença, leciona Francisco Amaral que a autonomia da vontade é o princípio pelo qual o sujeito pode praticar um ato, determinando-lhe conteúdo, os eleitos e a forma, e a autonomia privada (em consonância com o acima disposto), é o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, regulando o exercício da sua própria vontade, as relações que participa, a disciplina jurídica, existindo uma sensível diferença entre ambas autonomias, sendo que a autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva e

⁶⁴ MARQUES FILHO, Renato Rubens Amaral. *Da autonomia privada*. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/da-autonomia-privada/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶⁵ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 74-75.

⁶⁶ PINHO, Caio Bezerra de. *Autonomia privada no Direito das Sucessões: os problemas decorrentes da aplicação da sucessão legítima no direito brasileiro*. 2019. Disponível em: <https://cbpinho10.jusbrasil.com.br/artigos/705176107/autonomia-privada-no-direito-das-sucessoes#footnote-49>. Acesso em: 10 abr. 2021.

psicológica e a autonomia privada é marcada pelo poder da vontade no direito de um modo objetivo, real e concreto.⁶⁷

Solidificado o conceito contemporâneo da autonomia privada, bem como feita a distinção entre esta e a autonomia da vontade (conceito importante para o surgimento posterior da autonomia privada), necessário se faz um levantamento histórico do instituto, para entender as suas bases e o processo que levou a sua atual presença na sociedade contemporânea.

3.1 Percurso Histórico e Atributos

A autonomia privada teve como seu momento de partida marcado pelo Constitucionalismo e a revolução francesa de 1789⁶⁸. No século XVIII, em meio ao Estado Absolutista, onde o Rei concentrava o poder político e social, ocorreu a ascensão dos burgueses, os quais não possuíam títulos de nobreza, contudo, comandavam o comércio e aos poucos foram concentrando riquezas.

Os altos impostos, os diferentes tratamentos aos indivíduos e os ideais iluministas desencadearam uma ruptura que resultou na transição do feudalismo para o capitalismo. Tal ruptura adveio com a chamada revolução francesa (que tinha como lema a liberdade, igualdade e fraternidade), onde este antigo regime foi rompido e foi instaurado o Estado Burguês, amparado na soberania burguesa, igualdade política e liberdade econômica, além de promovido a cisão entre o público e o privado.⁶⁹

Em 1791 surge a Constituição francesa, que concretiza esses ideais liberais e traça a forma de organização política, definindo os limites do estado e garantindo um conjunto de direitos aos cidadãos, defendendo a esfera de liberdade destes perante o Estado. Com ela, o Estado restou institucionalizado e limitado, enquanto os homens livres e iguais nas relações privadas, tinham o poder de se auto regulamentar nos seus interesses, não podendo o estado se intrometer na esfera individual e tendo como justificativa para sua existência a função de garantir a igualdade e a liberdade dos

⁶⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 340

⁶⁸ HUPSEL, Francisco., *op. cit.*, p. 74-75.

⁶⁹ RIBEIRO, Marcus Vinícius Magalhães Cecilio; AYLON, Lislene Ledier. *O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos*. 2019. P. 361. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/595/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

cidadãos, sendo, portanto, um Estado sobre os pilares da generalidade da lei, da igualdade de todos frente a ela e da autonomia dos indivíduos.⁷⁰

É neste contexto de criação do Estado Liberal (que além da revolução francesa, contou com a revolução industrial na Inglaterra e figuras como Adam Smith e John Locke) que surge a Autonomia da vontade, como princípio jurídico e fonte para as relações entre indivíduos, sendo segundo Francisco Amaral (1989, p. 25, *apud* RIBEIRO, AYLON, 2019, p. 262-263) “produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo”

Com base na autonomia da vontade, ocorria a liberalidade humana nas suas relações. Neste sentido dispõem Marcus Ribeiro e Lislene Aylon:

“Era vedado ao Estado Liberal a intervenção nas órbitas particulares, sendo assim, a livre expressão da vontade humana era franca produtora de direitos, não sofrendo limitações. Vigia a liberdade tanto de contratar quanto a liberdade contratual; aquela refere-se, em regra, à liberdade plena, à soberania de decidir o momento e a parte com quem se concretizará o pacto, enquanto, esta representa a independência para a estipulação do conteúdo da convenção. Ademais, eventuais intervenções estatais poderiam, segundo o entendimento liberal, mitigar e perturbar a regra entre aqueles que contratam. Então, reservava-se ao Estado o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa das pessoas. Mediante tamanha liberdade, individualismo e florescimento da vontade, o princípio da autonomia da vontade deparava-se com seu apogeu.”⁷¹

Entretanto, com o passar do tempo, o liberalismo puro e por consequência a autonomia da vontade vão perdendo força, diante do contexto de guerras (1ª e 2ª Guerra Mundial) e crises econômicas (Quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929 etc.) que assolaram o mundo. Surge neste momento o Estado de Bem-Estar Social, lideradas pelas Constituições de Weimar e do México, preocupadas com os direitos sociais, vindo a “tona uma nova dialética de reivindicação e de prestação a superar

⁷⁰ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 34.

⁷¹ RIBEIRO, Marcus Vinícius Magalhães Cecilio; AYLON, Lislene Ledier. *O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos*. 2019. P. 363. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/595/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

do isolamento o homem liberal, através de um quadro jurídico-constitucional voltado para uma ordem que se pretende mais solidária e justa”.⁷²

Têm-se, portanto, um novo contexto político, social e econômico, com um Estado fortalecido, com mais protagonismo e preocupado com o coletivo e com as questões sociais, não sendo mais soberana a vontade particular. É neste contexto que se tem uma nova ideia de autonomia, sendo batizada agora de Autonomia Privada.

Atribui-se a doutrina italiana e a alemã a noção de autonomia privada. Na Itália, têm-se como principal nome Luigi Ferri, segundo o qual a autonomia privada é um fenômeno inerente ao direito, pois, sem o direito não se pode existir tal autonomia, trazendo Ferrer (1969, *apud* Walker, Sierra, 2016, p. 15) que esta “não é uma expressão de uma mera licitude ou faculdade, mas sim uma manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro do limite estabelecido pela legislação, normas jurídicas”

Já na Alemanha, podemos trazer a noção de Hans Kelsen sobre o Instituto:

“Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”⁷³

Desta forma, percebemos que ambos os autores enxergam semelhantemente a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre a esfera privada, a autonomia privada como um poder normativo conferido pela lei, tendo os indivíduos ao exercê-la, observar os limites e valores da lei, sendo, portanto, a autonomia privada um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.⁷⁴

Percebemos, então, que em meio a um contexto de Estado Protagonista, engajado nos direitos e relações sociais, existiu uma transição da ideia de autonomia

⁷² HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 40.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 179.

⁷⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. p. 121. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em: 10 abr. 2021

da vontade, que particularizava a extensa liberdade nos contratos, podendo os indivíduos delinear entre si as estipulações e entendimentos, isolando a interferência estatal, para a autonomia privada, onde foi preservada a liberdade nos contratos, sendo, contudo, uma liberdade limitada pelo estabelecido em lei, visando resguardar os interesses sociais. É exatamente neste caminho que dispõe Roxana Borges:

“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”⁷⁵

No Mesmo sentido, diz Francisco Hupsel:

“Ter ocorrido a transição da *autonomia da vontade* para a *autonomia privada*, em razão do advento do direito civil-constitucional a partir do qual a autonomia passou a ser guiada pelo deslocamento da pessoa humana para o centro do ordenamento.”⁷⁶

Feito o cotejo histórico de surgimento e evolução da autonomia da vontade e sua transição para a autonomia privada, objeto deste capítulo, passemos a dispor acerca dos limites que permeiam a autonomia privada, pois, como visto, a presença destes é a principal diferença entre os institutos.

3.2 Limites à Autonomia Privada

Através do levantamento histórico do instituto da autonomia privada, percebeu-se a evolução da ideia de autonomia ao longo do tempo, tendo o contexto político e econômico grande influência sobre como enxerga-la. Nas palavras de Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Eduardo Pires:

“As limitações sofridas pela autonomia privada na contemporaneidade têm como origem a ideologia montada com o advento do Estado Social, em que há uma busca pela abolição ou ao menos amenização das desigualdades sociais oriundas do período burguês. Nestas condições há um aumento no papel de atuação do Estado, que passa a intervir na esfera econômico

⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

⁷⁶ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 72.

privada, visando inserir nessa seara limites baseados em fins de interesse público.”⁷⁷

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 levou em conta o cenário político e as discussões sociais, se tendo que “a Constituição Brasileira não repeliu a livre iniciativa, nem repugnou a propriedade privada. O que fez foi atrelar o exercício dessas situações jurídicas à realização de valores sociais.”⁷⁸ Desta forma, no conceito e aplicação atual da chamada autonomia privada, têm-se algumas limitações visando, como foi dito, os interesses sociais, sendo elas: A lei, a ordem pública e a moral e os bons costumes.

Nas palavras de Silvio Rodrigues, a autonomia:

“(…) esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico. A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem, por conseguinte, barreiras limitadoras da liberdade individual”⁷⁹

Passemos a dispor acerca de tais limitações.

3.2.1 Lei

A limitação da autonomia privada pela lei decorre da própria interpretação lógica do instituto, dentro do arranjo histórico realizado. Segundo Mauricio Requião:

“A Colocação da lei como fator de limitação da autonomia é, em si, desprovida de necessidade de maior esclarecimento e justificação. A lei, tomada aqui num sentido mais amplo, é responsável não apenas pela concessão de direitos, mas também pela definição dos seus limites e restrições. Assim, se por um lado concede aos sujeitos a possibilidade de regulamentar suas vidas, seja

⁷⁷ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais*. reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. 2015. p. 179. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19

⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 17.

na esfera patrimonial ou na esfera pessoal, por outro também traça limites a essa liberdade.⁸⁰

A constituição, guiada por princípios e normas, impõe ao legislador a elaboração de leis que se coadunem com suas diretrizes e que regulem os institutos da esfera privada, de modo que estes sejam compatíveis com o Estado de bem-estar social. Nas palavras de Luciano de Camargo Penteado:

“o ordenamento jurídico, nada obstante confira à liberdade humana o papel de atuar sobre o cenário, exerce também sobre ela, dentro de determinada perspectiva, uma função de controle. Isto porque nem todos os atos de autonomia privada são atos interessantes a se dar vigência dentro do sistema, ou seja, nem todos os atos se quer que produzam efeitos. Este controle se dá, basicamente, pelo plano da validade, cominando de nulos ou anuláveis os atos jurídicos contrários a certa normativa de um sistema de direito positivo.”⁸¹

De acordo com Fachin (1988, p. 56 *apud* HUPSEL, 2017, p. 178) a conformidade com o ordenamento impõe a autonomia privada quadrantes, sendo essa conformidade não ser contrário a norma posta ou pressuposta pelo ordenamento, senda esta impossibilidade de confronto o primeiro limite da autonomia privada. Portanto, percebe-se que o próprio ordenamento jurídico que permite a existência da autonomia privada, o limita, e faz isso através dos seus princípios, diretrizes, normas e de leis específicas.

Desta forma, percebemos a legalidade limitadora do da autonomia privada decorre do sistema constitucional, é legitimada por este e não se resume a lei em sentido estrito. Nas palavras de Francisco Hupsel:

“Mas, 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”

Quanto as leis, no Código Civil de 2002 podemos perceber limites a autonomia privada impostos, por exemplo, no art. 122. Vejamos:

⁸⁰ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

⁸¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócio jurídico: Breves Notas. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (org.), *Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 300.

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

Outros exemplos de limitações postas no CC/02 podem ser encontrados no art. 606, parágrafo único⁸², 2.035, parágrafo único⁸³. Além destes, podemos enxergar a limitação de forma clara nos institutos objetos deste trabalho, quais sejam, a sucessão necessária e a reserva legítima, previstas do art. 1.829 ao art. 1.850 do código civil.

Contudo, tais limitações não se encontram apenas do CC/02, estando presentes também no Código de Defesa do Consumidor, na Consolidação das Leis Trabalhistas, na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307), enfim, por todo o ordenamento jurídico, que através de suas divisões e legislações específicas formam microssistemas dentro do ordenamento que precisam observar o disposto na carta constitucional, e, desta forma, limitam a autonomia privada de acordo com o interesse da constituição.

3.2.2 Ordem Pública

A Ordem Pública é um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive de forma expressa, como no art. 606 do CC/02, acima citado. No entanto, em que pese seja previsto, o Legislador não dispôs expressamente acerca do seu conceito, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência proceder a sua conceituação.

Para Francisco Hupsel, a ordem pública inclui componentes de natureza política e econômica, trazendo o autor duas dimensões: A negativa e a positiva. A negativa vê a ordem pública como norma imperativa que essencialmente visa tutelar os interesses primordiais da coletividade, sendo as normas de ordem pública inderrogáveis pela vontade das partes e com efeitos que não são suscetíveis a renúncia. Na dimensão positiva, traz-se a ideia de que existe um compromisso positivo do Estado na realização dos princípios fundamentais, e daí se possibilita a imposição de um limite positivo de regulamentação e autorregulamentação.⁸⁴

⁸² Parágrafo único do Art. 606 do CC/02: “Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.”

⁸³ Parágrafo único do Art. 2.035 do CC/02: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁸⁴ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 194.

Já Vasconcelos (2009, *Apud* WALKER, SIERRA, 2009, p. 19) conceitua ordem pública como o complexo de princípios e valores que informam a organização política, econômica e social da sociedade, sendo uma ponte entre a lei e a moral. Pode-se enxergar, portanto, a concordância dos dois autores citados quanto a presença de aspectos políticos e econômicos na ideia de ordem pública.

Desta forma, a ordem pública é fator que precisa ser valorado em todos os atos, sejam atos públicos ou mesmo atos privados. A valoração, portanto, é imperiosa para se determinar no caso concreto a limitação ou não do ato com base na ordem pública, pois segundo Bastos (2014, p. 114, *apud* REQUIÃO, 2016, p. 43), não existe uma prevalência abstrata do interesse público sobre a autonomia.

Assim, percebe-se, portanto, que ocorreria a limitação da autonomia privada pela ordem pública quando, realizada uma interpretação com base principiológica, se tenha constatado que o ato privado, ainda que benéfico ao indivíduo, traga um prejuízo proporcionalmente injustificado ao meio social. Desta forma, ocorre a aproximação da noção de ordem pública com Código Civil de 2002, tendo em vista a sua diretriz de socialidade.⁸⁵

3.2.3 Moral e Bons Costumes

Como limitadores da autonomia privada, temos também a moral e os bons costumes. Estes, são conceitos que referem a si mesmo, se tendo que o ato de autonomia privada que contraria os bons costumes, tem causa torpe ou imoral, e tendo o negócio jurídico causa torpe ou imoral, se contraria os bons costumes.⁸⁶ Desta forma, percebemos que dentro do Direito Civil, moral e bons costumes são tomados como sinônimos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Quanto especificamente ao conceito de bons costumes, têm-se que os bons costumes são “o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios”⁸⁷.

⁸⁵ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43.

⁸⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.66.

⁸⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 347.

Os bons costumes, assim como a ordem pública, é um conceito indeterminado que deve ser concretizado pelo operador do direito, variando de acordo com o contexto social, histórico, cultural e econômico, não podendo ser aplicado em abstrato, sendo imperiosa uma análise das circunstâncias que permeiam o caso, para sua correta aplicação. Em que pese a congruência em determinados pontos, a ordem pública e os bons costumes distinguem-se pelo fato de a ordem pública operar no plano estritamente jurídico, ou seja, está atrelada ao ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem a princípios extrajurídicos, éticos e morais.⁸⁸

A Moral, por outro lado, pode ser entendida como a junção de valores éticos, normas, noções de correto e incorreto dentro de um determinado contexto social e histórico. No Direito Civil, no entanto, percebe-se que a Moral e os Bons Costume são tomados como sinônimos, devido à como acima já dito, serem conceitos autorreferentes.

Diante da abertura e indeterminação que os conceitos de Bons Costumes e Moral apresentam, percebe-se que a restrição da autonomia privada por estes deve ser analisada minuciosamente para mensurar a proporcionalidade da limitação.

Isto porque “o que não pode haver é limitação da autonomia de um sujeito, por conta de preconceitos e opções de terceiros disfarçados sob a égide da moral”⁸⁹. Ora, se a moral e bons costumes são ditadas a partir do recorte histórico e social, resta claro que existe espaço para a opressão da maioria frente as minorias, sob a bandeira da proteção a moral e aos bons costumes, fato, aliás, corriqueiro no Brasil atual, sob a presidência de Jair Bolsonaro.

Desta forma, é preciso ter cuidado ao se aplicar a limitação da autonomia sob o fundamento da moral e dos bons costumes, sobretudo quando esta moral e bons costume na verdade não passarem de mero clamor popular baseados na ideia de padrões morais essenciais.

⁸⁸ CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 8, jul. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.14.PDF Acesso em: 18 abr. 2021

⁸⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43

Os padrões morais essenciais são alvos de Dworkin ao criticar os escritos de Lorde Devlin. Segundo este último, existem “padrões morais que a maioria coloca para além da tolerância e que impõe aos que discordam (...) pois toda sociedade tem um direito de preservar sua própria existência e, por consequência, o direito de insistir na manutenção de tal conformidade.”⁹⁰ Em contrapartida, Dworkin traz corretamente que tal argumento é falacioso, repousa numa concepção confusa do que é a sociedade, não existindo padrões morais essenciais, se tendo, em verdade, a limitação da autonomia dos indivíduos por imoralidade como mantenedor de intolerâncias.⁹¹

Assim, diante de desses casos percebe-se necessária a proteção constitucional da liberdade, invocando o seu caráter de direito fundamental, pois são justamente as minorias que habitam o local que não necessariamente vai de acordo com o clamor social e dependem da proteção constitucional para a garantia de suas liberdades.⁹²

Portanto, não é correta a ideia de limitação da conduta individual única e exclusivamente por conta da desaprovação maioria social, até mesmo porque a existência de um consenso quanto a censurabilidade de uma conduta não garante que tal repreensão é pautada em premissas morais.⁹³ Segundo Adriana Brasil Vieira Wyzykowski:

“Para que a moral e os bons costumes pudessem sobreviver de alguma forma enquanto limites à autonomia privada no sistema brasileiro, deveriam ser vistos apenas como um dever geral de boa convivência, visando o resguardo de ofensas que visassem lesar outros indivíduos, não desfazendo o caráter multifacetário de uma sociedade multicultural. Não é papel do costume pôr-se a serviço da manutenção do status quo em prol de classes privilegiadas. Deve, em verdade, consagrar os ideais sociais na realização dos atos de autonomia privada, estando inserido num contexto social de democracia

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 376.

⁹¹ *Ibid.*, p. 375-380.

⁹² REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. 195 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 50

⁹³ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. 2019. 297 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 65-66.

participativa que almeja boa convivência e o respeito às necessidades das minorias.”⁹⁴

No mesmo sentido de tudo que foi dito acerca da Moral e Bons Costumes como limitadores da autonomia privada, Francisco Hupsel traz que:

“(…) o costume de hoje, de ontem não era. O seu qualificativo não tem significado unívoco já que o que é bom para uns para outros não é. E 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- cometidas; em seu nome, cerceia-se a “autonomia existencial” da pessoa humana ou se esmaga a sua dignidade de ser, propor e agir.”⁹⁵

Portanto, conforme aponta Capelo de Souza (1995, p. 355, *apud* HUPSEL, 2017, p.199) em uma sociedade onde o direito à liberdade é fundamental, e dotada de diretrizes personalistas, é necessária uma extrema cautela aos limites impostos pelos bons costumes. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro tem os bons costumes como fonte de direito, bem como limitador da autonomia privada, não se pode negar a importância deste, mas, também, não pode atribuí-los de uma coerção tamanha que contraponha a dignidade humana.⁹⁶

Passemos, agora, a dispor acerca da autonomia existencial, importante conceito trazido na doutrina e jurisprudência como um reflexo da liberdade e da autonomia privada e alinhado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Autonomia Existencial

Dentro da esfera da autonomia, além da autonomia privada acima debruçada, surgiu o conceito de autonomia existencial, como reflexo das novas concepções

⁹⁴ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. 2019. 297 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 66

⁹⁵ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 197.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 199

advindas do Estado de bem-estar social, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos universais.

A autonomia privada, como visto, é expressão da liberdade, instrumento indissociável da materialização da dignidade da pessoa humana, onde o indivíduo pode compor seus interesses com o semelhante, regulando-os, como também pode realizar seu projeto de vida, dispondo do seu eu para gerir sua própria existência.⁹⁷ Desta forma, têm-se que a autonomia existencial é “a liberdade do sujeito gerir a sua vida, sua personalidade, de forma digna”⁹⁸

Portanto, percebe-se que enquanto a autonomia privada está ligada a um caráter patrimonialista, a autonomia existencial está vinculada ao ser e aos direitos da personalidade, de família, etc., e, por essa razão, merece uma maior proteção em relação a autonomia negocial, outra espécie derivada da autonomia privada.

O peso atribuído a autonomia privada varia dentro da ponderação de valores realizada, pois, diante de um caso de caráter patrimonial, a importância desta será menor, e, em sentido contrário, quando envolver uma dimensão afetiva ou da esfera da privacidade, se tem um peso maior atribuído a autonomia.⁹⁹

Feita esta conceituação, cabe dizer que a autonomia existencial tem extrema importância para o tema objeto deste trabalho. Embora, à primeira vista, o direito de dispor sobre seus bens e a legítima emanem um caráter exclusivamente patrimonial, estes não se retem a somente isto.

Como visto, a autonomia existencial está ligada ao ser, as suas subjetividade e ações concretas para a sua plenitude como ser humano. A partir do sistema capitalista que vivemos, é inexorável que todos acabemos dando bastante importância a bens patrimoniais e, sobretudo, a prover conforto e segurança financeira a aqueles pelos quais temos grande afeto e amamos. Desta forma, o prover ao outro que amamos

⁹⁷ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 171

⁹⁸ REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. 195 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 50

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.279

acaba se tornando uma realização do próprio ser, e não meramente um negócio jurídico patrimonial.

Neste ponto, colocando em perspectiva que a legítima e a sucessão testamentária trata acerca do *post mortem*, ou seja, momento em que o sujeito deixa de estar fisicamente presente para cuidar daqueles pelos quais tem afeto, percebe-se um caráter existencial ainda maior nos institutos, pois, é evidente que o sujeito se sentirá pleno e preenchido ao saber que ao chegar no momento da sua morte, àqueles que deseja receberão garantias e conforto para viver a vida da melhor forma possível, ou que, o coletivo que participava receberá as verbas para continuar a luta. De um lado ou de outro, se enxerga que a segurança de planejar e poder dispor do que acontece com seus ativos depois da morte enquanto vive, preenche e tranquiliza o indivíduo, fazendo parte do seu projeto de vida, visto que as disposições testamentárias são feitas em vida.

Neste ponto, poderia ser levantada a possibilidade de o indivíduo realizar doações em vida como um poder para ser afastada essa ideia existencial acima posta. Contudo, nosso entendimento é de que a doação não tem este condão, pelo fato de que nem sempre o indivíduo pode ou mesmo quer abrir mão daquele patrimônio em vida. O que o sujeito almeja é ter a segurança e paz de espírito de que quando vier a falecer, e por razões óbvias, não mais precisar utilizar aquele bem, este seja direcionado àquela pessoa pela qual nutre afeto.

Lembre-se que a autonomia existencial é “espécie da autonomia privada. A tutela desta, daquela será. O que se disse com referência a esta, àquela se aplica.”¹⁰⁰ E, “a cisão da ideia de autonomia nestes dois conceitos diferentes, de modo algum significa que a promoção de uma das facetas esteja necessariamente desvinculada da outra.”¹⁰¹

Portanto, a sucessão necessária, a legítima e o direito de dispor tem efeitos patrimoniais, sobretudo em relação aos herdeiros, contudo, a existência dos efeitos

¹⁰⁰ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 172.

¹⁰¹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43

patrimoniais não anula o caráter existencial que assola o sujeito na disposição da herança a ser deixada

4. A LEGÍTIMA NO DIREITO COMPARADO

Feito o levantamento histórico e teórico acerca da Sucessão Necessária e Legítima, bem como da Autonomia privada, considera-se enriquecedor apontar a existência ou não da legítima no Direito comparado.

Seguindo os ensinamentos de Marta Fernández-Hierro e María Fernández-Hierro, pode-se classificar os sistemas jurídicos adotados mundo afora em três, quais sejam: O sistema de legitimados clássico, O sistema da liberdade de testar e o sistema onde os legitimados tem direito a uma parte dos bens, acaso estejam em situação de necessidade.¹⁰²

Quanto ao sistema de legitimados clássicos, têm-se que os países que adotam este sistema, como a França, Itália, Espanha, Suécia etc., se basearam no direito romano e reservaram uma cota parte da herança para herdeiros específicos, sendo exatamente a legítima que é objeto do presente trabalho. Estes países, no entanto, possuem algumas diferenças no regramento da legítima, podendo ser observada distinções quanto aos herdeiros que serão protegidos, bem como a quantia que cada um deve receber. Ainda dentro do sistema de legitimados clássicos, têm-se países, como a Alemanha e a Áustria, que reconhecem a determinados parentes o direito a uma parte da herança, sendo chamado de um direito de crédito.¹⁰³

Já em relação ao sistema da liberdade de testar, temos que este é adotado pelos países que seguem o direito anglo-saxão, como a Inglaterra, o México, El Salvador etc. Contudo, conforme aduz Hierro e Hierro, nem mesmo nos países que adotam o sistema da liberdade de testar, esta é absoluta, como já foi na Inglaterra até 1938,

¹⁰² FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 25-27. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰³ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 25-26. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

visto que ao cônjuge e a determinados parentes é reconhecido o direito a alimentos, independentemente da disposição do testador.¹⁰⁴

Por fim, têm-se o grupo de países que adotam um sistema misto dos dois anteriores, onde os legitimados tem direito a uma parte dos bens da herança, mas somente se estes se encontrarem em situação de necessidade, sendo exemplo a Rússia, a Estônia e a Lituânia.¹⁰⁵

Desta forma, por razões didáticas, analisaremos as disposições da Itália, França e Espanha, como países que adotam a legítima, a Estônia, Lituânia e Rússia como Países que adotam o sistema misto, e os Estados Unidos da América, o México e a Inglaterra, como representante dos países que não adotam a legítima.

4.1 Países que Adotam o Sistema de Legítima

Assim como o Brasil, a Itália adota a sucessão legítima, que é prevista no art. 565 do *Codice Civile*, que dispõe, *in verbis* “Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo”¹⁰⁶¹⁰⁷

Desta forma, “conforme esse preceito, não existindo testamento, a herança é transferida ao cônjuge, descendentes, ascendentes, outros parentes e, por fim, ao Estado, de acordo com a ordem e regras estabelecidas no presente título”.¹⁰⁸ E, de acordo com o art. 536 do mesmo *Codice Civile*, a reserva legítima é prevista em favor do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes, tendo os filhos adotivos iguais

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 26. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 27

¹⁰⁶ ITÁLIA. Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 262. *Codice Civile*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁰⁷ Em Português: Na sucessão legítima, a herança é transferida ao cônjuge, descendentes, ascendentes, colaterais, demais parentes e ao Estado na ordem e segundo as regras estabelecidas neste título (Tradução Nossa)

¹⁰⁸ FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. *Da “obrigatoriedade” da sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu património*. 2014. 54 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/35082/1/Da%20Obrigatorio%20da%20Sucessao%20Legitimaria%20como%20Forma%20de%20Privacao%20da%20Liberdade%20do%20de%20Cujus%20em%20Dispor%20do%20seu%20Patrimonio.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

direitos em relação aos biológicos. Em relação ao valor em porcentagem ou fração da legítima, da leitura do *Codice Civile* percebe-se que não existe um valor fixo, dependendo de qual herdeiro necessário se trata (filho, cônjuge, ascendente) e da quantidade (um filho ou filhos) a legítima pode ser estabelecida em metade dos bens, 1/3 (um terço) ou 2/3 (dois terços).¹⁰⁹

Por fim, em semelhança com a legislação brasileira, os sucessores são chamados de herdeiros ou de legatários. O art. 588 do Código Civil Italiano dispõe sobre estas espécies de sucessões, distinguindo-as, vejamos:

“Art. 588.

Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare.

Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario.

L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio.”^{110 111}

Ou seja, independentemente da denominação utilizada pelo testador, herdeiro é aquele que sucede na universalidade ou na quota-parte do patrimônio do testador, enquanto legatário tem título particular, com bens e valores de determinados.

¹⁰⁹ ITÁLIA. Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 262. *Codice Civile*. Disponível em:< <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹¹⁰ ITALIA. Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 262. *Codice Civile*. Disponível em:< <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹¹¹ Em Português: As disposições testamentárias, qualquer que seja a expressão ou denominação utilizada pelo testador, são universais e atribuem a condição de herdeiro, desde que incluam a universalidade ou a quota-parte do patrimônio do testador. As demais disposições têm título particular e atribuem a condição de legatário. A indicação de ativos específicos ou de conjunto de ativos não exclui que a provisão seja universal, quando se constata que o testador pretendia ceder esses ativos como parcela dos ativos.” (Tradução Nossa)

Na França, o Código Civil dispõe no seu art. 912 acerca da “réserve héréditaire”, ou seja, a reserva hereditária, denominação dada a legítima por aquela nação. Segundo Marta Hierro e María Hierro:

“O artigo 912 define a reserva hereditária como a parte dos bens e direitos de herança sobre os quais a lei garante a transmissão gratuita de encargos a favor de certos herdeiros, chamados titulares de reservas, se forem chamados à sucessão e a aceitarem. A cota disponível (parte da livre disposição) é a parte dos direitos de propriedade e herança que não é reservada por lei e que o falecido pode dispor livremente por meios de generosidade (tradução nossa)”¹¹²

Já em relação ao tamanho da legítima, o art. 913 do código civil francês prevê que dependerá da quantidade dos herdeiros necessários. Se, por exemplo, houver apenas um filho, a legítima será de metade do valor da herança.¹¹³ Acerca do tema:

“Esses direitos a uma parte reservada, que restringem a liberdade de dispor da propriedade à vontade e podem variar em valor dependendo do número de filhos do falecido ou da condição do herdeiro forçado (filho ou cônjuge), não podem exceder três- quartos da propriedade. Os herdeiros forçados não podem renunciar à sua parte reservada (a menos que renunciem à sucessão). Podem, no entanto, renunciar antecipadamente ao direito de intentar uma ação de redução contra doações testamentárias excessivas (renúncia antecipada de uma ação de redução a que se refere a questão 1 em relação aos acordos sucessórios).”¹¹⁴ (tradução nossa)

¹¹² FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 36. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹¹³Dispõe, *in verbis*: art. 913 - Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. L'enfant qui renonce à la succession n'est compris dans le nombre d'enfants laissés par le défunt que s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une libéralité en application des dispositions de l'article 845. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136335/#LEGISCTA000006136335. Acesso em: 28/04/2021.

¹¹⁴ Such rights to a reserved portion, which restrict the freedom to dispose of the estate at will and can vary in value depending on the number of children of the deceased or the status of the forced heir (child or spouse), may not exceed three-quarters of the estate. Forced heirs cannot waive their reserved portion (unless they waive succession). However, they can waive in advance the right to bring an action in abatement against excessive testamentary gifts (the advance waiver of an action in abatement referred to in question 1 in relation to agreements on succession). FRANCE. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_1. Acesso em: 28. abr. 2021.

Por fim, a Espanha também faz parte dos países que adotam a legítima. No art. 806 do código civil espanhol, é disposto, *in verbis*:

“Artículo 806.

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.”¹¹⁵

Portanto, a Espanha adota a legítima a favor daqueles que denomina “heredero forzosos”, sendo estes, conforme disposto no art. 807, os filhos, os ascendentes e o conjugue sobrevivente. Quanto a proteção a legítima, tem-se que:

“A parte reservada de filhos e descendentes consiste em dois terços dos bens do pai e da mãe. No entanto, eles podem distribuir um dos dois terços que formam a parte reservada, a fim de melhorar a herança de seus filhos ou descendentes. O terço restante será distribuído gratuitamente. É caracterizada por conferir um direito sobre a totalidade do patrimônio, visto que, com algumas exceções, é em geral *pars bonorum*. A parte reservada dos ascendentes consiste em metade dos bens do pai e da mãe, a menos que o cônjuge também detenha uma parte, caso em que a parte reservada consiste em um terço. A parte reservada aos cônjuges não separados judicialmente consiste no usufruto de dois terços dos bens do patrimônio na ausência de ascendentes e descendentes. Se houver descendentes, consiste no usufruto de um dos dois terços que correspondem aos descendentes. Se houver apenas ascendentes, consiste no usufruto de metade, que os herdeiros podem liquidar em dinheiro.”¹¹⁶ (tradução nossa)

Desta forma, vemos que o sistema espanhol se aproxima muito ao adotado no nosso ordenamento jurídico, com algumas diferenças pontuais. Analisados os países que adotam legítima, passemos a aqueles que não preveem tal instituto.

¹¹⁵ ESPANÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Por el que se publica el Código Civil. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con). Acesso em: 29.abr.2021

¹¹⁶ The reserved share of children and descendants consists of two thirds of the estate of the father and mother. However, they may distribute one of the two thirds forming the reserved share in order to improve the inheritance of their children or descendants. The remaining third will be freely distributable. It is characterised by conferring a right over the entire estate since, with a few exceptions, it is in general *pars bonorum*. The reserved share of the ascendants consists of half the estate of the father and mother, unless the spouse also holds a share, in which case the reserved share consists of one third. The reserved share allocated to spouses not legally separated consists of the usufruct of two thirds of the assets of the estate in the absence of ascendants and descendants. If there are descendants, it consists of the usufruct of one of the two thirds that correspond to the descendants. If there are only ascendants, it consists of the usufruct of half, which the heirs may settle in cash. SPAIN. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-es-en.do?member=1. Acesso em: 28. abr. 2021.

4.2 Países que Não Adotam a Legítima

Nos Estados Unidos, a sucessão não é matéria regulada a nível federal, e sim pelos Estados, decorrência do modelo federativo daquele país.

Em geral, não é previsto nenhum tipo legítimo aos herdeiros do *de cuius*, prezando-se pela autonomia privada do testador. Como sinal de preponderância da autonomia, tem-se que mesmo que os requisitos formais do testamento, estabelecidos por lei, não sejam observados pelo testador, o testamento continua válido e é aplicada a vontade do *de cuius*, contanto que a sua intenção no testamento seja clara, segura e sem suspeitas de atividades fraudulentas.¹¹⁷ Segundo Ronald Scalise:

“Além das formas liberadas nas quais os testadores podem expressar sua intenção, os estados concedem aos indivíduos autoridade quase irrestrita para dispor de sua propriedade. Nas últimas décadas, um número notável de estudiosos defendeu uma limitação à liberdade testamentária que prevê a proteção e a provisão de filhos de um testador. A América, no entanto, endossou um tipo de liberdade testamentária que é mais extensa do que quase qualquer outro país. Os estudiosos notaram que uma das características estranhas da liberdade testamentária americana é que, embora um pai mantenha obrigações alimentares de sustentar os filhos enquanto está vivo, esses mesmos deveres, mesmo se reconhecidos em prêmios de pensão alimentícia concedidos por tribunais, são normalmente inaplicáveis contra os pais propriedade depois que ele morre.”¹¹⁸ (tradução nossa)

Desta forma, vemos que nos Estados Unidos da América prevalece a vontade do testador, ainda que o testamento não observe determinados requisitos legais, bem

¹¹⁷ SCALISE JR, Ronald J. New developments in United States Sucession Law. The American Journal of comparative law, v.54, 2006, p. 110.

¹¹⁸ In addition to the liberalized forms in which testators may express their intent, states grant individuals almost unrestricted authority to dispose of their property. For the last several decades, a notable number of scholars have advocated a limitation on testamentary freedom that provides for the protection of and the provision for children of a testator. America, however, has endorsed a type of testamentary freedom tha is more extensive than almost any other country. Scholars have noted that one of the odd characteristics of American testamentary freedom is that although a parent maintains alimentary obligations to support children while he is alive, these same duties, even if recognized in child support awards granted by courts, are ordinarily unenforceable against a parent's estate after he dies. SCALISE JR, Ronald J. New developments in United States Sucession Law. The American Journal of comparative law, v.54, 2006, p. 112.

como não foi adotado um sistema de legítima com seus respectivos herdeiros necessários, tal qual ocorre no Brasil, França, Itália etc.

Por fim, alguns estados dos EUA, diante da recomendação dos estudiosos, passaram a prever que os filhos menores de idade podem solicitar o pagamento de alimentos do espólio, sendo estes devidos até o indivíduo atingir a maioridade.¹¹⁹

Quanto a legítima no México, a partir da leitura do código civil daquele país percebe-se que não existe qualquer menção a reserva legítima, sendo esta inexistente no país. Contudo, no art. 1.368 do seu código civil, a Federação Mexicana prevê que o testador obrigatoriamente deve deixar “alimentos” para as pessoas dispostas no artigo, sendo elas: Os descendentes menores de 18 anos, aos quais tenham obrigação legal de prover alimentos no momento do falecimento, os descendentes incapazes de trabalhar, qualquer que seja a idade, o cônjuge sobrevivente que não pode trabalhar e não possui bens, aos ascendentes e aos companheiros, quando estes sejam impedidos de trabalhar.¹²⁰

Portanto, percebemos que não existe no México o instituto da legítima, sendo a regra a total liberdade do testado na disposição dos seus bens. Contudo, alinhando a autonomia privada com o Estado de Bens Estar-Social e a existência de familiares vulneráveis, o código civil mexicano detém um senso assistencialista e impõe ao testador o dever de prover para aqueles parentes tidos pela lei como mais próximos, uma proteção, através de “alimentos”, diante das suas vulnerabilidades econômicas e sociais, mesmo após a morte do indivíduo, com base na solidariedade familiar.

Por fim, na Inglaterra onde o sistema jurídico utilizado é o *common law*, também se faz inexistente o instituto da legítima, sendo a regra daquele ordenamento a sucessão com base na livre disposição do testador.

No entanto, em decorrência da “*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*”, a lei de heranças inglesa, é possibilitado ao cônjuge

¹¹⁹ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 33. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Código Civil Federal*. El C. Presidente Constitucional de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf. Acesso em: 26/04/2021

sobrevivente ou companheiro, filho do *de cuius*, biológico ou afetivo e ao ex-cônjuge que não voltou a casar, solicitar ao tribunal uma provisão financeira razoável com as circunstâncias do caso concreto (relação afetiva do indivíduo do com o *de cuius* etc.), exemplificando o Act 1975 que em relação ao cônjuge sobrevivente, a provisão financeira são todas aquelas que seriam razoáveis no caso para um cônjuge receber.¹²¹

Sendo a provisão subjetiva, “o juiz inglês tem ampla liberdade para avaliar as circunstâncias do caso, e determinar se a concessão desta “provisão” é adequada ou não, e em como coexisti-la com a herança do falecido.” (Hierro, Hierro, 2010, p. 28, tradução nossa)¹²²

4.3 Países que Adotam o Sistema Misto

Na Estônia, funciona uma espécie de sistema misto. Em regra, não existe uma restrição para testar e nem para o conteúdo do testamento. No entanto, no caso de o testador deserdar os ascendentes, descendente ou conjugue e estes dependam financeiramente do *de cuius*, surge o direito a legítima. Trazem María Hierro e Marta Hierro:

“También na Estônia, é previsto (§ 104 da Lei do Direito de Sucessões) que se o falecido por testamento ou herança tiver deserdado um ascendente, descendente ou seu cônjuge chamado a suceder intestado que esteja incapacitado para o trabalho, ou tenha reduzido sua cota hereditária em relação à cota que corresponderia a ele intestado, aqueles os parentes e o cônjuge têm direito de suceder no legítimo ”.¹²³ (tradução nossa)

¹²¹ UNITED KINGDOM. *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. An Act to make fresh provision for empowering the court to make orders for the making out of the estate of a deceased person of provision for the spouse, former spouse, child, child of the family or dependant of that person; and for matters connected therewith. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>. Acesso em: 28/04/2021

¹²² El juez inglés tiene amplias libertades para valorar las circunstancias del caso, y determinar si procede o no la concesión de esta “provision”, y cómo articularla en relación con la herencia del causante.

¹²³ “También en Estonia se prevé (§ 104 de la Ley de Derecho de Sucesiones) que “si el causante en testamento o contrato sucesorio ha desheredado a un ascendiente, descendiente o a su cónyuge llamado a suceder abintestato que está incapacitado para el trabajo, o ha reducido su cuota hereditaria en comparación con la cuota que le correspondería abintestato, esos parientes y el cónyuge tienen derecho a suceder en la legítima”. FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010,

Na Lituânia, também inexistente reserva legítima única e exclusivamente pelo parentesco, sendo livre ao indivíduo dispor de seus bens como bem entender. No entanto, no caso de existirem filhos, mesmo que adotivos, ascendentes (ainda que adotivos) ou cônjuge que no momento da morte do *de cuius* dependiam deste financeiramente, é reservada metade dos bens do falecido a título de legítima, a menos que se preveja em testamento uma porcentagem superior.¹²⁴

Por fim, na Rússia adota-se também o sistema misto, onde o indivíduo, em regra, possui a liberdade para testar sem a necessidade de observar uma reserva legítima. Tal interpretação pode ser tirada da leitura do art. 1019, que dispõe que:

“Artigo 1119. A liberdade de vontade. O testador tem o direito de legar a propriedade por conta própria a qualquer pessoa, para definir de qualquer forma as ações dos herdeiros na herança, privar da herança vários ou todos os herdeiros por lei, não explicando as razões de tal privação, e nos casos estipulados no presente Código, incluir no testamento outras ordens. O testador tem o direito de cancelar ou alterar o testamento compilado em conformidade com as regras do Artigo 1130 do presente Código. A liberdade de vontade será limitada pelas regras da obrigatoriedade de parte dos bens (artigo 1149). 2. O falecido não será obrigado a informar ninguém do conteúdo, criação, alteração ou revogação de um testamento”¹²⁵ (Tradução nossa)

Portanto, da leitura do artigo percebemos a total liberdade que a concedida ao testador, que não precisa nem mesmo justificar as suas decisões. Contudo, em que pese a regra priorizar a autonomia privada, o mesmo artigo cita a exceção prevista no art. 1149 do mesmo código civil, que dispõe:

p. 27. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹²⁴ LITHUANIA. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-lt-en.do?member=1. Acesso em: 28. abr. 2021.

¹²⁵ Article 1119. The Freedom of Will 1. The testator has the right to bequest the property at his own discretion to any persons, to define in any way the shares of the heirs in the inheritance, to deprive of the inheritance several or all heirs at law, not explaining the reasons for such deprivation, and in the cases stipulated in the present Code to include into the will the other orders. The testator has the right to cancel or to amend the compiled will in conformity with the rules of Article 1130 of the present Code. The freedom of the will shall be limited by the rules of compulsory share of estate (Article 1149). 2. The deceased shall not be obligated to inform anybody of the content, creation, alteration or revocation of a will. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_360.pdf. Acesso em: 29/04/2021

“Artigo 1149. O Direito a uma Parte Compulsória da Propriedade

1. Os filhos menores ou deficientes do testador, seu cônjuge deficiente e os pais e também os dependentes deficientes do testador que são sujeitos a serem chamados a herdar nos termos dos Itens 1 e 2 do Artigo 1148 do presente Código, devem herdar independentemente do conteúdo do testamento, pelo menos metade da parte a que cada um tem direito em caso de sucessão por funcionamento da lei (participação obrigatória).¹²⁶ (tradução nossa)

Desta forma, percebemos que de forma excepcional, existindo filhos menores ou deficientes, cônjuge, ascendentes e dependentes deficientes, o código civil russo prevê a aplicação de uma reserva legítima de pelo menos metade do que esses sucessores teriam direito na sucessão legal quando inexistente o testamento.

O sistema de sucessão russo, então, priorizou a liberdade e autonomia privada do *de cuius*, sendo a sua disposição a regra a ser seguida, sem, contudo, esquecer de proteger aqueles relacionados ao falecido e que dependiam dele para seguir vivendo uma vida digna, seja pela minoridade, seja por incapacidade decorrente de alguma deficiência física ou psíquica.

5. UMA ANÁLISE ACERCA DA PERTINÊNCIA DA SUCESSÃO NECESSÁRIA E DA LEGÍTIMA NA CONTEMPORANEIDADE

Feito o levantamento histórico e conceitual dos institutos importantes para este trabalho, bem como a breve análise em direito comparado, passemos a refletir acerca do lugar que a sucessão necessária e a reserva legítima ocupam na sociedade contemporânea.

Como já abordado neste trabalho, em que pese os esforços em se delimitar os limites entre o Direito, a moral e os valores sociais, é inegável que o percurso histórico

¹²⁶ Article 1149. The Right to a Compulsory Share of Estate 1. The minor or disabled children of the testator, his disabled spouse and parents and also the disabled dependants of the testator who are subject to be called upon to inherit under Items 1 and 2 of Article 1148 of the present Code shall inherit irrespective of the content of the will at least half of the share each of them is entitled to in the case of succession by operation of law (compulsory share). Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_360.pdf. Acesso em: 29/04/2021

da sociedade e os valores estabelecidos atingem o direito, seja aumentando ou diminuindo a aceitabilidade social da norma, seja levando o operador do direito a interpretar a norma de forma diferente, seja levando o legislador a simplesmente criar, aditar, modificar ou extinguir a lei.

Desta forma, conforme nos ensina a sociologia, cada sociedade tem leis e valores éticos e morais específicos, adequados a sua vivência. E isso não apenas a civilizações distintas geograficamente, a mesma nação ou país, em tempos cronológicos diferentes, apresenta um arcabouço social ímpar.

Tais afirmações podem ser constatadas no próprio escopo deste trabalho, onde pode-se ver as modificações as quais a civilização romana passou, o próprio Brasil, bem como a análise de direito comparada realizada, onde percebemos as distintas utilizações (ou não utilização) da sucessão necessária e reserva legítima.

No entanto, ao mesmo tempo em que tais valores e até mesmo a lei são fluídos e se adequam ao tempo e ao lugar, muitas das estruturas permanecem e são repassadas, se misturando, em dado momento, com a cultura local. Tal fenômeno ocorre pela difusão do conhecimento e evolução das ideias, que mesmo trazendo novas descobertas e inovações, seguem uma base, um pilar.

Isto pode ser facilmente verificado com o já exposto neste trabalho, onde trouxemos a influência que o direito romano emana até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no código civil de 2002.

Feita estas pontuações, passemos a analisar a sucessão necessária e a legítima na contemporaneidade, iniciando com o embate entre a base de valores histórica dos institutos versus os valores contemporâneos.

5.1 Base e Fundamentos Históricos

Segundo Capelo de Sousa, a sucessão legítima tem “como fundamento a proteção da família nuclear, num princípio de entreajuda e solidariedade”¹²⁷ que é importante para “assegurar uma base de património familiar e a garantir aos familiares

¹²⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, vol I, 4 ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 153.

mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade.”¹²⁸

Acerca do tema, Arnold Wald traz que existe uma relação entre o fundamento do direito de alimentar e o da herança necessária, pois ambos observando a ordem pública, asseguram a solidariedade econômica entre os membros da mesma família, conciliando a liberdade do testador com a colaboração e solidariedade entre os membros da mesma família. Têm-se, portanto, uma relação de dever de alimentar e gratidão entre os descendentes e ascendentes.¹²⁹

Contudo, conforme aponta Pontes de Miranda, os elementos históricos que levaram a implementação da sucessão necessária e da legítima desempenham um papel importante na sua fundamentação, merecendo especial atenção o direito romano.¹³⁰

Tal atenção se faz obrigatória, pois, conforme demonstrado anteriormente neste trabalho, a sucessão legítima remonta ao direito romano, tendo sido desenvolvida a sucessão necessária formal, pela qual o testador obrigatoriamente deveria incluir determinadas pessoas no testamento, fosse para incluir como herdeiro, fosse para deserdar, e a sucessão necessária material, a qual previa a participação nas heranças de determinados indivíduos, em caso de serem injustificadamente deserdados. Como fundamento da sucessão legítima material, identifica-se a ideia de solidariedade familiar, pela qual o testador deveria priorizar aqueles com os quais possuía vínculo sanguíneo a estranhos¹³¹, bem como o fato da deserdação sem justificativas plausível passar a ser reprovada pela opinião pública, pelo dever de afeição do testador. Nas palavras de José Carlos Moreira Alves:

“Nos fins da república, no entanto, a opinião pública passa a ser infensa às pessoas que, em seus testamentos, deserdavam, sem motivo ponderável, certos parentes próximos. E isso porque, nessa época, já predominava o princípio de que o testador tinha o dever de afeição (*officium pietatis*) a eles; daí dizer-se que o testamento que contivesse tais deserdações era *inofficiosum* (inoficioso, isto é, contrário ao *officium pietatis*).”¹³²

¹²⁸ *Ibid.*, p. 153.

¹²⁹ WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.198-199.

¹³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. LV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 212-215.

¹³¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

¹³² ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 814.

Tais institutos, posteriormente unificados pelo imperador Justiniano nas Novelas 118 e 127, e que influenciaram diversos ordenamentos, sobretudo o brasileiro, surgiram da necessidade de se proteger determinados membros da família do *de cuius*, frente a deliberações teratológicas do *pater familiae*, que precisam ter sua liberdade limitada.¹³³

Desta forma, vemos que a sucessão necessária e legítima tinha como fundamento limitar as ações do *pater familiae*. Para melhor entender este fundamento, é preciso compreender o contexto de tal figura na sociedade romana. Em Roma, a família era indivisível, e perpetuada por seus membros, tendo o *Pater Familiae* como chefe que exercia amplos poderes, de vida ou morte, sobre os demais membros da família, sendo todos a ele subordinados, atuando como um rei, sacerdote e juiz dentro do seio familiar, com o poder de decidir o futuro dos membros da família.¹³⁴ Ainda, segundo Luiz Antonio Rolim:

“Como reunião de pessoas, a família romana foi eminentemente patriarcal nos tempos da Realeza e do Império, todos os seus membros sujeitos ao poder do paterfamilias, que era, sempre, o ascendente masculino mais antigo e que, enquanto vivesse, tinha sobre os demais o poder de vida e morte (*jus vitae necisque*). As esposas, os filhos, noras, genros ou escravos - todos eram subordinados ao chefe de suas famílias, e os bens por eles adquiridos integravam-se automaticamente ao patrimônio familiar.”¹³⁵

Assim, percebemos que na sociedade romana uma única pessoa detinha o poder de disposição sobre todas as demais, inclusive em relação aos bens que formavam o patrimônio familiar. Com isso, de fato, com a ausência da sucessão necessária e a legítima, a livre disposição do testador poderia gerar reflexos críticos aos familiares sobreviventes, que por imposição legal, não poderiam ter titularidade de qualquer bem, sendo possível restarem sem qualquer patrimônio e sem a proteção de um *pater*.

¹³³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018., p. 811.

¹³⁴ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 154.

Nesta senda, vemos como a solidariedade familiar e a preocupação com a dignidade da família após a morte do *pater* justificam a criação e previsão da sucessão necessária e legítima naquela sociedade.

Avançando cronologicamente na história e recortando para a realidade do Brasil, a partir da colonização portuguesa em 1532, têm-se o contexto da instituição da família patriarcal e escravocrata, estabelecida na casa-grande, e onde todos os membros da família dependiam dos patriarcas.¹³⁶ Nas palavras de Roosenberg Rodrigues Alves:

“(...) a família funcionava como um núcleo composto pelo chefe da família (patriarca), sua mulher, filhos e netos, que eram os representantes principais; e um núcleo de membros considerados secundários, formados por filhos ilegítimos (bastardos) ou de criação, parentes, afilhados, serviçais, amigos, agregados e escravos. No comando tanto do grupo principal como do secundário, estava o patriarca, responsável por cuidar dos negócios e defender a honra da família, exercendo autoridade sobre toda a sua parentela e demais dependentes que estivessem sob sua influência.”¹³⁷

Neste cenário, a limitação a liberdade de dispor imposta pelas Ordenações Filipinas também era válida, sendo o meio pelo qual se garantia aos familiares do patriarca os meios para continuar a viver depois da morte deste, lembrando-se que aquela era uma sociedade que “caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural”¹³⁸, e, portanto, era extremamente ligada a posse de terras para a produção de alimentos para uso próprio e negociações comerciais. Desta forma, pelo próprio contexto social daquele momento, se o patriarca pudesse dispor livremente de suas terras, seus familiares podiam restar sem meios de produzir seus próprios alimentos e ter uma vida digna.

No Império e na República, conforme apontando anteriormente neste trabalho, estavam em vigor a leis civis e as Ordenações Filipinas, até esta última ser revogada

¹³⁶ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51 ed. São Paulo: Global, 2006. p.84/85

¹³⁷ ALVES, Roosenberg Rodrigues. *Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações*. II Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação em História UFG/UCG. Goiânia, 2009. p. 2-3. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf Acesso em 05. mai. 2021.

¹³⁸ FREYRE, Gilberto *op. cit.*, p. 80.

pelo Código Civil de 1916. No entanto, em que pese a independência e reconhecimento do Brasil como país livre da colonização e de Portugal, bem como a evolução da legislativa, surgindo até uma codificação, a sociedade brasileira continuava com uma “concentração da propriedade rural”¹³⁹, mantendo seu “caráter agrário 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.”¹⁴⁰

Desta forma, o indivíduo não tinha disponível meios ascender e manter o seu sustento em caso de deserdação, se tendo que desde crianças os filhos trabalhavam para o pai, com a ideia de que um dia receberiam deste um pedaço de terra com a qual este viveria e tiraria o sustento da sua própria família. Com isso, sem o recebimento da herança deixada, sem qualquer razão plausível, ao sujeito não restaria outro destino que não fosse a vida em miséria.¹⁴¹

Todavia, em que pese de início a estrutura familiar e social tenha se mantido, o desenvolvimento econômico, a independência, a república, a abolição da escravatura e a chegada de imigrantes foram, aos poucos, acentuando o desenvolvimento urbano e gerando papéis sociais informais, fatos que enfraqueceram a rigidez do sistema patriarcal brasileiro, com as tarefas começando a serem divididas entre homens e mulheres.¹⁴² Nas palavras de Eni de Mesquita Samara:

“Ao que tudo indica, especialmente na segunda metade do século XIX, abriram-se novas oportunidades de emprego na indústria nascente e na burocracia, e as mulheres vão ocupar uma fatia desse mercado.

¹³⁹ SILVA, Simone Santos da, SILVA, Marcella Miranda da, Andrade, Daniela Lopes de, Klein, Jacqueline Southier. *A Formação social brasileira, lutas sociais e participação social*. V jornada internacional de políticas públicas. São Luís, 2011. p. 4. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/ESTADO_LUTAS_SOCIAIS_E_POLITICAS_PUBLICAS/A_FORMACAO_SOCIAL_BRASILEIRA_LUTAS_SOCIAIS_E_PARTICIPACAO_SOCIAL.pdf Acesso em: 07 mai. 2021.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 137.

¹⁴² ALVES, Roosenberg Rodrigues. *Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações*. II Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação em História UFG/UCG. Goiânia, 2009. p. 2-3. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf Acesso em 08 mai. 2021

(...) A política desenvolvida pela elite cafeeira paulista estimulando e promovendo intensamente a imigração, em proporções superiores às possibilidades de emprego no campo, favoreceram o crescimento da população urbana. A presença de trabalhadores pobres, imigrantes e nacionais, excedia as necessidades do mercado ocasionando, portanto, formas múltiplas de trabalho domiciliar e temporário. Essas ocupações se expandiram não apenas pela impossibilidade de absorção pelo mercado de trabalho, mas também estiveram ligadas à opção de trabalhadores de não desejarem se incorporar em atividades assalariadas. Essas formas de organização foram também alternativas importantes de emprego para as mulheres por permitir a combinação das atividades domésticas com o trabalho remunerado”¹⁴³

Aqui, temos, o início da mudança social. A mudança dos valores e fatos que fundamentavam a legítima anteriormente para o surgimento dos fatos e valores sociais atuais. Isso porque a emancipação feminina é extremamente significativa, pois, devido as amarras legais, sociais e culturais, esta era a figura que mais necessitava da proteção concedida pela legítima, seja na qualidade de filha, seja na de esposa.

5.2 Cenário Contemporâneo

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a possibilidade de divórcio (Lei nº 11.106), a revogação do crime de adultério, as leis protetivas no âmbito doméstico como a Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), e a igualdade de direitos e liberdade previstas na constituição federal de 1988, têm-se que as mulheres passaram a ser protagonistas das suas próprias vidas, gozando de livre-arbítrio para estudar, trabalhar, constituir patrimônio pessoal etc. Em que pese os reflexos do machismo e patriarcado ainda influenciarem negativamente a vida das mulheres na contemporaneidade, são inegáveis as conquistas sociais e a igualdade de direitos que estas após muita lutam conquistaram.

¹⁴³ SAMARA, Eni de Mesquita. *O que mudou na família brasileira? (Da Colônia à atualidade)*. Psicologia USP, v.13, São Paulo, p. 27-48. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642002000200004&lng=pt&tlng=pt Acesso em 10 mai. 2021.

Por outro lado, assim como ocorreu a emancipação feminina, pode-se dizer que houve uma emancipação social do indivíduo. Ora, na contemporaneidade percebemos que a tendência cíclica humana pode ser resumida em nascer, estudar e se desenvolver, ter um trabalho, constituir família e patrimônio próprio e falecer. Tal realidade adveio da evolução social, do processo de urbanização e industrialização, as quais demandavam que os filhos e filhas, que antes se detinham a trabalhar nas terras dos pais, trabalhassem na indústria e na construção civil, pela necessidade de mão de obra. Por último e talvez a mais importante, a emancipação social do indivíduo advém da Constituição Federal, que traz dispositivos essenciais para a concretização da vida digna e livre, sendo um deles, por exemplo, o direito a educação.

Em Roma, no período colonial brasileiro e na república, a educação era extremamente restrita as elites, o que impossibilitava que os filhos de plebeus, servos e de pequenos fazendeiros tivessem outro futuro que não fosse a continuação do trabalho do pai, após a morte deste. Com a universalização da educação, dando início as escolas públicas, bem como a criação de programas sociais de para a manutenção da vida digna, como a bolsa família, o FIES, as cotas sociais e raciais nas universidades, a previdência social, etc., foi criada a oportunidade de que os indivíduos se desgarrassem na figura do “chefe familiar”, e tivessem autonomia para criar a sua própria subsistência, desgarrada do patrimônio dos pais.

Além disso, outro fator que pode ser identificado é a mudança sociológica da estrutura e desdobramentos familiar por conta do capitalismo, que ganhou força e se estabeleceu mundialmente, sobretudo após a revolução industrial e as guerras mundiais.

Na logica capitalista, é vital que todas as pessoas de uma família trabalhem, ou seja, sirvam de mão de obra, auferam renda e constituam patrimônio a ser injetado no próprio sistema, que desta forma se fortalece e se mantém predominante. De um ponto de vista mais sociológico, podemos identificar que o capitalismo foi financiado e propagado sobretudo pelos Estados Unidos da América, país que adota o *common law*, não prevê a existência de uma reserva legítima e que tem uma cultura nas relações familiares onde os filhos são pressionados socialmente a deixarem a casa dos pais ao fazerem dezoito anos, para constituir seu próprio patrimônio e família.

“Em diversos países, sair de casa jovem é um rito de passagem natural para a vida adulta. Uma espécie de serviço militar obrigatório para deixar de lado a dependência doméstica e provar que é possível se virar sozinho. Nos Estados Unidos, alguns estudantes preferem morar em alojamentos universitários mesmo quando a casa dos pais está localizada na mesma cidade. Além de ser encarado como um como uma forma de aproveitar ainda mais os anos da universidade, há uma certa pressão familiar para que os filhos cortem logo o cordão umbilical com os pais.”¹⁴⁴

Portanto, sendo os Estados Unidos a principal potência econômica mundial, é natural que tenha traços culturais observados por outros países em ascendência, tendo tido, certamente, influência na forma a qual a família brasileira se estrutura contemporaneamente, guardadas as devidas proporções.

Neste contexto, segundo Stefano Monache (2008, p. 20-21, apud ANTONINI, 2013, p. 39), devido ao aumento da expectativa de vida, em regra contemporaneamente no momento da abertura da sucessão, os sucessores do *de cuius* já são maiores e possuem patrimônio próprio suficiente para sua subsistência, estando inseridos no mercado de trabalho, sendo capazes de ter uma vida digna independentemente da herança. Em relação ao cônjuge, sendo prevista a meação, esta pode ser suficiente, não existindo uma verdadeira necessidade de herança.

Por fim, um dos fundamentos que historicamente se utiliza para a sucessão necessária e a reserva legítima é a de que estes garantiriam que o patrimônio do *de cuius* fosse direcionado aos seus familiares mais próximos, fato que estimula aos indivíduos em vida a serem produtivos (e, assim, servindo ao sistema) de modo a acumular capital para prover aos seus entes queridos na sua morte. Tal argumento, contemporaneamente, não faz sentido. Em um cenário onde os necessários possuem cada vez mais autonomia financeira no momento da sucessão, o que de fato estimula o indivíduo é a liberdade em dispor do patrimônio, sem amarras imotivadas. Nas palavras de Flávio Tartuce:

“A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar

¹⁴⁴ REDAÇÃO, DA. JÁ PARA FORA DE CASA. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/cultura/ja-para-fora-de-casa/>. Acesso em: 13 maio 2021.

atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária”¹⁴⁵

Feitas estas ponderações, percebemos que os argumentos que serviam de base para a criação, manutenção e inovação da sucessão necessária e da reserva legítima na sociedade romana e nas sociedades colonial, imperial e republicana brasileiras não mais fazem sentido. Com a desconstrução da figura do *pater familiae*, ou “chefe de família”, a emancipação feminina, a independência e autossuficiência dos filhos e institutos como a meação que protegem o cônjuge sobrevivente, além da pensão promovida pela seguridade social aos dependentes do *de cuius*, a base histórica restou ultrapassada e não se presta mais ao papel de alicerce da sucessão necessária e da reserva legítima.

Contudo, ao se desconstruir a base histórica destes institutos, não poderia se ir ao erro de assumir que a emancipação e autossuficiência é absoluta. Não é isto que se pretende ou se advoga neste trabalho. Em que pese tal situação está se tornando cada vez mais uma regra nas relações sociais e familiares, as exceções continuam a existir, havendo por razões diferentes diversos sujeitos vulneráveis e dependentes do *de cuius*, os quais em um cenário de inexistência da sucessão necessária e legítima, demandariam um tratamento jurídico diferenciado.

5.3 Os Vulneráveis e os Dependentes Frente a Regra de Ausência da Sucessão Necessária e Reserva Legítima

Em um cenário onde a sucessão necessária e a reserva legítima deixem de ser previstas como regra no ordenamento brasileiro, é preciso se observar os grandes reflexos que atingiriam os sujeitos em situação de vulnerabilidade que pelo atual código civil, teriam direito a herança.

Nas palavras de Roxana Borges e Renata Dantas:

“A vulnerabilidade é a justificativa para a existência de normas que determinam tratamento desigual entre pessoas a fim de proteger aquela mais frágil, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 35.

ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

(...) A vulnerabilidade econômica no Direito Sucessório não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade.”¹⁴⁶

Desta forma, seguindo a diretriz sanguínea e conjugal que orientam o nosso direito das sucessões atualmente, bem como observando a relação entre o fundamento do direito de alimentar e o da herança necessária¹⁴⁷, poderia se pensar em uma exceção para a sucessão necessária em pró vulneráveis, e “verificar quem são os vulneráveis no Direito Sucessório é identificar aqueles que, figurando no rol dos herdeiros legítimos, devem ser alimentados”.¹⁴⁸ Neste passo, conforme aponta André Luís Sodré de Andrade, temos que:

“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 que ainda estejam completando os seus estudos (não incluindo nesse, cursos de pós-graduação).

(...) aquelas pessoas que, em razão de suas deficiências, enfrentem dificuldades para se sustentar sozinhas e por isso necessitem/utilizem da ajuda financeira do de cujus. Por óbvio, tal percepção teria que ser feita no caso concreto, seguindo os eventuais parâmetros legais.”¹⁴⁹

Quanto a estes, concordamos com o autor, devendo ser levado em consideração o contexto de formação acadêmica ou não do descendente maior de 18 anos, bem como o grau de capacidade física da pessoa com deficiência, que recebeu

¹⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017. p. 82

¹⁴⁷ WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.198-199.

¹⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017. p. 83

¹⁴⁹ ANDRADE, André Luis Sodré de. *Sucessão Necessária e a Autonomia Privada: De Roma aos dias atuais*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 57

capacidade plena pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não podendo-se presumir a vulnerabilidade, e sim aferi-la na situação em específico.

Com relação ao cônjuge, segue o autor, dizendo que:

“Relativo ao cônjuge e ao companheiro, não nos parece, porém, haver tal vulnerabilidade. A esmagadora maioria dos casamentos e uniões estáveis no Brasil são celebrados sob o regime legal da separação 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. Nossa opinião, porém, permanece a mesma, tal regime é utilizado, via de regra, por pessoas que já possuem grande patrimônio pessoal individualmente e não pretendem misturá-lo, de forma que a sucessão necessária acabaria por, na realidade, burlar o principal objetivo desse regime de bens.”¹⁵⁰

Neste ponto, discordamos do autor. Em que pese a existência da meação, que pode ser apontada como fundamento para a desnecessidade de uma sucessão necessária, não se pode considerar que tal instituto em absolutamente todos os casos será suficiente para garantir que o cônjuge sobrevivente não reste em situação de vulnerabilidade. Em que pese, por exemplo, a emancipação feminina, ainda existem diversas famílias, sobretudo no interior do Brasil, em que as mulheres assumem o papel de “donas de casa”, e em famílias de menor poder aquisitivo, metade do patrimônio pode não ser o suficiente para garantir a estabilidade financeira. Portanto, em relação ao cônjuge, não coadunamos com a presunção da suficiência da meação, devendo-se também ser realizada a análise do caso concreto.

Por fim, quanto aos ascendentes se mantém a mesma linha de raciocínio dos filhos maiores de idade, em regra no momento da abertura da sucessão, estes não se encontram em estado de vulnerabilidade, mas o caso em concreto deve ser analisado para proteger as exceções que por ventura surjam.

¹⁵⁰ ANDRADE, André Luis Sodré de. Sucessão Necessária e a Autonomia Privada: De Roma aos dias atuais. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. P. 58

Por essas razões, conforme trazem Roxana Borges e Renata Dantas “Impõe-se, desta forma, que, para aqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade econômica ou de dependência econômica para com o autor da herança e, portanto, que a sua condição existencial esteja submetida a esta situação patrimonial, haja uma tutela diferenciada para assegurar a dignidade da pessoa humana.”¹⁵¹

Feitas estas observações em relação a vulnerabilidade daqueles sujeitos que tradicionalmente e que hoje, por força de lei, são herdeiros necessários, aproveitamos o ensejo da discussão sobre a exclusão, como regra, da sucessão necessária e passemos refletir acerca de uma inovação que poderia ser incorporada ao ordenamento brasileiro neste cenário, a noção de dependentes.

Conforme suscitado no item 4.3 do presente trabalho, na Inglaterra (país que não adota a sucessão necessária e legítima como regra) existe a noção de dependente do *de cuius*, previsto no *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

Segundo esta lei, o *dependant* é qualquer indivíduo que, antes do falecimento, era dependente econômico do *de cuius*, mesmo que parcialmente, entendendo-se a relação de dependência como a contribuição financeira ou equivalente do falecido para sanar as necessidades do indivíduo.¹⁵²

Percebe-se, então, que o dependente previsto na lei inglesa é um sujeito estranho a concepção tradicional de família, e por esta razão, não recebe qualquer proteção do regime sucessório hoje vigente no Brasil. Tal realidade é fundamentada em laços puramente sanguíneos e não conduzem com a verdade das relações sociais. O dependente do *de cuius* não é uma pessoa completamente estranha a este, pelo contrário, é alguém que fora acolhido e teve suas necessidades subsidiadas financeiramente pelo falecido, por conta de um vínculo de afeto que em grande parte das vezes supera o vínculo sanguíneo.

¹⁵¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017. p. 81,

¹⁵² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *O direito das sucessões e a constituição federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador, 2019. p. 307.

Desta forma, repensando a sucessão necessária e legítima e seguindo a ideia de somente prevê-las excepcionalmente de acordo com o caso concreto, julgamos que tal qual ocorre na Inglaterra, a proteção aos dependentes justificaria a relativização da livre disposição do testador, pois “o cuidado e a dependência fazem surgir um vínculo jurídico entre o de cujus e determinadas pessoas, vínculo este que, assim como a afetividade, é significativo para fins hereditários”¹⁵³, ressalvando-se, contudo, que a relação de dependência com o *de cujus* e a insuficiência patrimonial própria para se manter em vida digna após a morte daquele devem ser verificadas em concreto pelo magistrado.

5.4 O Embate entre a Autonomia Privada e a Sucessão Necessária e Legítima no Contexto Contemporâneo

Conforme exposto anteriormente no escopo deste trabalho, a autonomia privada é um princípio de origem revolucionária e que serve de base estrutural para o direito civil. No direito das sucessões, o legislador optou por relativizar a observação da autonomia privada, apontando determinados indivíduos como sucessores necessários e instituindo uma reserva legítima.

Visando harmonizar a autonomia privada com outros princípios fundamentais que ensejam sua limitação, o legislador estabeleceu a reserva legítima em metade dos bens do *de cujus*, sendo a outra metade denominada de cota disponível, a qual o pode livremente dispor pela via testamentária, chegando-se a um equilíbrio entre as diretrizes fundamentais.

No entanto, conforme exposto neste trabalho, sobretudo no item 5.2, as bases históricas que fundamentavam a necessidade de se relativizar a autonomia privada do *de cujus* estão superadas. Se no contexto histórico tínhamos um cenário onde em regra os familiares e cônjuge do *de cujus* precisavam do patrimônio deixado em herança para garantir sua existência digna, fundamentando a presunção de

¹⁵³ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *O direito das sucessões e a constituição federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador, 2019. p. 30.

vulnerabilidade prevista em lei ao se prever herdeiros necessários, na atualidade houve uma inversão no cenário. Contemporaneamente a regra é a de que os herdeiros hoje previstos como necessário detenham a maioria e condições suficientes para prover o seu próprio sustento de forma digna.

Sobre o tema, dispõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“De nossa parte, já anotamos que temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência. (...) 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.”¹⁵⁴

Assim, continuar o código civil a presumir por uma vulnerabilidade dos necessários que não ocorre no campo fático constitui-se em uma afronta ao princípio da autonomia privada. Ora, se o mundo dos fatos demonstra que em regra não se existe mais uma vulnerabilidade, a presunção do código necessariamente teria de ser a de não vulnerabilidade dos herdeiros, desconstituindo a relativização da autonomia privada que não mais se justifica.

Lembre-se que a relativização realizada foi constitucional naquele período histórico em que foi expressamente prevista em lei, pois, ao ser realizado o juízo de ponderação dos princípios em conflito, acertadamente fora decidido pela prevalência dignidade da pessoa humana etc., contudo, o juízo valorativo não tem ou não deveria ter conclusão eterna e indiscutível. Em verdade, quando se trata da relativização de um princípio frente a outros, entendemos ser dever do operador do direito e do legislador averiguar continuamente se o novo cenário social leva a mesma conclusão. A sociedade é fluída e não se pode em nome da segurança jurídica e tradição se ignorar uma relativização que não mais faz sentido, pois a relativização sem fundamento torna-se ofensa e desrespeito a, nesse caso, autonomia privada.

Neste sentido, dispõe Raphael Furtado:

¹⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-51.

“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.”¹⁵⁵

No mesmo sentido do defendido neste trabalho, dispõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança. Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável. (...) Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também uma afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, por ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor, e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada”¹⁵⁶

Não é outro o entendimento de Roxana Borges e Renata Dantas:

“Considerando-se que no Direito Sucessório as situações jurídicas são primordialmente patrimoniais, percebe-se que a legítima hoje já não se amolda mais à nova concepção funcionalizada do Direito Civil. As faculdades de usar, gozar, dispor e reaver são próprias do direito de propriedade e a sua relativização está relacionada com a necessidade de se atribuir uma função social e orientar as condutas pela boa-fé. Entretanto, limitar esse direito pela imposição do obrigatório repasse de metade da herança a herdeiros

¹⁵⁵ 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. 134.

¹⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 210-211.

legitimários não revela nenhuma função social. Ao contrário, invade, em excesso, o núcleo do direito de propriedade.”¹⁵⁷

Portanto, resta mais do que claro que do ponto de vista patrimonial a sucessão necessária e a reserva legítima, desprovidas dos fundamentos antes existentes, figura como uma imposição desproporcional que fere a autonomia privada e a própria constituição federal, conforme apontam os autores supracitados.

Este também é o entendimento de Ana Luiza Maia Nevares, que assim como defendido neste trabalho, aponta que somente em casos de vulnerabilidade as disposições do testador devem ser interferidas:

“Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.”¹⁵⁸

No mesmo sentido, lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“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

¹⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017. p. 81

¹⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?* 2015. Disponível em: [72](https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Suce ss%C3%B3rio:+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20fam%C3%ADlia%20no%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%3A%20necessidade%20de%20revis%C3%A3o%3F,- Autor%3A%20Ana%20Luiza&text=Muito%20se%20discute%20sobre%20a,limitando%20a%20liberda de%20de%20testar. Acesso em: 20 mai. 2021.</p></div><div data-bbox=)

plenamente capazes. Cuida-se de uma interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica.”¹⁵⁹

Por outro lado, conforme apontado no item 3.3 deste trabalho, a disposição de bens do *de cujus* além do caráter patrimonial, carrega uma carga existencial, pois, como dito, a disposição dos bens do indivíduo acontece em vida.

Desta forma, baseado nas relações de afeto que são intrínsecas a existência e diante da autossuficiência daqueles hoje previstos como necessários, o indivíduo pode ter a vontade de prover a um amigo querido, a um irmão ou a um filho em específico grande parte dos bens, de modo a assegurar que estes tenham uma vida digna após o seu falecimento.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald compartilham dessa lógica, afirmando os autores que:

“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.”¹⁶⁰

Neste sentido, também dispõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos da sua vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, em nosso sentir, significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento do seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade”¹⁶¹

Em verdade, conforme trazem os autores, tal disposição estaria muito longe de se caracterizar uma injustiça ou desigualdade, pelo contrário, este sim se constituiria em um verdadeiro ato de solidariedade. Conforme leciona Roxana Borges e Renata Dantas:

“O alegado fundamento da solidariedade, mencionado por autores tradicionais, não se sustenta, pois nada garante que beneficiar

¹⁵⁹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 63.

¹⁶⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

¹⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 210-211.

automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários. Somente haverá solidariedade quando os herdeiros forem vulneráveis economicamente. Isso porque a transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade.”¹⁶²

Portanto, ser o indivíduo impedido de realizar tal desejo, além obstar a realização de um legítimo ato solidário, por certo, atormenta o sujeito, que se vê privado de utilizar aquilo que construiu em vida para ajudar uma pessoa próxima pela qual nutre carinho, por mera disposição legal ultrapassada.

5.5 A Proteção dos herdeiros frente a disposições discriminatórias

Além da ressalva feita no item 5.3 em relação aos vulneráveis e dependentes, cabe trazer uma exceção que julgamos importante de ser observada, seja em um novo sistema sucessório com a vontade do *de cuius* privilegiada, seja no atual, onde se existe a parte disponível: a proteção dos herdeiros frente a disposições discriminatórias do *de cuius*.

A título de exemplo, não consideramos que possa o ordenamento jurídico deixar que o testador deserde um filho por este ser gay ou trans, ou que privilegie um filho frente a outro única e exclusivamente pela cor ou pelo gênero. Acerca do tema, dispõe Wagner Luiz Fernandes Júnior:

“Ao defender um sistema sucessório cuja vontade do *de cuius* é privilegiada, deve não por em causa os limites da lei indicados acima. Por outro lado, a vontade do *de cuius* não pode resultar de “actos discriminatórios”. O art. 13.º, n.º 1, da CRP e art. 7.º, da DUDH, consagram o princípio da igualdade. De acordo com os preceitos indicados “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. O n.º 2, do art. 13.º, vem dizer que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito em razão de ascendência, sexo, raça, língua, condição social, orientação sexual, etc.”. Da presente norma resulta que o *de cuius*, ao tomar a decisão de dispor do seu patrimônio para um ou outro herdeiro, não

¹⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017. p. 88

pode tomar essa decisão através de actos discriminatórios (negativos). Estamos diante de um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e Social, onde não deve existir diferenciação de cidadãos com base em condição subjectiva do sujeito”¹⁶³

Da mesma forma que o autor aponta dispositivos constitucionais e legais do ordenamento português que fundamentam a ideia defendida, encontramos na nossa Constituição Federal dispositivos que igualmente protegem os herdeiros de disposições tiranas do *de cuius*, tendo-se como objetivo geral no art. 3º “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁶⁴ e o art. 5º, Caput¹⁶⁵ assegurando a igualdade entre todos.

A nível estadual, podemos citar o art. 9, §1 da Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro que diz que

“Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.”¹⁶⁶

A nível distrital, temos art. 2º, parágrafo único da Lei orgânica do Distrito Federal, que traz:

“Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, características genéticas, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena,

¹⁶³ FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. *Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cuius” em dispor do seu património*. 2014. 54 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 37 Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/35082/1/Da%20Obrigatoriedade%20da%20Sucessao%20Legitima%20como%20Forma%20de%20Privacao%20da%20Liberdade%20do%20de%20Cuius%20em%20Dispor%20do%20seu%20Patrimonio.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

¹⁶⁴ BRASIL. [Constituição (1988)], *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021

¹⁶⁵ Caput do art. 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” In BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

¹⁶⁶ RIO DE JANEIRO. [Constituição (1989)], *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70450#:~:text=Texto%20promulgado%20em%205%20de,16%20de%20dezembro%20de%202020.>>. Acesso em: 20 mai. 2021

nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.”¹⁶⁷

Acerca do tema, Lana Santos e Flávia Viali ao discutirem sobre a hipótese de o único filho deixado fora do testamento ser o concebido através de relação extraconjugal, concluem que tal disposição, em que pese alinhada com o código civil, desrespeita a Constituição Federal, defendendo o rompimento do testamento:

“Entretanto, ao concluir que o testador tinha ciência da concepção do filho no momento em que elaborou o testamento, o mesmo se mantém e o filho considerado “bastardo” receberá, tão somente, a legítima a que faz jus como herdeiro necessário. O restante fica para seus irmãos que, além da legítima, herdarão a quota disponível como herdeiros testamentários. Essa solução desobedece à regra constitucional que veda o tratamento 10 discriminatório entre os descendentes, além de afrontar diversos princípios. O Código Civil segue os preceitos do código de 1916, que proibia o reconhecimento dos filhos ilegítimos. Diante dessa disposição é que, nos dias atuais, se aplica o rompimento do testamento.”¹⁶⁸

Quanto ao assunto, acreditamos que se no caso concreto for aferido que a razão de exclusão do filho foi a condição do seu concebimento, de fato assiste razão a autora, existindo uma clara e manifesta afronta a Constituição Federal, que se preocupou em dispor expressamente acerca da igualdade entre filhos, havidos ou não da relação do casamento.¹⁶⁹

Ainda sobre o tema, o Juízo de Direito da comarca de Guaxupe, vinculada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu interessante sentença. Determinada testadora possuía sete netos, no entanto, dispôs da parte disponíveis direcionando os

¹⁶⁷ DISTRITO FEDERAL (BRASIL). [Lei Orgânica (1993)]. *Lei Orgânica do Distrito Federal*. Brasília, DF: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Disponível em:< https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70442/LODF_DF_ELO_118-2020.pdf?sequence=15&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2021.

¹⁶⁸ Viali, Flávia. SANTOS, Lana A. P. *Revogação e do rompimento do testamento*. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXVIII, Nº. 00014. 2018. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/revogacao-e-do-rompimento-do-testamento> Acesso em: 29/05/2021.

¹⁶⁹ Dispõe o art. 227, §6 da Constituição Federal: § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. In BRASIL. [Constituição (1988)], *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021

bens somente para cinco netos. Ocorre que os cinco netos protegidos pelo testamento nasceram de relações conjugais, enquanto os dois netos não previstos no testamento foram concebidos fora de uma relação de casamento. No caso concreto, o magistrado acolheu a pretensão dos netos, para que estes fossem beneficiados com uma cota da parte disponível, entendendo que a testadora agiu de forma discriminatória e fundamentada no fato daqueles netos não terem sido frutos de uma relação de casamento. Vejamos trecho da sentença:

“Chama atenção o fato de a disposição testamentária contemplar exatamente os cinco netos (que são filhos das filhas havidos da relação de casamento) e, ao mesmo tempo, de forma indistintamente discriminatória, não contemplar as outras duas netas (que são filhas do filho, não havidas da relação de casamento). (...) Nessas condições, é forçoso reconhecer o propósito discriminatório do testamento, em afronta ao disposto na nova ordem constitucional que não mais admite discriminação entre os filhos e, naturalmente, entre os filhos dos filhos, qualquer que seja a sua origem. Resta dizer que a discriminação inserida no testamento da avó paterna, de que são vítimas as Autoras, além de contaminar a essência da igualdade familiar entre os filhos e, no caso, entre os netos, acarretará discrepância ainda maior, quando se observa a extraordinária magnitude do patrimônio legado. No seio da mesma família, por força da discriminação imposta, um verdadeiro abismo se formará entre os primos, uns milionários, e outras, em petição de miséria. Situação que atenta contra a dignidade da pessoa humana, fere os princípios da igualdade, da lealdade e da eticidade, e os princípios constitucionais implícitos. Entendo, que a faculdade de confecção de testamento e disposição da parte disponível não é livre e incondicional, até mesmo pela própria lógica estrutural normativa brasileira, de que, as normas de hierarquia inferior devem ser compatíveis com as normas de hierarquia superior, assim, a norma do Código Civil, devem ser harmoniosas entre si, e, com as Normas Constitucionais.”¹⁷⁰

Partindo-se do pressuposto de que o magistrado aferiu no caso concreto que a disposição testamentária de fato distinguiu e excluiu os netos com base no concebimento dentro ou fora de uma relação de casamento, nos parece correto o entendimento adotado, em respeito as normas e princípios constitucionais.

¹⁷⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Neste sentido, “O que se defende é que a decisão do de cujus seja conforme sua vontade e que essa vontade não seja contrária a ordem jurídica, aos bons costumes, que não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio”¹⁷¹. Portanto, não coadunamos com a livre disposição do *de cujus* para dispor de seus bens e escolher seus sucessores quando este utilizar como base e critério compreensões preconceituosas e discriminatórias que atentam contra a Constituição Federal, a lei e a jurisprudência, devendo o magistrado analisar a situação em concreto e agir em respeito as diretrizes constitucionais.

Assim, sintetizando as ideias apresentadas neste capítulo, entendemos existir um desrespeito a autonomia privada, tendo em vista que a sucessão necessária e a legítima não mais encontram bases na sociedade contemporânea. No entanto, ao se defender que em respeito a autonomia privada o sujeito deve ter liberdade de disposição, defendemos que esta disposição não pode ser contrária aos valores e diretrizes constitucionais, não sendo possível a escolha com base em elementos discriminatórios, bem como não se ignora as situações excepcionais tratadas no item 5.3, casos em que deve o ordenamento jurídico de fato proteger os vulneráveis, relativizando da autonomia privada.

6. CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, os institutos da sucessão necessária e reserva legítima remontam ao direito romano, tendo surgido naquela sociedade por conta da centralização do patrimônio familiar em uma única figura, a do *pater familiae*. A partir deste contexto configurou-se o fundamento nuclear da legítima, qual seja, a solidariedade familiar, visando proteger determinados parentes do *de cujus* e substanciar a continuidade da vida digna destes.

¹⁷¹ FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. *Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu patrimônio*. 2014. 54 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 37 Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/35082/1/Da%20Obrigatorio%20da%20Sucessao%20Legitima%20como%20Forma%20de%20Privacao%20da%20Liberdade%20do%20de%20Cujus%20em%20Dispor%20do%20seu%20Patrimonio.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021

Em recorte para a realidade brasileira, vimos que existia justificativa nas previsões das Ordenações Filipinas e do Código de 1916, tendo em vista a sociedade rural e patriarcal centrada no Chefe de família, onde a mulher era inteiramente submissa ao marido, não possuindo autonomia e os demais herdeiros dependiam economicamente do chefe familiar. Desta forma, os filhos e demais herdeiros passavam a vida trabalhando para o chefe da família, aguardando o momento em que receberiam um pedaço de terra deste, para prover para a própria família, em um ciclo que se repetia por gerações. Por essas razões, de fato, permitir a total liberdade de testar potencialmente levaria os indivíduos deserdados pelo *de cuius* a pobreza e a impossibilidade de vida digna.

No entanto, no cenário contemporâneo as bases que fundamentavam sucessão legítima, em regra, não se fazem mais presentes. A revolução industrial, a urbanização, o aumento na expectativa de vida e a instituição do sistema capitalista criaram um contexto onde os indivíduos precisam produzir e consumir, auferir renda e constituir patrimônio a ser injetado no próprio sistema. Desta forma, em grande parte dos casos, os sucessores do falecido no momento de abertura da sucessão já são maiores, imersos no mercado de trabalho e possuem patrimônio para prover o seu próprio sustento, não dependendo da herança do *de cuius* para ter uma vida digna.

Inseridas neste contexto, as mulheres, em pese ainda sofrerem com o machismo, alcançaram a sua emancipação, participando ativamente do mercado de trabalho, gerindo seu próprio patrimônio e sendo protegidas pelo ordenamento jurídico (como, por exemplo, pela previdência social), sendo a sua igualdade em relação ao homem prevista na Constituição Federal.

Neste passo, a Autonomia privada, princípio implícito no nosso ordenamento, sofria uma correta relativização em pró da dignidade dos sucessores, em uma presunção que devido ao contexto histórico se fazia correta. No entanto, não se pode simplesmente reproduzir ou manter as conclusões que outrora foram realizadas.

Estando-se diante de um conflito entre princípios e se tendo por consequência a relativização de um deles, em respeito a este, deve-se constantemente reanalisar a conjuntura jurídica e social, de modo a ponderar se ainda subsiste as razões para a limitação principiológica. Não pode o direito deixar-se ser liderado pela noção

conservadora de que “sempre foi assim”, pelo contrário, diante de um novo contexto social, deve adaptar a aplicação dos seus princípios visando o equilíbrio e a dignidade humana em todos os seus aspectos.

Desta forma, enquanto em relação aos sucessores a liberdade de testar está atrelada a uma função patrimonial, tendo estes, inclusive, a liberdade de recusar a herança, para o testador têm-se também uma função existencial, visto que a disposição do seu patrimônio é realizada em vida, direcionada pelo afeto. Portanto, reputar o respeito a autonomia privada com a consequente liberdade de plena do testador como individualista e egoísta, conforme doutrina existente não nos parece correto, tendo em vista que a liberdade plena em verdade protege a dignidade através da concretização do ser e suas subjetividades afetivas, visto estarmos inseridos dentro de um sistema capitalista onde prover conforto e segurança financeira para aqueles que temos grande afeto e amamos torna-se uma realização do próprio ser, e não um mero negócio jurídico patrimonial.

Como visto, a autonomia existencial está ligada ao ser, as suas subjetividade e ações concretas para a sua plenitude como ser humano. A partir do sistema capitalista que vivemos, é inexorável que todos acabemos dando bastante importância a bens patrimoniais e, sobretudo, a prover conforto e segurança financeira a aqueles pelos quais temos grande afeto e amamos. Desta forma, o prover ao outro que amamos acaba se tornando uma realização do próprio ser, preenchendo e tranquilizando o indivíduo, sendo parte do seu projeto de vida e não um mero ato patrimonial.

Nesta senda, estando a reserva legítima desprovida de fundamentos no contexto atual, realizada a ponderações de princípios, entendemos se constituir uma ofensa a autonomia privada a existência no ordenamento jurídico brasileiro de uma sucessão necessária e legítima que presume pela vulnerabilidade dos chamados herdeiros necessários, devendo tal fato ser corrigido pela via legislativa.

Ressalve-se, no entanto, a questão da vulnerabilidade. O que defendemos é o fim da vulnerabilidade como regra, isto é, a presunção absoluta de vulnerabilidade de determinados indivíduos, mesmo que em concreto estes não sejam. Na contemporaneidade, acreditamos que a presunção relativa de não vulnerabilidade

seria mais adequada, possibilitando a livre disposição do testador e, ao mesmo tempo, protegendo os seus sucessores vulneráveis de disposições tiranas do *de cuius*.

Como vulneráveis, partindo da diretriz sanguínea e conjugal que orienta nosso ordenamento, consideramos os descendentes menores, os ascendentes ou descendentes portadores de deficiência que de fato os impeçam de trabalhar e se sustentar, os descendentes maiores ainda em formação acadêmica e o cônjuge financeiramente dependente que não reste totalmente protegido somente com o instituto da meação. Ressalte-se que toda e qualquer vulnerabilidade deve ser devidamente comprovada e constatada pelo magistrado no caso em concreto.

Além do vulneráveis, observando o Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 do Direito Britânico, sugerimos a adoção da exceção da livre disposição do testador para os dependentes, entendendo-se estes como quaisquer indivíduos que antes do falecimento do *de cuius*, eram dependentes econômicos deste, pois do cuidado e da dependência surge um vínculo jurídico que assim como a afetividade, é significativo para fins hereditários. Ressalve-se que assim como sugerido em relação aos vulneráveis, deve-se verificar no caso em concreto a dependência com o *de cuius* e a insuficiência patrimonial própria para se manter em vida digna após a morte deste.

Ainda, entendemos que em respeito a constituição, ao estado democrático de direito e aos direitos humanos universais, seja no atual ou em um sistema sucessório, deve ser observado na disposição do testador a existência ou não de atos discriminatórios. Se a liberalidade testamentária do *de cuius* basear-se em questões de gênero, orientação sexual, cor, raça, etnia, religião etc., tal disposição não deve ser aceita, tendo em vista ser contrário a um princípio essencial em um Estado Democrático de Direito, onde não deve existir diferenciação de cidadãos com base em condição subjetiva, biológica ou existencial.

Tais sugestões, como demonstrado neste trabalho, se fazem espaçadamente presente em ordenamentos jurídicos de outros países, como na Estônia, Lituânia, Rússia e na supracitada Grã-Bretanha, o que demonstra a existência de debate acerca do tema em outros países, se repensando a Sucessão Necessária e legítima.

Por fim, diante de todos os fatos e argumentos analisados neste trabalho, conclui-se que os fundamentos que historicamente sustentavam a presunção de vulnerabilidade dos sucessores de forma a ter-se a sucessão necessária e legítima como regra não se encontram presentes na contemporaneidade, existindo uma verdadeira ofensa a Autonomia Privada que deve ser solucionada pelo Poder Legislativo. Construído este trabalho com o intuito de servir como base teórica para o debate sobre o tema, concluímos, ainda, que ao se defender a Presunção de não vulnerabilidade dos sucessores e conseqüente liberdade total de disposição do testador, não entendemos que a Sucessão Necessária e Legítima devem ser completamente abolidas do ordenamento, mas tão somente figurarem como exceções nos casos de vulnerabilidade, dependência ou atos discriminatórios devidamente comprovados, os quais, de fato, motivadamente ensejam a relativização na liberdade e autonomia privada do testador.

7. REFERÊNCIAS

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.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. *Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações.* II Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação em História UFG/UCG. Goiânia, 2009. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/II SPHist09_RoosembergAlves.pdf Acesso em 05. mai. 2021.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
ANDRADE, André Luis Sodré de. *Sucessão Necessária e a Autonomia Privada: De Roma aos dias atuais.* Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária.* 2013. 230 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos.* Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil, Belo Horizonte, v. 11, mar. 2017.

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

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824.* Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)], *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

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/l10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões,* vol I, 4 ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

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.

CARVALHO, Jorge Morais. *A moral como limite à autonomia privada*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 8, jul. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.14.PDF Acesso em: 18 abr. 2021.

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.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). [Lei Orgânica (1993)]. *Lei Orgânica do Distrito Federal*. Brasília, DF: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70442/LODF_DF_ELO_118-2020.pdf?sequence=15&isAllowed=y>. Acesso em: 20 mai. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANÃ. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*. Por el que se publica el Código Civil. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con). Acesso em: 29.abr.2021.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Código Civil Federal*. El C. Presidente Constitucional de la República se ha servido dirigirme el decreto que sigue. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf. Acesso em: 26/04/2021.

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

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em defesa da dignidade humana*. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d2dbf39ab407d4f>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. *Da “obrigatoriedade” da sucessão legítimária como forma de privação da liberdade do “de cuius” em dispor do seu património*. 2014. 54 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/35082/1/Da%20Obrigatorio%20da%20Sucessao%20Legitimaria%20como%20Forma%20de%20Privacao%20da%20Liber>

dade%20do%20de%20Cujus%20em%20Dispor%20do%20seu%20Patrimonio.pdf.
Acesso em: 22 abr. 2021.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 25-27. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>. Acesso em: 18 abr. 2021.

FRANCE. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_1. Acesso em: 28. abr. 2021.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

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

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

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

ITÁLIA. Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 262. *Codice Civile*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Djahy Ferreira. *Nosso primeiro código Civil demorou quase um século*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60951/nosso-primeiro-codigo-civil-demorou-quase-um-seculo>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LITHUANIA. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-lt-en.do?member=1. Acesso em: 28. abr. 2021.

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

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

MARQUES FILHO, Renato Rubens Amaral. *Da autonomia privada*. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/da-autonomia-privada/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?* 2015. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio:+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20fam%C3%ADlia%20no%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%3A%20necessidade%20de%20revis%C3%A3o%3F,-Autor%3A%20Ana%20Luiza&text=Muito%20se%20discute%20sobre%20a,limitando%20a%20liberdade%20de%20testar](https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio:+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20fam%C3%ADlia%20no%20Direito%20Sucess%C3%B3rio%3A%20necessidade%20de%20revis%C3%A3o%3F,-Autor%3A%20Ana%20Luiza&text=Muito%20se%20discute%20sobre%20a,limitando%20a%20liberdade%20de%20testar.). Acesso em: 20 mai. 2021.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. 2012. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia privada e negócio jurídico: Breves Notas. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (org.), *Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil – VI*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, Caio Bezerra de. *Autonomia privada no Direito das Sucessões: os problemas decorrentes da aplicação da sucessão legítima no direito brasileiro*. 2019. Disponível em: <https://cbpinho10.jusbrasil.com.br/artigos/705176107/autonomia-privada-no-direito-das-sucessoes#footnote-49>. Acesso em: 10 abr. 2021.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais*. 2015. p. 179. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>. Acesso em: 12 abr. 2021.

REDAÇÃO, DA. *JÁ PARA FORA DE CASA*. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/cultura/ja-para-fora-de-casa/>. Acesso em: 13 maio 2021.

REQUIÃO, Maurício. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. 195 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

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

RIBEIRO, Marcus Vinícius Magalhães Cecilio; AYLON, Lislene Ledier. *O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos*. 2019. P. 361. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/595/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *O direito das sucessões e a constituição federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador, 2019.

RIO DE JANEIRO. [Constituição (1989)], *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70450#:~:text=Texto%20promulgado%20em%205%20de,16%20de%20dezembro%20de%202020.>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em: 10 abr. 2021.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

SAMARA, Eni de Mesquita. *O que mudou na família brasileira? (Da Colônia à atualidade)*. Psicologia USP, v.13, São Paulo, p. 27-48. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642002000200004&lng=pt&tlng=pt Acesso em: 10 mai. 2021.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCALISE JR, Ronald J. *New developments in United States Succession Law*. The American Journal of comparative law, v.54, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Simone Santos da, SILVA, Marcella Miranda da, Andrade, Daniela Lopes de, Klein, Jacqueline Southier. *A Formação social brasileira, lutas sociais e participação social*. V jornada internacional de políticas públicas. São Luís, 2011. p. 4. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/ESTADO_LUTAS_SOCIAIS_E_POLITICAS_PUBLICAS/A_FORMACAO_SOCIAL_BRASILEIRA_LUTAS_SOCIAIS_E_PARTICIPACAO_SOCIAL.pdf Acesso em: 07 mai. 2021.

SPAIN. European E-Justice. European Commission servisse: 14. dez. 2020. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-es-en.do?member=1. Acesso em: 28. abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

UNITED KINGDOM. *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. An Act to make fresh provision for empowering the court to make orders for the making out of the estate of a deceased person of provision for the spouse, former spouse, child, child of the family or dependant of that person; and for matters connected therewith. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>. Acesso em: 28/04/2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas., 2013.

Viali, Flávia. SANTOS, Lana A. P. *Revogação e do rompimento do testamento*. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXVIII, Nº. 00014. 2018. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/revogacao-e-do-rompimento-do-testamento> Acesso em: 29/05/2021.

VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. *As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1> Acesso em: 26 mar. 2021.

WALD, Arnaldo. *O novo direito das sucessões*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. 2019. 297 folhas. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.