

ERIKA CASSANDRA DE NICODEMOS

**A liberdade testamentária do cônjuge casado sob regime de separação
convencional de bens: o atual regramento no Código Civil e seu
descompasso com a realidade contemporânea**

Dissertação de Mestrado

**Orientadora: Professora Titular Doutora Giselda Maria
Fernandes Novaes Hironaka**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

ERIKA CASSANDRA DE NICODEMOS

**A liberdade testamentária do cônjuge casado sob regime de separação
convencional de bens: o atual regramento no Código Civil e seu
descompasso com a realidade contemporânea**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob orientação da Professora Titular Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

NICODEMOS, Erika Cassandra de.

A liberdade testamentária do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens: o atual regramento no Código Civil e seu descompasso com a realidade contemporânea / Erika Cassandra de Nicodemos; orientador Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. -- São Paulo, 2021.

220 p.

Dissertação (Mestrado)) -- Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

1. Sucessão do cônjuge. 2. Regime de separação convencional de bens. 3. Liberdade testamentária. 4. Legítima. 5. Concorrência sucessória. I. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes , orientador. II. Título.

Nome: NICODEMOS, Erika Cassandra de

Título: A liberdade testamentária do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens: o atual regramento no Código Civil e seu descompasso com a realidade contemporânea

Aprovada em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Professora Doutora Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Aos meus filhos, Alexandre e Catarina, que me inspiram a buscar,
todos os dias, minha melhor vers3o.*

AGRADECIMENTOS

À Professora Giselda, com profunda admiração e respeito, por compartilhar valiosos ensinamentos e abrir caminhos de inestimável importância.

Ao meu marido, Cadu, pelo amor e apoio incondicionais.

Aos meus pais, base de tudo, a quem espero orgulhar como orgulham a mim.

RESUMO

NICODEMOS, Erika Cassandra de. *A liberdade testamentária do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens: o atual regramento no Código Civil e seu descompasso com a realidade contemporânea*. 220 f. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Ao longo da história, as sociedades adotaram diferentes concepções sobre a morte. Considerando que a morte é pressuposto lógico da sucessão *mortis causa*, também se constatou, no decorrer do tempo, a atribuição de diferentes fundamentos e funções a ela. O direito, por sua vez, gradativamente, renovou-se para que continuasse capaz de desempenhar seu papel como elemento de adaptação e controle social. Entretanto, é certo que nem sempre o direito sucessório modernizou-se com a celeridade necessária, tornando-se, em determinados períodos, anacrônico e obsoleto. Ao analisar o regramento previsto no Código Civil de 2002 acerca da sucessão do cônjuge, verifica-se o rompimento com longa tradição legislativa brasileira ao ser conferida ao consorte posição de grande destaque e privilégio. A elevação do cônjuge à categoria de herdeiro necessário e concorrente refletiu necessidades de uma sociedade caracterizada pelo casamento duradouro, em que, regra geral, a mulher era vista apenas como companheira e ocupava posição de coadjuvante na constituição da fortuna da família. À medida que essa sociedade deixou de existir, dando lugar a outra, marcada por valores eudemonistas fortemente enraizados, papéis sociais pouco definidos, independência financeira feminina, efemeridade e superficialidade das relações, bem como pela multiplicação de famílias recombinações, esvaíram-se os argumentos que justificavam a presunção absoluta de necessidade de proteção do cônjuge sobrevivente e aumentaram os clamores sociais pelo incremento da autonomia privada sucessória do cônjuge supérstite, principalmente quando celebradas as núpcias em regime de separação convencional de bens. Entretanto, a ampliação dessa autonomia encontra obstáculos intransponíveis impostos à liberdade testamentária do consorte, que está obrigado a observar a legítima e a concorrência sucessória graças à existência de normas cogentes que não admitem, em seus atuais contornos, a flexibilização. Além disso, a obsessão pela salvaguarda do cônjuge sobrevivente levou à desconsideração de outros sucessores e da preservação de sua dignidade *in concreto*. Graças a esse cenário, em vez de o regramento estabelecido pelo Código Civil de 2002 servir de instrumento para implementar princípios constitucionais, como o da reciprocidade, igualdade, solidariedade e afetividade, houve, na prática, afastamento desses valores. Afinal, as presunções absolutas de necessidade de determinados herdeiros, sobretudo o cônjuge, não levam em conta os verdadeiros vínculos estabelecidos entre sucessores e sucedido durante a vida do falecido ou a relação existente entre herdeiros e o acervo hereditário. Adicionalmente, o enfoque excessivo conferido ao cônjuge no diploma civilista levou à negligência em relação a outros valores sociais e princípios constitucionais de relevo, como a livre-iniciativa e a função social da propriedade. Por exemplo, além de a preservação de empreendimentos familiares ser dificultada pelas restrições à liberdade sucessória do cônjuge, não há previsão de mecanismos que visem à tutela sucessória específica em relação aos negócios familiares. A fim de restabelecer a congruência entre a realidade social e a norma incidente sobre a sucessão do cônjuge sobrevivente, a doutrina tem se debruçado sobre possíveis soluções, ora despendendo esforço hermenêutico para atenuar o rigor de regras sucessórias existentes, ora sugerindo efetivas mudanças no ordenamento jurídico civil.

Palavras-chave: Sucessão do cônjuge. Regime de separação convencional de bens. Liberdade testamentária. Legítima. Concorrência sucessória.

ABSTRACT

NICODEMOS, Erika. Testamentary freedom of the spouse married under the statutory separate property ruling: the treatment under the Civil Code and its mismatch with contemporary reality. 233 p. 2021. Dissertation (Master) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Throughout history, different societies have taken different stands towards death. Since death is a logic prerequisite for *mortis causa* succession, different societies have assigned different grounds and roles to death over the course of history. Law, in turn, was gradually renewed to continue to play its role as an element of adaptation and social control. Nonetheless, it holds true that succession law has not always kept abreast of societal developments at the required pace, becoming, in certain periods, anachronistic and obsolete. In analyzing spouse succession rules provided for in the 2002 Civil Code, one can identify a disruption of longstanding Brazilian legislative tradition, given the prominence and pride of place granted to the spouse. Putting the spouse as a forced and competing heir (*herdeiro necessário e concorrente*) heeded the needs of a society characterized by long-lasting marriages, in which, as a rule, women were perceived as playing only a supporting role in the pursuit of the family's wealth. As this society ceased to exist, giving way to a different reality marked by deeply-rooted eudemonist values, loosely defined social roles, female financial independence, ephemeral and superficial relationships, as well as the multiplication of recombined families, the arguments justifying an absolute presumption of the need for protection of the surviving spouse faded away, contrasted by an increase in the social pressure for a higher succession private autonomy of the surviving spouse, especially when the marriage was subject to the statutory separate property ruling. However, the expansion of this autonomy faces insurmountable obstacles imposed to the testamentary freedom of spouses, who must follow the forced heirship and competing heir rules by operation of laws that leave no room for flexibility in their current form. Furthermore, the obsession with safeguarding the surviving spouse comes in jeopardy of other successors and preservation of their dignity in practical terms. As a result, instead of serving as an instrument to implement constitutional tenets like reciprocity, equality, solidarity and affection, the regulation established by the Civil Code of 2002 led, in practice, to a departure from these values. After all, the absolute rules establishing forced heirs, especially the spouse, do not take into account the true terms of endearment and relationships between successors and the deceased while alive or the relationship existing between heirs and the estate. Additionally, the excessive focus on the spouse in the Civil Code led to a neglect of other relevant social values and constitutional principles, such as free enterprise and the social role of property. For example, as there is no specific related provision in the succession rules, the continuity of family businesses is often affected by the restrictions on the spouse's succession freedom. In order to re-establish the compatibility between social reality and the rules applicable to succession of the surviving spouse, legal scholars have been working on possible solutions, endeavoring hermeneutic efforts to counterbalance the stiffness of the existing succession rules by suggesting effective changes in the legal civil system.

Key-word: Spouse succession. Statutory separate property ruling. Testamentary freedom. Forced heirship. Competing heir.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. CONCEITO, FUNDAMENTO E FUNÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES | 16 |
| 1.1 Conceito e noções preliminares acerca do direito das sucessões | 16 |
| 1.2 Do fundamento e da função do direito das sucessões | 24 |
| 2. PANORAMA GERAL SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO DAS SUCESSÕES | 32 |
| 2.1 A sucessão em Roma | 32 |
| 2.2 Panorama histórico da sucessão do cônjuge em Portugal e no Brasil..... | 59 |
| 3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA | 81 |
| 3.1 A sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002..... | 90 |
| 3.2 Requisitos para que o cônjuge ocupe a posição de herdeiro | 99 |
| 3.3 A concorrência sucessória entre o cônjuge e outros parentes sucessíveis | 101 |
| 3.4 Concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no Código Civil de 2002 no regime de separação convencional de bens..... | 104 |
| 3.4.1 Cota sucessória do cônjuge em concorrência com descendentes | 124 |
| 3.5 Concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes | 126 |
| 4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E AUTONOMIA PRIVADA DO CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS | 129 |
| 4.1 A autonomia privada em âmbito sucessório e o testamento | 129 |
| 4.2 A sucessão testamentária..... | 135 |
| 4.3 A liberdade de testar e a legítima | 145 |
| 4.4 A colação..... | 156 |
| 4.5 A redução das disposições testamentárias e doações | 161 |
| 4.6 A liberdade testamentária e a concorrência sucessória | 164 |
| 5. A LIMITAÇÃO À AUTONOMIA TESTAMENTÁRIA DO CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS EM FACE DA NOVA REALIDADE SOCIAL. AS SOLUÇÕES AVENTADAS PELA DOUTRINA..... | 167 |
| CONCLUSÃO | 196 |
| REFERÊNCIAS..... | 213 |

INTRODUÇÃO

Nas palavras de Pontes de Miranda¹, “a Ciência do Direito é caso particular da ciência que estuda o fenômeno universal da adaptação”.

Segundo o jurista, é dos fatos sociais que se extraem as regras jurídicas destinadas a reger as relações humanas com o objetivo de alcançar a harmonia e a paz coletivas, atuando o direito como elemento de adaptação ou corrigindo as falhas de adaptação dos indivíduos à vida social.

No mesmo sentido posiciona-se Paulo Nader², alegando que as instituições jurídicas seriam inventos humanos, que sofreriam variações no tempo e no espaço. De acordo com o autor, na qualidade de processo de adaptação da sociedade, o direito deveria estar, a todo momento, refazendo-se em face da mobilidade social. Com procedimentos sempre novos, o direito seria capaz de atender às necessidades de ordem, paz, segurança e justiça. Por outro lado, caso envelheça, aduz o doutrinador que o direito deixaria de ser um processo de adaptação, pois não mais exerceria a função para a qual teria sido criado. O estudioso conclui, dessa maneira, que, para que seja atuante, servindo como efetivo instrumento de garantia do equilíbrio e harmonia social, seria preciso que os processos de adaptação se renovassem e que, assim, o direito se mantivesse atualizado.

De acordo com o doutrinador, destarte, a sociedade encontra-se sempre em transformação, a partir do que emergem novos interesses, anseios e valores. Isto é, a sociedade é um organismo dinâmico, que se altera, profundamente, no decorrer do tempo. Nesse diapasão, a estaticidade do direito, como processo de adaptação social, torná-lo-ia inapto para atingir sua função primordial de pacificação e harmonização. Isso significa que a renovação do direito no sentido de acompanhar as modificações sofridas pela sociedade é indispensável para que as regras estipuladas não se convertam em obsoletas e descompassadas em face da realidade social que visam regular.

A família apresenta-se, indubitavelmente, como fenômeno social, de origem histórica remota. Ao que tudo indica, foi uma das primeiras formas de aglomeração e organização social do ser humano. E, na qualidade de fenômeno social, é inequívoco que a família está sujeita a substanciais transformações, sendo influenciada por acontecimentos históricos, adventos políticos, eventos econômicos, evoluções tecnológicas, emanações

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 301.

² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 23.

culturais, entre outros. Diante disso, as características da família são diferentes a depender da época e do lugar considerados. O direito, por sua vez, para que seja capaz de continuar a regular as relações familiares de modo útil e eficiente, não se queda inerte, adaptando-se e readaptando-se, de forma paulatina, a contextos inéditos e novas estruturas familiares. Entretanto, é certo que nem sempre há compasso imediato entre as transformações da família e as regras jurídicas que incidem sobre ela. Quando o direito tarda demasiadamente a se amodernar, emergem incongruências entre a norma estipulada e a realidade fática, gerando sensação de perplexidade e injustiça.

Para o direito, sem dúvida, atualmente, é desafiador caminhar sem atraso e manter-se pareado com as transformações cada vez mais latentes e velozes enfrentadas pela família. O Poder Legislativo não é ágil o suficiente para alcançar modificações incidentes sobre a entidade familiar na era do mundo industrializado, urbano e globalizado, que testemunhou a revolução da tecnologia e da comunicação. A situação é ainda mais grave quando se fecham os olhos para as mutações ocorridas e para novas realidades instauradas e consolidadas, uma vez que essa negligência acarreta retardo ainda mais acentuado nas atualizações legislativas e inconsistências gritantes entre os fatos sociais e as regras impostas para regê-los. E, diante de um direito anacrônico, é natural que os indivíduos busquem alternativas para contornar a letra expressa da lei, equilibrando-se em uma linha limítrofe entre a legalidade e a ilegalidade.

No Brasil, inicialmente, a família assumiu caráter ruralista e patriarcal, com tendência à concentração da autoridade e do patrimônio como maneira de perpetuar o poder no mesmo núcleo familiar. Incidiam sobre essa organização social, preliminarmente, as Ordenações do Reino de Portugal, que vigoram desde o período colonial até a entrada em vigor do Código de 1916. Verifica-se, portanto, que, mesmo após a Proclamação da Independência, em 1822, as normas contidas nas Ordenações Filipinas continuaram a ser aplicadas por quase um século. Essa situação apenas foi possível graças ao fato de o Brasil conservar, ainda que na qualidade de reino independente, as características marcantes do colonialismo. Afinal, diferentemente de todos os outros países da América do Sul, no Brasil não houve verdadeira ruptura com o *status quo ante*. Manteve-se, na realidade, uma monarquia, inclusive regida por descendente do governante português, o que, evidentemente, acarretou grande influência da legislação portuguesa no Brasil e tornou paulatino um efetivo rompimento com o contexto social e jurídico pretérito.

O Código Civil de 1916 foi elaborado, portanto, em um período em que a sociedade brasileira era dominada, principalmente, por uma elite patriarcal que concentrava suas

riquezas na propriedade do latifúndio; disso emanava seu poder econômico e político. Buscava-se manter a família coesa a fim de garantir que o patrimônio permanecesse sob seu domínio ao longo das gerações. Foi coerente, destarte, que, quando da prolação do Código Civil de 1916, se desse continuidade à tradição do direito português, influenciado pelo direito canônico, de perpetuar a indissolubilidade do casamento e de priorizar parentes consanguíneos na sucessão *causa mortis* em detrimento do cônjuge. Assim, no Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, sendo herdeiro apenas na hipótese de não haver descendentes ou ascendentes; não era considerado herdeiro necessário, podendo ser afastado da sucessão por testamento. Portanto, em âmbito sucessório, no que se refere ao cônjuge, foi conferida ampla liberdade testamentária ao sucedido, que, podendo afastar o cônjuge da herança, poderia garantir a permanência do patrimônio em sua família troncal, principalmente quando não houvesse descendentes. Em relação a seu cônjuge, portanto, o sucedido possuía liberdade testamentária ampla. O direito de família e sucessões da época, destarte, bem servia de instrumento para alicerçar a continuidade do poder da elite, uma vez que garantia a inalterabilidade das estruturas que serviam de pilares para sustentar o controle exercido pela oligarquia rural.

Malgrado a posição sucessória desfavorável do cônjuge, não é possível afirmar que, falecendo seu consorte, restava desamparado, uma vez que o Código Civil também seguiu longa tradição portuguesa ao estabelecer, como regime legal supletivo de bens do casamento, o regime de comunhão universal. Graças a isso, vindo a falecer um dos matrimoniados, em regra, cabia, ao cônjuge supérstite cinquenta por cento do patrimônio hereditário a título de meação.

O Código Civil de 1916, nessa senda, serviu bem para atender àquela realidade social. Contudo, ao tempo da promulgação daquele diploma civil, já era possível prever que a forte onda de transformações sociais advindas da Europa atingiria, mais cedo ou mais tarde, o Brasil. Por exemplo, no continente europeu, a Revolução Industrial, que determinara a migração massiva das famílias do campo para as cidades, já era uma realidade. Além disso, já havia eclodido a Primeira Guerra Mundial, que impulsionou a inserção das mulheres no mercado de trabalho. Nesse diapasão, no Brasil, ainda que mais tarde, também sopraram os ventos da Revolução Industrial, da urbanização e da consolidação da sociedade de consumo, que alteraram profundamente a estrutura social, incluindo a familiar. Isso significa que a sociedade que emergiu após o início da vigência do Código Civil de 1916, sobretudo na segunda metade do século XX, já não guardava semelhança com aquela ruralista e patriarcal para a qual o estatuto civilista havia sido desenhado.

Diante do anacronismo do Código Civil de 1916, surgiram microsistemas legais no intuito de sanar o que o diploma civil já não era capaz de regular de maneira coerente com o contexto contemporâneo. Gradativamente, ao passo que a família se modificou, tendo se transmutado de unidade de produção a unidade de consumo – de modo que seus membros passaram a desempenhar funções menos delineadas e conquistaram posição de maior igualdade inclusive no que se refere à capacidade de contribuição financeira para o sustento da família –, entendeu-se mais acertado que os cônjuges, durante a vida, gozassem de maior autonomia sobre seus bens, especialmente os particulares. De outra parte, em face da crescente valorização do afeto na constituição das entidades familiares e da solidariedade entre seus entes, considerou-se necessário proteger o cônjuge supérstite da ruína financeira na hipótese de viuvez. Assim, por exemplo, enquanto o Estatuto da Mulher Casada previu o usufruto viudal e o direito real de habitação, a Lei do Divórcio alterou o regime legal supletivo para o regime de comunhão parcial de bens.

Movimentos internacionais no sentido da valorização do ser humano influenciaram fortemente a Constituição de 1988. Como reflexo, a família deixou de ser valorizada como instituição formada pelo casamento e passou a ser concebida como conjunto de pessoas em igualdade unidas pelo afeto, cuja função é servir de instrumento para o desenvolvimento pleno da personalidade de cada um de seus membros pela observância da solidariedade e da reciprocidade. O Código Civil de 2002, por sua vez, como não poderia deixar de ser, abraçou os princípios previstos constitucionalmente na seara da família e das sucessões em diversos dispositivos. Na área do direito de família, por exemplo, foi prevista a igualdade entre homens e mulheres na condução da vida familiar, bem como a igualdade no tocante ao dever de sustento dos filhos. Em âmbito sucessório, pode-se dizer que, com intuito de observância dos princípios da reciprocidade, solidariedade e afetividade, houve verdadeira obsessão pela tutela financeira do cônjuge supérstite, que foi elevado à categoria de herdeiro necessário e concorrente, além de ser-lhe garantido o direito real de habitação. Verifica-se, portanto, que a tutela sucessória do cônjuge foi estabelecida em detrimento da autonomia privada do consorte sucedido, uma vez que foi imposta significativa limitação a sua liberdade testamentária. A restrição à autonomia privada do testador foi estipulada ainda que o casamento fosse celebrado sob o regime de separação convencional de bens, o que colocou em xeque a finalidade e, por conseguinte, a utilidade da adoção do aludido regime de bens. Afinal, ainda que fosse possível evitar a confusão patrimonial durante a vida dos matrimoniados, tornou-se inviável obstá-la quando do falecimento de um dos consortes, posto que inafastável a condição do cônjuge de herdeiro concorrente e necessário.

Não se nega que a intenção do Poder Legislativo tenha sido louvável. Porém, a demora irrazoável na tramitação do Projeto do Código Civil de 2002 no Congresso e a desatenção quanto aos novos rumos tomados pela sociedade fora dos prédios em que se estabeleciam as discussões parlamentares fizeram com que o Código Civil de 2002 já nascesse desatualizado e atrasado em relação às instituições que visava regradar. Sem dúvida, a globalização, a virtualização da comunicação, a simplificação do consumo e a facilidade na circulação de informações, entre outros elementos, trouxeram velocidade às transformações sociais. Assim, em pouco tempo, desde a fase embrionária do Código Civil de 2002 até sua entrada em vigor, a estrutura e as características das relações interpessoais e das instituições já não eram as mesmas.

Nessa senda, da fase inicial da tramitação do Projeto do novo Código, em meados da década de sessenta, até o momento atual, a família mudou completamente. Os indivíduos já não se casam jovens, nem sempre a família é constituída pelo casamento, tanto homens quanto mulheres buscam sucesso profissional e estabilidade financeira antes do enlace matrimonial, a mulher tornou-se financeiramente independente do marido, o casamento dificilmente dura até o fim da vida e a prole, muitas vezes, não é comum. Sob a influência de novos valores consumeristas e eudemonistas arraigados na contemporaneidade, as relações são cada vez mais efêmeras e superficiais. Ao contrário do que se verificou outrora, os indivíduos tornaram-se responsáveis exclusivos por seu esforço, pela própria fortuna, independentemente da colaboração de um consorte. Em vista disso, houve incremento do desejo dos indivíduos de autodeterminar-se pela liberdade de gestão do próprio patrimônio, tanto administrando-o durante a vida quanto definindo sua destinação após a morte.

Entretanto, de modo desconexo, a legislação confere ampla autonomia privada aos particulares para o estabelecimento das regras atinentes ao regime de bens do casamento vigentes durante o matrimônio, mas limita sobremaneira a definição do destino do patrimônio após a morte, principalmente no que se refere ao cônjuge sobrevivente. Busca-se, a todo custo, tutelar o viúvo, sob a alegação de garantia de sua dignidade com base nos princípios da reciprocidade, solidariedade e afetividade. Contudo, chega-se, dessa maneira, às mais diversas incongruências. Afinal, a sucessão do consorte em tempos de relações pouco sólidas e fugazes, matrimônios tardios, constituição de fortunas com esforço exclusivo e famílias recombinadas tornou-se uma roleta, um jogo de sorte ou azar. Assim, é destinatário da herança aquele que estiver casado ao tempo da morte do sucedido, beneficiando-se de presunções absolutas de afeto, companheirismo e colaboração, ainda que,

na prática, essas circunstâncias pouco se aproximem do real vínculo que se estatuiu entre os matrimoniados.

Dessa maneira, o Código Civil de 2002 rodeou a sucessão *causa mortis*, eterno barril de pólvora, de faíscas adicionais, além de haver suprimido, perigosamente, mecanismos de prevenção de incêndios. O diploma civilista, ao tolher a autonomia privada em um contexto social em que ela é desejada e oportuna, deu margem ao surgimento e acirramento de disputas severas e intermináveis sobre heranças, bem como obrigou os particulares a buscarem saídas mirabolantes e, por vezes, de licitude questionável para contornar incongruências legislativas. Além disso, cumpre apontar que, ao estabelecer a presunção absoluta de necessidade de proteção do cônjuge, em muitas situações se deixa, justamente, de observar valores constitucionais para os quais o Código Civil de 2002 buscou tutela, como a função social da sucessão *causa mortis* e, até mesmo, os próprios princípios da reciprocidade e solidariedade.

A presente dissertação discorrerá sobre o atual regramento sucessório relativo ao cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens, em que se verifica maior demanda dos matrimoniados para exercício da autonomia privada, e as limitações testamentárias impostas ao consorte sucedido, bem como sua adequação em face do atual contexto social.

1. CONCEITO, FUNDAMENTO E FUNÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

1.1 Conceito e noções preliminares acerca do direito das sucessões

Pontes de Miranda³ esclarece a origem terminológica da palavra “suceder”, afirmando que a sucessão pressupõe que um indivíduo “entre por baixo” do titular de um direito (*sub cedere*). Dessa maneira, verificando-se o fenômeno sucessório, remanescem as relações jurídicas, alterando-se somente o seu sujeito. Destarte, conforme afirmam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁴, “opera-se, através desta sequência, a troca de titulares de um direito, afastando-se uma pessoa da relação jurídica, e, em seu lugar, ingressando outra, que assume todas as obrigações e direitos de seu antecessor”.

Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa⁵, suceder significa “tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito”. Na mesma linha de entendimento asseverava Washington de Barros Monteiro⁶, segundo o qual, ao ocorrer a sucessão, uma pessoa investe-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que competiam à outra.

A sucessão, no direito, pode derivar de ato entre vivos ou, então, decorrer da morte. No direito das sucessões, o vocábulo é empregado em sentido restrito, referindo-se, exclusivamente, à transferência da herança ou legado aos herdeiros e legatários do sucedido por força e na forma de lei ou testamento. Sendo assim, após a morte, os herdeiros e legatários da pessoa falecida tornam-se sujeitos de todas as relações jurídicas em que o falecido estava envolvido⁷. As questões atinentes à substituição do falecido no que se refere às relações jurídicas de que fazia parte em vida são reguladas pelo direito das sucessões.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Netto Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. t. LV: Direito das sucessões – sucessão em geral – sucessão legítima. p. 226

⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coord. Everaldo Augusto Cambler. *Curso avançado de direito civil*: direito das sucessões – arts. 1.572 a 1805. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6. p. 19.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 5 ed. São Paulo: Atlas, [s. d.]. v. VII. p. 17.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 6. p. 1.

⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-25.

Inspirado no artigo 2.024 do Código Civil português, Flávio Tartuce⁸ conceitua o direito das sucessões “como ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido”.

Para Paulo Lôbo⁹, o direito das sucessões seria o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física a seus sucessores quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade. Segundo o estudioso, o direito das sucessões diz respeito às consequências jurídicas do evento morte da pessoa física. Esclarece o autor que, quando o sucedido falece, sob o ponto de vista material, deixa duas coisas: seu corpo e sua herança. Paulo Lôbo conceitua herança como o patrimônio ativo e passivo deixado pelo falecido, o que também seria denominado acervo, monte hereditário ou espólio. Ademais, o doutrinador salienta que, na sucessão *causa mortis*, os herdeiros sucederem nos bens, não na pessoa do sucedido e que não existiria representação do defunto pelos herdeiros.

Orlando Gomes¹⁰ esclarecia que não estariam englobados pelo direito das sucessões questões de direito tributário ou de direito público relativas a efeitos *post mortem* nessas áreas. Adicionalmente, salientava, como Paulo Lôbo, que o direito das sucessões abrangeria somente temas ligados a pessoas físicas. Isso significa que o direito das sucessões não se ocupa da extinção das pessoas jurídicas, bem como não trata de preceitos estatutários que definem o destino do patrimônio das sociedades na hipótese de se extinguiem. Sendo assim, o direito sucessório refere-se, de acordo com Orlando Gomes, exclusivamente, aos efeitos da morte de uma pessoa natural no âmbito do direito privado. O autor salientava, ainda, que, não obstante houvesse pontos de convergência entre o direito das sucessões e o direito das coisas ou o direito das obrigações, com eles não se confundiria. Afinal, o direito das sucessões possuiria figuras e princípios que demandariam sua submissão a uma disciplina separada.

De acordo com José de Oliveira Ascensão¹¹, o fenômeno sucessório acarretaria, em regra, aquisição e vinculação para o sucessor em consequência da morte de alguém. Assim, a sucessão estaria ligada a um fenômeno dinâmico, uma vez que as situações jurídicas do

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 3.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 15, 17 e 47.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 21.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. Coimbra: Coimbra, 1981. p. 15 e 37.

sucedido, ou parte delas, estariam sujeitas, coletivamente, a uma vicissitude, qual fosse, a sucessão. Aduz o autor que, na sucessão, interessaria a posição do herdeiro perante a pluralidade de situações jurídicas e não a situação do herdeiro perante as coisas especificamente. Conclui, assim, que a herança seria constituída por situações jurídicas e não por bens.

Ensina Paulo Lôbo¹² que nem todos os bens juridicamente tuteláveis seriam passíveis de constituir objeto de sucessão. Para que sejam sucessíveis, segundo o autor, os bens devem ter natureza patrimonial, ou seja, devem poder ingressar no tráfico jurídico, além de poderem ser valorizados economicamente. Desde que cumpridos esses requisitos, nos termos do estudioso, são passíveis de entrar na sucessão os direitos intelectuais, como o direito patrimonial do autor e o direito de propriedade intelectual. São passíveis de integrar o patrimônio transmissível, também, de acordo com Paulo Lôbo, direitos eventuais, razão pela qual ao espólio ou ao herdeiro é autorizado adotar providências conservatórias¹³.

Os bens jurídicos de natureza não patrimonial extinguem-se com a morte do titular. Porém, é possível que alguns efeitos continuem sob proteção da lei, como se verifica em relação aos direitos da personalidade, como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem, à integridade física, à integridade psíquica, à identidade pessoal e aos direitos morais de autor. Nessa senda, em caso de infração a esses direitos após a morte do sucedido, os familiares são legitimados a operar sua defesa¹⁴.

Não se há de cogitar, todavia, a sucessão de direitos inerentes à personalidade do defunto¹⁵. Também não são transmissíveis os valores puramente espirituais ou de ordem eminentemente pessoal. É o exemplo do que ocorre com direitos relacionados a questões de direito de família, como a tutela e a curatela. Falecido o curador ou o tutor, seu encargo não se transfere automaticamente para os herdeiros¹⁶. Em se tratando das relações patrimoniais do sucedido, também há exceções, ou seja, hipóteses em que as relações, ainda que patrimoniais, não se transferem aos herdeiros, como é o caso do usufruto, uso, habitação, renda vitalícia, mandato, empreitada, relação de emprego e dever de prestar contas¹⁷. Também não são sucessíveis os bens jurídicos do morto que sejam tutelados pelo direito público, como é o caso de cargos e funções públicas, tampouco a respectiva remuneração.

¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 16.

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27-28.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 16.

¹⁵ No direito romano, ao revés, admitia-se a sucessão a título universal também *inter vivos*, o que se verificava pela *bonorum venditio*, pela *abrogatio* e pela *conventio in manu*. GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 22-26.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, cit., p. 27-28.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 30.

Há, ainda, bens patrimoniais não transferíveis em sua integralidade – por exemplo, os herdeiros de sócio de sociedade empresária, uma vez que, salvo por acordo entre sócios e herdeiros ou previsão prévia em instrumentos societários pertinentes, a cota herdada deverá ser liquidada. Em regra se transfere o valor da cota, não a condição de sócio¹⁸.

A sucessão *causa mortis*, nos termos do que determina o artigo 1.784¹⁹ do Código Civil, instaura-se no instante do falecimento do sucedido, ou seja, tão logo seja aberta a sucessão. Nesse momento, o patrimônio do defunto transfere-se para seus herdeiros a título universal, ainda que desconheçam essa circunstância. Silvio Rodrigues²⁰ explicava que os direitos e obrigações do indivíduo extinguem-se com a morte. Nesse diapasão, se, com o falecimento, o patrimônio não se transferisse imediatamente para quem de direito, haveria um lapso temporal em que os direitos e obrigações restariam sem titularidade, o que não é admitido. O autor apontava para alguns dos efeitos ocasionados pelo mencionado artigo. Entre eles, destacava que a lei aplicável à sucessão seria a vigente ao tempo de sua abertura, como alude o artigo 1.787 do Código Civil. Adicionalmente, caso o herdeiro venha a falecer pouco depois do sucedido, os bens herdados em decorrência do falecimento do primeiro serão transmitidos a seus próprios sucessores. Por fim, ressaltava, como consequência, que o valor dos bens a ser considerado também deveria ser aquele da época da abertura da sucessão.

Silvio Rodrigues²¹ chamava a atenção para o fato de que o artigo 1.784 do Código Civil não apenas determina a transmissão dos direitos e obrigações ao tempo da morte, mas transfere, ainda, aos herdeiros, a posse da herança. Se a posse for detida por terceiros ao tempo do falecimento do *de cuius*, transmitir-se-á a posse indireta da herança. Consequentemente, os herdeiros possuem a prerrogativa de recorrer a interditos possessórios para defesa dos bens herdados.

Graças ao princípio da *saisine*, adotado no Brasil, a herança é adquirida, automaticamente, com a abertura da sucessão, sem necessidade de aceitação ou consentimento dos herdeiros ou decisão de qualquer natureza. A herança, mesmo que o herdeiro não tenha conhecimento de sua existência, transfere-se para seu patrimônio, ainda que não definitivamente, no exato momento da morte do sucedido por força de lei. Dessa

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 16.

¹⁹ Artigo 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

²⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11-13.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 11-14.

maneira, a morte da pessoa não gera um vazio na titularidade sobre a herança que deixou²². O princípio da *saisine* foi consagrado, no Brasil, pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, integrando o conjunto de reformas do Marquês de Pombal, contrária à tradição do direito romano e aos costumes medievais, em que o princípio da *saisine* não era contemplado. O alvará adveio com intuito de impedir os abusos cometidos na tomada da posse em heranças abertas. Segundo a norma, transmitiam-se aos herdeiros, desde a sucessão aberta, a posse civil dos bens deixados pelo sucedido, com todos os efeitos da posse natural. Posteriormente, o Assento de 16 de fevereiro de 1776 instituiu a transmissão imediata da herança aos herdeiros até o décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão²³. Da mesma maneira, abraçaram o princípio da *saisine* os Códigos Civis de 1916 e de 2002.

A herança forma o espólio, que, não obstante não possua personalidade jurídica, é objeto de direitos²⁴. Na qualidade de objeto da sucessão, a herança corresponde, por ficção legal, a uma universalidade de direitos e deveres reais e pessoais do sucedido. Uma vez aberta a sucessão, a herança é considerada, para o direito, um bem imóvel indivisível. Assim, forma-se, com a morte do sucedido, um condomínio eventual *pro indiviso* entre os herdeiros. Desse modo, cada um dos sucessores, até a divisão da herança por partilha, será titular da cota-parte da herança que lhe couber. Conforme esclarece Giselda Hironaka²⁵, com a abertura da sucessão, a herança é transmitida em regime de condomínio aos herdeiros testamentários e aos herdeiros legítimos. Sendo assim, não é permitido que os herdeiros disponham de bens isolados da herança, uma vez que, até a partilha, não detêm titularidade exclusiva sobre eles²⁶. Nessa senda, apenas o direito à sucessão aberta ou o direito às cotas hereditárias podem ser cedidos pelos herdeiros após o falecimento do sucedido. No entanto, transações dessa natureza apenas podem ser efetivas por escritura pública, conforme dispõe o artigo 1.793 do Código Civil.

É relevante notar que o termo “herança” pode ser empregado tanto no sentido objetivo quanto no sentido subjetivo. Em sentido objetivo significa a massa de bens, direitos e encargos a serem transmitidos na sucessão. Em sentido subjetivo, traduz-se no direito de

²² LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 15.

²³ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 42.

²⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011. p. 1193.

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, José Francisco (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões – direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. v. 6. p. 319.

²⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 81.

suceder, ou seja, de receber o patrimônio herdado. Insta compreender que a herança tem caráter translativo, isto é, acarreta a transferência definitiva do patrimônio do sucedido para seus herdeiros e legatários²⁷.

Ademais, em sentido amplo, compreende tudo o que se transmite do sucedido aos sucessores. Em sentido estrito, é o que se transmite do sucessor a outra pessoa ou outras pessoas, como o patrimônio ativo e passivo ou parte do patrimônio, sem especificação dos bens ou valores deixados. A herança pode apresentar caráter positivo ou negativo. Isto é, ao ser compensado o ativo e o passivo da herança, poderá haver *superavit* ou *deficit*. No primeiro caso, a herança será positiva, ao passo que no segundo a herança será negativa, ou seja, as dívidas superam os haveres²⁸.

É relevante observar, portanto, que, na sucessão *causa mortis*, há transferência do patrimônio do falecido aos herdeiros, ou seja, é equivocado referir-se somente à transmissão de bens. Afinal, a sucessão abarca tanto a transferência do ativo quanto do passivo do sucedido. Os herdeiros do falecido, a partir da sua morte, serão, portanto, titulares não apenas de bens e direitos do sucedido, mas também de eventuais dívidas que ele possuía ao tempo do falecimento²⁹. Todavia, impende ressaltar o que estabelece o artigo 1.792 do Código Civil, segundo o qual “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. Portanto, a sucessão danosa é, atualmente, vedada pelo ordenamento civil. A responsabilidade patrimonial do herdeiro está subordinada à “força da herança”, ou seja, ao montante patrimonial efetivamente deixado pelo que faleceu. Não é alcançado, destarte, o patrimônio pessoal dos sucessores, o que reflete o princípio da pré-exclusão da responsabilidade *ultra vires*³⁰.

No Brasil, a sucessão pode ser legítima ou testamentária (e, ao contrário do que ocorria no direito romano, podem operar-se de forma concomitante ou não). A sucessão legítima é definida pela lei, ao passo que a testamentária é aquela que expressa a vontade do testador, que define a destinação de seu patrimônio a determinados beneficiários³¹. Isso significa que a lei civil autoriza que qualquer indivíduo capaz³² e detentor de pleno

²⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 22-27.

²⁸ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito civil: direito das sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 3.

³⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 16.

³¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 47 e 49.

³² O Código Civil, em seu artigo 1.860, parágrafo único, também autoriza ao maior de dezesseis anos a deixar disposição de última vontade por testamento.

discernimento lavre testamento para deliberar sobre sua sucessão *causa mortis*. Na sucessão testamentária, portanto, o patrimônio pode ser destinado, a título singular ou universal, por disposição de última vontade.

Caso não haja disposição de última vontade, o diploma civilista estatui a sucessão legítima, determinando que a herança seja distribuída, a título universal, aos indivíduos elencados na lei conforme a ordem estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil³³. Nessa senda, quando o sucedido nada dispõe a respeito de sua sucessão *causa mortis*, a lei substitui sua vontade, estabelecendo, ela própria, a ordem de vocação hereditária. Verifica-se, assim, que a ordem de vocação hereditária pode decorrer de fonte imediata, quando estatuída pelo próprio falecido, ou pode decorrer de fonte mediata, ou seja, de disposição legal supletiva³⁴.

Bem asseverava Zeno Veloso³⁵ que a sucessão testamentária não deixa de ser uma forma de sucessão legal. Afinal, é a lei que autoriza que o sucedido realize disposições de última vontade por testamento. Impende destacar, contudo, que no Brasil não se cultiva o hábito de deixar testamento. Somente cerca de um por cento dos brasileiros elabora disposições de última vontade. Por esse motivo, é possível afirmar que na sociedade brasileira a sucessão legítima tem maior relevância, razão pela qual, possivelmente, o legislador, no artigo 1.786 do Código Civil, ao contrário do que constava no Código de 1916, posicionou a sucessão legítima à frente da sucessão testamentária³⁶. Isso não significa, porém, evidentemente, que a sucessão testamentária não deve contar com regramento adequado e atualizado. Assim como a sucessão legítima sofreu alterações notórias com a introdução do Código Civil de 2002, é relevante que as normas referentes à sucessão testamentária se encontrem em compasso com as transformações sociais, que acontecem de maneira cada vez mais rápida. Nesse diapasão, na sucessão testamentária, é fundamental que se mantenha o equilíbrio dinâmico entre os princípios da autonomia privada e outros considerados de relevo pela sociedade em determinado momento, como é o caso, atualmente, dos princípios da afetividade e da solidariedade familiar.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6. p. 121.

³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica: a ordem de vocação hereditária e o direito dos vivos. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 380.

³⁴ BOUTROUX, Emile. *La philosophie de Kant*. Paris: J. Vrin, 1968. p. 74 e 382.

³⁵ VELOSO, Zeno. Testamento: o último desejo. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 382.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. LV, p. 246.

A sucessão pode operar-se a título universal, quando se alude à herança, ou singular, quando se refere a legado. Na primeira, o herdeiro sucede na totalidade da herança ou fração ideal sobre ela. De outra parte, na sucessão a título singular, o beneficiário não recebe uma cota-parte da herança, mas um bem certo e determinado³⁷. Assim, na sucessão universal, todo o patrimônio é transmitido aos herdeiros, que passam a ser titulares de partes ideais da herança. Na sucessão singular, opera-se a transferência de bens a determinadas pessoas, chamadas de legatários³⁸.

Na sucessão universal, o herdeiro continua a vida do sucedido em suas relações patrimoniais, substituindo-o sem que o falecimento acarrete modificação da natureza das relações jurídicas. Diferentemente, no caso do legado, não há substituição. Assim, no que se refere aos débitos, enquanto na sucessão a título universal cabe ao herdeiro a responsabilidade por parcela das dívidas correspondentes à fração do ativo que receber, existentes ao tempo da morte, ao legatário cabe apenas arcar com os débitos com os quais o sucedido houver onerado o legado³⁹.

Insta salientar observação de Washington de Barro Monteiro⁴⁰ a respeito do princípio da *saisine* na transmissão a título universal e a título singular. O autor esclarecia que, em se tratando de herança, no sentido de sucessão a título universal, de fato, o domínio e a posse transferem-se no momento da abertura da sucessão. Porém, no que se refere ao legado, caso se trate de bem infungível, a propriedade é transmitida no momento da abertura da sucessão, ao passo que, caso se esteja diante de bem fungível, a propriedade apenas será transmitida no momento da partilha. O autor destacava, ainda, que, seja em uma ou em outra hipótese de legado, a posse sempre será adquirida pelo legatário somente após a partilha. De modo similar aduz Giselda Hironaka⁴¹, segundo a qual ao herdeiro se transmitem o domínio e a posse no momento da abertura da sucessão. Todavia, o legatário de coisa certa, no instante da abertura da sucessão, receberá somente o domínio; a posse lhe será deferida somente quando se verificar a partilha. Em se tratando de legatário de coisa incerta, apenas receberá o domínio e a posse ao tempo da partilha.

³⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF; Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 81.

³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 15.

³⁹ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito civil*, cit., p. 21-23.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 14.

⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões brasileiro*, cit., p. 319.

1.2 Do fundamento e da função do direito das sucessões

Em se tratando do fundamento da sucessão *causa mortis*, Giselda Hironaka⁴² pergunta-se qual seria a razão de se realizar, após a morte de certa pessoa, a transmissão a outrem do acervo de direitos e obrigações que a ela pertenciam, seja por disposição legal, seja por disposição de última vontade. A autora indaga, nesse sentido, o que fundamentaria e justificaria a transmissão sucessória. De acordo com a doutrinadora, a sucessão *causa mortis* tem como pressuposto preliminar, conforme se depreende de sua própria denominação, a morte. Esclarece a estudiosa que “a morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa da sucessão *causa mortis*. A transmissão é consequente, é efeito da morte”. Segundo a professora, o fundamento mais antigo de que se teria notícia, além, claro, da morte, seria a ânsia em manter o patrimônio íntegro, permanente e contínuo. Afinal, como explica a estudiosa, no passado a sucessão constituía a forma de manter poderosa a família, impedindo a divisão da fortuna entre vários filhos. Teria se desenvolvido, dessa forma, por exemplo, o princípio medieval da primogenitura, bem como a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento.

O direito sucessório foi ferrenhamente criticado por pensadores socialistas e comunistas. Segundo essas linhas de pensamento, os bens de produção e consumo pertenciam ao Estado e não ao indivíduo⁴³. Argumentava-se que o recebimento da herança incentivaria a indolência, além de diminuir a mão de obra, pois os herdeiros não precisariam trabalhar para garantir a própria subsistência. Adicionalmente, a sucessão *causa mortis* privaria os indivíduos mais aptos dos meios de produção, o que traria prejuízos à coletividade. Por fim, aduziam não ser legítima outra fonte de aquisição de bens que não fosse o trabalho⁴⁴. Nessa senda, ao negarem legitimidade ao direito de propriedade privada, sob o argumento de que os bens seriam de propriedade do Estado e que deveriam beneficiar toda a coletividade, foi negado, igualmente, o direito à sucessão⁴⁵.

Em 27 de abril de 1918, na Rússia, determinou-se que os bens das pessoas falecidas fossem incorporados ao patrimônio do Estado. Todavia, a população criou uma série de mecanismos para burlar a vedação. Confessavam ou simulavam dívidas em favor das pessoas que pretendiam beneficiar ou, ainda, transmitiam, em vida, seus bens por doação.

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 109-110 e 333.

⁴³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 21.

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 5.

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 109-110 e 333.

Não restou alternativa ao Estado senão flexibilizar a proibição, admitindo a transmissão *causa mortis* até determinado montante, cujo excedente seria destinado aos cofres públicos. Com a Constituição de 1936, o Estado soviético restabeleceu, em sua plenitude, o direito de suceder nos territórios de todas as Repúblicas socialistas⁴⁶.

Por sua vez, doutrinadores que defendem e defenderam o direito sucessório pautaram-se em diversas justificativas distintas. Gottfried Wilhelm Leibniz⁴⁷ embasou o direito de sucessão no princípio da imortalidade da alma. Para os jusnaturalistas, a seu turno, tanto a propriedade quanto a sucessão seriam meras construções positivistas, de modo que poderiam ser abolidas caso sua manutenção não mais interessasse a conveniências sociais⁴⁸.

De acordo com Arnaldo Wald⁴⁹, a sucessão atenderia ao interesse social de continuidade da vida civil e comercial, ou seja, a continuação, na pessoa do sucessor, das obrigações e dos direitos do sucedido. Segundo o autor, o Código Civil de 2002 teria reconhecido esse aspecto com a valorização da aquisição, conservação e aprimoramento da propriedade, do aumento patrimonial, do crescimento da poupança individual e familiar, do estímulo ao aperfeiçoamento pessoal para o incremento da qualidade de vida, entre outros fatores que conduziriam, em consequência, ao desenvolvimento e amadurecimento da própria sociedade.

Entre as justificações da sucessão *causa mortis*, também se reputa o direito sucessório como corolário do próprio direito de propriedade. Afinal, impedir a sucessão significaria privar o direito de propriedade de uma de suas características basilares, qual seja, a perpetuidade. Sem esse aspecto fundamental, os proprietários tornar-se-iam meros usufrutuários vitalícios⁵⁰.

Nos termos de Paulo Lôbo⁵¹, a sucessão hereditária pressuporia dois requisitos, quais fossem, o falecimento da pessoa física e a sobrevivência do beneficiário, herdeiro ou legatário (princípio da coexistência, previsto no artigo 1.798 do Código Civil). De maneira semelhante, seriam pressupostos da sucessão, segundo Orlando Gomes, a morte do sucedido e a vocação hereditária. No que se refere à morte do sucedido, aduzia o autor que não se deve olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro admitiria, conforme o caso, a sucessão

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica, cit., p. 380.

⁴⁷ BOUTROUX, Emile. *La philosophie de Kant*, cit., p. 74.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 14.

⁴⁹ WALD, Arnaldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito civil*, cit., p. 36.

⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 6. Eis, ainda, o entendimento de Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 7) e Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 22).

⁵¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 15.

do ausente nas hipóteses previstas em lei. Afinal, uma das consequências da ausência é a presunção da morte. Em se tratando da vocação hereditária, aduz o estudioso que constituiria pressuposto da sucessão, considerando que não seria autorizada a falta de sucessores. Isso significa que, sempre que houver bens sucessíveis, serão destinados a um herdeiro ou legatário. Adicionalmente, segundo o doutrinador, no passado, o direito das sucessões teria tido duas funções práticas: manutenção e concentração de capital. Ainda de acordo com o jurista, a primeira função teria perdido a consistência na atualidade por conta da seguridade social e da elevação da longevidade dos indivíduos, o que não permitiria contar com a herança na fase inicial da vida adulta. No que se refere à concentração de capital, as empresas e outros mecanismos financeiros teriam tomado o lugar da sucessão, inclusive com o uso de planejamentos sucessórios⁵².

Há, ainda, na doutrina, quem tenha fundamentado o direito sucessório com base na biologia. Nesse sentido, a continuidade patrimonial do morto seria justificada por sua continuidade biopsíquica, que decorreria da transmissão de genes dos ascendentes a seus descendentes. Essa é a opinião de Giuseppe D'Agugno⁵³. Em outras palavras, de acordo com essa corrente de pensamento, o fundamento da sucessão estaria em pesquisas biológicas que intencionavam demonstrar que haveria uma espécie de continuidade da vida humana pela transmissão de ascendentes a descendentes, não apenas de características genéticas, mas também, de características psicológicas. Nessa senda, a transmissão do patrimônio de ascendentes a descendentes operar-se-ia por razões de ordem biopsíquica. Argumentava-se que, uma vez admitido, ao indivíduo, o direito de propriedade, seria devido reconhecer a transmissibilidade dessa propriedade aos herdeiros, uma vez que eles constituiriam a continuação biológica e psicológica dos progenitores.

Similar era o pensamento de Enrico Cimbali⁵⁴, segundo o qual o direito sucessório se encarnaria e desenvolveria em dois institutos, quais sejam, a família e a propriedade. Para esse autor, a continuidade conferida pelos herdeiros à vida do sucedido deveria implicar, igualmente, a continuidade no gozo dos bens necessários à existência e ao desenvolvimento dos indivíduos.

⁵² LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 19.

⁵³ Giuseppe D'Agugno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile I*, p. 416. *Apud* ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 2. p. 44.

⁵⁴ CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile: nei rapporti economici e sociali*. Torino: Torinese, 1907. p. 212.

Carlos Maximiliano⁵⁵ adotou o mesmo ponto de vista. Segundo o estudioso, o direito hereditário surgiria e se afirmaria na sociedade como complemento natural da geração entre os homens. Contudo, adicionava que à hereditariedade somar-se-ia a afeição, como vínculo que uniria as gerações. A afeição surgiria como consequência dos laços de sangue, tendências, inclinações e vida comum, levando os homens a esforços cotidianos e sacrifícios frequentes, como o trabalho, o estudo e a economia, fontes de progresso e bem-estar. Por afeto e bondade, levar-se-ia adiante a labuta, a fim de conseguir iguais vantagens para os entes próximos que cercam, auxiliam e estimam o indivíduo. De acordo com o autor, o futuro e o bem-estar da prole seriam instintivos. Dessa maneira, haveria esforço da família pelo bem comum, de modo a gerar, reflexamente, o aumento do patrimônio individual e, para a sociedade, incremento da riqueza geral. Assim, o direito hereditário decorreria das relações de família, tanto é que o legislador haveria presumido que, à falta de testamento, desejaria o sucedido contemplar seus parentes próximos. De outra parte, a sucessão testamentária seria desdobramento dos direitos patrimoniais, de cunho individualista. Nessa senda, harmonizar-se-iam as duas tendências aparentemente divergentes pela possibilidade de testar limitada à legítima.

Tratando especificamente da sucessão legítima, Carlos Maximiliano asseverava que suas raízes estariam consubstanciadas na preocupação social com a unidade e a solidariedade familiar. Assim, o direito de suceder prolongar-se-ia até onde se estenderia a consciência da unidade e a presunção da existência de solidariedade. Segundo o autor, aquele que gera um indivíduo estaria obrigado a velar pelo seu futuro e pela sua felicidade, de modo que seria justo que o filho fosse herdeiro forçado do pai. Para o doutrinador, a lei e a moral assegurariam preferência no afeto e na riqueza do filho e dos antepassados respectivos. De acordo com o estudioso, herdariam igualmente os ascendentes e os colaterais em virtude da íntima afinidade de sangue, cuja afeição seria decorrente da convivência. Por fim, salientava que, também em virtude do afeto, o cônjuge seria herdeiro legítimo, uma vez que figuraria como companheiro dedicado nos bons e nos maus tempos, além de ser colaborador da fortuna⁵⁶.

Para Clóvis Beviláqua⁵⁷, o fundamento do direito sucessório seria “a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe”. O autor defendia a função social

⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1. p. 20.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 132.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 15-16.

do direto das sucessões, afirmando tratar-se de um fator poderoso para aumentar a riqueza pública. Afinal, segundo Beviláqua, o direito sucessório permitiria a distribuição de bens de modo mais adequado a sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos, além de fomentar o vínculo entre indivíduos da família e de estimular sentimentos altruísticos, posto que traduziria um afeto.

Aponta Giselda Hironaka que a corrente biológica teria sido enriquecida com novos fundamentos, justamente, como a afeição e a unicidade familiar, o que teria conferido atualização e humanização ao tema⁵⁸. Nessa senda, a autora refuta a ideia de que a continuidade operada na sucessão *mortis causa* teria, na atualidade, cunho exclusivamente patrimonial, constituindo somente instrumento de manutenção de bens na família como forma de acumulação de capital. Segundo a doutrinadora, a sucessão seria capaz de estimular a poupança, o trabalho e a economia, compondo relevante mecanismo de proteção, coesão e perpetuidade da família⁵⁹.

Para José de Oliveira Ascensão⁶⁰, a admissão da sucessão por morte seria uma consequência necessária da admissão de uma propriedade privada. Assevera o autor que, uma vez admitido o instituto da propriedade privada no ordenamento jurídico, bem como a diversificação do patrimônio que ela importa, não haveria lógica se o Estado absorvesse tudo após a morte dos indivíduos, eventualmente, para redistribuir o patrimônio em momento posterior, criando instabilidade nas relações patrimoniais. Além disso, destaca que a sucessão confere satisfação a aspirações pessoais, uma vez que seria inerente à pessoa humana desejar que sua obra se prolongue para depois de sua morte, de modo a garantir a continuidade de sua personalidade. Da mesma maneira, aduz Ascensão que a possibilidade de marcar ou dominar o destino de seus bens apareceria como um poderoso estímulo à atividade individual. O doutrinador salienta, ainda, a estreita relação entre os institutos familiares e sucessórios, afirmando que a sucessão seria uma maneira de proteger a família, em especial nos sistemas que preveem a legítima.

Flávio Tartuce conclui que o direito das sucessões estaria baseado no direito de propriedade e em sua função social, tendo amparo na valorização da dignidade humana, seja do ponto de vista coletivo, seja do ponto de vista individual⁶¹. Sob o enfoque de uma leitura constitucional do direito sucessório, defende que a sucessão *mortis causa* tem amparo na

⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro, cit., p. 318.

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CUNHA, Rodrigo. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Del Rey, 2007. p. 5.

⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 23-24.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*, cit., p. 1187.

valorização da dignidade humana, tanto individual quanto coletivamente, e da solidariedade, em conformidade com os artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I, da Constituição da República, com marcante incidência nas relações privadas⁶².

Parte da doutrina tem adotado entendimento no sentido da constitucionalização do direito das sucessões. Entre esses estudiosos encontra-se Paulo Lôbo, destacando que a garantia fundamental do direito à herança foi prevista na Constituição da República de 1988. Segundo ele, essa disposição constitucional acarretou proteção especial ao herdeiro, não a qualquer sucessor. Dessa maneira, estariam protegidos aqueles que mantivessem com o sucedido relações estreitas de família ou de parentesco. Nessa senda, outras categorias de sucessores teriam apenas proteção infraconstitucional. Paulo Lôbo salienta que o direito das sucessões, no Brasil, teria sido desenvolvido, tradicionalmente, a partir do modelo de direito romano e da codificação liberal moderna de preferência à sucessão testamentária, de modo que a sucessão legítima sempre teria sido considerada supletiva, incidindo apenas na hipótese de não haver testamento. Tanto isso é verdade que, nas Ordenações Filipinas, na Consolidação das Leis Civis e no Código Civil de 1916, era conferido destaque à sucessão testamentária.

Paulo Lôbo explica que, de fato, teria havido um renascimento do testamento após a primeira fase da Revolução Francesa, na qual o testamento foi repellido em razão do receio de figurar como instrumento para reavivar antigos privilégios. Superada essa fase, o testamento ter-se-ia prestado à valorização da autonomia da vontade e do individualismo, necessários à afirmação dos valores burgueses e da emergente industrialização, que se contrapunham à aristocracia rural, que por sua vez assentava seu poder na propriedade fundiária. Contudo, aduz o autor, o modelo da primazia do testamento teria sido desafiado pela realidade social brasileira, que, em todas as classes, teria desconsiderado o testamento, de modo a incidir, na maioria esmagadora dos casos, a sucessão legítima. Tal fato somar-se-ia à ascensão de determinados valores e princípios a partir do início da segunda metade do século XX, como a função social da propriedade. Em consequência, haver-se-ia verificado a emersão da preferência à sucessão legítima em detrimento da sucessão testamentária, de forma a prevalecerem valores sociais e de solidariedade familiar em face daqueles eminentemente individualistas⁶³.

⁶² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 7.

⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 43.

Segundo Paulo Lôbo⁶⁴, a garantia constitucional à herança refletiria, justamente, essa inversão de prevalência, passando a sucessão legítima a ocupar posição de destaque. Graças a esse cenário, teria ganhado enfoque o herdeiro em face do autor da herança. Diante desse novel contexto, de acordo com o doutrinador, em um testamento deve-se buscar o sentido que melhor contemple o direito do herdeiro, não a vontade presumida do autor da herança. Nesse diapasão, defende Paulo Lôbo que a vontade do testador deve ser levada em consideração apenas até onde não se comprometa o direito do herdeiro, devendo respeitar não somente a lei infraconstitucional, mas, também, princípios e valores constitucionais e a função social do testamento. E, de forma consoante com a Constituição da República de 1988, afirma o doutrinador que no Código Civil de 2002 estaria, igualmente, refletida essa mudança paradigmática, em que o direito sucessório teria abraçado valores e princípios sociais ao tendenciar para a sucessão legítima. Afinal, a sucessão legítima, segundo o autor, presumidamente, conciliaria interesses individuais com interesses sociais do grupo familiar e com a solidariedade social. Apontariam nessa direção as mudanças trazidas pelo Código de 2002, tais como a ampliação do rol de herdeiros necessários, com a inclusão do cônjuge, que, aliás, também passou a ocupar a posição de herdeiro concorrente no primeiro e no segundo lugar da ordem de vocação hereditária. Ainda assim o autor critica o Código Civil de 2002, aduzindo que, em seu artigo 1.788, teria sido indevidamente repetida a regra da supletividade da sucessão legítima.

Em adição, Paulo Lôbo⁶⁵ defende que, assim como o direito de propriedade, o direito das sucessões seria orientado pelo princípio da função social. Isso significa que o interesse social estaria colocado em patamar prioritário em relação ao individual, o que reduziria o papel da vontade do testador, que não poderia ser exercida de forma ilimitada, com base apenas nos desejos do sucedido. Destarte, diante da estreita relação entre direito da propriedade e direito das sucessões, aplicar-se-ia, implicitamente, ao direito sucessório o princípio da função social. Esse princípio impõe que os interesses individuais dos titulares de direitos econômicos sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais. Assim, no caso do direito das sucessões, seria necessário que o alvedrio do testador estivesse em consonância com a garantia da solidariedade familiar, de modo a reconhecer-se que o direito das sucessões também exerce um papel no desenvolvimento da pessoa humana⁶⁶.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 44.

⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 44.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 45-46.

A função social da sucessão, bem como os princípios constitucionais aplicáveis ao direito das sucessões, tais como o direito à herança e o princípio da solidariedade familiar, cuja observância é elencada como fonte de desenvolvimento individual e social, são, comumente, utilizados por parte da doutrina que pretende manter inalterados os institutos sucessórios atualmente vigentes, incluindo as disposições do Código Civil de 2002 que conferiram posição de grande destaque e privilégio ao cônjuge. Contudo, cumpre, sem dúvida, avaliar se a manutenção inflexível de determinadas normas no sistema, diante de recentes e profundas transformações sociais, tem, de fato, servido para preservar a família e fomentar o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade como um todo, em especial no que se refere ao consorte.

É certo que os cônjuges não possuem vínculo de parentesco entre si, afastando-se, dessa maneira, de plano, a sucessão do cônjuge com base em continuidade biológica ou psíquica do sucedido. Restam, portanto, em relação à sucessão do consorte, fundamentos principiológicos muito mais voltados à afetividade, à solidariedade familiar e à função social sucessória. Contudo, ao mesmo tempo que, hodiernamente, há grande valorização desses princípios nas searas da família e sucessões, sob o argumento de que devem ser observados para preservação da dignidade da pessoa humana, também há movimento significativo no sentido da ampliação da autonomia privada do sucedido como forma de assegurar a autodeterminação do indivíduo e, assim, garantir, da mesma maneira, sua dignidade, sobretudo nas hipóteses em que, na prática, não haja comprometimento de outros princípios incidentes. Assim, com frequência, tem sido questionada a rigidez relativa ao atual regramento sobre a sucessão do consorte, principalmente quando, de maneira clara, os matrimoniados intencionam a incomunicabilidade de seus bens tanto durante a vida quanto após a morte. Nessa senda, soluções têm sido perseguidas pela doutrina para compatibilizar princípios aparentemente antagônicos.

2. PANORAMA GERAL SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

2.1 A sucessão em Roma

Como verificado anteriormente, questiona-se, na doutrina, qual seria o fundamento da transmissão sucessória. No presente trabalho, a questão aufere especial relevância para a compreensão da posição sucessória do cônjuge e dos limites impostos à autonomia privada do sucedido.

De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁶⁷, para responder qual é o fundamento do direito sucessório, é preciso considerar o momento que se encontra sob enfoque, bem como a corrente de pensamento em análise. Portanto, para compreender os motivos que levam a deferir, pela lei ou pela vontade, direitos e obrigações a indivíduos que com eles não guardavam relação, é preciso debruçar-se sobre a história e as perspectivas de realidade de cada tempo. Sendo assim, conforme aduzia Washington de Barros Monteiro, citando Jean Charles Florent Demolombe, “a história do direito das sucessões, entre os diferentes povos, vem a ser, quase exatamente, a história de sua organização social e de suas instituições políticas”⁶⁸.

Giselda Hironaka⁶⁹, ao realizar uma análise histórica sobre a morte e sua concepção, leva em consideração estudos que atribuem grande valor ao período histórico a partir do ano 1.000, uma vez que dessas lições é revelado que o direito ocidental contemporâneo mantém grande proximidade com a tradição que se inicia naquele período. Enfatiza a autora, contudo, que os historiadores também revelam haver aspectos relevantes a considerar em relação aos povos antigos gregos e romanos. A estudiosa deixa claro que, ao analisar o mundo grego e romano, é preciso compreender que se trata de um ambiente muito diferente do atual, em que a concepção da morte se afastava consideravelmente da contemporânea, quando é possível identificar o medo de morrer. Segundo a doutrinadora, o medo da morte observado em parte significativa do mundo ocidental seria evento verificável após, justamente, o ano 1.000. A autora critica a ideia de tomar o direito moderno como evolução do direito romano, explanando que essa concepção expõe o pensamento de que existiria evolução de um sistema jurídico para outro ou, até mesmo, uma espécie de recepção de uma ordem jurídica por outra.

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica, cit., p. 382.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 5.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 109-110 e 121.

Esclarece que a ideia de evolução implica uma quantificação do nível de complexidade ou racionalidade de um instituto jurídico. Assim, ao levar em conta dois sistemas jurídicos distintos, haveria, no seu confronto, verdadeira comparação. O resultado disso seria considerar um sistema superior a outro ou, ainda, tomar um sistema como bom ou ruim. Dessa maneira, emergiria uma tendência perigosa a deduzir que as soluções atuais são positivas simplesmente por serem posteriores no tempo. Diante dessas reflexões, a professora constata que o entendimento do direito romano como etapa de uma evolução precisa ser abandonado, sendo investigado por si mesmo.

Giselda Hironaka ensina que, na doutrina brasileira clássica contemporânea, é frequente encontrar repetição de lugares-comuns acerca da família e da religião em Roma que se afastam de estudos críticos mais modernos sobre o assunto. Dessa maneira, segundo a autora, manter-se-ia viva uma imagem mítica e romanceada da sociedade romana. Atesta a professora que se teria arraigado, sobre a família romana, visão de que a entidade familiar seria a célula da sociedade, bem como que essa família seria uma complexa extensão da família natural, na qual, ao lado dos cônjuges, filhos e outros familiares de sangue ou adotivos, unir-se-iam escravos, bens e devedores. Para a doutrinadora, trata-se de uma maneira de generalizar a família romana, com adoção de uma visão única acerca do que ela tenha sido. Enfatiza que há uma concepção tradicionalista que busca colocar a família romana como modelo de sobriedade e austeridade. Todavia, assim como na contemporaneidade se fala da multiplicidade de modelos familiares, afirma a autora que, em Roma, também seria preciso desconfiar da noção vulgar de família e considerar a multiplicidade da organização familiar⁷⁰.

Em diversas obras contemporâneas, a família, em Roma, é vista sob um prisma mitológico, sendo-lhe atribuída a imagem de uma sociedade com objetivos religiosos ou, até mesmo, de uma instituição religiosa. É comum, nesses trabalhos, que se descreva a tradição do culto religioso dos antepassados, em que parentes falecidos eram deificados e adorados pelos descendentes, garantindo identidade comum e eterna dos integrantes da família no decorrer das gerações. Há, ainda, a reiteração de que a propriedade da família seria eterna, devendo ser protegida acima de tudo, de forma a constituir o centro da vida e da família em Roma. Giselda Hironaka⁷¹ assevera que, na maioria dos casos em que se observam, na doutrina, alegações dessa natureza, verifica-se grande influência do historiador oitocentista Fustel de Coulanges, que, embora muito respeitado, não possuía, em sua época, instrumentos

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 111-112.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 111, 115, 122-123.

suficientes para documentação da pesquisa histórica, de maneira que restaram misturadas noções literárias e mitológicas. Por isso, para a doutrinadora, a obra *A cidade antiga*, de Fustel de Coulanges, estaria totalmente ultrapassada.

Relatava Fustel de Coulanges⁷² que, de acordo com as velhas crenças dos gregos e italianos, após o falecimento, a alma continuava perto dos homens e permanecia sob a terra. Chegou-se a acreditar que a alma se encerrava com o corpo na tumba, razão pela qual os bens do morto seriam enterrados junto com ele para que não lhe faltassem após a morte, bem como seriam oferecidas comidas e bebidas ao morto para lhe saciar. Essa crença primitiva, nas palavras do autor, teria originado a necessidade da sepultura, uma vez que a alma que não tivesse túmulo não teria residência e, assim, vagaria sem poder descansar e sem receber oferendas. E, assim, tornar-se-ia malfazeja, atormentando os vivos. Além disso, para que a alma não continuasse errante e fosse feliz, exigia-se que fossem realizados, pelos sucessores, os ritos sagrados.

Giselda Hironaka⁷³ considera fantasiosa a ideia de que os romanos se preocupassem, efetivamente, em deixar os mortos felizes. Afinal, conforme aduz a autora, os romanos não acreditavam em vida após a morte. A doutrinadora ensina que, na realidade, em Roma, a morte era algo prosaico, impassível de causar medo a alguém. Para os romanos, inexistia a ideia de um mundo após a morte, que ditaria regras a serem seguidas durante a vida. Assim, a religião romana seria composta por um sistema de crenças que não repousava no mundo dos mortos, mas, tão somente, no mundo dos vivos e neles mesmos. Segundo a professora, essa concepção mística da morte atribuída aos romanos antigos faz parte de uma ideia romantizada e idealizada de Roma, nascida e desenvolvida entre a maior parte dos civilistas do século XIX, em que se partia não do sentido dado pelos romanos à morte, mas de convicções da época sobre ela, de modo geral, imbuídas de religião e, destarte, de sensação de temor. Haveria emergido, dessa maneira, uma concepção lendária sobre o que era a vida romana e de como os romanos encaravam a morte.

A doutrinadora, discorrendo sobre a concepção romana de morte, ensina que os romanos, ao pensarem no falecimento, pensavam em como gozar de vantagens durante essa vida, não no decorrer de um além-vida. Além disso, não havia o conceito de salvação após a morte. Alcançar a felicidade era a grande finalidade da vida humana. Assim, não se buscava a vida além da morte, mas a preservação de valores e de bens na vida terrena, outrora

⁷² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2019. p. 23-27.

⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 113 e 116-117.

pertencentes a outras pessoas que também passaram por essa vida. Por exemplo, era sagrado guardar o poder político de uma família, zelar pelo patrimônio, seguir os desejos dos antepassados e obedecer ao desígnio do pai de família. Esclarece Giselda Hironaka que, em Roma, a morte era considerada uma ausência, uma verdadeira finalização. Segundo a autora, os rituais em torno da morte estavam ligados a reafirmações dos vivos consigo mesmos e não relacionados à celebração da passagem do morto para outra vida. Esses ritos marcavam o fim da presença do morto na vida de outras pessoas e denotavam suas consequências, como a finalização da *patria potestas*, que acarretava a emersão de *potestas* em outros indivíduos. Nessa senda, a morte acarretava mudanças significativas para os vivos, sobretudo no que se refere à administração patrimonial de uma família, o que também impactava, muitas vezes, na sociedade como um todo⁷⁴.

Fustel de Coulanges⁷⁵, dispendo sobre a relação dos romanos com os mortos, afirmava, ainda, que, para os primitivos povos gregos e italianos, os antepassados eram tidos como sagrados, verdadeiros deuses domésticos. Atentava, nesse diapasão, para o culto ao fogo sagrado, que, segundo ele, representaria os deuses domésticos da família, cuja manutenção seria obrigação do senhor de cada casa, posto que a extinção do fogo significaria a extinção da família. Assim, para o historiador, a família romana estaria interligada pela religião do lar e dos antepassados, de modo que a família antiga seria uma associação religiosa.

Para Giselda Hironaka⁷⁶ haveria um grande exagero ao pensar a família romana, como fazia Fustel de Coulanges, como uma associação de pessoas vinculadas por uma prática religiosa específica, que se confundiria com a própria identidade da família e daria sentido à união de seus integrantes. Assevera a doutrinadora que a religião teria sido, na realidade, um sistema de símbolos que reafirmava a maneira como aquela família construía sua própria identidade. A religião estava relacionada, sempre de acordo com a estudiosa, à adoração das personalidades que detiveram os antepassados, o que, na concepção dos romanos, moldava o caráter deles próprios. Descreve a professora que, ao cultuar os antepassados, cada família reproduzia a noção de que os indivíduos integrantes de cada núcleo carregavam uma identidade comum, originada a partir da participação na história da cidade e da sociedade, formando, entre si, um organismo complexo e independente.

⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 128-130 e 136-145.

⁷⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, cit., p. 30-64.

⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 113 e 118-119.

De acordo com Fustel de Coulanges⁷⁷, uma vez que os antepassados desejariam uma morada fixa, o fogo sagrado disposto sobre o solo geraria a perspectiva de que a família permanecesse naquela localidade, de modo que a lareira tomaria posse do solo, que seria de propriedade da família e com ela continuaria ao longo das gerações. Assim, segundo o autor, o direito de propriedade seria estabelecido pela religião. Porém, Giselda Hironaka⁷⁸ também descarta a ideia de que o patrimônio apenas seria protegido, em Roma, se a família estivesse organizada em um núcleo religioso pelo culto aos antepassados e valores da família. A doutrinadora esclarece que os romanos seguiam regras não religiosas para aquisição e manutenção da propriedade, de modo que o culto serviria apenas como forma de reafirmação da identidade da família com o patrimônio.

Em adição, segundo Fustel de Coulanges, no que se refere à sucessão, prevaleceriam, em Roma, a primogenitura e a varonia, uma vez que competiria ao herdeiro varão mais velho dar seguimento ao culto familiar, de modo que a herança, para os antigos romanos, estaria estreitamente ligada à religião. Assim, com a morte do sucedido, transferir-se-ia, na realidade, ao indivíduo a condução do culto familiar e a administração da propriedade de que era titular a família em razão de ali ser cultuado o fogo sagrado⁷⁹. Aduzia o autor que, na hipótese de inexistirem filhos ou netos, seria preciso buscar um varão que tivesse ascendência comum para encontrar um herdeiro, sempre sendo considerado o parentesco pela via masculina, uma vez que apenas os homens poderiam conduzir o culto⁸⁰. De acordo com Fustel de Coulanges, nos primórdios da civilização grega e romana não se poderia dispor por testamento, uma vez que essa prática contrariaria as crenças religiosas que embasariam o direito de propriedade e de sucessão. Porém, como nem sempre havia herdeiro, o testamento e a adoção teriam se tornado institutos de papel fundamental na sociedade antiga⁸¹. Conforme asseverava Itabaiana de Oliveira⁸², os primeiros testamentos teriam apenas servido para dar, pela adoção (*adoptio in hereditatem*, consoante a legislação *riparia*), um novo chefe à família em que não houvesse herdeiro varão. Dessa maneira, garantir-se-ia a perpetuidade da família pela continuidade do culto familiar e suas tradições.

⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 74-77.

⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 113-115.

⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 85.

⁸⁰ No direito romano, a filha não herdava do pai se fosse casada. Por sua vez, na Grécia, não herdava em caso nenhum. Mais tarde, nas Institutas de Justiniano, constava que a filha era excluída da herança se não mais estivesse sob o poder familiar. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 86-91.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 19.

⁸² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 9.

Verifica-se, diante do exposto, que há uma tendência a atrelar a ritualização do testamento à ritualização religiosa. Essa relação, de acordo com Giselda Hironaka⁸³, contudo, seria indevida, uma vez que as práticas testamentárias, em Roma, teriam caminhado ao lado e de forma independente da religião e do culto aos antepassados. Nesse sentido, a lavratura e a ritualização do testamento estavam desvinculadas de preocupações com o além ou com o mundo sobrenatural. Em adição, Giselda Hironaka⁸⁴ ensina que a importância de existir um sucessor não estava atrelada à perpetuidade do culto familiar, mas sim relacionada à manutenção da ordem em torno do patrimônio para que ele fosse preservado. Aduz a estudiosa que a perpetuidade do culto dependia da transferência do patrimônio e não o contrário. Afinal, o patrimônio, na era romana, seria o verdadeiro núcleo de identidade dos homens. Buscava-se, segundo a professora, o direito de garantir que os descendentes sucedessem o patrimônio por um desejo atual de satisfação de vislumbrar o próprio poder, seja de interferir na vida dos membros da família, seja de interferir na cidade. Pela sucessão, os membros da família tornavam-se instrumentos do planejamento do detentor do patrimônio para alcance de sua afirmação na cidade. Não havia, portanto, fins altruísticos, solidários ou afetivos na sucessão, que era, na realidade, um mecanismo de aquisição e manutenção de poder político. Sob esse prisma, é possível constatar que tanto o testamento quanto a adoção eram instrumentos de poder.

Giselda Hironaka⁸⁵ elucida que a história interna de Roma costuma ser dividida em três fases: (i) a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida, aproximadamente, entre 149 e 126 a.C.); (ii) a do direito clássico (da Lei *Aebutia* até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.) e (iii) a do direito pós-clássico ou romano-helênico (do final do reinado de Diocleciano até a época em que reinou Justiniano, de 527 d.C. até 565 d.C.). Da mesma maneira, a doutrina clássica costuma realizar a divisão histórica do direito romano das sucessões. Atenta, contudo, a doutrinadora que não se pode ignorar que em cada uma dessas fases estão englobados extensos e diferentes períodos da história romana, cujas sociedades, governos e práticas políticas, por exemplo, apresentaram características próprias e diversas entre si. Por esse motivo, essa divisão, segundo a autora, deve sempre ser levada em consideração com bastante cautela.

Em Roma, no período anterior à Lei das XII Tábuas, surgiram as primeiras formas de testamento, mais rudimentares. Entre elas, tem-se notícia do testamento *colatis comittis*,

⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 116-118.

⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 116-118.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 174-175.

que era lavrado em tempo de paz diante de comícios por cúrias, sob a presidência do Sumo Pontífice, que se reuniam duas vezes por ano⁸⁶. A realização do testamento perante a cúria significava que o testador pretendia a proteção e aprovação da cidade quanto a sua vontade em relação ao destino de seus bens após a morte. Embora não se tratasse de um testamento público, posto que a cúria não participava da feitura do testamento, o testemunho da coletividade denota que a autonomia de vontade do testador não era plena, estando sujeita ao interesse, também, da cidade. Afinal, o comício curial concedia validade, ou não, ao testamento⁸⁷. Essa forma de testamento teria entrado em desuso no século II a.C., juntamente com a queda dos comícios curiais⁸⁸. De todo modo, esse tipo de testamento deixou sua marca, isto é, gerou a ideia de que o testamento era garantido apenas caso se submetesse à autoridade das leis da cidade. Isso significa que já existia a concepção de que, para ser válido, era preciso que o testamento fosse legal. Nessa senda, restou pacificado, no decorrer da história, o fato de que a vontade do testador é passível de sofrer limitações⁸⁹.

Havia, também, forma de testamento específica para tempos de guerra, o testamento *in procinctu* (de pronto), cuja feitura era admitida perante o exército antes de uma batalha⁹⁰. Era natural que, em Roma, houvesse testamento do gênero, uma vez que se instituiu, desde seus primórdios, como uma cidade beligerante, nascida da guerra e voltada para ela. O testamento *in procinctu* fez emergir a ideia de que o cidadão romano tinha uma vontade privada que devia ser ouvida independentemente dos ritos da cidade. Foi, portanto, a primeira forma de testamento em que se ouviu mais o testador do que a cidade. Ainda assim, exigia-se o testemunho do povo de modo formal para conferir validade a esse tipo de testamento. Essa forma testamentária teria entrado em desuso no século I a.C., em paralelo com o fim da república romana. Aliás, o fim da república e o ingresso de Roma na fase imperial acarretaram a morte de grande parte da ideologia sacra da cidade romana e a conferência de sentido diverso aos institutos jurídicos. Foi perdida, sobretudo, a relevância do povo romano como instituição e, por conseguinte, na construção do seu próprio direito. Nesse diapasão, o direito passou a responder mais a construções técnicas de seus dirigentes do que às exigências da vida romana⁹¹.

⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 93-94.

⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 208.

⁸⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 14. ed. rev., corrigida e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 717-718.

⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 210.

⁹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 717-718.

⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 210-214.

Para Itabaiana de Oliveira, as formas testamentárias aludidas decorriam de uma *lex populi*. Exigia-se que a vontade do testador fosse sancionada pelo Poder Legislativo, ou seja, o povo reunido, uma vez que ele era o único competente para derogar a lei geral acerca das sucessões, que determinava a sucessão *ab intestato*⁹². Em princípio, possuíam aptidão para testar os *sui iuris*. Com a evolução do direito romano, essa regra passou por atenuações⁹³. No entanto, havia certos cidadãos *sui iuris* que não podiam testar. A mulher não podia celebrar testamento *calatis comitiis* ou *in procinctu*, uma vez que não era admitida sua participação nos comícios das cúrias ou na guerra⁹⁴.

A permissão para dispor sobre o patrimônio para depois da morte sem exigência de chancela do povo foi concedida somente pela Lei das XII Tábuas, que, no período pré-clássico romano⁹⁵, tratou da sucessão, estipulando que “as disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens ou a tutela dos filhos terão força de lei”⁹⁶. O testamento criado pela citada lei era denominado *per aes et libram* (por dinheiro e peso)⁹⁷.

De acordo com Giselda Hironaka⁹⁸, foi a forma de testamento mais relevante do período de fundação de Roma, tendo sido predominante durante a realeza e, mais tarde, durante a república. Essa forma de testamento teria sido tão bem-sucedida que teria substituído, por completo, o testamento *colatis comitiis* e o testamento *in procinctu*, sendo mantida até o início do período pós-clássico. Segundo José Carlos Moreira Alves⁹⁹, essa modalidade de testamento surgiu da necessidade de que se testasse, por quaisquer motivos relevantes (como morte iminente), antes de uma das reuniões das cúrias por estar à beira da morte.

⁹² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 10-11.

⁹³ Por exemplo, podiam testar os estrangeiros aos quais era atribuído o *ius commercii* e os *fili familias* em relação ao pecúlio castrense (a partir de Augusto e, a partir de Justiniano, também em relação ao pecúlio quase castrense) e os escravos *serui publici* (escravos do Estado), no direito clássico, em relação à metade dos bens que integravam seu pecúlio. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 720.

⁹⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 723.

⁹⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka alerta para que as rígidas classificações do direito romano em períodos sejam vistas com desconfiança. Afinal, salienta que, dentro de um mesmo período, teria havido relevantes fenômenos sociais que teriam impactado sobre os costumes e as instituições romanas. Portanto, para estudar o direito sucessório romano seria preciso desvencilhar-se do generalismo histórico e ponderar as nuances de cada momento. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 175-176.

⁹⁶ Os *sui heredi* eram aqueles herdeiros que se tornariam *sui iuris* com a morte do *pater*, ou seja, os filhos, homens ou mulheres, a esposa sujeita ao poder marital (pois ocupava o lugar de filha) e os netos, desde que o pai fosse pré-morto. Já era previsto, na época, o direito de representação, bem como a concorrência entre herdeiros e o cônjuge. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A herança jurídica*, cit., p. 377.

⁹⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 10.

⁹⁸ A *mancipatio* foi supressa no direito justinianeu, uma vez que desapareceu a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 214-215 e 220.

⁹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 717.

O testamento *per aes et libram* passou por duas fases distintas. Nasceu como *mancipatio* aplicada ao direito sucessório e, mais tarde, converteu-se em testamento propriamente dito. Em ambas as fases, a finalidade era garantir a sucessão no ambiente da família romana. Graças a essa forma testamentária, foi enfatizada a ideia de que a sucessão se operava em benefício da família, levando à suposição de que o sucessor seria sempre um familiar e que ele, pela herança, daria continuidade à família¹⁰⁰.

Em sua primeira fase, da *mancipatio familiae*¹⁰¹, o testamento *per aes et libram* era uma espécie de venda fictícia¹⁰² da sucessão feita pelo testador (vendedor fictício – *familiae venditor*) ao comprador fictício (*familiae emptor*¹⁰³) perante um oficial público (o porta-balança – *libripens*¹⁰⁴) e cinco testemunhas (*antestata*¹⁰⁵). O *familiae emptor*, então, comprometia-se a entregar a herança, quando de sua morte, a quem fosse indicado pelo *familiae venditor*, cabendo ao testador confiar nessa promessa. O *familiae emptor*, portanto, na realidade, não passava de mero executor do testamento¹⁰⁶.

Na segunda fase, surgiu o testamento *per aes et libram* propriamente dito. Até então, o testamento apresentava-se como um meio de preservar o patrimônio ou a herança, não propriamente como uma maneira de garantir direito a um herdeiro. Não se cogitava a necessidade de pensar no futuro dos sucessores ou na relevância de proteção de direitos dos sucessores. O testamento *per aes et libram* foi a primeira modalidade que se fundou na instituição de um herdeiro, de modo que ele passou a ser parte constituinte do processo sucessório. Essa modalidade testamentária teria inaugurado a figura do herdeiro no espaço público de Roma. A sucessão *causa mortis* testamentária deixa, nessa senda, de apenas celebrar a glória do testador e da cidade para celebrar a eleição de um herdeiro, associando-se o valor de um patrimônio ao mérito de um indivíduo. Nesse diapasão, o herdeiro passa a

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 216.

¹⁰¹ Sobre a *mancipatio*, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka explica tratar-se de formalidade especial para a transmissão de *res Mancipi*, ou seja, de bens que possuíam maior dignidade para a sociedade romana. Possuir *res Mancipi*, em Roma, conferia *status*. Na primeira fase do testamento *per aes et libram* teria havido adaptação da *mancipatio* à prática sucessória. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 218.

¹⁰² É interessante observar que a *mancipatio*, no tempo em que não havia moeda na sociedade, era utilizada para uma compra e venda real. Porém, no período clássico o negócio tornou-se abstrato e servia para transmitir uma *res Mancipi* tanto quanto para transferir outros poderes sobre coisas e pessoas. Dessa maneira, o que valia era a representação abstrata do bem. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 220.

¹⁰³ O *familiae emptor* tornava-se depositário da herança. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 222.

¹⁰⁴ O *libripens* atuava como representante do Estado, garantindo a validação jurídica ao negócio. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 218.

¹⁰⁵ As testemunhas conferiam validação política ao negócio. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 219.

¹⁰⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 717.

ter valor próprio, merecendo ser reconhecido e protegido, publicamente, pela cidade. A partir dessa modalidade de testamento, depreende-se que em Roma já era adotada a ideia de que havia pessoas com dignidade tal que poderiam ser reconhecidas como herdeiras. Contudo, a esse tempo, a dignidade era definida apenas pela vontade do testador, tanto que não era necessário um familiar assumir a condição de herdeiro, embora fosse o mais provável. De todo modo, é certo que esse herdeiro deveria encarregar-se de preservar o patrimônio herdado, além de exaltar a imagem do morto e sua glória. Em que pese a herança fosse, também, concebida como um encargo (uma vez que o herdeiro assumia um ônus de liderança dentro da família), não há dúvidas de que, a partir do testamento *per aes et libram*, a sucessão *causa mortis* tornou-se objeto de disputa entre herdeiros ou herdeiros em potencial¹⁰⁷.

Além disso, a lavratura do testamento *per aes et libram* era admitida a qualquer cidadão romano, civil ou militar, em qualquer época do ano, o que o tornou um autêntico instrumento de disposição voluntária dos bens aos sucessores *post mortem*. Havia proteção do testador quanto a seu direito de identificar seus herdeiros. Dessa maneira, o ato de testar tornou-se mais atrelado à vontade do testador do que à vontade da cidade, gerando a ideia de que o desejo do testador (e, portanto, do cidadão) era relevante e de que a cidade lhe devia respeito no que se refere à administração de seus bens. Assim, o testamento já não era uma venda condicionada, mas uma sucessão *causa mortis*. Ressalta Giselda Hironaka que apenas o testamento *per aes et libram* conteve os elementos mínimos aceitos no período contemporâneo para validação de um testamento, quais sejam, testador capaz, herdeiro capaz, Estado regulador, testemunhas avalizadoras e instrumento jurídico acessível¹⁰⁸.

No testamento *per aes et libram*, a *mancipatio* foi mantida porque era útil como suporte para a *nuncupatio*, formalidade adicional que se tornou o ato mais importante dessa modalidade de testamento. Pela *nuncupatio*, o testador trazia a conhecimento as disposições testamentárias, principalmente a instituição do herdeiro¹⁰⁹. Giselda Hironaka¹¹⁰ salienta o caráter de oralidade dessa forma de testamento, afirmando que a *nuncupatio* era oral ou pressupunha a oralidade do ato em que se fazia presente. De acordo com a doutrinadora, havia nessa forma de testamento a reprodução de elementos da *mancipatio*, ou seja, a presença do testador, de cinco testemunhas e do *libripens*, mas repousava na *nuncupatio* sua

¹⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 224-231.

¹⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 224-231.

¹⁰⁹ De acordo com José Carlos Moreira Alves, essa modalidade constitui o testamento *per aes et libram* propriamente dito. O autor assevera que esse tipo de testamento parecia já existir em 149 a.C. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 717.

¹¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 207.

essencialidade. Informa a estudiosa que havia, em que pese ser uma *nuncupatio* (o que pressupõe a oralidade), um documento escrito, ou seja, as “tábuas do testamento”, que continha as disposições testamentárias sob a firma do testador. Esclarece a professora que nem por isso se tratava de um testamento escrito, uma vez que não bastava, para que ganhasse validade, a redação das disposições testamentárias. Era preciso que houvesse uma declaração oral pública de seu conteúdo. A partir disso se dava publicidade à instituição do herdeiro.

Verifica-se, assim, que, em Roma, desde período remoto, o testamento era utilizado como instrumento para a sucessão *causa mortis*, o que confirma a ideia de formalismo jurídico dos romanos e seu apego aos ritos e fórmulas. Era um ato privativo de cidadãos romanos, formal, personalíssimo, solene, unilateral e *causa mortis*. A função primordial do testamento era instituir o herdeiro e, dessa maneira, perpetuar a continuidade da família sob um chefe escolhido pelo sucedido. Com a elaboração de testamento, assegurava-se que a sucessão não se operasse *ab intestato*, o que, após o período pré-clássico, sobretudo, depois da Lei das XII tábuas, passou a ser exceção entre os romanos¹¹¹. Apenas nas hipóteses em que não existia testamento instaurava-se a sucessão *ab intestato*, ou seja, aquela em que eram chamados a suceder os herdeiros previstos em lei, segundo determinada ordem e conforme os graus de parentesco¹¹². Entre os romanos havia, destarte, preocupação tanto com a preservação do patrimônio quanto com sua sucessão em razão da morte. Essa preocupação pode ser observada desde os primeiros tempos de Roma, tanto que, como aludido, no período pré-clássico surgiu a noção de modelo de testamento, além de ter havido a criação e institucionalização de vários modelos¹¹³.

A sucessão *ab intestato* decorria de um dispositivo da Lei das XII Tábuas que vigorou, com modificações (do período do principado e do *dominato*), até as Novelas CXVIII e CXXVII de Justiniano. No *ius civile antiquum* havia três classes (*ordines*) de herdeiros designados na lei (*heredes legitimi*): os *sui heredes*, os *adgnati* e os *gentiles*. Os *sui heredi* eram aqueles que estariam sob o pátrio poder do sucedido se ele estivesse vivo, independentemente de serem do sexo feminino ou masculino. Portanto, não era o parentesco cognatício que determinava a posição de *heres suus*, mas o agnatício. Entre essa classe de

¹¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 207 e 279.

¹¹² Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf atentam para o fato de que, no direito romano, assim como no grego, a família não era formada com fulcro em laços de afetividade ou afinidade. Não havia qualquer valorização desses sentimentos para a constituição do núcleo familiar. Nesse diapasão, eram irrelevantes, para fins sucessórios, a ordem do nascimento e o afeto natural. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 30.

¹¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 207.

herdeiros, era admitido o direito de representação. A herança era, a esses herdeiros, destinada automaticamente, sem necessidade de aceitação. Não era admitida a renúncia. Na falta de *heredes sui*, era chamado o *adgnatus proximus*, ou seja, o parente agnado mais próximo do falecido, o que era apurado quando havia certeza de que o falecido não deixara testamento. Eram agnados os irmãos e sobrinhos do morto e herdavam aqueles que tivessem com o sucedido grau mais próximo. Não se fazia distinção entre homens e mulheres. Sendo assim, se uma mulher fosse parente agnada mais próxima do falecido e não estivesse sobre a *manus* do marido, herdava em igualdade de condições com os parentes mais próximos do sexo masculino. Inexistindo *adgnatus proximus*, eram chamados os *gentiles*, ou seja, os membros da mesma *gens* do falecido¹¹⁴. Nessa senda, em síntese, na hipótese de não haver testamento, a Lei das XII Tábuas estabelecia três classes diferentes de herdeiros. A primeira classe, que sucedia em caráter prioritário, era a dos *sui heredi*, composta pelos indivíduos submetidos ao poder do *pater familias*. A segunda classe era a dos *adgnatus*, integrada pelos colaterais, exclusivamente, da linha paterna. A terceira classe era a dos *gentiles*, em que se enquadravam outros indivíduos ligados por parentesco, como a genitora sobrevivente do falecido.

Os pandectistas alemães chamaram de sucessão necessária formal o instituto pelo qual certos herdeiros legítimos tinham o direito de ser referidos no testamento, seja para serem instituídos herdeiros testamentários, seja para serem deserdados. No *ius civile* antigo, havia regra segundo a qual os *sui heredi* deveriam ser instituídos ou deserdados. Essa regra referia-se apenas aos *sui heredes*. Uma vez deserdados os *sui heredes*, podia o *pater familias* instituir estranho como *heres* testamentário¹¹⁵.

Por sua vez, o direito clássico romano (que se estendeu dos fins da república, no século II a.C., até o início do *dominato*, em 305 d.C.) foi marcado pelo *jus honorarium*¹¹⁶, introduzido por editos dos pretores¹¹⁷. É interessante observar que a concepção de sucessão universal era desconhecida pelos juristas clássicos. Assim, a *hereditas* não era concebida como *universitas iuris*. Nessa senda, para os juristas clássicos não havia sucessão

¹¹⁴ Contudo, nos fins da república, foi estabelecido que mulheres só concorriam como agnadas se fossem irmãs do falecido. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 744-745.

¹¹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 756-757.

¹¹⁶ O *ius honorarium* era criado pelos pretores, de modo a inovar o próprio *ius civile*. Opunha-se ao *jus gentium* na medida em que este se destinava a regular as relações entre nacionais e estrangeiros. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 192-193.

¹¹⁷ Tratava-se de uma forma de sucessão a título universal criada pelo *ius honorarium*. Surgiu em virtude de lacunas existentes no *ius civile* acerca da sucessão *ab intestato*. Pela *bonorum successionis*, havia a investidura na posse de determinado bem que havia pertencido ao falecido. Resolviam-se dessa maneira situações em que algum bem do patrimônio do *de cujus* houvesse restado sem titular. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 194.

singular ou universal, pois *successio* significava apenas o fato de uma pessoa substituir outra na posição jurídica por ela ocupada. Em virtude da substituição da posição jurídica, a pessoa substituída tornava-se proprietária do patrimônio da substituída, o que podia ocorrer tanto *mortis causa* quanto *inter vivos*. Não havia, destarte, a concepção de que a *successio* acarretava a transferência de direitos e obrigações.

Esse fenômeno de substituição não se verificava, evidentemente, em relação aos legados¹¹⁸. Somente no direito pós-clássico encontram-se documentos em que se faz distinção entre a sucessão universal e a singular e surge a figura da *hereditas* como *universitas iuris*. Portanto, no direito pós-clássico e justiniano desapareceu o conceito clássico de *successio*, surgindo a definição acolhida pelo direito moderno, segundo a qual a *successio* implica a transferência de direitos de uma pessoa para outra, cabendo, então, a distinção entre *successio in ius* (sucessão a título singular) e *successio in universum ius* (sucessão a título universal). Assim surgiu, no direito pós-clássico, a concepção de que a *hereditas*, em sentido objetivo, era uma *universitas iuris*¹¹⁹.

O *ius honorarium*¹²⁰ caminhava ao lado do *ius civile* romano. Nessa senda, existia a *hereditas*, ou seja, a sucessão *mortis causa* reconhecida pelo *ius civile*, e existia o *bonorum possessio*, ou seja, a sucessão *mortis causa* reconhecida pelo *ius honorarium*. A sucessão no *ius civile*, assim como no *ius honorarium*, tinha suas próprias características e regras. Cumpre esclarecer que Roma era composta por uma sociedade dividida em classes, formadas por cidadãos patrícios, pelos patrícios sem direitos plenos de cidadania e pelos não cidadãos (ou estrangeiros). A cada uma dessas classes eram dirigidos conjuntos distintos de normas. O *ius civile* era o sistema de normas criado pelos patrícios para si mesmos. Tendo em vista que o *ius civile* não se destinava a estrangeiros ou não cidadãos, emergiu a necessidade de constituição de um sistema jurídico paralelo. Em período mais arcaico inexistia essa legislação. Todavia, ao passo que Roma se sofisticou, desenvolveu-se o *ius gentium*,

¹¹⁸ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ressalta que a distinção entre legado e herança existiu no direito romano, ao que parece, desde seus primórdios. Maior atenção, entretanto, é conferida à *hereditas*, posto que era figura preponderante. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 181.

¹¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 704-707.

¹²⁰ O *ius honorarium* era aquele cuja fonte eram as decisões pretorianas. De início, surgiu para regular as relações entre estrangeiros que estavam sob o jugo de Roma (ao passo que foram considerados mercedores de um *ius* a eles apropriado), uma vez que o *ius civile* era aplicável apenas aos cidadãos romanos. O direito pretoriano garantiu aos não cidadãos sob a dominação romana instrumentos para a regulação da sucessão *causa mortis*. Trouxe ao cenário sucessório instrumento testamentário específico, não cabível entre os cidadãos romanos, mas suficiente para pacificar expectativas sucessórias dos povos dominados. Na prática, o *ius honorarium* permitiu que os pretores regulassem todas as relações privadas que também dissessem respeito a cidadãos romanos, apenas se regendo por outras normas e lidando com outros limites e fins. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 237.

conjunto de normas direcionado a reger relações entre estrangeiros e cidadãos romanos, sobretudo comerciais. O *ius honorarium* não se opunha ao *ius civile* no que se refere à nacionalidade ou jurisdição, mas no que se relaciona à fonte. Isso significa que tanto o *ius civile* quanto o *ius honorarium* voltavam-se aos cidadãos romanos, entretanto, enquanto o *ius civile* emanava das leis, o *ius honorarium* provinha das decisões dos pretores em relação aos casos concretos. Assim, o *ius civile* constituía, propriamente, o direito positivo, ao passo que o *ius honorarium* trazia inovação ao *ius civile* no tocante àquilo que o *ius civile* não fosse capaz de resolver. O *ius honorarium* formava, assim, um sistema complementar¹²¹.

No *ius civile* do direito clássico, a sucessão poderia ser testamentária (com a possibilidade de lavratura dos testamentos pelas formas previstas em lei, como o testamento *per aes et libram*), *ab intestato* ou legítima contra o testamento válido. Cumpre apontar, mais uma vez, que nesse período havia grande prevalência da sucessão testamentária sobre a sucessão *ab intestato*¹²².

Como já aludido, ocorria a sucessão testamentária quando a *hereditas* (herança civil) era deferida por testamento. Segundo José Carlos Moreira Alves¹²³, testamento, no direito romano, era o ato solene de última vontade que continha a instituição de herdeiro. Para que fosse válido e produzisse seus efeitos, exigia-se que fossem atendidos seus requisitos formais, que o testador tivesse capacidade para lavrar o testamento, que a pessoa instituída tivesse capacidade para ser herdeira, que houvesse a instituição de herdeiro¹²⁴, que o testamento fosse eficaz e que não houvesse sido revogado pelo testador.

Conforme exposto anteriormente, de modo geral, podiam testar os *sui iuris* (o que sofreu atenuações com o tempo). Contudo, as mulheres, mesmo que *sui iuris*, não podiam testar. Cumpre destacar, entretanto, que a incapacidade da mulher para lavrar testamento estendeu-se pelo período clássico no que se refere apenas às ingênuas, uma vez que não se pretendia que os bens herdados por elas do *pater familias* fossem destinados para indivíduos não integrantes da família. Porém, a vedação não se perpetuou em relação às libertas, tendo em vista que seus bens não haviam pertencido a uma família. Ao tempo de Adriano, cessou a incapacidade das ingênuas para lavrar testamento, sendo exigida somente a *auctoritas* de seu tutor. Apenas no século IV d.C. foi extinta a tutela das mulheres púberes, que,

¹²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 193-194.

¹²² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 708-709.

¹²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 711-716.

¹²⁴ A instituição de herdeiro era imprescindível para que o testamento fosse válido. Nessa senda, não existia testamento sem a *heredis institutio*. Da mesma maneira, não havia *heredis institutio* sem testamento. Caso fosse considerada nula a *heredis institutio*, também era nulo o testamento (contudo, esse princípio sofreu atenuações com o tempo). MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 727.

independentemente de serem ingênuas ou libertas, passaram a ter capacidade plena para testar¹²⁵.

As pessoas físicas que podiam ser instituídas como herdeiras eram, sobretudo, os cidadãos romanos, ainda que não fossem *sui iuris*. Além deles, também podiam ser herdeiros testamentários os estrangeiros que tivessem *ius commercii*. Até a época do império, apenas indivíduos do sexo masculino poderiam ser instituídos como herdeiros. Primitivamente, não havia restrição quanto à capacidade das mulheres para serem instituídas herdeiras por testamento. Contudo, com advento da Lei Vocônia de 969 a.C., passou a existir proibição de que a mulher fosse nomeada herdeira em testamento de cidadão que estivesse inscrito na primeira classe do censo. Essa lei caiu em desuso somente no período imperial¹²⁶.

A instituição de herdeiro por testamento deveria ser realizada *in perpetuum* (uma vez herdeiro, sempre herdeiro¹²⁷). Adicionalmente, o herdeiro deveria ser instituído para receber toda a herança, não apenas parte dela. Isso significa que não se autorizava que parte da herança seguisse regras da sucessão testamentária e outra seguisse as regras da sucessão *ab intestato*. Desse modo, uma vez instituído herdeiro por testamento, a ele era designada toda a herança¹²⁸.

Em regra, instituía-se um ou poucos herdeiros. Afinal, como já salientado, a transmissão da propriedade significava a transmissão de poder. Assim, convinha transferir o poder como um todo unitário, de modo a preservá-lo nas mãos do *pater familias* que sucederia ao falecido. Nessa senda, não é de surpreender que os herdeiros desejassem o poder despótico do *pater familias* para, dessa maneira, gozar do controle sobre o patrimônio, sobre a família e sobre si mesmos. Era possível instituir mais de um herdeiro por testamento, porém, nesse caso, havia, de certa forma, divisão de poder, e possivelmente disputa. A fragmentação ou compartilhamento do poder implicava, em especial, desde o fim da república, a diminuição do poder, sua perda ou inutilização. Em havendo pluralidade de

¹²⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 723.

¹²⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 725.

¹²⁷ Cumpre salientar que, no direito clássico, diante do êxito das formas laicas de testamento, caiu em desuso, embora ainda previsto, o testamento *colatis comitiis*. Também o testamento *in procinctu* persistiu no direito clássico, o que se deu graças ao fortalecimento da laicidade na prática sucessória de Roma e pela intensificação de seu caráter miliar. Manteve-se, ainda, no direito romano clássico, o testamento *per aes et libram*, que, mesmo após cair em desuso, determinou o paradigma de necessidade de identificação do herdeiro e de sua nomeação pública. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 233-234.

¹²⁸ Apenas com Justiniano foi determinado que o herdeiro *ex re certa* fosse considerado legatário. Mas não se tratava de legatário propriamente dito. Afinal, caso a herança não fosse destinada a herdeiro testamentário, era totalmente designada ao legatário, não aos herdeiros legítimos. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 728-729.

herdeiros, cabia ao testador determinar, nominalmente, os herdeiros, além de indicar se herdariam simultaneamente ou condicionalmente (hipótese de substituição testamentária, em que, não querendo ou não estando apto a suceder, o herdeiro escolhido era substituído por outro, de modo que a sucessão não ocorresse *ab intestato*). Ademais, cabia, ao testador estabelecer o que, de forma específica, seria destinado a cada herdeiro, fosse um legado, fosse uma herança. Precisava, por fim, estatuir qual cota cabia a cada herdeiro e prever soluções caso a partilha não pudesse ocorrer como havia previamente determinado¹²⁹.

Diante das considerações acima, é possível vislumbrar que, se houvesse pluralidade de herdeiros somente a título de substituição, o herdeiro assumia, de fato, a universalidade do poder deixado pelo *pater familias*. Por outro lado, se houvesse pluralidade de herdeiros simultâneos, haveria fracionamento do poder, que, de certo, originaria confrontos entre sucessores. A cada sucessor, não necessariamente, destinavam-se porções igualitárias. Portanto, na sociedade romana, nem todos eram dignos de herdar, e, entre os que eram, havia os mais e os menos dignos¹³⁰.

Em se tratando da sucessão *ab intestato*, como já aduzido, a Lei das XII Tábuas dava à sucessão caráter puramente agnático, uma vez que apenas parentes agnados eram chamados à sucessão. Contudo, no período clássico, o parentesco cognático, pouco a pouco, ganhou terreno, de modo que emergiram movimentos contra a exclusividade da sucessão no âmbito dos parentes agnados. De início essa reação deu-se pelo *ius honorarium*. Mais tarde deu-se, também, pelo *ius civile*, por meio de *senatusconsultos* e de constituições imperiais¹³¹.

Em se tratando do *ius honorarium*, Giselda Hironaka¹³² atenta para o fato de que já havia pretores no direito pré-clássico. Contudo, salienta que, naquele período, nem mesmo o *ius civile* encontrava-se maduro o suficiente para que fosse dado aos pretores inovarem na seara sucessória. Sendo assim, somente a partir da consolidação do testamento *per aes et libram*, em que se outorgou liberdade aos cidadãos para definirem seus herdeiros, esse princípio passou a formar visão de todos os oficiais de Roma. Assim, os pretores viram-se estimulados a criar suas próprias contribuições no âmbito do direito sucessório.

No *ius honorarium*¹³³, havia a sucessão *bonorum possessio secundum tabulas* (de acordo com o testamento), a sucessão *bonorum possessio ab intestato* e a sucessão *bonorum*

¹²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 275-280.

¹³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 281-283.

¹³¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 745.

¹³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 235.

¹³³ Giselda Hironaka atenta para o fato de que, na realidade, a *bonorum possessio* teria surgido no direito pré-clássico, tendo continuado a ser aplicada no direito clássico, com fim apenas no direito pós-clássico, com

possessio contra tabulas (contra o testamento). Ao pretor não era admitido fazer herdeiros. Desse modo, havia diferença entre o *bonorum possessor*¹³⁴ – aquele que estava *loco heredis* (em lugar de herdeiro) ou que era *uelut heres* (como se fosse herdeiro) – e o verdadeiro *heres* (herdeiro no direito civil). Desse modo, o *bonorum possessor* não substituía o falecido em sua posição jurídica, tampouco adquiria a propriedade quiritária sobre os bens, auferindo somente a propriedade pretoriana. Além disso, diferentemente do *heres*, o *bonorum possessor* apenas obteria a *bonorum possessio* se houvesse requerimento nesse sentido ao magistrado dentro de determinado prazo. Havia, no período clássico, *bonorum possessiones* que confirmavam o direito clássico, outras que preenchiam suas lacunas, impedindo o falecimento sem sucessores (como no caso de admitir a sucessão aos cognados), e aquelas que contrariavam o direito civil, que, por iniquidade, deixava de contemplar determinadas pessoas (como o filho emancipado na hipótese de não haver outros filhos). A herança do *bonorum possessor* era protegida de quaisquer pessoas, salvo do *heres*, que poderia haver a herança por ação própria (*bonorum possessio sine ré*). Mais tarde, por atuação, sobretudo, dos imperadores¹³⁵, a herança do *bonorum possessor* passou a ser protegida, também, contra os *heres* (*bonorum possessio cum ré*¹³⁶)¹³⁷. Portanto, no caso de *bonorum possessio cum ré*, o *bonorum possessor* restava *in loco heredis*, ou seja, com todos os direitos e deveres do herdeiro¹³⁸. A *bonorum possessio* consistia, nessa senda, em uma solução dada aos casos em que era preciso instituir a posse sobre determinado bem que havia ficado sem titular em decorrência do falecimento do dono pretérito. Tratava-se da investidura na condição de possuidor de um bem que pertencera a uma pessoa falecida¹³⁹.

No que se refere à sucessão *ab intestato* no *ius honorarium*, como já mencionado, houve reação pretoriana ao sistema de sucessão imposto pela Lei das XII Tábuas. Esse movimento deu-se mediante as *bonorum possessiones ab intestato*, também denominadas

a unificação do *ius civile* e do *ius honorarium*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 201.

¹³⁴ Para Giselda Hironaka, na realidade, a diferença entre *heres* e *bonorum possessor* era meramente conceitual, uma vez que, na prática, verificava-se sucessão entre não romanos. Simplesmente, em Roma, admitiu-se, pelo *ius honorarium*, a realização da sucessão seguindo-se uma fórmula que, aparentemente, se desviasse das regras de sucessão *causa mortis* aplicáveis aos cidadãos. Afinal, os patrícios não admitiam a extensão do *ius civile* aos não cidadãos como forma de reafirmação de sua superioridade em relação aos povos subjulgados. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 241.

¹³⁵ O imperador Antonino Pio admitiu que o *bonorum possessor* se defendesse da *petitio hereditatis ab intestato* do herdeiro legítimo com a *exceptio doli mali*. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 719.

¹³⁶ Tudo indica que, ao tempo da elaboração do Edito Perpétuo (século II d.C.), as diversas *bonorum possessiones ab intestato* já seriam *cum re*. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 746.

¹³⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 711-713.

¹³⁸ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 10.

¹³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 196-197.

bonorum possessiones sine tabulis. Havia, dessa maneira, ao lado da sucessão legítima do *ius civile*, a sucessão legítima estatuída pelo *ius honorarium*. A *bonorum possessio ab intestato* era concedida a quatro classes de pessoas: (i) *unde liberi*, ou seja, os *sui heredes* do *ius antiquum*, bem como outros descendentes que não se enquadrassem entre os *sui heredes* (como filhos emancipados), desde que houvessem nascido de justas núpcias e que, quando da morte do *de cuius*, não estivessem sob a *potestas* de outro *pater familias*¹⁴⁰; (ii) *unde legitimi*, ou seja, todos os herdeiros do *de cuius* segundo o *ius civile antiquum*; (iii) *unde cognati*, ou seja, os parentes cognados do *de cuius* (isto é, seus parentes consanguíneos) até o sexto ou sétimo grau, em hipótese específica¹⁴¹; e (iv) *unde uir et uxor*, ou seja, o cônjuge que sobrevivera ao *de cuius*, desde que o casamento fosse legítimo. A sucessão em grau ocorria apenas na terceira classe, ou seja, a dos cognados. Se o cognado de grau mais próximo não requeresse, portanto, a *bonorum possessio* dentro do prazo, o pretor chamava o de grau imediatamente mais remoto¹⁴².

Como aduzido anteriormente, a reação pretoriana ao sistema de sucessão estabelecido pela Lei das XII Tábuas teve continuidade no sistema imperial durante os períodos clássico e pós-clássico. Afinal, cada vez mais, crescia a tendência a prevalecer a família natural sobre a família *proprio iure* (agnática). Durante o principado e o *dominato*, houve modificações engendradas no próprio *ius civile*, o que, contudo, processou-se sem reforma do conjunto dos princípios vigentes. Essas alterações ocorreram em duas etapas. Na primeira foram realizadas pelos *senatusconsultos* Tertuliano e Orficiano. Na segunda, deram-se mediante constituições imperiais, que introduziram modificações nas normas desses dois *senatusconsultos* e inovações na sucessão *ab intestato* dos parentes colaterais¹⁴³.

Os *senatusconsultos* estabeleceram a sucessão *ab intestato* recíproca, em determinadas hipóteses, entre mães e filhos independentemente de serem parentes agnados. O *senatusconsulto* Tertuliano admitiu que a mãe sucedesse o filho *ab intestato*, desde que atendidos certos requisitos. Por exemplo, exigia-se que a mãe gozasse de *ius liberorum* (a ingênua obtinha-o se desse à luz três filhos). Por sua vez, o *senatusconsulto* Orficiano admitiu que os filhos, ainda que nascidos de matrimônio diverso, fossem herdeiros de sua mãe, determinando sua chamada à sucessão anteriormente aos parentes agnados dela¹⁴⁴.

¹⁴⁰ É interessante observar que apenas nessa classe era admitido o direito de representação. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 747.

¹⁴¹ Hipótese de o pai do cognado e do *de cuius* serem netos de irmãos, ou de irmãs, ou de irmão e irmã. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 746-747.

¹⁴² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 747.

¹⁴³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 747.

¹⁴⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 748-749.

Em se tratando da sucessão testamentária no *ius honorarium*, no período clássico, os pretores introduziram uma forma de testamento mais simples do que o testamento *per aes et libram*, embora o tenham tido como referência, em que eram dispensadas as formalidades da mancipação¹⁴⁵: o *testamentum cum septem testibus*. Para lavrar esse testamento não era considerada essencial a intervenção do *familiae emptor* e do *libripens*¹⁴⁶. No entanto, exigia-se um total de sete testemunhas¹⁴⁷. Era uma modalidade de testamento marcada pela laicidade. Nessa senda, a fonte de eficácia desse tipo de testamento era, tão somente, a combinação do cumprimento de critérios formais, com a publicação do conteúdo do testamento (uma vez que essa publicação assumiu caráter de princípio sucessório). Por esse instrumento eram reconhecidos direitos sucessórios também a cidadãos não romanos, o que era impensável no período pré-clássico, mas plenamente viável segundo a mentalidade dos romanos do final da república e durante o império. Afinal, nesse período, Roma expandia sua dominação e vislumbrava que garantir aos povos subjugados a preservação de seu patrimônio e de sua honra era uma maneira de manter a obediência. Dessa forma, a despeito de os romanos neutralizarem politicamente os subjugados, era mantida viva sua identidade social de comunidade. Os povos dominados não se tornavam romanos, permanecendo sujeitos a um sistema jurídico diverso. Para que essa sistemática obtivesse êxito, era preciso conjugar os princípios do *ius civile* com o conteúdo do costume dos conquistados. Portanto, o testamento pretoriano surgiu, em âmbito sucessório, como instrumento para impedir que os povos conquistados se revoltassem caso não se admitisse que pudessem testar ou suceder a um falecido¹⁴⁸.

O *testamentum cum septem testibus*, quando de sua apresentação ao magistrado, deveria conter o selo dessas sete testemunhas. A nova forma de aquisição da herança denominava-se *successorium edictum*. Aquele que se julgasse titular de um direito sucessório deveria apresentar-se perante o pretor em Roma ou ao presidente na província para reivindicá-lo. Essa reivindicação denominava-se *agnoscere, seu petere, seu admittere bonorum possessionem*. Assim, a *bonorum possessio secundum tabulas* (posse dos bens

¹⁴⁵ Quanto à dispensa das formalidades da *mancipatio*, Giselda Hironaka esclarece que o pretor não julgava segundo o *ius civile*, de modo que não podia utilizar os mesmos institutos. Por conseguinte, na realidade, não dispunha de um *libripens* e de um *familiae emptor*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 235.

¹⁴⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 719.

¹⁴⁷ Havia se originado em Roma um princípio universal segundo o qual, para que um testamento tivesse validade, precisava de uma quantidade mínima de testemunhas. O pretor definiu que o número de testemunhas exigido para que o testamento pretoriano fosse válido seria igual a sete, uma vez que esse era o número de participantes nos instrumentos leigos no *ius civile*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 235.

¹⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 236-239.

segundo as tábuas do testamento) era concedida tão logo o testamento pretoriano fosse apresentado ao pretor ou ao presidente da província àquele que estivesse instituído nas tábuas como herdeiro¹⁴⁹. É importante destacar que, como o magistrado não podia criar herdeiros, aquilo que concedia era a posse dos bens segundo as tábuas do testamento¹⁵⁰.

No que se refere às mulheres, para contornar a incapacidade testamentária das ingênuas, os juriconsultos criaram um expediente chamado *coemptio testamenti faciendi causa*. Nesse expediente, sob autoridade de seu tutor, a mulher vendia-se por *mancipatio* a um terceiro não pertencente à família, que se tornava tutor fiduciário dessa mulher. Assim, com a morte dela, os bens não seriam destinados aos que haviam sido seus agnados, mas ao tutor¹⁵¹.

Em se tratando da sucessão necessária formal, vigorava a regra segundo a qual os *liberi* devem ser instituídos herdeiros ou ser deserdados. Nesse sentido, a sucessão necessária formal, no direito pretoriano, dizia respeito somente aos *liberi*. Portanto, o pretor exigia que, no testamento, o testador os instituísse como herdeiros ou os deserdasse para que concedesse o *bonorum possessio ab intestato*. Se um *liber* herdeiro fosse preterido, o pretor poderia conceder uma *bonorum possessio contra tabulas* (que, desde o início do principado, seria *cum re*). Não havia, destarte, nulidade. Apenas se paralisavam os efeitos das disposições que prejudicassem o herdeiro preterido ou indevidamente deserdado. Também aqueles *liberi* instituídos por testamento que se beneficiassem mais se a sucessão fosse *ab intestato* podiam requerer a concessão da *bonorum ab intestato*. Com a atuação do pretor, em todos esses casos, os herdeiros preteridos, os herdeiros deserdados indevidamente ou os herdeiros instituídos passavam a participar da herança como se a sucessão fosse *ab intestato*. A princípio essas regras eram aplicadas a todos os *liberi*. Entretanto, a partir de um rescrito de Antonino Pio, os *liberi* do sexo feminino que requeressem a concessão da *bonorum possessio contra tabulas* não poderiam ter mais direitos do que os que tinham os *sui* do sexo feminino segundo o *ius civile*¹⁵².

Foi no período clássico, nos fins da república, que se começaram a impor ao testador a observância de limites materiais a sua capacidade de testar. Nessa época já vigorava princípio segundo o qual o testador tinha o dever de afeição (*officium pietatis*) em relação a seus parentes próximos. Por conta disso, não os deveria deserdar arbitrariamente, e, caso o

¹⁴⁹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 12-13.

¹⁵⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 719.

¹⁵¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 723.

¹⁵² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 759-760.

fizesse, a deserdação era considerada *inofficiosum*. Passou-se a admitir que esses parentes próximos pudessem contestar a deserdação pela *querela inofficiosi testamenti*, que se processava diante do tribunal dos centúviro. Eram legitimados a propor essa *querela* os parentes que, caso não houvesse testamento, sucederiam *ab intestato*. A partir da constituição imperial de Constantino, passou-se a admitir, como legitimados, também os irmãos e irmãs consanguíneos. No período clássico, por aplicação analógica da Lei Falcídia, relativa aos legados, foi estipulado que caberia, obrigatoriamente, aos parentes que sucederiam *ab intestato* se não houvesse testamento, pelo menos, um quarto da herança (*portio debita* ou *legitima*), calculado sobre o patrimônio líquido do testador ao tempo de sua morte. Assim, se a *querela* fosse julgada procedente, o testamento era revogado e se operava a sucessão *ab intestato*¹⁵³.

Giselda Hironaka¹⁵⁴ salienta que, no período clássico do direito romano, as antigas tradições afastaram-se, paulatinamente, da realidade vivida pelos cidadãos. Afinal, à medida que Roma se fortalecia pela conquista, a cidade também se via obrigada a reconhecer valor a tradições ou formatos não romanos para viabilizar a dominação e a continuidade da expansão. No decorrer do império, seguindo pelo *dominato*, os valores romanos teriam se miscigenado com valores dos povos conquistados. Em se tratando de direito sucessório, o testamento continuou a prevalecer sobre a sucessão *ab intestato*, todavia a sucessão, aos poucos, tornou-se mais sensível a outros princípios decorrentes da sucessão legítima. Além disso, com o tempo, perdeu força a vontade do testador diante do surgimento de novos paradigmas, a partir dos quais o cidadão romano era considerado um instrumento de Roma.

O período clássico foi seguido pelo período pós-clássico, que, segundo Giselda Hironaka¹⁵⁵, foi marcado pela ruptura com antigos institutos romanos em prol da instituição e consolidação do Império Romano. O romano deixou de ser cidadão da cidade, para tornar-se cidadão do Império, sob um prisma eminentemente cosmopolita, que mais se coadunava com a realidade da época. Os jurisconsultos, por sua vez, tenderam a, em vez de acumular institutos, uniformizar o sistema do direito romano. Concebeu-se o conjunto de institutos jurídicos como um todo sistemático, dividido, fundamentalmente, em direito público e privado. A simplificação e a uniformização dos institutos jurídicos eram uma maneira de viabilizar a coesão do poder imperial.

¹⁵³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 761-762.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 242.

¹⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 243-244.

Assim, no período pós-clássico, sobretudo com Justiniano, verificaram-se novas e relevantes alterações. Entre elas, unificou-se a sucessão feita via *bonorum possessiones* e *hereditas*, posto que foram unidos o *ius civile* e o *ius honorarium*, que passaram a compor, simplesmente, a sucessão *hereditas*¹⁵⁶. A diferença entre a *bonorum possessiones* e a *hereditas* passou a ser apenas formal. Enquanto o *heres* adquiria a herança mediante aceitação, o *bonorum possessor* obtinha a *bonorum possessio* pela concessão do magistrado. A partir de Constâncio, passou-se a realizar a aceitação perante o magistrado, de modo que a obtenção do *bonorum possessio* confundiu-se com a aceitação da herança¹⁵⁷.

Caíram em desuso, no período pós-clássico, as formas anteriores de testamento (como o testamento *per aes et libram* e o testamento pretoriano), substituídas, sobretudo, pelo testamento privado¹⁵⁸ (em que não havia interferência da autoridade pública) e pelo testamento público¹⁵⁹ (em que havia participação de autoridade pública), que compunham as formas normais de testamento e eram válidos perante todo *ius civile*. Entre os testamentos privados estava o testamento nuncupativo, lavrado oralmente perante testemunhas, com utilização exclusiva de ritos jurídicos, não religiosos, sem que houvesse distinção entre cidadãos romanos e não cidadãos. A autoridade pública limitava-se a assistir e confirmar o cumprimento dos requisitos de validade do testamento, enquanto o herdeiro era apenas seu beneficiário. Por sua vez, o testador era quem dava realidade ao testamento. Dessa modalidade denota-se a primeira evidência do quanto essa fase do direito influenciou o direito atual¹⁶⁰.

Havia, ainda, formas anormais de testamento, ou seja, aquelas que eram empregadas excepcionalmente e, por esse motivo, observavam forma diversa, mais ou menos rígida, como era o caso do *testamentum ruri conditum* (realizado em meio rural), do *testamentum pestis tempore* (realizado em tempo de peste), do *testamentum parentum inter*

¹⁵⁶ Sobre essa questão, é relevante notar que existe uma tendência a considerar que, durante todo o direito romano, prevaleceu a concepção de *hereditas*, em sentido objetivo, como transmissão do patrimônio do falecido de forma universal. Todavia, na realidade, o termo *hereditas* englobava, também, a sucessão a título singular, não havendo razão para presumir que no direito romano prevalecia a sucessão a título universal em detrimento da sucessão a título singular. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 182-183.

¹⁵⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 719-721.

¹⁵⁸ Eram privados o testamento nuncupativo, o testamento hológrafo (testamento escrito, que dispensava testemunhas, admitido sob o império de Valentiniano III, de 425 a 455 d.C. – no século V d.C. já havia preocupação quanto à simplificação da estrutura dos instrumentos jurídicos e à universalização da cidadania, o que ocorreu apenas com Justiniano) e o testamento *tripertitium*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 251.

¹⁵⁹ Eram públicos o testamento *ablutum principi* e o testamento *apud acta conditium*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 257-258.

¹⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 245-249.

liberos (testamento de pais para filhos) e do *testamentum militum* (testamento dos soldados). Buscou-se afastar, na prática testamentária, a cidade de sua condição originária de supervisora da atividade sucessória, restringindo-a à condição de autoridade pública que participava de certos testamentos. Foi consagrada, dessa maneira, a ideia de que o testamento devia adotar uma forma universal em vez de ser multiplicado em formatos diversos, contraditórios e anacrônicos. Com isso, foi abandonado o culto à tradição e aos rituais para que se conferisse aos institutos mais praticidade e eficiência. E foi a concepção uniformizada de testamento, como um instrumento único, acessível a todos os cidadãos a qualquer tempo, datada do período pós-clássico, a herdada pelo direito contemporâneo. Pode-se dizer que o regramento sucessório do período pós-clássico constituiu, de fato, um sistema, posto que a organização das relações testamentárias foi tida como suficiente para abarcar todas (ou, ao menor, em grande parte) as situações concretas da vida romana durante o Império¹⁶¹.

O testamento pretoriano sofreu modificações pelos imperadores Teodósio II, o Moço, e Valentiniano, no ano 439¹⁶². A partir dessa alteração, houve a definitiva organização e unificação do testamento no direito romano pela fusão de suas espécies. Era uma modalidade de testamento escrito em que se exigia a unidade de contexto (devia ser escrito de uma só vez) e a rogação de testemunhas. Demandava-se, ainda, a presença das testemunhas no ato da lavratura do testamento. Por fim, era preciso que essas testemunhas assinassem a disposição de última vontade juntamente com o testador. A nova forma de testamento foi preservada por Justiniano, que a chamou de testamento *tripertidium*¹⁶³.

Era, ainda, na época de Justiniano, admitido o testamento nuncupativo, que podia ser realizado oralmente, com menos solenidades, desde que estivessem presentes sete testemunhas¹⁶⁴. Tratava-se de uma simplificação do testamento *per aes et libram*, porém, ao contrário do testamento pretoriano, era reconhecido pelo *ius civile*, de modo que a pessoa instituída pelo instrumento era, de fato, *heres*, e não simplesmente *bonorum possessor*. Houve, ainda, o testamento hológrafo, que era aquele totalmente escrito de próprio punho pelo testador, considerado válido ainda que redigido na ausência de testemunhas. Aludida

¹⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 245-246.

¹⁶² Giselda Hironaka esclarece que Teodósio II foi imperador romano no Oriente entre 408 e 450 d.C., enquanto seu genro, Valentiniano III, foi imperador romano no Ocidente entre 425 e 455 d.C. Assim, certamente, o testamento *tripertitium* teria sido um efeito da promulgação do Código Teodosiano de 438 d.C. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 253-254.

¹⁶³ Essa modalidade de testamento foi chamada de *tripertitium* porque tinha suas formalidades provenientes do *ius civile antiquum* (necessidade de que o testamento fosse elaborado de uma só vez sem interrupção), do *ius honorarium* (presença de sete testemunhas e aposição de seus selos) e de constituições imperiais (*scriptio* do testador e das testemunhas). MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 719-720.

¹⁶⁴ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 14.

modalidade testamentária foi admitida por uma constituição de Valentiniano III, não tendo sido acolhida, contudo, no *Corpus Iuris Civilis*¹⁶⁵.

No que se refere às mulheres, houve instituição de regras segundo as quais a viúva perdia a capacidade de suceder por testamento se, no lapso temporal de um ano após a morte do marido, voltasse a se casar. A mesma pena foi imposta, por Justiniano, àquela que, nesse período, desse à luz filho ilegítimo¹⁶⁶.

Em se tratando da sucessão *ab intestato*, as constituições imperiais introduzidas no Código Teodosiano estabeleceram atenuações parciais à exigência de a mãe gozar de *ius liberorum* para herdar do filho imposta pelo *senatusconsulto* Tertuliano. No Código Justiniano, essa exigência foi suprimida. Por sua vez, os imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, com limitações, possibilitaram que os filhos sucedessem bens de outros ascendentes da linha materna, o que, segundo determinação do *senatusconsulto* Orficiano, era admitido somente em relação à mãe. No que se refere aos parentes colaterais, houve duas modificações primordiais. Em primeiro lugar, passaram a ser chamados à sucessão antigos parentes agnados do *de cuius* que deixaram de sê-lo por haverem sofrido *capitis deminutio minima*. Sobre essa alteração, é relevante ressaltar a constituição do imperador Anastácio, que chamou à sucessão irmãos e irmãs que, antes, eram agnados, mas foram emancipados. Contudo, nesse caso, os irmãos agnados receberiam cota superior, o que foi afastado por Justiniano, que igualou as cotas dos irmãos. Em segundo lugar, da mesma forma, passaram a ser chamados à sucessão antigos parentes cognados do *de cuius* que deixaram de sê-lo por haverem sofrido *capitis deminutio minima*. Sobre esse aspecto, Justiniano chamou à sucessão irmãos e irmãs uterinos. Os filhos uterinos eram filhos da mesma mãe, mas de pais diferentes. Em vista disso, eram apenas parentes cognados entre si. Mais tarde, entretanto, em 539 d.C., Justiniano estabeleceu a precedência dos irmãos germanos na sucessão sobre os consanguíneos e os uterinos¹⁶⁷.

As Novelas 118 (543 d.C.) e 127 (548 d.C.) determinaram uma reforma geral no *Corpus Iuris Civiles*. Desapareceram as distinções entre agnados e cognados; pessoas *sui iuris* e *alieni iuris*; homens e mulheres; bem como entre parentes da linha feminina e masculina. Aditivamente, houve assimilação das *bonorum possessiones* à sucessão *ab intestato* do antigo *ius civile*. Desse modo, passou-se a mencionar apenas *hereditas*. Houve,

¹⁶⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 720.

¹⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 725.

¹⁶⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 748-749.

portanto, verdadeira inovação no sistema de sucessão *ab intestato*, que influenciou, sobremaneira, o sistema moderno¹⁶⁸.

As novelas mencionadas agruparam os *heredes legitimi* em quatro classes: (i) a dos descendentes, independentemente de sujeição ao *pater potestas*, podendo ocorrer por cabeça ou por representação (há *successio in locum*); (ii) a dos ascendentes, bem como dos irmãos e irmãs germanos e seus filhos; (iii) a dos irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos e seus filhos; e (iv) a dos colaterais mais próximos. Apenas no caso de não haver colaterais a herança era deferida ao cônjuge. Estabeleceu-se, ainda, em cada classe, a regra de que os parentes mais próximos excluía os mais remotos¹⁶⁹.

No tocante à mulher, é relevante ressaltar que, pela Novela 53, criou-se proteção para aquela que estivesse privada de recursos com a morte do marido, posto que desprovida de dote. À viúva caberia até um quarto da fortuna deixada pelo marido se não houvesse filhos, ainda que existissem herdeiros mais próximos¹⁷⁰. Se houvesse filhos, provindos daquele matrimônio ou precedente, cabia à viúva usufruto de no mínimo um quarto¹⁷¹.

No que concerne à sucessão necessária formal, Justiniano aboliu o tratamento desigual em virtude do sexo. Além disso, estipulou a necessidade de o testador deserdar nominalmente qualquer dos seus descendentes, mesmo aqueles emancipados. Por sua vez, se o testador fosse mãe ou ascendente da linha materna, a preterição de filho ou descendente não anulava o testamento. Considerava-se ter havido deserdação tácita¹⁷².

Em se tratando da sucessão necessária material, a partir do século III d.C. foram emanadas constituições imperiais destinadas à preservação da *legitima*. Com o decurso do tempo e as transformações sociais a ele inerentes, a plena autonomia de vontade do testador sofreu limitações, tendo sido, aos poucos, instaurado o regime *portio legitima*¹⁷³. Por esse regime, o testador era obrigado a deixar parte de seus bens aos parentes mais próximos. Assim, alguns parentes não podiam ser excluídos da sucessão. No período pós-clássico, esses parentes eram os descendentes, os ascendentes, os irmãos e as irmãs do falecido. Com isso,

¹⁶⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 749-750.

¹⁶⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 750-751.

¹⁷⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 37.

¹⁷¹ BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni*. Milano: Dott. Francesco Vallardi, [s. d.]. p. 417.

¹⁷² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 760.

¹⁷³ Zeno Venoso esclarece que, com o advento da *Lex Falcidia*, foram proibidos, no direito romano, os legados sobre mais de três quartos da herança. Isso significa que pelo menos um quarto da herança deveria destinar-se ao herdeiro instituído. VELOSO, Zeno. *Testamento*, cit., p. 390.

a regra que prevalecia outrora, segundo a qual era proibida a sucessão simultânea *ab intestato* e testamentária, foi derogada, podendo conviver ambas as formas de sucessão hereditária¹⁷⁴.

Assim, foi concedida aos parentes que tinham direito à *portio debita* a *querela inofficiosi testamenti*. Essa *querela* era proposta contra pessoas a quem o falecido, em vida, houvesse destinado doação ou dote de forma a reduzir o patrimônio a valor inferior à porção *legitima*. Além disso, Justiniano promulgou diversas constituições imperiais entre 528 e 531 d.C. que trataram do testamento inoficioso. De acordo com essas constituições, o herdeiro que recebesse menos do que o mínimo devido teria direito a completar a *portio legitima* pela *actio ad supplendam legitimam*. Estatuuiu-se, ainda, que a *portio legitima* era composta não apenas por aquilo que o herdeiro viria a receber em decorrência do testamento, mas também por aquilo que houvesse recebido a título de doação. Em adição, proibiu-se o pacto de renúncia à *portio legitima*. Mais tarde, na Novela 18, a *portio legitima* foi aumentada para um terço, caso o *de cuius* tivesse até quatro filhos, ou metade, caso o *de cuius* tivesse cinco filhos ou mais. Por fim, foram introduzidas inovações pela Novela 115, que determinaram a fusão da sucessão necessária formal com a sucessão necessária material. Estabeleceu-se (i) que ascendentes e descendentes seriam herdeiros necessários, devendo obrigatoriamente ser instituídos herdeiros e ser destinatários da *portio legitima*; (ii) apenas seria admitida deserdação caso ocorrida uma das hipóteses previstas em lei, sendo mencionados, no testamento, o ofensor e a causa, e desde que não houvesse perdão do testador; (iii) a deserdação indevida de um herdeiro não invalidava o testamento inteiro; (iv) caso o herdeiro não recebesse a cota que deveria, poderia exigir sua complementação pela *actio ad supplendam legitimam*¹⁷⁵.

Giselda Hironaka¹⁷⁶ alude à especial importância do período pós-clássico, fase em que o direito romano sucessório mais se aproximou dos moldes sucessórios atuais. Na época justinianeia, Roma submeteu-se ao catolicismo, razão pela qual se verificou a adaptação do direito romano a uma sociedade politicamente organizada sob influência da Igreja Católica. Segundo a estudiosa, em vez de esse processo acarretar a expansão do direito romano pelo mundo, teve como consequência a destruição da sociedade romana e do Império Romano do Ocidente.

¹⁷⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 38-39.

¹⁷⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 763.

¹⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 176-177.

No século III d.C., diversos povos bárbaros adentraram o território romano, tanto de forma pacífica quanto de forma beligerante. Alguns deles, como os francos, que habitavam o baixo Reno, e os godos, que viviam às margens do rio Danúbio e nas estepes do Don e do Dniester, adentraram o território como confederados, com finalidade de proteção das fronteiras¹⁷⁷. Em 476 d.C., o último imperador romano do Ocidente, Rômulo Augústulo, foi deposto e um chefe bárbaro assumiu o trono de Roma. Esse evento histórico foi o estopim da queda do Império, que já vinha sofrendo um longo processo de desintegração, desencadeado por uma série de fatores, como a extensão territorial dominada, o aparecimento de uma multidão urbana, o desenvolvimento da escravidão, a discórdia entre classes, a corrupção, o esgotamento dos recursos para manter o exército, o declínio financeiro, a decadência do comércio e da indústria, a peste e a absorção de ideias estrangeiras não assimiladas, de pronto, pelos romanos, culminando na fragilização que viabilizou as invasões bárbaras e o consequente desmoronamento do Império Romano do Ocidente. Iniciou-se, assim, a Alta Idade Média. Na Idade Média, o direito aplicado era eminentemente costumeiro, não obstante tenha o direito romano, às vezes mais, às vezes menos, influenciado o direito bárbaro, juntamente com o direito canônico¹⁷⁸.

Apenas no final da Idade Média e início do Renascimento, para atender a novas demandas sociais, juristas resgataram o direito romano a fim de reconstruir a autonomia perdida durante o período medieval. Contudo, a nova realidade não comportava aplicar as normas em suas disposições e formas originais. Por esse motivo, estudiosos da época trataram de estruturar o direito romano de modo inédito para que pudesse ter aplicação prática. Há, destarte, dois direitos romanos diversos. Um deles é o direito romano original, o outro é aquele que emergiu na passagem da Idade Média para a Renascença, que fundamenta aquilo que é entendido, hodiernamente, por sistemas jurídicos romanistas e direito moderno. Portanto, foram os estudiosos tardio-medievais e renascentistas, em especial da escola de Bolonha, que dividiram o direito civil nas partes que hoje são conhecidas como tradicionais: parte geral do direito civil, direito das obrigações, direito dos contratos, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões. Esses estudiosos propuseram uma disposição fixa dos institutos do direito romano das sucessões. Dessa maneira, tornaram o conjunto de institutos e dispositivos consistente, organizando-os de

¹⁷⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 4.

¹⁷⁸ BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1974. v. I. p. 244.

forma inteligível e passível de adaptações para o direito da época e, até mesmo, para o direito futuro. Criou-se, desse modo, um direito romano que, na realidade, não existia ao tempo de Roma, mas que viabilizou a aplicação prática naquele (e em outros) momento(s), além de possibilitar seu estudo científico. Essa sistematização formou uma estrutura relativamente rígida do direito das sucessões, gerando a base de estruturação do direito das sucessões em sistemas futuros que viessem a se pautar, ainda que parcialmente, no direito romano¹⁷⁹.

2.2 Panorama histórico da sucessão do cônjuge em Portugal e no Brasil

Entre os invasores de Roma, diante da relevância para o presente estudo, destacam-se as tribos germânicas visigóticas, que ocuparam, principalmente, a Hispânia, e as tribos francas, que ocuparam, de início, o centro-norte da Gália. Os visigodos estenderam-se por territórios mais romanizados do que os francos, adotando, no que se refere à estrutura jurídico-legislativa, o princípio da personalidade do direito, ou seja, compilações do direito romano ao lado das leis bárbaras (*leges barbarorum*). Por sua vez, os francos, que ocuparam regiões menos romanizadas, limitaram-se a compilar leis bárbaras, embora também tenham mantido, no direito privado, o princípio da personalidade¹⁸⁰. Cumpre ressaltar que os povos germânicos, ao contrário dos romanos, não possuíam legislação escrita. Regiam-se, sobretudo, por normas consuetudinárias¹⁸¹. Isso significa que suas regras e tradições eram transmitidas oralmente ao longo das gerações. Contudo, a partir de 500 d.C., com a emergência das monarquias germânicas, houve busca de consolidação do poder pelo direito escrito, e, muitas vezes, o direito romano bem serviu para fundamentar o poder. Ao sul da Europa, onde a população romana ainda era numerosa, foi onde mais se verificou a influência do direito romano na elaboração do direito germânico escrito, de modo que houve a preocupação de constituir códigos de direito romano vulgar para as populações romanizadas ao lado dos códigos de direito germânico, para os povos germânicos¹⁸².

Na Gália, o direito aplicado distanciou-se mais da influência do direito romano, incidindo, com mais ênfase, o direito eminentemente consuetudinário. No direito consuetudinário não prevalecia a sucessão testamentária. Assim, a vontade do homem não podia fazer herdeiros ou legatários. Era permitida, todavia, por costume, a instituição de

¹⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 124 e 176-177.

¹⁸⁰ DREW, Katherine Fischer. *The laws of the Salian Franks*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991. p. 4.

¹⁸¹ DREW, Katherine Fischer. *The laws of the Salian Franks*, cit., p. 4.

¹⁸² BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*, cit., p. 169.

herdeiro em pactos antenupciais¹⁸³. A sucessão legítima era, em regra, deferida aos filhos, prevalecendo, por costume, o direito de primogenitura¹⁸⁴ e varonia. Nas hipóteses de inexistirem filhos ao tempo da sucessão, costumava-se dividir os bens quanto à sua natureza e origem, aplicando-se o sistema de parentelas, de modo que os bens próprios deveriam retornar para o tronco da família de que haviam advindo¹⁸⁵. A partir do momento em que se constituíram feudos e eles foram reconhecidos como hereditários, foram, regra geral, atribuídos aos primogênitos. Afinal, dessa maneira, assegurava-se ao senhor da terra um cavaleiro suficientemente abastado e maduro para servir ao propósito de defesa. Havia, porém, situações em que era admitido conferir, na ausência de filho, o feudo à primogênita¹⁸⁶.

O texto mais importante relativo à sucessão franca *ab intestato* deriva da Lei Sállica. De acordo com essa lei, era chamada a suceder, em primeiro lugar, a mãe, em seguida os irmãos e irmãs, depois o irmão da mãe e, finalmente, os parentes mais próximos, por parentela. Verifica-se que eram chamados a suceder, preliminarmente, os parentes da linha materna, o que leva a crer que os francos conheceram o matriarcado ou (o que é mais provável) reagiram ao excessivo patriarcalismo romano¹⁸⁷.

O princípio da *saisine* também tem suas raízes nos povos germânicos, sendo retratado na expressão do direito francês *droit de saisine*, a partir da máxima *le mort saisit le vif, sans ministère de justice*. Aludido modelo é diverso daquele existente no direito romano, em que a herança apenas se transmitia ao herdeiro a partir do momento em que se operava a aceitação. Nessa senda, em Roma, enquanto não aceita a herança, ela permanecia jacente, de modo que sua efetiva transferência para o patrimônio do sucessor dependia de ato potestativo. No modelo franco, o efeito da aceitação posterior é relativizado, uma vez

¹⁸³ BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 249-251.

¹⁸⁴ O costume da primogenitura vigeu na França até o século XVIII, não tendo, todavia, desaparecido completamente na Inglaterra. Houve, contudo, exceções. Nas épocas merovíngia e carolíngia, houve repartição do reino entre os filhos em busca de maior proteção. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 40.

¹⁸⁵ Esse costume teria tido origem no século XI, não tendo sido conhecido pelo direito romano. Estava alinhado com os princípios gerais do direito franco, que chamava à sucessão os parentes maternos ao lado dos paternos. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 41.

¹⁸⁶ Os feudos passaram à sucessão feminina em meados do século X na França. Aos feudos femininos, denominados feudos de roca, era necessária a atribuição da defesa militar e da organização política a um homem. Porém, apenas eram chamadas a suceder na falta de herdeiros homens. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 41-42.

¹⁸⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 39.

que, no momento da abertura da sucessão, ocorria, concomitantemente, a vocação, a devolução, a delação e a aquisição da herança de uma só vez¹⁸⁸.

Por sua vez, o direito visigótico embasou a estrutura jurídica medieval na Península Ibérica. Assim, o direito português medieval costumeiro foi fortemente marcado não apenas pelo direito romano, com os contornos adquiridos no final da Idade Média e início da Renascença, mas, também, pela legislação visigótica¹⁸⁹. Segundo Piero Bonfante¹⁹⁰, a *Lex Visigothorum Recesvintiana*, do século VI, teria, praticamente, traduzido textualmente o Código Teodosiano. Cumpre atentar para o fato de que a *Lex Visigothorum Recesvintiana* se aplicava tanto a godos quanto a hispano-romanos, estabelecendo o parentesco em graus, o que, mais tarde, foi adotado pelo Código Civil português. No que se refere à sucessão, a *Lex Visigothorum Recesvintiana* estatuiu igualdade de sexos na partilha da herança e privilegiava os parentes em linha reta na sucessão, colocando em primeiro lugar os filhos e as filhas¹⁹¹. Em segundo lugar, na ordem de vocação hereditária, estavam outros descendentes; em terceiro lugar, o pai e a mãe; em quarto lugar, outros ascendentes; em quinto lugar, os irmãos e irmãs; em sexto lugar, os sobrinhos e sobrinhas, e, por fim, em oitavo lugar, os tios e tias¹⁹². Houve, inclusive, em que pese a admissão de deixa testamentária, a proibição de deserdar descendentes, o que constituiu antecedente histórico para a sucessão legitimária em Portugal. Os cônjuges, por sua vez, herdariam apenas se não houvesse parentes de sangue até o último

¹⁸⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 42.

¹⁸⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011. p. 43.

¹⁹⁰ O autor destaca que havia grande diferença entre a legislação vigente, no que se refere à sucessão legítima, entre as localidades em que se adotava o direito escrito e aquelas em que se adotava o direito não escrito. Segundo ele, nos locais em que se adotava o direito escrito o sistema de sucessão admitido era aquele por último estatuído no direito romano, contido sobretudo nas Novelas 118 e 127. Nessas novelas, estabelecia-se que a sucessão englobava todo o patrimônio do morto, sem diferenciação quanto a sua natureza ou origem. Nessas Novelas também era estabelecida a ordem de vocação hereditária com base no provável desejo do sucedido. Em primeiro lugar eram chamados os descendentes; em segundo lugar, os ascendentes; em terceiro lugar, os colaterais. Em cada classe, os parentes mais próximos excluam os mais remotos e os parentes de mesmo grau dividiam por cabeça. Caso houvesse ascendentes do mesmo grau, mas de linhas diversas, a herança era dividida entre as duas linhas. Aditivamente, admitia-se, em certas hipóteses, o direito de representação, existindo, portanto, exceção à regra segundo a qual os parentes mais próximos excluem os mais remotos. Nas localidades em que não era adotado o direito escrito, seguia-se o direito consuetudinário. Em regra, se houvesse filhos, eles sucediam na totalidade do patrimônio do falecido, sem distinções quanto à natureza dos bens ou origem, sendo comuns privilégios relacionados à masculinidade e primogenitura. Porém, caso não houvesse filhos, era necessário definir a natureza e a origem dos bens para que se procedesse a sua partilha, o que não costumava ser simples. BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 249-251.

¹⁹¹ Essa solução chegou ao Código Civil português sob a designação de apanágio do cônjuge sobrevivente (art. 2018 do Código Civil português). NORONHA, João Manuel Cardão do Espírito Santo. *Casamento, parentesco e sucessão no Codex Visigothorum*. Lisboa, jan. 2017. p. 29. Disponível em: [file:///C:/Users/erika/Downloads/Casamento_parentesco_e_sucessao_no_Codex%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/erika/Downloads/Casamento_parentesco_e_sucessao_no_Codex%20(1).pdf). Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁹² BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 244.

grau previsto. Na *Lex Visigothorum Recesvintiana*, ao cônjuge era garantido, todavia, o direito de receber, em partes iguais em relação aos filhos do morto, os rendimentos dos bens da herança¹⁹³. Também havia previsões, no Código Visigótico, a respeito de regime de bens patrimonial do casamento. Era previsto que, após o matrimônio, havia união dos bens da esposa e do marido, que ficavam sob a administração marital. Entretanto, para a prática de determinados atos, era necessário o consenso de ambos os consortes. Adicionalmente, havia previsão de que a esposa poderia levar para o casamento uma porção de bens que, após o seu fim, continuaria a pertencer a ela¹⁹⁴.

O reinado visigótico foi derrubado, em 711 d.C., pelo Califado muçulmano Omíada. A dominação muçulmana foi repelida completamente apenas após cerca de sete séculos. Contudo, evidentemente, durante esse íterim, travaram-se disputas entre cristãos e muçulmanos que determinaram a reconquista gradual de territórios. O Condado Portucalense, que, mais tarde, deu origem a Portugal, surgiu justamente ao longo do processo de reconquista, em 868 d.C., sendo constituído como reino vassalo de Leão. Somente após a Revolução de Avis, de 1383 a 1385, deu-se a consolidação da independência de Portugal.

Antes disso, durante o reinado de Dom Dinis (1279-1325), houve a tradução e aplicação, em território português, da Lei das Sete Partidas, promulgada por Afonso X da Espanha em 1263, baseada no direito canônico e romano¹⁹⁵. Nessa lei já era garantido o direito à herança e se previa que as filhas concorriam em igualdade de condições com seus irmãos na hipótese de falecimento de quaisquer dos pais¹⁹⁶, o que se perpetuou mesmo após a promulgação da Lei Mental¹⁹⁷, de 1434¹⁹⁸. Contudo, em 1323, adveio lei segundo a qual às mulheres viúvas devia ser nomeado curador para evitar danos ao patrimônio herdado e a elas próprias, dada sua inabilidade administrativa¹⁹⁹.

No século XIII, após o ressurgimento do estudo do direito romano pelos glosadores na Itália, ocorreu sua recepção pelo direito português, com adoção da ordem de vocação

¹⁹³ Essa solução chegou ao Código Civil português sob a designação de apanágio do cônjuge sobrevivente (artigo 2.018). NORONHA, João Manuel Cardão do Espírito Santo. *Casamento, parentesco e sucessão no Codex Visigothorum*, cit., p. 29.

¹⁹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 43.

¹⁹⁵ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 194.

¹⁹⁶ Não se pode deixar de observar que essa disposição já vinha contida, inclusive, na *Lex Visigothorum Recesvintiana*.

¹⁹⁷ A Lei Mental determinou as reservas da indivisibilidade, primogenitura e masculinidade. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*, cit., p. 29.

¹⁹⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 14-15.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*, cit., p. 34.

hereditária fixada no Código Justinianeu, especialmente as Novelas 118 e 127, até o advento, mais tarde, das Ordenações. Assim, as leis de Portugal, gradativamente, assumiram caráter mais romano. Nessa senda, recorria-se ao direito romano na falta de leis especiais²⁰⁰. Paralelamente, emergiu, no século XII, um significativo movimento de renovação do direito canônico, que não tardou em refletir, também, em Portugal. Não houve, contudo, afastamento completo do direito costumeiro de origem germânica²⁰¹, tendo sido o direito português medieval costumeiro fortemente marcado também pelo direito visigótico²⁰².

É possível tratar, propriamente, de leis portuguesas a partir das Ordenações Afonsinas, *grosso modo* a primeira compilação das leis de Portugal, elaborada e promulgada durante o reino de Afonso V, em 1446. As Ordenações Afonsinas consolidaram as leis promulgadas desde Afonso II, as resoluções e determinações das cortes desde Afonso IV, as concordatas de Dom Dinis, de Dom Pedro e de Dom João, bem como adotaram muitas disposições completas do direito romano, do direito canônico e da Lei das Sete Partidas, além de converter os estilos e os costumes do povo português em disposições escritas²⁰³. Nessas Ordenações, ainda que de maneira assistemática e tímida, iniciou-se o reconhecimento do direito sucessório do cônjuge.

Mesmo antes das Ordenações Afonsinas, já existiam regras patrimoniais atinentes aos bens dos cônjuges. Forais do século XII (Ferreira de Aves) e XIII (Sabadelhe) mencionavam o regime de comunhão universal de bens como regime legal supletivo, assim como os “Costumes de Santarém”. Além disso, na legislação de Afonso III já havia ampla aceitação desse regime como aquele vigente na falta de disposição em contrário dos cônjuges. Nas Ordenações Afonsinas, restou estabelecido que vigoraria o regime de comunhão universal de bens nos casamentos celebrados por *carta de ametade*²⁰⁴, bem como naqueles celebrados nos locais em que fosse costume que o cônjuge sobrevivente, após o

²⁰⁰ CORRÊA, Alexandre; SCIASHIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s. d.]. p. 13-14.

²⁰¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 185-258, jan./dez. 1993.

²⁰² Os visigodos foram um povo germânico que habitou a região compreendida entre os rios Danúbio e Dniester. Foram fortemente influenciados pela cultura e mentalidade política romana. CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 43.

²⁰³ LATAVILLA, Jaime de. *Origem do direito dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 229.

²⁰⁴ Ordenações Afonsinas, IV, 12, pr.: “Costume foi em estes Regnos de longamente usado, e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido, e a molher per Carta de meetade, ou em tal lugar, que per usança se partam os beês de per meo aa morte sem aver hy tal Carta, morto o marido, a molher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e loguatrios do marido partiçom de todos os beês, que per morte do marido ficarom, e bem assy os leguados”. Cf. Ordenaçoes do Senhor Rey D. Affonso V, Livro IV (Coimbra, Anno de MDCCLXXXII), p. 76. CRUZ, Guilherme Braga da. O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro. *Scientia Iuridica*, VI, p. 384-413, jan./dez. 1957.

falecimento de seu consorte, recebesse meação, como era o caso de Estremadura. Portanto, onde era costume que o cônjuge sobrevivente fosse destinatário de meação após o falecimento de seu consorte, o casamento considerava-se celebrado sob o regime de comunhão universal de bens mesmo que não houvesse sido realizado por *carta de ametade*. A comunhão universal de bens constituía, assim, nessas regiões, o regime legal supletivo. As atas das Cortes de Santarém complementam o aludido nas Ordenações Afonsinas, esclarecendo que a comunhão universal de bens vigorava em Estremadura, Alentejo e Algarve, mas não nas comarcas de Minho, Trás-os-Montes e Beiras²⁰⁵. Observa-se, portanto, que havia regiões em Portugal onde se perpetuavam costumes romanos. Não eram, nessas localidades, os casamentos celebrados por *carta de ametade*, sendo utilizado o sistema dotal ou, ainda, o regime de separação de bens. Em alguns desses postos vigorava a comunhão universal de bens como regime legal supletivo, como era o caso de Estremadura, Alentejo e Algarve²⁰⁶⁻²⁰⁷. Em outros locais, porém, como em Minho, Trás-os-Montes e Beiras, diversamente, não vigorava a comunhão universal de bens como regime supletivo, mantendo-se, estritamente, as regras costumeiras da região.

Uma vez consumado o casamento sob o regime de comunhão universal de bens, os consortes tornavam-se meeiros de todos os bens de que ambos fossem proprietários. Assim, com o advento da morte do marido, a esposa, caso, ao tempo da morte, ainda partilhasse de vida comum com o sucedido, além de ter direito à meação, ficaria em posse dos bens da herança para partilhá-los a quem de direito²⁰⁸. Era previsto, ainda, que, caso, após a morte do marido *ab intestato*, à mulher não fosse conferida a posse dos bens por não viver com ele ao tempo do óbito, devia ser, desde logo, realizado o inventário, sendo os bens entregues a “homem fiel” até a conclusão da partilha a quem de direito²⁰⁹. Cumpre apontar, ainda, que

²⁰⁵ CRUZ, Guilherme Braga da. O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro, cit.

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. VIII: Dissolução da sociedade conjugal – eficácia jurídica do casamento. p. 291.

²⁰⁷ Actas das Cortes de Santarém, de 1468, cap. III: “Outrosi, Senhor, saberá Vossa Alteza, que em vossos Regnos, a saber, na Estremadura, e Alem-Tejo, e o Alguarve ha u m muy Sancto costume, a saber, que qualquer homem, e molher, que sam cazados per regra, e regimento da Sancta Igreja quando so acerta de alguns raiz, o que Senhor, he moito pollo contrario em as comarcas da delles fallecer da vida deste Mundo, o que fica vivo parte com os herdeiros do finado todollos bêes, que aviam assi movei, como de Beira, e entre Douro, e Minho, e Trallos Montes; por quanto posto que Marido, e Molher sejam casados polia dita forma da Santa Igreja se se antre elles ao pé do cazamento nam passa carta de meatade por Escretura Publica, quando se acerta algüus delles fallecer deste Mundo, nam parte o vivo com os herdeiros do morto de parmeyo...”. Cf. Manuscrito da Academia das Ciências de Lisboa, t. IX, fl. 305 e 306, citado por Manuel Paulo Merêa, *Evolução dos regimes matrimoniais*, v. II (Coimbra, 1913), p. 109, nota 1. CRUZ, Guilherme Braga da. O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro, cit., p. 5.

²⁰⁸ CRUZ, Guilherme Braga da. O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro, cit., p. 384-413.

²⁰⁹ PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Título 95, § 4º. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 353.

já nas Ordenações Afonsinas se previa porção legítima equivalente a dois terços do patrimônio do testador²¹⁰.

Substituindo as Ordenações Afonsinas, sobrevieram as Ordenações Manuelinas, vigentes a partir de 1512, com a primeira impressão em 1514, que reuniram, em um só corpo as leis extravagantes e as Ordenações Afonsinas²¹¹. As Ordenações Manuelinas estenderam o regime de comunhão universal como regime legal supletivo de bens do casamento por todo o Reino de Portugal²¹², o que foi mantido pelas Ordenações Filipinas, que vigoraram, em Portugal, de 1603 a 1867 (quando foram revogadas pelo Código Civil português²¹³), sendo repetidas as disposições contidas nas Ordenações Manuelinas com inserção de algumas leis posteriores²¹⁴. As Ordenações Manuelinas, em seu Livro IV, passaram a prever que, em caso de silêncio ou disposição em contrário dos futuros consortes, deveria vigorar o regime de comunhão total de bens. Nos dizeres de Humberto Agrícola Barbi, “As Ordenações Manuelinas transformaram o costume em lei...”²¹⁵. Dessa forma, as Ordenações Manuelinas estenderam o regime de comunhão universal de bens como regime legal por todo o Reino de Portugal²¹⁶. Nessa senda, em regra, falecendo o cônjuge, em que pese, por haver quem o antecederesse na ordem de vocação hereditária, não fosse herdeiro, seu consorte sobrevivente era meeiro da totalidade dos bens do falecido.

As Ordenações Filipinas dispuseram expressamente acerca da sucessão do cônjuge, estatuinto sua posição de herdeiro na hipótese de inexistirem parentes até o décimo grau, contados os graus de acordo com o direito civil (em oposição ao direito canônico). Da mesma forma como previam as Ordenações anteriores, o consorte apenas era titular de direitos hereditários caso, ao tempo da morte, os matrimoniados vivessem como casados²¹⁷. Segundo Ana Luiza Maia Nevares²¹⁸, seria uma situação injusta, pois privilegiava parentes afastados

²¹⁰ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 315.

²¹¹ COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920. p. 202-204.

²¹² SAMPAIO, Maércio Frankel de Abreu. O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 113.

²¹³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 44.

²¹⁴ COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 202-204.

²¹⁵ BARBI, Humberto Agrícola. O regime legal de bens no anteprojeto de código civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 97.

²¹⁶ SAMPAIO, Maércio Frankel de Abreu. O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges, cit., p. 113.

²¹⁷ ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Título XCIV do Livro IV. p. 947-948.

²¹⁸ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

do sucedido em detrimento daquele com quem o sucessor tivesse relação de companheirismo e por quem tinha afeto. As Ordenações Filipinas, assim como as Ordenações Manuelinas, também estabeleceram a comunhão de bens como regime legal. Nessa senda, a partir do matrimônio, todos os bens trazidos para o casamento pelos cônjuges ou constituídos durante a relação conjugal eram considerados um patrimônio único e indiviso²¹⁹. Sendo assim, ainda que não sucedesse como herdeiro, o cônjuge era resguardado por seu direito à meação, o que leva a questionar se a posição de Ana Luiza Maia Nevares seria razoável. Afinal, sendo já destinatário de cinquenta por cento dos bens do falecido, o cônjuge, provavelmente, estaria suficientemente resguardado.

No Brasil-colônia, vigoraram as Ordenações dos Reinos de Portugal, mais precisamente as Ordenações Manuelinas, por curto período, e as Ordenações Filipinas. O Título XCVI do código filipino determinava que a transferência do patrimônio do *de cuius*, caso não houvesse testamento, deveria ser realizada aos descendentes e aos ascendentes. A regra geral, portanto, referia-se ao testamento²²⁰. Em adição, como já mencionado, o princípio da *saisine* também foi introduzido no direito brasileiro com as Ordenações do Reino de Portugal, mais precisamente pelo Alvará de 9 de novembro de 1754²²¹.

Estranhamente, as Ordenações Filipinas tiveram vigência mais prolongada no Brasil do que em Portugal, onde foram revogadas pelo Código Civil de 1867. Sob a vigência desse Código (chamado de Código Seabra), a ordem da sucessão colocava os descendentes, seguidos dos ascendentes, dos irmãos e seus descendentes e colaterais até o sexto grau em preferência ao cônjuge sobrevivente (artigo 1.969). À época, o regime legal era o da comunhão geral de bens, de modo que, com o falecimento do cônjuge, competia ao consorte sobrevivente metade do patrimônio hereditário. Coincidia, portanto, a união de pessoas com a união do patrimônio. Ademais, em caso de falecimento de um dos matrimoniados, o cônjuge sobrevivente tinha direito de usufruto sobre a totalidade dos bens do falecido quando fossem herdeiros seus irmãos e descendentes (artigo 2.003), ou sobre a metade, caso herdassem ascendentes ilegítimos (artigos 1.995 e 1.999). Entretanto, o cônjuge poderia, por testamento, afastar o direito de usufruto do viúvo. Caso, em virtude do regime de bens estabelecido, o viúvo não detivesse condições para manter-se financeiramente, poderia pleitear alimentos dos descendentes (artigo 2.003) ou ser mantido pelos rendimentos da

²¹⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 44.

²²⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 46-47.

²²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 14-15.

herança do cônjuge falecido (artigo 1.282). Acreditava-se que essa sistemática conferia, sobretudo à viúva, proteção patrimonial adequada, além de manter os bens em sua linha familiar originária, inclusive por não ser admitida a dissolução, em vida, do vínculo conjugal, que era, destarte, perpétuo e dotado de estabilidade. Muito embora se admitisse a separação (não o divórcio), ela apenas se verificava em casos excepcionais. Somente nessas hipóteses é que o regime de comunhão geral de bens terminava por acarretar suposto enriquecimento indevido para um dos cônjuges e desvio do patrimônio da linha familiar de origem²²².

No Brasil, as Ordenações Filipinas estiveram vigentes inclusive, após a proclamação de sua independência, em 1822, sendo substituídas somente pelo Código Civil de 1916. Teixeira de Freitas buscou consolidar as leis brasileiras para que se elaborasse um Código unificado de normas civis. Sua obra, evidentemente, refletia as disposições das Ordenações vigentes até então, em que a sucessão era regida pelo princípio da *saisine* e a sucessão legítima deferia-se aos descendentes (não sucediam os filhos adulterinos, incestuosos, sacrílegos ou os adotados), aos ascendentes, aos colaterais até o décimo grau, ao cônjuge sobrevivente e, por fim, ao Estado. Os descendentes e ascendentes eram considerados herdeiros necessários²²³, sendo-lhes reservada a terça parte dos bens do sucedido²²⁴. Após o trabalho de Teixeira de Freitas, outros juristas prestaram-se ao trabalho de redigir um Projeto de Código Civil, como foi o caso de Nabuco de Araújo, Felício dos Santos²²⁵, Coelho Rodrigues²²⁶, Carlos de Carvalho²²⁷, Orlando Gomes²²⁸ e, finalmente, Clóvis Beviláqua²²⁹.

²²² CAMPOS, Leite. *O estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente: relatório português às jornadas turcas da Associação Henri Capitant: Livros & Temas*, [s. d.]. p. 449-458.

²²³ Não havia, contudo, menção expressa a herdeiros necessários. Na realidade, ao tratar de deserdação, o artigo 982 reconhecia como deserdáveis e, portanto, necessários os ascendentes e os descendentes. ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 404-405.

²²⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 47.

²²⁵ Em seu projeto, colocou o cônjuge antes dos colaterais na ordem de vocação hereditária, com exceção de estarem separados e de haver o cônjuge dado causa à separação (artigos 1.329 e 1.422). Além disso, no artigo 1.398 foi estabelecida a plena capacidade de testar.

²²⁶ Segundo seu projeto, o cônjuge apenas herdaria se não houvesse parentes sucessíveis até o oitavo grau.

²²⁷ Em seu projeto, Carlos de Carvalho previu que o cônjuge apenas sucederia caso não houvesse parentes sucessíveis até décimo grau e, para tanto, exigia que os cônjuges, ao tempo do falecimento, vivessem sob o mesmo teto (art. 1.744). Além disso, apenas ascendentes e descendentes tinham direito à legítima, que correspondia a dois terços do patrimônio (artigos 1.719 e 1.771).

²²⁸ O projeto de Orlando Gomes já previa regras relativas à concorrência sucessória do cônjuge, determinando a redução da parte disponível em casos concorrenciais, conforme o artigo 787.

²²⁹ Os descendentes ocupavam o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. Todavia, atribuía-se ao cônjuge não separado direito à porção de bens iguais ao de um filho quando o regime matrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (artigos 1.771 e 1.774). Ademais, caso não houvesse herdeiros na classe descendente, sucediam os ascendentes e o cônjuge não separado, desde

Antes da prolação do Código Civil de 1916, adveio o Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena, que inverteu a ordem de vocação hereditária, passando o cônjuge a preceder os parentes colaterais e a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária²³⁰. Além disso, o decreto limitou o parentesco colateral ao sexto grau, o que, mais tarde, foi reduzido para quarto grau pelo Código de 1916. Em adição, de modo diverso do direito português, a legítima foi reduzida para metade da herança.

Na Europa, o final do século XVIII e o início do século XIX foram marcados pela queda do regime absolutista monárquico e pela ascensão da burguesia ao poder. A classe burguesa buscava, sobretudo, o fim da ingerência do Estado nos negócios e de privilégios do clero e da nobreza. Defendia o progresso da ciência e da filosofia, bem como a reforma religiosa, o que levou à valorização do individualismo e do racionalismo. Dessa maneira, sob os ideais do iluminismo, o Estado Absolutista deu lugar ao Estado Liberal, que tinha como principais características a legalidade, a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, principais emblemas da Revolução Francesa²³¹. Desde o início desse movimento, a busca pela igualdade levou à supressão da maior parte dos privilégios que decorriam do Antigo Regime. Em matéria de direito sucessório, até então vigorava, basicamente, o direito consuetudinário, marcado pela pluralidade de sucessões. A Lei de 4 de agosto de 1789 aboliu o regime feudal. A Lei de 8 de abril de 1791 aboliu diversos privilégios, como aqueles relacionados à primogenitura e à varonia. A Lei de 27 Nivoso, ano II, de 6 de janeiro de 1794, suprimiu a distinção realizada a partir da origem e natureza dos bens. Além disso, estabeleceu ordem de vocação hereditária – descendentes, ascendentes e parentes colaterais – e estabeleceu direito de representação infinito²³².

O velho direito das sucessões foi abolido em 1789, pois consolidava as ordens estamentais e os poderes estabelecidos, ou seja, o rei, a igreja e a nobreza. Por isso, a primogenitura e outros privilégios foram abolidos e substituídos pelo princípio da igualdade entre os herdeiros. Preliminarmente, os testamentos foram proibidos, uma vez que havia receio de que servissem para a restauração dos antigos privilégios. No entanto, mais tarde, foram readmitidos, mas limitados a um sexto da herança. O objetivo do novo direito das

que o regime matrimonial não implicasse direito de meação de todos os bens ou somente dos adquiridos, devendo ser sua porção igual à dos ascendentes com que concorresse (artigo 1.775). Se não houvesse descendentes ou ascendentes, o cônjuge herdaria a totalidade do patrimônio (artigo 1.776). O cônjuge foi incluído como herdeiro necessário, fazendo, destarte, jus à porção legítima (artigo 1.884), que era igual a dois terços da herança.

²³⁰ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 3.

²³¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 139-157.

²³² BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, cit., p. 246-248.

sucessões foi o da mais ampla distribuição da herança²³³. O Código Civil de 1804 foi influenciado sobretudo pelo direito romano e pelo direito dos países do direito escrito. Foi mantida a unidade da sucessão, a igualdade entre herdeiros do mesmo grau e houve a substituição do sistema de parentelas pelo sistema de devolução da Novela 118. Além disso, o parentesco foi restrito ao décimo segundo grau²³⁴.

Consagrando uma limitada liberdade testamentária, conservou-se, no *Code Civil*, o princípio da unidade da sucessão, consoante o disposto em seu artigo 732, revogado pela Lei n. 2001-1195 de 3 de dezembro de 2001, garantindo-se igualdade entre os herdeiros do mesmo grau, conforme a disposição do antigo artigo 745 do *Code*. Foi estabelecida, entretanto, uma exceção à unidade da sucessão, em relação à sucessão dos ascendentes e dos colaterais. Nos aludidos casos, o *Code Civil* previu que a sucessão se dividiria em duas partes iguais, sendo uma destinada para os parentes da linha paterna e outra para os parentes da linha materna. Essa concepção foi mantida após as modificações introduzidas no *Code* pelas Leis n. 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001, e 2006-728, de 23 de junho de 2006. O princípio da unicidade da sucessão disposto na codificação francesa de 1804 influenciou fortemente as demais codificações ocidentais, como a brasileira de 1916, cuja concepção foi mantida no Código Civil de 2002²³⁵.

Portanto, o Brasil, ainda que com atraso, também sofreu influência dos ideais liberais surgidos na Europa, que, aliás, contribuíram, de maneira determinante, para o processo de codificação civil e impactaram sobremaneira no conteúdo do Código Civil de 1916. Todavia, o contexto social brasileiro era completamente diferente daquele em que essas ideologias se originaram e desenvolveram na Europa. Entre o final do século XIX e o início do século XX, não havia, ainda, iniciado o processo de transformação da economia brasileira; sendo assim, a estrutura econômica era eminentemente agrária. A principal atividade econômica era a lavoura rudimentar extensiva, cuja mão de obra tinha deixado de ser escrava havia pouco tempo. Ainda se verificava, no Brasil, enorme influência do colonialismo português. A elite brasileira tentava imitar o estilo de vida e os hábitos das nações europeias, o que criava uma falsa impressão de progresso cultural. No entanto, na realidade, a sociedade mantinha o comportamento do Brasil-colônia, marcada pelo primitivismo patriarcal. Dessa maneira, perpetuava-se no poder uma elite comerciante (que

²³³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 19.

²³⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 47.

²³⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 59-61.

se desenvolveu em razão de a elite agrícola necessitar de produtos importados) e, sobretudo, uma elite fazendeira muito poderosa. Essa elite enriquecia ao manter o país subdesenvolvido, e a ideologia liberal ajustava-se perfeitamente a esse escopo, pois assim era possível manter afastada a ingerência do Estado em questões particulares, possibilitando que a elite agrária e comerciante atuasse livremente na persecução de seus interesses²³⁶.

Considerando que inexistiam genuínas justificativas ideológicas e contextuais para absorção dos ideais liberais europeus, evidentemente foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro apenas disposições que eram, verdadeiramente, de interesse da elite. Tanto isso é verdade que, na Europa, o ultraliberalismo, em 1916, já se encontrava em declínio, iniciando-se a inserção de direitos sociais nos ordenamentos jurídicos como reflexo de fenômenos sociais advindos da Revolução Industrial. Evidentemente, a elite nacional estava a par das novas tendências internacionais. Entretanto, houve, no Brasil, enorme resistência à inserção desses direitos no ordenamento jurídico, uma vez que sua incorporação afrontava diretamente os interesses da classe dominante²³⁷.

As características patriarcais, ruralistas e colonialistas da sociedade brasileira do século XIX e princípio do século XX refletiam-se, como era de imaginar, na estrutura familiar brasileira. Conforme mencionado, o Brasil ainda estava impregnado de regras e costumes do colonialismo português²³⁸. A influência portuguesa determinou a formação de famílias extremamente coesas internamente, que expandiam seus domínios por meio das relações de parentesco. Inclusive, eram incentivados os casamentos entre pessoas da mesma família como forma de manter o patrimônio sob a mesma unidade familiar, bem como de modo a manter um núcleo de domínio com os mesmos interesses econômicos e políticos²³⁹. Ademais, também graças à influência portuguesa, a família era, ainda, fortemente marcada por regras católicas herdadas do direito canônico, como aquelas relativas à indissolubilidade do casamento, à monogamia, aos impedimentos matrimoniais, à noção de casamento nulo e à formação sacramental do núcleo familiar pelo matrimônio²⁴⁰. Tanto isso é verdade que aludidas regras foram expressamente previstas no Código Civil de 1916.

No que se refere à sucessão, no Código de 1916, a sucessão legítima continuou a ter lugar nas hipóteses de ausência de testamento. Sob a influência do sistema franco-

²³⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40-41.

²³⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, cit., p. 51-67.

²³⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 15-17.

²³⁹ SAMPAIO, Maércio Frankel de Abreu. O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges, cit., p. 113.

²⁴⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*, cit., p. 15-17.

germânico, como já mencionado, perpetuou-se, no ordenamento pátrio, o princípio da *saisine*. Por outro lado, manteve-se a tradição romana pela qual os parentes eram divididos em classes preferenciais na sucessão, sendo que, dentro de uma classe, os parentes mais próximos excluía os mais remotos. A legítima (parte indisponível da herança a ser destinada aos herdeiros necessários), que, anteriormente, equivalia à terça parte dos bens do sucedido, conforme alteração introduzida pela Lei Feliciano Pena, continuou a corresponder à metade da herança. A sucessão, pelos colaterais, como também já aludido, no Código Civil de 1916 foi limitada ao sexto grau, e, a partir da modificação do artigo 1.612 desse Código pelo Decreto-lei n. 9.461, de 15 de julho de 1946, o limite foi reduzido para o quarto grau, o que foi mantido no Código Civil de 2002.

Tal como já acontecia sob a vigência das Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 estabeleceu ordem de vocação hereditária verdadeiramente seccionada²⁴¹, posto que as etapas vocatórias eram rígidas e não havia previsão de concorrência sucessória. Inexistia, desse modo, a possibilidade de herdeiros de classes diferentes herdarem de forma coordenada e concomitante (ressalvado o direito de representação). A regra era, portanto, que a existência de herdeiros de uma classe excluísse da sucessão os herdeiros da classe seguinte²⁴².

A sucessão legítima, sob a égide do Código Civil de 1916, deferia-se, originalmente, na seguinte ordem: aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, aos colaterais e, por último, aos estados, ao Distrito Federal ou à União²⁴³. O cônjuge continuou a ocupar, destarte, a terceira posição na ordem de vocação hereditária. Nesse diapasão, o consorte da pessoa falecida apenas assumiria a posição de herdeiro na hipótese de inexistirem descendentes ou ascendentes do morto.

De acordo com Ana Luiza Maia Nevares²⁴⁴, o Código de 1916 baseou-se no parentesco consanguíneo, privilegiando o patriarcado, em que a família era liderada pela autoridade marital e a família era constituída, exclusivamente, pelo casamento. Buscava-se

²⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 192-193.

²⁴² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: série concursos públicos – direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 143.

²⁴³ Atualmente, no Código Civil de 2002, o Poder Público foi retirado da ordem de vocação hereditária. Reconheceu-se, desse modo, que o Estado não é herdeiro, mas mero destinatário de bens vagos. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, cit., p. 196.

²⁴⁴ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 3.

garantir, nesse modelo, a continuidade do patrimônio dentro do mesmo grupo familiar. Afinal, era improvável que o consorte falecesse sem descendentes ou ascendentes, de modo que ao cônjuge fosse deferida a herança. Dessa maneira, dificultava-se que o patrimônio migrasse para as mãos de outra família ao ser constituído novo casamento. Não obstante, no Código Civil de 1916, o cônjuge estivesse elencado entre os herdeiros legítimos, como mencionado anteriormente, não foi considerado herdeiro necessário. Em vista disso, era perfeitamente admissível seu afastamento da sucessão por disposição de última vontade de seu consorte independentemente do regime de bens adotado.

Em se tratando do testamento, o direito de dispor da própria fortuna por ato de última vontade foi disposto, no Código Civil de 1916, de forma prevalente em relação à sucessão legítima como reflexo do progresso do individualismo. O indivíduo reafirmava-se perante a sociedade e a família. Por conseguinte, a sucessão testamentária tornava-se a modalidade de sucessão por excelência. Considerando que a sucessão legítima constituiria a vontade do testador, havia presunção de que a ordem estabelecida na lei substituiria a vontade do testador de forma tácita. Dessa maneira, continuaram a conviver as instituições do testamento e da sucessão legítima, que poderiam se operar de forma concomitante²⁴⁵.

No que se refere ao regime de bens, não é de surpreender que, no Código Civil de 1916, tenham sido replicadas disposições das Ordenações Filipinas, impondo-se o regime de comunhão universal de bens como regime legal supletivo, ressalvando-se, todavia, a possibilidade de estabelecimento de outro regime na hipótese de ser celebrado pacto antenupcial²⁴⁶. Claramente, o regime de comunhão universal de bens, naquela época, era o que mais se coadunava com a realidade social brasileira, uma vez que viabilizava a manutenção dos bens sob o poder de núcleos familiares senhoriais, assim como ocorria em relação às regras sucessórias.

Adicionalmente, o ordenamento brasileiro manteve, como opção, o regime dotal, de índole claramente aristocrática. No regime dotal, os bens da mulher, a partir do casamento, eram administrados exclusivamente pelo marido. Portanto, na realidade, o regime dotal não era exatamente um regime de bens, mas uma forma de administração do patrimônio da esposa²⁴⁷. Ademais, no Brasil, com o advento do Código Civil de 1916, não apenas foi mantido o poder marital como se incluiu a mulher casada no rol dos relativamente

²⁴⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 49.

²⁴⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 44.

²⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6. p. 356.

incapazes, ao lado dos silvícolas e dos pródigos. Graças a essa previsão, a mulher casada necessitava da assistência do marido para a prática de alguns de seus direitos civis, por exemplo, para exercer profissão e receber herança²⁴⁸⁻²⁴⁹. Observa-se, assim, que no Código Civil de 1916, adotou-se um posicionamento, nas palavras de Orlando Gomes²⁵⁰, despoticamente patriarcal, de modo a garantir a detenção classista da riqueza pelos institutos do casamento e da sucessão.

A manutenção da comunhão universal de bens como regime legal supletivo assegurava ao cônjuge sobrevivente o direito à meação, o que tendia a assegurar-lhe condição patrimonial confortável em caso de viuvez. Todavia, na hipótese de escolha de regime de bens diverso pelos consortes, em caso de falecimento de um dos cônjuges, o matrimônio sobrevivente deparar-se-ia com situação financeira muito menos favorável. Afinal, se os cônjuges selecionassem, por exemplo, sujeitar-se ao regime de separação total de bens, não haveria direito à meação²⁵¹.

Conforme mencionado, a sociedade brasileira, durante a elaboração do Código Civil de 1916, era caracterizada por uma estrutura eminentemente patriarcal, ruralista, colonialista e religiosa. Utilizava-se a família para concentrar interesses patrimoniais e políticos. A mulher estava sujeita ao poder masculino, ora do pai, ora do marido, não tendo liberdade na administração de seus bens ou na gestão de sua vida privada. Diante desse contexto, a morte do cônjuge varão, especialmente nas hipóteses em que se adotasse regime de bens diverso do da comunhão total (em que o cônjuge teria, ao menos, direito à meação sobre a totalidade dos bens), poderia deixar o consorte sobrevivente do sexo feminino, que raramente integrava o mercado de trabalho ou auferia renda de qualquer natureza, inteiramente à míngua.

A partir do primeiro quarto do século XX, diversos acontecimentos históricos, como a Revolução Industrial e a conseqüente urbanização, acarretaram profundas modificações na sociedade brasileira. Nas cidades, a família, que antes constituía unidade de produção, passou a constituir unidade de consumo. Conseqüentemente, para atender às necessidades da família, a mulher passou a integrar a força de trabalho ao lado do cônjuge varão, o que resultou no desaparecimento de funções familiares bem delineadas. Dessa

²⁴⁸ SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código de Napoleão e sua influência no Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 199.

²⁵⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, cit., p. 63.

²⁵¹ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 3.

maneira, houve, de um lado, o paulatino esfacelamento do pátrio poder, e, de outro, o incremento da independência feminina. Iniciaram-se, assim, movimentos feministas na defesa dos interesses das mulheres, como inclusão na política e ocupação de cargos de relevância socioeconômica²⁵².

Todas essas modificações na coletividade brasileira geraram um profundo afastamento entre o Código Civil de 1916 e a realidade social. Por conta disso, emergiram diversos microssistemas com o escopo de compatibilizar o ordenamento jurídico com o novo panorama. Dentre os microssistemas promulgados, destaca-se o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62, que determinou avanços fundamentais na caminhada pela igualdade entre cônjuges. Entre eles, extinguiu-se o *status* de incapacidade relativa da mulher casada e admitiu-se a colaboração feminina nas decisões familiares.

Além disso, pelo Estatuto da Mulher Casada, foram inseridos no Código Civil de 1916 direitos sucessórios ao cônjuge em determinadas situações, mesmo que houvesse descendentes ou ascendentes sucessíveis. A Lei n. 4.121/62 acrescentou o § 1º ao artigo 1.611 do revogado Código, introduzindo o usufruto vidual. Em virtude desse instituto, o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial ou separação total de bens tinha direito ao usufruto dos bens do cônjuge falecido enquanto perdurasse a viuvez. Caso houvesse descendentes do falecido, o cônjuge tinha direito de usufruto sobre um quarto dos bens do morto. Por sua vez, se houvesse ascendentes, tinham direito de usufruto sobre metade dos bens do falecido. Ademais, foi inserido o § 2º, que conferiu direito real de habitação ao cônjuge casado sob o regime de comunhão universal de bens relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar e que fosse mantido o *status* de viuvez. Cumpre destacar que, malgrado fosse prevista a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes ou entre cônjuge e ascendentes, a concorrência não se operava sobre direito de propriedade dos bens da herança. Na realidade, conforme o caso, originavam-se direitos reais sobre coisas alheias, ou seja, usufruto e direito real de habitação²⁵³.

É fundamental observar que o usufruto vidual foi previsto somente para as hipóteses em que os cônjuges fossem casados sob o regime de comunhão parcial ou separação de bens. O motivo é evidente. É certo que, qualquer que fosse o regime de bens adotado, dificilmente o cônjuge assumiria a posição de herdeiro, posto que apenas herdaria se não houvesse

²⁵² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31-47.

²⁵³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 144-145.

descendentes ou ascendentes do falecido. Restava-lhe, assim, na melhor das hipóteses, o direito à meação se casado sob o regime de comunhão parcial. Se houvesse optado pelo regime de separação total de bens, nem mesmo à meação teria direito. No regime de comunhão universal de bens, ainda que houvesse descendentes ou ascendentes, conforme já destacado, após a morte de um dos cônjuges, o matrimoniado sobrevivente recebia, a título de meação, metade dos bens e direitos do acervo comum, composto pela totalidade do patrimônio constituído antes ou depois da celebração do casamento. Uma vez destinatário de metade do acervo patrimonial do sucedido, não se cogitava que o viúvo restasse em situação de desamparo. Ainda assim, o legislador preocupou-se em garantir-lhe o direito real de moradia, evitando, dessa maneira, que o cônjuge supérstite fosse desalojado do imóvel que residia com o falecido. De outra parte, no regime de comunhão parcial de bens, se houvesse descendentes ou ascendentes, além de não ser herdeiro, competiria ao cônjuge sobrevivente apenas metade dos bens e direitos adquiridos durante o casamento. Nessa senda, se, durante o casamento, não houvesse a constituição de patrimônio, o cônjuge nada teria a mear. Nesse contexto, caso, com o falecimento do consorte, também não pudesse herdar, o matrimoniado poderia restar em estado de penúria. Ainda pior poderia resultar a situação do cônjuge na circunstância de o casamento haver sido realizado sob o regime de separação total. Afinal, em havendo descendentes ou ascendentes, não caberia ao consorte sobrevivente qualquer bem ou direito, seja em decorrência do direito de meação, seja em decorrência de direito sucessório. Nessa senda, o escopo do Estatuto da Mulher Casada foi, indubitavelmente, o de tutelar o cônjuge viúvo, de modo que não enfrentasse graves dificuldades econômicas após o falecimento de seu consorte²⁵⁴.

A Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, determinou o fim da indissolubilidade do casamento no Brasil (preceito inserido pela Constituição da República de 1934 e mantido nas Constituições de 1937 e 1946), estabelecendo que o matrimônio poderia “ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Apenas após referida emenda foi possível a prolação da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, apelidada de Lei do Divórcio, que regulamentou o divórcio e a separação judicial no Brasil. A Lei do Divórcio estabeleceu, ainda, a comunhão parcial como o regime legal supletivo em substituição à comunhão universal de bens. Apesar de tratar-se de regime mais adequado aos novos tempos, incidentalmente se pode dizer que houve uma

²⁵⁴ SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 153.

piora sucessória na condição do cônjuge sobrevivente. Afinal, se, antes, adotando o regime legal supletivo (logicamente, mais comum), o viúvo era destinatário de metade de todo o acervo patrimonial constituído por bens adquiridos por ambos os matrimônios antes e depois do casamento, depois da Lei do Divórcio a meação do viúvo submetido ao regime legal supletivo passou a incidir apenas sobre os bens constituídos após as núpcias, sendo excluídos aqueles recebidos a título gratuito por doação ou herança. Cumpre destacar novamente que, em regra, a meação era a única porção patrimonial recebida pelo viúvo, uma vez que, para que se beneficiasse da herança do sucedido, era necessário que inexistissem descendentes ou ascendentes, o que ocorria na minoria dos casos. Adicionalmente, mesmo que não houvesse parentes sucessíveis na primeira e segunda etapas da ordem de vocação hereditária, era permitido que o cônjuge fosse afastado da sucessão por disposição testamentária, posto que não era herdeiro necessário. Inegavelmente, a norma prejudicava mais as mulheres, que, na época, ainda se encontravam em estágio menos adiantado no que se refere à inserção no mercado de trabalho e à independência financeira.

No Brasil, influenciada pelas Cartas europeias, a Constituição de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito, no qual o valor maior consagrado foi a dignidade da pessoa humana. A tendência internacional à valorização do ser humano decorreu de processo histórico iniciado após o fim da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, verificou-se grande repúdio de toda a comunidade mundial a qualquer tipo de conduta ou tratamento à pessoa que desconsiderasse a dignidade do indivíduo e sua vida como finalidade em si mesmas. Desenvolveu-se, dessa maneira, relevante e complexa doutrina e jurisprudência em defesa da existência de direitos da personalidade, independentemente de sua posituação pelo ordenamento jurídico²⁵⁵.

O direito pós-moderno foi, portanto, influenciado por uma série de fatores sociais e históricos que levaram à aplicação do direito em prol dos direitos humanos e da justiça. Seguindo essa orientação, no âmbito familiar, a Carta de 1988 abraçou o valor eudemonista, segundo o qual o objetivo maior do indivíduo é atingir a paz e a felicidade. Em adição, consagrou uma série de princípios correlatos aplicáveis à família e às sucessões, como o princípio da solidariedade e o da afetividade. Pelo princípio da solidariedade, que abrange os conceitos de fraternidade e reciprocidade, busca-se superar o individualismo jurídico em prol de uma sociedade livre, justa e solidária, inclusive pelos vínculos afetivos que unem os

²⁵⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa natural e novas tecnologias. Aula Magna da Faculdade de Direito de São Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP*, nova série, ano 14, n. 27, jan./jun. 2011. p. 46.

indivíduos em famílias. O princípio da solidariedade foi previsto pelo 3º, inciso I, da Carta Constitucional, ao passo que o princípio da reciprocidade entre pais e filhos foi contemplado pelo artigo 229. No que se refere à afetividade, consagrou-se o entendimento de que ela permite a realização do indivíduo e o desenvolvimento de sua personalidade. Graças à incidência desse princípio, a família deixou de ser encarada como entidade política para ser reconhecida como uma reunião de pessoas ligadas pelo afeto, estabilidade, assistência mútua e responsabilidade social²⁵⁶.

Além disso, a Constituição de 1988 elevou o direito à herança à categoria de direito fundamental, constituindo mecanismo para valorização do ser humano e preservação de sua dignidade. Aditivamente, os artigos 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso I, trataram do direito à igualdade, que passou a estender-se ao direito de família e sucessões. Reconheceu-se a união estável e a família monoparental como formas de constituição da entidade familiar e instaurou-se a plena igualdade do homem e da mulher no casamento. Por fim, atribuiu-se tratamento igualitário a todos os filhos, sendo proibida qualquer forma de discriminação em virtude de sua origem, o que foi reiterado por disposições da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Com a Constituição de 1988, a família deixou, destarte, de ser vista sob o ponto de vista eminentemente institucional para assumir caráter instrumental, no sentido de ser o âmbito em que se verifica o desenvolvimento pessoal e social de seus membros, com a preponderância de vínculos de afetividade e solidariedade²⁵⁷. Ana Luiza Maia Nevares²⁵⁸ salienta que a família passou por um processo de retração em sua composição, sendo a família patriarcal substituída pela conjugal, constituída pelo pai, mãe e filhos menores. A autora destaca, ainda, a estatização da família, com crescente ingerência do Estado nas relações familiares. Aponta, adicionalmente, para a democratização do grupo familiar, tendo sido emancipados a mulher e os filhos. Por fim, enfatiza a dessacralização da família, que deixa de ser indissolúvel, além de serem admitidas novas formas de constituição familiar, não apenas o casamento.

A nova concepção de família gerou, logicamente, reflexos no direito das sucessões, em especial na sucessão legítima. Pelos institutos sucessórios, passou-se a buscar a proteção

²⁵⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, cit., p. 31-47.

²⁵⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009. p. 468.

²⁵⁸ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 4.

integral da pessoa humana e a concretização de uma vida digna para os membros da família pela divisão dos bens materiais²⁵⁹.

No Código Civil de 2002, continuaram a conviver a sucessão legítima e a testamentária. Contudo, o regramento acerca da sucessão teria abandonado o modelo de caráter impositivo e excludente, passando a ter como intuito o benefício da família, tendo em vista o acordo de vontades e as liberdades fundamentais²⁶⁰. Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 teria trazido relevantes inovações para o direito sucessório, amparadas pelo sobreprincípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa e pelos princípios da afetividade, da reciprocidade e da solidariedade. Dentre elas, destaca-se a alteração da ordem de vocação hereditária, que possibilitou a concorrência do cônjuge com descendentes e ascendentes, a elevação do cônjuge à categoria de herdeiro necessário e a extensão do direito real de habitação para os consortes supérstites casados em qualquer regime de bens, sem imposição da necessidade de manutenção do *status* de viuvez. No que se refere ao testador, foram, portanto, ampliadas as limitações a sua autonomia de vontade de modo a resguardar o interesse da família, sua segurança, sua preservação e sua dignidade, principalmente no que se refere ao consorte sobrevivente.

Ao observar o atual regramento sucessório acerca do cônjuge, constata-se clara opção legislativa por valorizar a relação de afeto entre cônjuges e por incentivar a solidariedade, evitando que, com o falecimento de um deles, o viúvo fosse deixado sem recursos para manter a sobrevivência compatível com sua dignidade. De qualquer modo, não obstante a ampliação da liberdade sucessória do testador, foi mantida, de modo relativamente amplo, a autonomia privada do testador quanto à disposição *causa mortis* do patrimônio. Afinal, continuou-se a admitir não apenas a celebração de testamento como, também, a realização de doações em vida, a renúncia à herança (após abertura da sucessão), a imposição de cláusulas restritivas, a transação, a instituição de fideicomisso, o estabelecimento de condomínio e a imposição de usufruto²⁶¹.

Malgrado a evidente boa vontade legislativa na elaboração do Código Civil de 2002 no sentido de proteção à dignidade dos membros da família, com foco na observância dos princípios da solidariedade, igualdade, reciprocidade e afetividade, uma análise mais detida

²⁵⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens, cit., p. 468.

²⁶⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 50.

²⁶¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 50.

da atual realidade social é capaz de colocar em dúvida se, hoje, as regras previstas no atual diploma civil ainda servem aos propósitos para os quais foram elaboradas, posto que, possivelmente, teriam perdido a razão de ser diante das transformações recentes e paulatinas da coletividade. José Fernando Simão²⁶² destaca que o hodierno regramento do Código Civil de 2002 foi concebido entre os anos sessenta e setenta, quando o divórcio nem era, ainda, previsto no ordenamento pátrio. Portanto, o legislador teve como referência a realidade social de uma época em que a família constituía instituição mais sólida e duradoura. De fato, sobrevivendo falecimento de um dos consortes após duradouro matrimônio, a partir do qual houvesse se originado a prole de ambos, fazia mesmo sentido que, sob o enfoque da solidariedade e da afetividade, o cônjuge ocupasse, necessariamente, a posição de herdeiro. Imaginar o contrário poderia até mesmo gerar certa sensação de injustiça.

A preocupação com o cônjuge foi, inclusive, manifestada na Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil de 2002, realizada por Miguel Reale²⁶³. Segundo o professor, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes e ascendentes, ter-se-ia dado em razão da alteração do regime legal de bens perpetrada com a Lei do Divórcio e sufragada pelo novo Código. Afinal, ao adotar-se a comunhão parcial de bens como regime legal supletivo, deixaria de haver comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, razão pela qual seria necessário ampliar seus direitos sucessórios para que, falecendo um dos consortes, o matrimoniado sobrevivente não restasse à míngua.

Todavia, na ocasião em que o Código Civil de 2002 foi promulgado, já havia novas e profundas transformações sociais. Em 1977, quando o divórcio passou a ser admitido no ordenamento pátrio, incidiam sobre o instituto diversas restrições. A separação judicial foi prevista como etapa intermediária entre o casamento e a dissolução definitiva pelo divórcio. Além disso, admitia-se que o divórcio ocorresse apenas uma vez. Com o passar do tempo, as restrições para a dissolução do vínculo conjugal reduziram progressivamente. A Constituição Federal de 1988 não previu restrições ao número de divórcios, e, posteriormente, a Lei n. 7.841/89 revogou o artigo 38 da Lei n. 6.615/77, que vedava divórcios sucessivos. A Lei n. 11.441/2007 viabilizou a separação judicial e o divórcio administrativos, instrumentalizados por escritura pública lavrada por tabelião de notas nas

²⁶² SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório: de lege ferenda*. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

²⁶³ Informação extraída da página eletrônica do Senado Federal. p. 57. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>. Acesso em: 14 abr. 2021.

hipóteses de consenso e inexistência de filhos incapazes. Por fim, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, a separação judicial prévia foi eliminada como etapa intermediária e os prazos para concessão do divórcio foram suprimidos. Nota-se, assim, que a dissolubilidade do casamento pelo divórcio foi gradualmente facilitada, até alcançar o *status* atual, em que, para que haja divórcio, basta o desejo de um dos consortes, posto que o direito de se divorciar tornou-se potestativo.

Evidentemente, essas graduais modificações no ordenamento jurídico refletem o esforço do Poder Legislativo em compatibilizar as normas com um moderno contexto social, em que os relacionamentos costumam ser muito mais efêmeros que outrora. A carga moral negativa, que antes recaía sobre cônjuges separados, esfacelou-se. Paralelamente, as funções familiares perderam, por completo, seus contornos precisos. As mulheres, totalmente inseridas no mercado de trabalho (ao menos nos centros urbanos), deixaram de depender financeiramente da figura do marido provedor. Da mesma forma, os homens, de modo geral, muito mais próximos dos assuntos domésticos e da criação dos filhos, deixaram de depender das mulheres para administrar o lar e educar a prole.

Assim, cada vez mais, o único motivo capaz de manter uma união é o vínculo afetivo, mas, em um mundo consumista, em que os indivíduos se encontram imersos na globalização e na revolução tecnológica, busca-se, a todo custo, a satisfação plena, imediata e permanente, independentemente da superficialidade do resultado. Tudo precisa ser rápido. A comunicação, o acesso à informação, a produção, o consumo, a alimentação, a obtenção de conhecimento, tudo deve acontecer às pressas. Criam-se vínculos afetivos de forma repentina, e, como esperado, esses vínculos despedaçam-se na mesma velocidade. Além disso, o valor eudemonista incutido na sociedade impulsiona os indivíduos a buscarem a felicidade fácil e instantânea, o que os leva a abandonar, prontamente, os relacionamentos diante das primeiras dificuldades e a buscar a felicidade em novas relações. Emergem, assim, as famílias recompostas, produto de fins e começos sucessivos de casamentos, com ou sem prole. Diante dessa nova realidade, o casamento já não tem sido encarado, por parcela significativa da população, como um instituto vitalício. Nunca antes o “que seja infinito enquanto dure” foi tão atual.

Em um mundo onde os casamentos vêm se tornando cada vez mais efêmeros, não é de estranhar que regras sucessórias que coloquem o cônjuge em destaque sem que haja autonomia para afastá-lo da herança estejam sendo alvo de críticas e reinterpretções. Em vista disso, urge refletir acerca do atual regramento sobre a matéria e cogitar formas adequadas de flexibilização.

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A sucessão é legítima quando a transmissão *causa mortis* é deferida aos herdeiros indicados na ordem estabelecida pela lei. É comum afirmar que, presumidamente, na ausência de testamento, o sucedido, caso houvesse manifestado, em vida, seu desejo a respeito da sucessão, teria ele próprio escolhido os indivíduos e a ordem elencados na lei para sucedê-lo em razão dos laços de parentesco e de vínculo derivado do casamento ou união estável²⁶⁴. Nessa senda, de acordo com Pontes de Miranda²⁶⁵, o fundamento da sucessão legítima seria a vontade presumida do sucedido, bem como a existência de vínculo familiar, ou, na falta de elementos da família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal. Arnoldo Wald²⁶⁶ aponta, ainda, para outros fundamentos utilizados pela doutrina a fim de justificar a sucessão legítima. Dentre eles, destaca corrente que defende que a sucessão legítima seria resquício da propriedade primitiva, que teria sido familiar. Salienta, também, linha de pensamento segundo a qual seria natural que o falecido, tendo, em vida, contribuído para o sustento de sua família, quisesse que os bens remanescentes fossem atribuídos àqueles que com ele conviveram e que ele, em vida, sustentou.

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira²⁶⁷ aduzia que sucessão legítima seria aquela deferida por determinação legal, processando-se pelo império exclusivo da lei. Por essa razão, também seria correto designá-la sucessão legal. Assim, afirmava o autor que, segundo uma posição eminentemente positivista, o fundamento da sucessão legítima seria a vontade legislativa. Em se tratando da justificação da sucessão legítima, aludia haver quatro ordens e influências: histórica, familiar, individual e social. Em se tratando da histórica, asseverava que a sucessão *ab intestato* estaria presente em todos os povos da antiguidade. Segundo o autor, estaria, ainda, em toda a civilização ocidental. No que se refere à filial, aludia à sucessão legítima como fator de coesão da unidade da família, assegurando a permanência dos bens dentro do organismo familiar. Em se tratando do plano individual, a sucessão legítima obedeceria a um critério de afeição presumida, uma vez que os herdeiros

²⁶⁴ O artigo 1.788 do Código Civil estabelece que, “morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. LV, p. 201.

²⁶⁶ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito civil*, cit., p. 97.

²⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 24. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 69.

seriam chamados a suceder em uma ordem de gradação afetiva que, em regra, encontraria guarida na realidade. No plano social, abordava o autor que, nesse ambiente, o homem viveria e laboraria e que a organização da sociedade permitiria constituir e resguardar o patrimônio. Nessa senda, a sucessão legítima admitiria a devolução da herança ao Estado quando ela não competisse aos membros da família.

Divergente das linhas de pensamento acima é o posicionamento de Ana Luiza Maia Nevares²⁶⁸. Quanto à teoria da vontade presumida do sucedido, afirma a autora que estaria apoiada em premissas altamente individualistas, de modo que a vontade individual do sucedido seria, isoladamente, a causa dos efeitos jurídicos das relações privadas, cabendo à lei somente reconhecê-la e tutelá-la, razão pela qual teria sido abandonada. Esclarece a doutrinadora que essa linha de pensamento se opunha àquela da comunhão jurídica patrimonial da família, herança dos antigos povos germânicos, que atribuíam a propriedade da terra à família. Ao *Hausvater* (pai de família) apenas cabia administrá-la. Aduz a professora que também essa tese, atualmente, é desprezada. Para a estudiosa, grande parte da doutrina fundamenta, hoje, a sucessão legítima em um conceito de interesse superior da família, entendida como instituição de importância social. Ela destaca, ainda, que a Constituição da República de 1988 protege a família não em si mesma, mas como instrumento de promoção da personalidade e da dignidade de seus membros, uma vez que prevê, em seu artigo 226, § 8º, que o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um de seus membros. Defende Ana Luiza Nevares, por conseguinte, que tal concepção deveria ser irradiada para o direito das sucessões. Assim, segundo a doutrinadora, não obstante seja irrefutável que o direito do sucessor legítimo emergja da morte, o fundamento da sucessão legítima estaria ligado ao conjunto das relações oriundas dos vínculos familiares antes da morte do sucedido. Sendo assim, o fundamento da sucessão seriam as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar. Por sua vez, a função social da sucessão legítima seria, sobretudo, garantir a solidariedade entre os membros do núcleo familiar, uma vez que possibilitaria a distribuição de valores materiais a membros da família, o que constituiria um mecanismo potencial para a libertação das necessidades e, assim, para a concretização de uma vida digna.

É importante destacar que a sucessão é legítima não apenas nos casos em que não tiver havido a lavratura de testamento. Nos termos do que estabelece o já mencionado artigo 1.788 do Código Civil, a transmissão *causa mortis* também seguirá a ordem de vocação

²⁶⁸ NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 43-44 e 47.

hereditária nas ocasiões em que o testamento for nulo, como acontece, por exemplo, nas hipóteses de testamento lavrado por pessoa com idade inferior a dezesseis anos²⁶⁹. Ademais, seguir-se-á a ordem de vocação hereditária se o testamento for ineficaz, como acontece na hipótese de o favorecido falecer antes do testador sem que o sucedido tenha indicado substituto²⁷⁰. Além disso, também em relação aos bens não abrangidos pelo testamento, prevalecerá a sucessão legítima²⁷¹. Carlos Maximiliano²⁷² acrescenta a essas hipóteses: (i) situação em que o testamento tenha sido revogado ou inutilizado por quem de direito; (ii) situação em que o beneficiado haja renunciado à herança, tenha sido considerado indigno ou haja morrido antes do testador; (iii) ocasião em que o testador tenha imposto condição que leva tempo para ser cumprida, de sorte que, no intervalo, seria chamado um pré-herdeiro; (iv) hipótese em que não tenha sido satisfeita condição ou requisito exigido pelo testador; (v) caso em que tenha sido contemplada pessoa jurídica não autorizada pelo Estado. Ademais, acrescentava Silvio Rodrigues²⁷³ que incidirá a sucessão legítima até o limite em que houve excesso caso o testador extrapole seu direito de testar, suprimindo os direitos de herdeiros necessários. Destarte, sempre que houver bens sobre os quais se verifique a ausência de possibilidade de produção de efeitos do testamento, a sucessão será legítima²⁷⁴. Verifica-se, assim, que no direito brasileiro, ao contrário do que ocorria no direito romano²⁷⁵, é possível a coexistência simultânea da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

Na sucessão legítima, como já aludido, a herança é distribuída segundo ordem de vocação hereditária prevista em lei. De acordo com José de Oliveira Ascensão²⁷⁶, na origem da vocação encontra-se um fato e um efeito jurídico. Segundo o autor, o fato jurídico é um fato complexo de produção sucessiva necessariamente, isto é, resultaria da combinação de fatos jurídicos parcelares, que não se verificam simultaneamente. Esses fatos seriam a

²⁶⁹ Zeno Veloso critica o artigo 1.788 por referir-se, exclusivamente, ao testamento nulo, sem fazer menção ao testamento anulável. Afinal, também na hipótese de o testamento ser anulável, a sucessão seguirá a ordem de vocação hereditária prevista em lei. VELOSO, Zeno. *Testamento*, cit., p. 390.

²⁷⁰ Não há convergência, na doutrina, sobre o testamento caduco. Discute-se se seria inválido ou ineficaz. José Luiz Gavião de Almeida entende que seria caduco o testamento feito na ignorância de existência de herdeiro necessário, aludindo ao artigo 1.974 do Código Civil. Diante desse entendimento, o testamento seria, nessa hipótese, inválido e não ineficaz. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima*. Arts. 1784 a 1.856. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007. v. XVIII. p. 249-250.

²⁷¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 170.

²⁷² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 134.

²⁷³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 16.

²⁷⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões brasileiro*, cit., p. 322.

²⁷⁵ No direito romano, caso o testador destinasse parte de seus bens a determinado herdeiro, seu sucessor receberia também os bens em relação aos quais o testador houvesse sido omissivo, embora com a exclusão dos herdeiros legítimos. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p. 11.

²⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 130-131.

abertura da sucessão e um fato designativo. Esclarece o estudioso que a abertura da sucessão seria, em si, um efeito jurídico, mas sua produção seria um fato. Combinando-se a abertura da sucessão com um fato designativo, entrar-se-ia em uma nova fase, chamada de vocação. O efeito jurídico da vocação seria a atribuição do direito de suceder.

Sinteticamente, afirmava Caio Mário da Silva Pereira²⁷⁷ que ordem de vocação hereditária seria a distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as duas ideias, de grau e ordem. De acordo com o autor, ainda que a vocação hereditária não estivesse adstrita aos parentes, o elemento básico e informativo da sucessão seria o parentesco. No mesmo sentido, ordem de vocação hereditária, segundo Carlos Maximiliano²⁷⁸, seria aquela em que ficam os sucessores colocados em relação ao sucessível conforme a classe a que pertençam, sendo determinada, sobretudo, pelo parentesco.

O parentesco, por sua vez, pode ser consanguíneo (ou natural), por afinidade ou civil. O parentesco natural é aquele que existe entre pessoas que mantêm entre si vínculo biológico, isto é, que descendem de um ancestral comum de forma direta ou indireta. O parentesco por afinidade é aquele que existe entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. É relevante salientar que o parentesco por afinidade é limitado aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro, conforme estatuído no artigo 1.595, § 1º, do Código Civil. Na linha reta, o parentesco por afinidade estende-se ao infinito e não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Por fim, o parentesco civil é aquele decorrente de outra origem que não seja a consanguinidade ou afinidade, como se depreende do artigo 1.593 do Código Civil²⁷⁹.

Linha ou ordem de parentesco, segundo Carlos Maximiliano²⁸⁰, é a série de pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, podendo ser a anterior ou a posterior ao nascimento do sucedido. Se anterior ao nascimento, trata-se da linha ascendente, recuando até o indivíduo de que todos provêm. Se posterior ao nascimento, trata-se da linha descendente, indo de uma pessoa a todos os que dela procedem. A linha também é classificada em reta ou transversal. A linha reta abrange as duas séries anteriormente mencionadas, ou seja, parentes anteriores e posteriores ao nascimento do sucedido, ao passo que a transversal é formada

²⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 73.

²⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 134.

²⁷⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2020. p. 162-163.

²⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 135.

pelos parentes colaterais. São colaterais (ou transversais) os parentes ligados a um tronco comum, sem descenderem um do outro²⁸¹.

Por sua vez, grau é o elemento componente da linha, ou seja, a distância de uma à outra geração. Para que se determine o número de graus que separam parentes em linha reta, contam-se as gerações. De outra parte, na linha transversal, sobe-se de um indivíduo ao primeiro tronco ancestral comum e desce-se pela outra ramificação até o outro indivíduo. Assim, serão tantos graus quantas forem as pessoas colocadas sucessivamente nas duas séries, com exceção do tronco, que não se conta²⁸².

Em consonância com os conceitos mencionados, estabelece o artigo 1.593 do Código Civil que são parentes em linha reta as pessoas que estão, umas para com as outras, na relação de ascendência e descendência. Nessa senda, à medida que se sobe ou desce a escada parental, tem-se um grau de parentesco, tal como é estatuído no artigo 1.594 do Código Civil, segundo o qual: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações”. Ademais, nos termos do artigo 1.592, “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”. Em sua segunda parte, o artigo 1.594 estabelece que se conta, na linha colateral, o número de graus também de acordo com o número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum e descendo até encontrar o outro parente. Deve-se, assim, subir ao máximo, até o parente comum, para, depois, descer e encontrar o parente procurado. Destarte, o mínimo parentesco colateral existente é o de segundo grau, enquanto o máximo, por disposição de lei, é o quarto²⁸³. E, no parentesco por afinidade, os graus são contados por analogia em relação ao parentesco consanguíneo²⁸⁴. O parentesco pode, ainda, ser dividido em duas linhas: a masculina e a feminina. Nessa senda, integram a linha materna a mãe, a avó, a bisavó, a filha, a neta, a bisneta e assim sucessivamente²⁸⁵.

Em se tratando dos irmãos, são classificados em bilaterais (ou germanos), quando provenientes do mesmo pai e da mesma mãe, e unilaterais, quando provêm do mesmo pai ou da mesma mãe. Os irmãos unilaterais podem ser uterinos (mesma mãe e pais diferentes) ou consanguíneos (mesmo pai e mães diferentes)²⁸⁶.

²⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 74.

²⁸² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 136.

²⁸³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 168-169.

²⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 75.

²⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 168.

²⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 169.

Maria Helena Diniz²⁸⁷ destaca algumas exceções à ordem de vocação hereditária, ao que chama de sucessão anômala ou irregular. Cita, primeiramente, a disposição trazida pelo artigo 5º, XXXI, da Constituição da República de 1988, que vem repetida, com pequena alteração, no artigo 10, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. De acordo com aludida norma, aplica-se a lei brasileira no caso de haver sucessão de bens de estrangeiro falecido situados no Brasil quando não for mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros a lei pessoal do sucedido. Portanto, em virtude do que determina a regra mencionada, é possível que haja alteração da ordem de vocação hereditária quanto aos bens situados no Brasil no caso de a lei nacional do morto ser mais favorável ao seu cônjuge ou filhos brasileiros.

A autora traz, ainda, a hipótese elencada no artigo 1.831 do Código Civil. A norma ali contida estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge supérstite se preenchidos determinados requisitos. Sendo assim, apesar de se transferir a nua propriedade a herdeiros de classe preferencial, ao cônjuge sobrevivente é garantida a posse sobre o imóvel de residência da família se não houver outros bens dessa natureza a partilhar.

A estudiosa alude, também, ao regramento estatuído pela Lei n. 6.858/80, regulamentada pelo Decreto n. 85.845/81, bem como à norma estabelecida pelo artigo 20, IV, da Lei n. 8.036/90, regulamentada pelo Decreto n. 99.684/90. Segundo as mencionadas normas, deve-se pagar, em partes iguais, aos dependentes do falecido habilitados junto à Previdência Social: a) as quantias devidas, a qualquer título, pelos empregadores a seus empregados, em decorrência da relação de emprego, b) importâncias devidas em razão de cargo ou emprego pela União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e suas respectivas autarquias aos servidores, c) saldos das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-Pasep, d) restituições relativas ao Imposto sobre a Renda e demais tributos recolhidos por pessoas físicas, e) saldos de contas bancárias, de cadernetas de poupança e de contas de fundos de investimento (Decreto-lei n. 2.284/86, artigo 6º), desde que não existam, na sucessão, outros bens sujeitos a inventário. Caso não haja dependentes habilitados perante a Previdência Social, esses valores poderão ser levantados pelos herdeiros mediante alvará judicial.

Outra exceção apontada pela doutrinadora está prevista na Lei n. 9.610/98, em seu artigo 41 e seguintes. De acordo com essa norma, durante setenta anos, contados a partir da morte do sucedido, os direitos autorais integram a herança dos seus sucessores, após o que

²⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 125-127.

caem em domínio público. No entanto, na hipótese de haver coautoria sem que o coautor tenha deixado sucessor, com sua morte os direitos autorais serão acrescidos ao direito do coautor sobrevivente.

Por fim, a doutrinadora remete à indenização por morte decorrente de seguro obrigatório de veículos automotores. No caso de a morte ter ocorrido durante a vigência de casamento ou união estável, o valor correspondente deve ser entregue ao consorte ou companheiro sobrevivente. Se não existirem, o ressarcimento será destinado ao herdeiro legítimo ou detentor da guarda de beneficiário incapaz.

Não se verificando nenhuma das hipóteses de sucessão anômala e não sendo o caso de respeitar disposições testamentárias, a vocação hereditária seguirá a ordem estabelecida em lei²⁸⁸. No Código de 2002, o artigo 1.829 estabelece a ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos nos seguintes termos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

São, portanto, herdeiros legítimos, de acordo com o Código Civil de 2002, os descendentes²⁸⁹, os ascendentes, o cônjuge, o companheiro e os parentes colaterais até o quarto grau. Conforme dispõe o artigo 1.829, são chamados a suceder na seguinte ordem: em primeiro lugar, são chamados os descendentes do sucedido em concorrência com o cônjuge ou companheiro. Em segundo lugar, os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro. Em terceiro lugar, são chamados os ascendentes. E, por fim, em quarto lugar, os parentes colaterais.

Ao comentar a posição dos descendentes em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, Giselda Hironaka²⁹⁰ menciona a expressão latina *amor primum descendit, deinde ascendit* – o amor primeiro desce, depois sobe. Destaca a autora que a aludida fórmula seria reflexo da preocupação da sociedade em posicionar os descendentes como primeiro grupo a

²⁸⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 121.

²⁸⁹ No que se refere aos descendentes, importa atentar, ainda, para o que determina o artigo 1.798 do Código Civil, de acordo com o qual estão legitimadas a suceder, em se tratando de sucessão legítima, as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, como elucidam Flávio Tartuce e José Fernando Simão “quem não tem personalidade jurídica material ao tempo da morte do falecido não terá direitos sucessórios”. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 36-37.

²⁹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 359.

herdar na ordem de vocação hereditária. A doutrinadora alega que haveria maior afeto do sucedido por esses indivíduos por serem fruto de sua estrutura genética/moral, bem como, possivelmente, da comunhão de vida com o outro genitor de seus descendentes.

A existência de herdeiros de uma determinada classe exclui os herdeiros da classe seguinte da sucessão. Evidencia-se, dessa forma, que a lei estabelece uma preferência na sucessão, presumindo o grau de afinidade existente entre o falecido e os herdeiros discriminados. Sendo assim, com exceção do cônjuge, que, em virtude do que estabelecem os incisos I e II do artigo 1.829, concorre com descendentes e ascendentes do sucedido em determinadas hipóteses, a existência de herdeiros de uma determinada classe exclui da sucessão os herdeiros das demais classes²⁹¹. Concluía, assim, Caio Mário da Silva Pereira²⁹², que, dentro da mesma classe, os parentes mais próximos excluiriam os mais remotos. Todavia, destacava o autor que o princípio não seria absoluto, comportando as exceções fundadas no direito de representação²⁹³.

Afinal, a sucessão legítima pode operar-se por cabeça ou por representação. No caso da sucessão por cabeça, os herdeiros adquirem bens por direito próprio. De acordo com o Código Civil de 2002, haverá sucessão por cabeça nas seguintes hipóteses: (i) sucessão dos descendentes quando forem do mesmo grau, ainda que concorram com o cônjuge (artigo 1.835 do Código Civil); (ii) sucessão dos descendentes de grau mais próximo quando devam concorrer com outros de grau mais remoto, sendo esses últimos convocados por direito de representação, ainda que haja concorrência com o cônjuge; (iii) sucessão dos ascendentes em qualquer hipótese em que forem chamados; (iv) o cônjuge, em qualquer hipótese em que for chamado; (v) sucessão dos colaterais, quando todos forem do mesmo grau; (vi) os irmãos do sucedido, quando devam concorrer com os sobrinhos chamados por direito de

²⁹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 94-95.

²⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 78.

²⁹³ Outras exceções existem no Código Civil de 2002. Também excepciona a regra segundo a qual os parentes de mesmo grau repartem a herança em partes iguais a previsão estipulada pelo artigo 1.843, *caput*, do Código Civil. Reza o aludido artigo que, caso concorram tio e sobrinho do falecido, ambos parentes de terceiro grau, a herança não será partilhada entre eles. Por previsão expressa do diploma civil, a totalidade da herança será destinada ao sobrinho. Não se trata, evidentemente, de sucessão por representação, uma vez que não há diversidade de graus. Simplesmente, o legislador preferiu os sobrinhos aos tios. Por outro lado, caso um sobrinho-neto concorra com um tio-avô do falecido, ambos parentes de quarto grau do morto, a herança será dividida em partes iguais entre esses herdeiros. Afinal, como já exposto, a lei alude expressamente à concorrência entre tios e sobrinhos, parentes de terceiro grau do falecido, não estendendo, portanto, a regra aos parentes de quarto grau. Não seria possível excluir o tio-avô da herança por analogia, considerando que não é admitida a aplicação por analogia ou interpretação extensiva a normas restritivas. Em conclusão, chegando-se ao quarto grau, os primos, tios-avós e sobrinhos-netos herdam em igualdade de proporção, pois a lei não previu sua incapacidade sucessória total ou parcial, e, sendo assim, não cabe ao intérprete estabelecê-la. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 249.

representação (artigo 1.840 do Código Civil); (vii) sucessão dos entes estatais na hipótese de herança vacante²⁹⁴; e (viii) sucessão do companheiro em qualquer hipótese.

A sucessão ocorre por representação quando há morte de um herdeiro anteriormente à abertura da sucessão. Afinal, há situações em que a lei chama determinados parentes do falecido para suceder em todos os direitos em que ele sucederia se vivesse. Assim, os parentes do herdeiro pré-morto não herdam por cabeça, mas como representantes daquele que faleceu. Transmite-se, destarte, a estirpe do herdeiro pré-morto, motivo pelo qual essa modalidade de sucessão também é denominada sucessão *in stirpes*. No ordenamento jurídico civil brasileiro, a sucessão por representação apenas é admitida na sucessão legítima, não sendo prevista na sucessão testamentária. Além disso, há possibilidade de representação somente na classe dos descendentes e na dos irmãos²⁹⁵. Há sucessão por representação quando a lei estabelece que sejam chamadas a suceder determinadas pessoas para que ocupem a posição hereditária do herdeiro pré-morto²⁹⁶.

Em se tratando da classe dos descendentes (artigo 1.833 do Código Civil), a representação ocorre quando, falecendo um herdeiro descendente, ele houver deixado descendente e houver descendentes de mesmo grau do herdeiro descendente pré-morto. Afinal, caso, falecendo o herdeiro descendente pré-morto, não haja outros descendentes de mesmo grau, a transmissão da herança para os parentes de próximo grau ocorrerá por cabeça, não por representação²⁹⁷. Suponha-se, por ora, que o sucedido não fosse casado nem vivesse em união estável, mas possuísse descendentes. Na classe dos descendentes, segundo dispõe o artigo 1.835 do Código Civil, se todos os descendentes tiverem o mesmo grau, sucederão por cabeça, isto é, a herança se dividirá em tantas partes quanto forem os herdeiros. Nessa senda, se os sucessores forem filhos do sucedido, receberão partes idênticas. Por sua vez, se todos os filhos do sucedido forem pré-mortos, mas houver netos, todos os netos herdarão por cabeça. Entretanto, se os descendentes não forem todos do mesmo grau, a sucessão ocorrerá por representação²⁹⁸.

Na classe dos colaterais, o direito de representação é conferido, exclusivamente, aos filhos de irmão pré-morto quando concorrerem com irmão do falecido (artigo 1.840 do Código Civil). Se, falecendo o irmão do sucedido, não houver outros irmãos, apenas

²⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 80.

²⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 84-86.

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. LV, p. 268.

²⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 84-86.

²⁹⁸ É interessante observar que, no Código Napoleônico, os descendentes, ainda que se encontrassem no mesmo grau, herdavam sempre por estirpe. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 99.

sobrinhos, os sobrinhos receberão a herança por cabeça, não por estirpe²⁹⁹. Ademais, o artigo 1.843, § 2º, estabelece que, concorrendo sobrinhos, filhos de irmãos bilaterais, com sobrinhos, filhos de irmãos unilaterais, os primeiros recebem, a título de herança, o dobro do que receberem os segundos. Nesse caso, os sobrinhos herdarão por cabeça, mas em proporções desiguais. Porém, essa norma não é extensiva à concorrência entre sobrinhos-netos que sejam netos de irmão unilateral e bilateral do sucedido. Sendo assim, nessa hipótese, os sobrinhos-netos terão direito à herança em igual proporção³⁰⁰.

A sucessão por estirpe não ocorre somente na hipótese de os herdeiros acima elencados haverem falecido antes do sucedido. Verifica-se, também, nos casos de deserdação e exclusão de herdeiro por indignidade, como determina o artigo 1.816 do Código Civil. Há, ainda, sucessão por estirpe nos casos em que o renunciante à herança de uma pessoa a represente na sucessão de outra, uma vez que a renúncia deve ser interpretada restritivamente (artigo 1.856 do Código Civil). No entanto, impende destacar que, em uma hipótese típica de renúncia, os descendentes do renunciante não o substituem na sucessão. Sendo assim, o quinhão hereditário é repartido entre os herdeiros da classe renunciante³⁰¹.

Realizadas as clarificações essenciais em relação à sucessão legítima, passa-se a abordar, especificamente, a sucessão do cônjuge. Afinal, é fundamental atentar para o fato de que o foco da presente dissertação é tratar da sucessão do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens e dos limites impostos a sua autonomia privada sucessória testamentária. Por essa razão, não se discorrerá em detalhes sobre a sucessão dos descendentes, ascendentes (salvo no que se refere à concorrência sucessória com o cônjuge) e colaterais.

Da mesma maneira, considerando que o objeto do trabalho é a posição do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens, deixar-se-á de abordar, com exceção do que for relevante para o deslinde do tema, a sucessão do cônjuge casado sob outros regimes de bens do casamento.

3.1 A sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002

Conforme aludido anteriormente, as principais inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 acerca da posição sucessória do cônjuge foram sua elevação à categoria de

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 84-86.

³⁰⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 249.

³⁰¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 132.

herdeiro necessário e sua inclusão como herdeiro concorrente no primeiro e no segundo lugar da ordem de vocação hereditária, ao lado dos descendentes, no primeiro caso, e dos ascendentes, no segundo caso. Na hipótese de inexistirem ascendentes ou descendentes, o cônjuge ou o companheiro herdam na qualidade de herdeiros exclusivos, uma vez que ocupam, de modo isolado, o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Isso significa que, com o Código Civil de 2002, o cônjuge saltou para a primeira classe, ao lado dos descendentes, e para a segunda classe, ao lado dos ascendentes. Não deixou, contudo, de ocupar, com exclusividade, a terceira classe. Dessa maneira, é inequívoco que o cônjuge está em posição sucessória privilegiada na atual codificação civil³⁰².

Na qualidade de herdeiro necessário, o cônjuge tornou-se inafastável da sucessão, desde que preenchidos determinados requisitos para que seja considerado herdeiro. Isso significa que, diferentemente do que ocorria na vigência do Código Civil de 1916, preenchidos os requisitos legais, sobretudo aqueles elencados no artigo 1.830 do Código Civil, o consorte não poderá ser excluído da herança por ato de vontade do sucedido. É relevante apontar, contudo, que a inafastabilidade do cônjuge da sucessão apenas é unânime na doutrina quando ele ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, ou seja, quando não há descendentes ou ascendentes. Nas hipóteses em que o consorte ocupa o primeiro ou o segundo lugar da ordem de vocação hereditária, há corrente doutrinária, como se verá mais adiante, que sustenta ser possível sua exclusão, posto que a concorrência seria mero direito assistencial, não hereditário.

De todo modo, para que o cônjuge ocupe a posição de herdeiro concorrente ao lado dos descendentes, o preenchimento de outros requisitos, além daqueles previstos no artigo 1.830 do Código Civil, é necessário. Na primeira classe, ou seja, entre cônjuge e descendentes, a concorrência sucessória do cônjuge depende do regime de bens adotado pelo casal em vida. Isto é, a depender do regime de bens selecionado, haverá, ou não, concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes. Diversamente, a concorrência sucessória na segunda classe, ou seja, entre cônjuge e ascendentes, independe do regime de bens selecionado, ocorrendo em todas as hipóteses em que existirem cônjuge e ascendentes sobreviventes³⁰³, desde que observados os requisitos previstos no artigo 1.830 do Código Civil. Rolf Madaleno³⁰⁴ destaca o caráter assistencial e protetivo da concorrência sucessória, uma

³⁰² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 181.

³⁰³ Conforme o Enunciado n. 609, aprovado na VII Jornada de Direito Civil, em 2015, “o regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido”.

³⁰⁴ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial. *Revista IBDFAM – Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 27, p. 9-58, maio/jun. 2019.

vez que, concorrendo com os descendentes ou os ascendentes, o cônjuge seria contemplado, justamente, com bens que não contribuiu para amealhar. Isso significa que ao cônjuge supérstite são destinados os bens não sujeitos à meação, conforme será, adiante, mais detidamente explanado.

De acordo com Paulo Lôbo³⁰⁵, até o século XIX era dada preferência ao parentesco consanguíneo em detrimento da relação conjugal. A sucessão era fundada na ideia de que o patrimônio, após a morte, deveria destinar-se ou retornar à família de sangue e não ao cônjuge sobrevivente, que era estranho à entidade familiar originária. As alterações verificadas no Código Civil de 2002 seriam decorrentes do fato de a família matrimonial haver deixado de ser concebida como instituição de procriação e transferência patrimonial para converter-se em parceria entre duas pessoas iguais, unidas pelo amor, em que se garante, reciprocamente, desenvolvimento e segurança.

A família passou, portanto, a ser concebida como formação social unida pelo afeto, cujos membros buscam a felicidade pessoal. A família-instituição, protegida pelo fato de ter sido constituída pelo casamento, mudou para a família-instrumento, entendida como formação social que tem em vista seus componentes como pessoas e onde impera o princípio da igualdade e da solidariedade. Diante da contemporânea concepção de família, Ana Luiza Maia Nevares³⁰⁶ aduz que já não seria possível relegar o cônjuge ao segundo plano na disciplina das regras da sucessão legítima, uma vez que seria o único componente estável e essencial no casamento, considerando que os filhos, em determinado momento, desprender-se-iam daquela entidade, formando sua própria comunidade familiar.

As alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 foram fortemente influenciadas pelo direito português. Até a reforma introduzida, em Portugal, pelo Decreto-lei n. 496/77, o Código Civil português de 1966, atualmente vigente, situava o cônjuge no quarto lugar da ordem de vocação hereditária. Nos três primeiros lugares estavam os descendentes, os ascendentes e os irmãos do sucedido ou os respectivos descendentes. O cônjuge, por sua vez, tinha direito ao usufruto vitalício da herança caso ela fosse devolvida aos integrantes da terceira classe na ordem de vocação hereditária. Caso houvesse descendentes ou ascendentes, o cônjuge era totalmente suprimido de direitos sucessórios. Com a reforma, o cônjuge foi colocado nas três primeiras classes de herdeiros legítimos, concorrendo na primeira classe com os descendentes e, na segunda, com os ascendentes. Na terceira classe, assumiu lugar exclusivo. Assim, inexistindo descendentes ou ascendentes, ao cônjuge passou a ser deferido

³⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 134.

³⁰⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 99-101.

todo o patrimônio hereditário. Além disso, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário. Contudo, diferentemente do que sucede no Brasil, em que a legítima corresponde sempre a cinquenta por cento da herança, a fração indisponível, em Portugal, varia conforme haja ou não concorrência sucessória entre o cônjuge e outros parentes. Se houver concorrência, a porção legítima é igual a dois terços da herança, ao passo que, se não houver concorrência, a porção legítima equivale à metade da herança. Além disso, ao concorrer com descendentes, o cônjuge passou a ter direito à cota mínima equivalente a um quarto da herança. Aludidas mudanças foram severamente criticadas por parte da doutrina em Portugal, que se insurgiu contra a amplitude conferida ao direito sucessório do cônjuge em face das transformações ocorridas no instituto do casamento, cada vez mais flexível e temporário³⁰⁷.

Segundo Flávio Tartuce³⁰⁸, os Códigos Civis italiano e português influenciaram significativamente a codificação brasileira contemporânea sobre a sucessão do cônjuge. Afinal, o Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966 seriam as duas normas gerais mais importantes do continente europeu na segunda metade do século XX. Contudo, diferentemente do que se verifica no Código Civil de 2002, em Portugal a concorrência entre cônjuge e descendente não sofre influência do regime de bens adotado pelo casal. Nessa senda, em Portugal, além da meação, quando há concorrência, ela incide sobre todo o acervo patrimonial hereditário, esteja ele sujeito à meação ou não. Portanto, de modo geral, em Portugal, o direito sucessório do cônjuge é ainda mais amplo do que aquele verificado no Brasil após o advento do Código Civil de 2002, como será constatado ao ser analisado, especificamente, o instituto da concorrência sucessória.

No que se refere ao Código Civil italiano, ensina o autor que, em seu artigo 581, teria sido estabelecida a concorrência sucessória do cônjuge com os filhos, preceituando que: (i) concorrendo o cônjuge com apenas um filho, cabe ao cônjuge metade da herança; e (ii) concorrendo o cônjuge com mais de um filho, cabe a ele apenas um terço da herança. Além disso, concorrendo o cônjuge com ascendentes ou irmãos do sucedido, a ele é atribuído, também, um terço da herança. Somente se inexistirem descendentes, ascendentes ou irmãos do sucedido caberá ao cônjuge a totalidade da herança.

Parte relevante da doutrina traz críticas em relação às inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002. No que se refere à inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, o tema será comentado em detalhes mais adiante, quando se tratar da liberdade testamentária

³⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 84-86.

³⁰⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 185.

e da porção legítima. No que se refere à concorrência sucessória, o assunto será abordado mais detidamente quando da análise específica da concorrência entre cônjuge e outros parentes sucessíveis.

Não obstante seja comum arguir que o diploma civil de 2002 trouxe disposições verdadeiramente inovadoras em prol do cônjuge ao incluí-lo como herdeiro necessário e ao inserir a concorrência sucessória na primeira e segunda posições da ordem de vocação hereditária, na realidade, remetendo ao regramento do Estatuto da Mulher Casada, é possível alegar que as modificações foram menos arrojadas do que comumente se argumenta. Assim como já ocorria no Estatuto da Mulher Casada, o Código Civil de 2002 continuou a prever direitos sucessórios para o cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes, condicionando-os ao regime de bens do casamento vigente durante a vida do sucedido. Todavia, enquanto, sob a égide do Estatuto da Mulher Casada, os direitos sucessórios do cônjuge limitavam-se ao usufruto e ao direito real de habitação, na vigência do Código Civil de 2002 o cônjuge, quando herdeiro, passou a ser destinatário de parcela dos bens do sucedido na qualidade de proprietário, sem prejuízo do direito real de habitação, que foi estendido para os cônjuges casados sob qualquer regime de bens, independentemente da manutenção da viuvez³⁰⁹.

O usufruto vidual foi abolido sob o argumento de prover proteção insuficiente ao consorte viúvo e de acarretar demasiado embaraço aos herdeiros. De fato, o usufruto vidual trazia inúmeros entraves de ordem prática, principalmente em virtude de o direito de usufruto recair sobre parte de cada bem, o que possibilitava que os herdeiros criassem várias dificuldades para o exercício do direito pelo viúvo. De outra parte, os herdeiros enfrentavam significativos embaraços para alienação dos bens. Sendo assim, enquanto o cônjuge, durante a vigência do Estatuto da Mulher Casada, tinha, nos regimes de comunhão parcial e separação convencional de bens, apenas usufruto em relação aos bens dos herdeiros, com o Código Civil de 2002 o consorte casado sob esses regimes de bens (sob quaisquer regimes de bens, na verdade) passou a ser titular de verdadeiro direito de propriedade sobre parcela do patrimônio do morto, estabelecendo-se verdadeira concorrência sucessória³¹⁰.

Sem embargo tenha-se pretendido melhorar a posição sucessória do cônjuge, o novo regramento acerca da matéria é alvo de diversas críticas na doutrina. Giselda

³⁰⁹ SIMÃO, José Fernando. Concorrência na comunhão universal e na separação total de bens. *Conjur*, 15.10.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrencia-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>. Acesso em: 29 jan. 2019.

³¹⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 145.

Hironaka³¹¹ rechaça o estilo redacional selecionado pelo legislador, que teria sido prejudicial para a compreensão de quais regimes de bens admitem, efetivamente, a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido. Ademais, segundo a estudiosa, falhas legislativas corroboram a dificuldade de interpretação do inciso I, bem como geram entraves para a compreensão da norma. Além disso, destaca haver vazios legislativos derivados de indiferença ou falta de cuidado do Poder Legislativo, posto que deixaram de ser previstas hipóteses comuns da vida dos cidadãos³¹². No mesmo sentido é a posição de Paulo Lôbo³¹³, segundo o qual a redação excessivamente ambígua dada ao inciso I do artigo 1.829 e ao artigo 1.832 do Código Civil teriam provocado divergências e controvérsias na doutrina especializada, com reflexos nas decisões dos tribunais. Igualmente, Flávio Tartuce³¹⁴ alude à hipercomplexibilidade gerada pelo atual regramento, dificilmente explicado aos leigos. De acordo com o autor, o Código Civil de 2002 teria, dessa maneira, se afastado de um de seus princípios fundamentais, qual seja, a operabilidade, no sentido de facilitação ou simplicidade dos institutos privados. Além disso, Flávio Tartuce aduz que, pela dificuldade de compreensão do instituto, a concorrência sucessória acirraria conflitos entre herdeiros concorrentes, comprometendo a harmonia social e a segurança jurídica ao alimentar a cultura da guerra. Ferir-se-ia, dessa maneira, a tendência à desjudicialização.

Adicionalmente, Wilson J. Comel³¹⁵ questiona se o novo regramento teria trazido benefícios sucessórios aos cônjuges em todas as hipóteses. Alega, por exemplo, que, no regime anterior, se os consortes fossem casados sob o regime de comunhão parcial de bens, o viúvo seria destinatário da meação sobre os bens comuns e teria direito ao usufruto viudal sobre um quarto de todo o acervo patrimonial do falecido mesmo que houvesse descendentes e ascendentes. Por sua vez, sob a égide do Código Civil de 2002, em havendo ascendentes e descendentes, o cônjuge supérstite, na hipótese de inexistirem bens particulares, receberá apenas a meação. O autor reconhece, no entanto, a vantagem de titularidade de um direito de propriedade pleno em relação à titularidade de um direito real limitado.

As críticas relacionadas ao atual regramento sucessório disposto no Código Civil de 2002 acerca do cônjuge relacionam-se, também, à incongruência da norma com as

³¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 365.

³¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 388.

³¹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 144.

³¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 186.

³¹⁵ COMEL, Wilson J. Cônjuge sobrevivente, herdeiro concorrente. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 557.

modificações operadas na família ao longo do tempo. Flávio Tartuce³¹⁶, acerca da importância hodierna atribuída ao cônjuge pelo diploma civil, salienta que as legislações que inspiraram as modificações introduzidas no Código Civil de 2002, no que diz respeito ao cônjuge, retroagem à década de quarenta, no caso da italiana, e à década de sessenta, no caso da portuguesa. No que se refere ao diploma civil brasileiro, o doutrinador esclarece que seu processo embrionário surgiu em 1972, quando não havia, ao menos, previsão legal de divórcio no Brasil. O professor alude ao fato de, naquele período, haver elevada valorização do casamento tradicional, bem como da família típica e da propriedade irretocável. O casamento era pensado como vínculo que duraria por toda a vida, até que a morte separasse os cônjuges. Por esse motivo, era relevante valorizar o cônjuge ao lado dos descendentes, como ocorreu nas legislações italiana, portuguesa e brasileira. O autor ressalta que, portanto, o momento histórico em que o cônjuge foi inserido como herdeiro necessário e concorrente remonta a essas décadas passadas, ocasião em que a família e a sociedade tinham características muito distintas daquelas verificadas na atualidade.

Pelos dizeres de Carlos Maximiliano, em sua obra de 1958, verifica-se como era a concepção do cônjuge àquela época, mais especificamente, da mulher:

A mulher é, ou deve ser, a companheira dedicada e vigilante, a confortadora nos desastres parciais, a animadora e colaboradora, nas lutas para a constituição da fortuna advinda toda, às vezes, dela própria³¹⁷.

Nota-se que a mulher era vista como a grande companheira de vida do marido, unida a ele por matrimônio longo, que, em regra, durava até a morte e rendia descendentes comuns.

Em 1978, pelos dizeres de Clóvis Beviláqua³¹⁸, verifica-se que não teria havido grandes alterações em relação à concepção do cônjuge extraída das alegações de Carlos Maximiliano acima exposta. O autor, já naquela época, justificava o direito sucessório do cônjuge elencando a solidariedade familiar. Contudo, assim como Carlos Maximiliano, colocava a mulher na condição de coadjuvante na construção da fortuna da família, aduzindo que “a fortuna do marido encontra na sábia economia da mulher um poderoso elemento de conservação e desenvolvimento”. Além disso, asseverava que, muitas vezes, o esforço do homem para amealhar fortuna dava-se justamente para garantir conforto à mulher amada. A mulher, em nenhum momento, nas palavras de Clóvis Beviláqua, foi considerada capaz de

³¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 186.

³¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 167.

³¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 143.

amealhar patrimônio equivalente ao do marido por conta própria. A todo tempo era mencionada como mera apoiadora e incentivadora do consorte, na qualidade de companheira, com sorte, econômica. Verifica-se, ainda, na obra de Clóvis Beviláqua uma concepção de casamento longínquo, que, pretensamente, estender-se-ia por toda a vida e que, em regra, produziria prole comum. O autor, em sua obra, exemplificava a trágica situação da mulher que fosse casada sob o regime de separação convencional de bens, aduzindo que, se não fosse herdeira, a viúva poderia ser assolada pela miséria, ainda mais se fosse “uma débil mulher avançada em anos”. Vislumbra-se, claramente, um contexto em que as mulheres não integravam, em sua maior parte, o mercado de trabalho. A mulher, em regra, casava-se jovem, cuidava da prole comum, apoiava o marido, administrava a rotina do lar e não auferia renda ou, ao menos, renda significativa. De fato, a sorte da mulher assim pensada, com o avançar da idade, se não fosse herdeira, era preocupante. E, sem dúvida, seria injusto que a mulher enquadrada nesse estereótipo, que assumisse, de fato, o papel de fiel companheira, unida ao marido por profundo vínculo de afeto, intensificado pela duradoura convivência, e mãe zelosa da prole comum, restasse inteiramente à míngua com a morte de seu consorte. Realmente, não haveria senso de lógica ou humanidade ao preferir, nessa hipótese, ao cônjuge virago, por exemplo, outros parentes que com o sucedido não tivessem equiparado vínculo afetivo ou que não tivessem contribuído para amealhar sua fortuna, admitindo-se o afastamento da viúva (ou do viúvo) da sucessão por ato de vontade do sucedido.

Porém, ao mirar a família brasileira contemporânea, não se pode fechar os olhos para o fato de que já não reflete a família indissolúvel, constituída exclusivamente pelo casamento de aproximadamente cinquenta anos atrás, quando a mulher costumava ocupar a posição descrita por Carlos Maximiliano e Clóvis Beviláqua. A mulher conquistou, em grande parte, independência financeira ao inserir-se no mercado de trabalho; muitos indivíduos, tanto homens quanto mulheres, passaram a casar-se com idade mais avançada, somente após a consolidação da carreira e alcance de estabilidade econômica; as relações, inclusive, os casamentos, tornaram-se menos duradouras e mais superficiais; o fenômeno das famílias recombinações deixou de ser raro; enfim, a família mudou. Flávio Tartuce³¹⁹, apontando estudos antropológicos, assevera que as gerações mais jovens, componentes daquelas denominadas X, Y e Z, tenderiam a ter casamentos menos duradouros, instáveis, que dificilmente alcançariam uma década. Atenta o autor para o fato de que muitos, já na

³¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 186.

atualidade, estariam optando por casamentos celebrados pelo regime de separação convencional de bens ou por regimes mistos, com o escopo de afastar a comunicação de alguns bens em vista do receio de esfacelamento precoce do matrimônio. Conclui o doutrinador que o casamento estaria em crise, ao menos o modelo tradicional de casamento, ou seja, cativo no tempo, indissolúvel.

Diante de tudo isso, não surpreenderia constatar que o regramento civil sucessório, criado para um modelo familiar e uma estrutura social bastante diferentes, já não atendesse, de maneira adequada, aos atuais anseios sociais. Em vista disso, há corrente doutrinária que resiste fortemente à consolidação do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente. Entre os argumentos mais utilizados está, exatamente, a efemeridade dos vínculos conjugais, sendo destacado o grande número de divórcios, inclusive extrajudiciais, fruto do pragmatismo social e de resultados, hodiernamente, vigentes nas relações conjugais³²⁰. José de Oliveira Ascensão³²¹ também tece comentários interessantes a respeito. Aduz o autor que haveria paradoxo ao reforçar a posição sucessória do cônjuge justamente em uma época em que o vínculo conjugal tenha se tornado facilmente dissolúvel. Segundo o estudioso, a posição sucessória do cônjuge seria, hoje, mutável, até mesmo precária. Assim, sucederia, como cônjuge, aquele que tivesse a sorte de ocupar a posição ao tempo da morte. Nesse sentido, a sucessão, na qualidade de cônjuge, estaria sujeita à aleatoriedade. Aponta o doutrinador, ainda, que, ironicamente, teria havido preocupação da lei em prestigiar o vínculo conjugal apenas após sua dissolução pela morte.

De fato, se, como assevera Ana Luiza Maia Nevares³²², o fundamento da sucessão legítima repousa nas relações específicas oriundas dos vínculos familiares estabelecidos antes da morte do sucedido e no vínculo dos herdeiros, em concreto, com o autor da herança, estaria na contramão manter direitos sucessórios ampliados justamente em relação ao membro da família com o qual, em geral, essa ligação é mais frágil e mais suscetível de rompimento.

³²⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 189.

³²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, cit., p. 343-344.

³²² NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*, cit., p. 43-44 e 47.

3.2 Requisitos para que o cônjuge ocupe a posição de herdeiro

O artigo 1.830 do Código Civil estabelece determinados requisitos para que o cônjuge ocupe a posição de herdeiro. Em primeiro lugar, para que o viúvo seja destinatário de herança, exige-se que não seja separado judicialmente ou divorciado do sucedido. Os cônjuges não são ligados por relação de parentesco, mas de afeto. Desse modo, com o fim da sociedade conjugal, com a separação judicial, ou do vínculo matrimonial, com o divórcio, não há justificativa jurídica para que o cônjuge seja herdeiro³²³. Segundo Paulo Lôbo³²⁴, essa regra também integraria norma moral, uma vez que não deveria herdar quem já não integrasse o núcleo familiar. Afinal, com o desaparecimento do afeto e da convivência, desapareceriam, igualmente, as bases consolidadoras da família contemporânea.

Caso não haja separação judicial ou divórcio entre os matrimoniados, cumpre averiguar se há separação de fato. Afinal, em regra, nos termos do artigo 1.830, o cônjuge perderá sua condição de herdeiro se estiver separado de fato há mais de dois anos. A regra justificava-se em razão do que dispunha o § 6º do artigo 226 da Constituição da República de 1988, que admitia o divórcio direto após dois anos de separação de fato. Assim, entendia-se que, em já estando os cônjuges em condições de se divorciarem diretamente, não se justificaria a sucessão recíproca. Atualmente, com a prolação da Emenda Constitucional n. 66/2010, que suprimiu a necessidade de observância de prazos para concessão do divórcio direto, o prazo de dois anos estipulado pelo artigo 1.830 perdeu a razão de ser. Além disso, segundo Paulo Lôbo³²⁵, a regra temporal, interpretada isoladamente, afrontaria regra adotada pelo artigo 1.723, § 1º, do Código Civil. Aludido dispositivo admite que a pessoa casada, separada de fato e ainda não divorciada possa constituir união estável com outra pessoa, independentemente de cumprimento de requisito temporal mínimo. Portanto, a separação de fato gera dois efeitos jurídicos: cessação dos deveres conjugais e interrupção do regime matrimonial de bens, com reflexo direto no direito das sucessões. Portanto, a maior parte da doutrina, atualmente, entende que, ocorrida a separação de fato, o cônjuge perde a posição de herdeiro.

A literalidade do artigo 1.830 do Código Civil estabelece, ainda, a possibilidade de o cônjuge permanecer herdeiro mesmo após a separação de fato por dois anos. Para tanto, o

³²³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 149.

³²⁴ É interessante destacar que, desde as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título LV), há previsão de que a mulher apenas poderia tomar posse da herança se, ao tempo da morte do marido, vivia com ele “em casa teúda e manteúda, como marido e mulher”. LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 134.

³²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 137.

consorte sobrevivente precisa comprovar que a convivência não se tornou insuportável por culpa sua. Giselda Hironaka³²⁶ esclarece que, diante das previsões do artigo 1.830, podem existir quatro situações distintas: ambos os cônjuges são culpados pelo fim do casamento; apenas o cônjuge falecido é culpado pelo fim do casamento; apenas o cônjuge sobrevivente é culpado pelo fim do casamento; ou nenhum dos cônjuges é culpado pelo fim do casamento (hipótese de um acordo tácito ou expresso, por exemplo). Sendo assim, de acordo com a lei, o cônjuge supérstite não terá direito à herança se tiver tido culpa exclusiva ou concorrente para o término do relacionamento.

Em síntese, destarte, dispõe a lei que, em regra, não há sucessão pelo cônjuge separado de fato. Contudo, de acordo com o vigente artigo 1.830, dois requisitos podem afastar essa regra, ou seja: (i) se a separação de fato ainda não tiver completado dois anos; e (ii) se a separação de fato, com mais de dois anos, não tenha resultado de culpa do cônjuge sobrevivente, ou seja, que o consorte supérstite não tenha dado causa à impossibilidade de convivência³²⁷. Assim, seguindo a letra fria da lei, será herdeiro o cônjuge que: a) não seja divorciado ou separado judicialmente do falecido ao tempo da morte; b) não esteja separado de fato há mais de dois anos; ou c) esteja separado de fato há mais de dois anos, mas prove não ser culpado pela insuportabilidade da vida comum.

Sobre os requisitos enumerados no artigo 1.830 do Código Civil, Flávio Tartuce³²⁸ destaca duas correntes antagônicas na doutrina e na jurisprudência, cujo deslinde impactaria sobre a interpretação do artigo 1.830. Para a primeira, da qual é adepto, não se deve investigar a culpa pela separação de fato. Afinal, a Emenda Constitucional n. 66/2010, ao colocar fim ao instituto da separação judicial, teria colocado, também, fim à discussão sobre a culpa nas ações que tenham como objeto a dissolução do casamento. Nesse diapasão, não sendo aplicáveis os efeitos da culpa no divórcio, também não poderiam sê-lo na sucessão *causa mortis*. De outro lado, a segunda corrente sustenta que a separação judicial não foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, nem a questão da culpa pela dissolução do casamento e suas consequências, inclusive em se tratando de sucessão *causa mortis*. Afinal, as disposições sobre culpa e separação judicial não teriam sido revogadas do diploma civil, em que pese a autorização do divórcio direto pela Emenda Constitucional n. 66/2010.

Observa-se que uma das principais críticas a respeito do artigo 1.830 recai na questão da culpa mortuária. Afinal, se, por um lado, há injustiça em relação ao sucedido, que

³²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 364.

³²⁷ LÓBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 137.

³²⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*, cit., p. 1229-1231.

já não pode defender-se, por outro é praticamente impossível que o cônjuge sobrevivente consiga provar em juízo sua inocência acerca do fim do casamento. De qualquer modo, aplicando-se a lei em seus exatos termos, far-se-ia necessária a discussão da culpa nos autos do inventário, o que tenderia apenas a acirrar os ânimos e intensificar os conflitos, uma vez que estariam em voga questões sensíveis atinentes às relações humanas, havendo, inclusive, risco de ofensa aos direitos da personalidade do morto³²⁹.

Diante das críticas, Flávio Tartuce e José Fernando Simão³³⁰ concluem ser o artigo 1.830 retrógrado e anacrônico. Sugerem, por conseguinte, que o dispositivo seja interpretado no sentido de que o cônjuge sobrevivente apenas deva participar da herança quanto aos bens que existam até a separação de fato. No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Lôbo³³¹, segundo o qual é incompatível com a Constituição da República de 1988 que o cônjuge separado de fato na data da abertura da sucessão seja investido de direito sucessório, independentemente do tempo da separação ou da verificação de culpa do sucedido.

3.3 A concorrência sucessória entre o cônjuge e outros parentes sucessíveis

Conforme mencionado, o tema relativo à posição do cônjuge como herdeiro necessário será abordado quando se tratar da limitação imposta à autonomia privada do consorte na sucessão testamentária tendo em vista a porção legítima. Passa-se, assim, a discorrer, no presente subcapítulo, sobre a concorrência sucessória do cônjuge introduzida pelo Código Civil de 2002.

O diploma civil vigente, como já aludido, rompeu com longa tradição do direito brasileiro ao introduzir o instituto da concorrência sucessória na sucessão legítima. Passou o cônjuge, em determinadas situações e respeitados certos requisitos, a concorrer com outros parentes sucessíveis. Paulo Lôbo³³² explica que haveria, na contemporaneidade, tendência para a horizontalização do direito sucessório em razão de os cônjuges serem considerados os elementos mais estáveis da família matrimonial, uma vez que os filhos, em determinado momento, desligar-se-iam do núcleo familiar para formar outro. Ademais, a proeminência do casamento sobre o parentesco consanguíneo poderia ser explicada pelo fato de que os consortes teriam amealhado suas fortunas conjuntamente, com esforço comum, enquanto os parentes consanguíneos não teriam tido mérito em sua construção. Ademais, de acordo com

³²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. LV, p. 223.

³³⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 152.

³³¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 139.

³³² LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 141-145.

o autor, a finalidade da estipulação de concorrência sucessória seria assegurar ao consorte sobrevivente patrimônio mínimo, quando, em virtude do regime matrimonial adotado, não haja bens comuns ou sua porção seja inferior à dos bens particulares, salvo na hipótese de separação total de bens. Assim, depreende-se entendimento segundo o qual, em havendo bens sujeitos à meação, não haveria, quanto a esse patrimônio, concorrência sucessória, uma vez que a meação atribuída ao cônjuge seria suficiente para lhe assegurar patrimônio mínimo que lhe garantisse subsistência digna.

Por outro lado, também ressonam diversas críticas acerca da inclusão do cônjuge como herdeiro concorrente. Nesse diapasão, critica-se não apenas a introdução do cônjuge como herdeiro concorrente como, também, coloca-se em debate a natureza da concorrência sucessória e suas consequências. No que se refere à natureza da concorrência sucessória, para a maior parte da doutrina o cônjuge, ainda que na qualidade de herdeiro concorrente, estaria na posição de herdeiro necessário, isto é, ainda que ocupando a primeira e a segunda classes da ordem de vocação hereditária, em conjunto com os descendentes ou ascendentes, o cônjuge seria inafastável da sucessão, uma vez que a concorrência sucessória teria natureza de verdadeiro direito sucessório. Portanto, ainda que em concorrência, o cônjuge teria direito, propriamente, à herança. De outra parte, de acordo com parcela minoritária da doutrina, como é o caso de Rolf Madaleno³³³, a concorrência sucessória teria natureza de benefício vidual instituído *ex lege*, não de direito sucessório, tal qual ocorria com o usufruto vidual na vigência do Código Civil de 1916. Dessa maneira, ao concorrer com descendentes ou ascendentes, o cônjuge não ocuparia a posição de herdeiro necessário, mas de herdeiro eventual, irregular, uma vez que a percepção de parte do acervo hereditário dependeria do regime matrimonial adotado e da existência de bens particulares do sucedido.

Flávio Tartuce³³⁴ critica a concorrência sucessória, elucidando que o instituto teria sido inserido no sistema como artifício jurídico utilizado para substituir o usufruto legal vidual, extinto pela codificação em vigor. Para o doutrinador, o sistema da concorrência sucessória não se coadunaria com a realidade social e familiar, tendo sido um grande equívoco sua inclusão no sistema jurídico nacional. Assevera o estudioso que a ordem de vocação hereditária que constava na codificação brasileira de 1916 seria mais simples e presumiria melhor a vontade do morto.

³³³ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

³³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 13. ed., p. 185-186.

Rolf Madaleno³³⁵ explica que, no Código Civil de 1916, pela via do usufruto vidual, o direito brasileiro adotava, na sucessão concorrencial do cônjuge sobrevivente, o direito sucessório troncal, diversamente do que vige no sistema hodierno, ou seja, um direito dominical. Segundo o escólio do autor, tanto no instituto do usufruto vidual quanto no da concorrência sucessória verificar-se-ia clara intenção legislativa no sentido de conferir proteção ao cônjuge supérstite. A mutação ocorrida no Código Civil de 2002, que suprimiu a instituição de usufruto vidual para atribuição de direito de propriedade ao cônjuge, teria decorrido de influência do direito francês. Na França, teria sido posta em xeque a utilidade do usufruto, uma vez que a ideia de conservar os bens na família do falecido teria sido considerada anacrônica. Nessa senda, entendeu-se, no direito francês, que deveria ser revisitado o objetivo de manter os bens na família de origem do falecido para que se atendessem novos fundamentos arraigados no direito moderno. Contudo, para Rolf Madaleno, na prática não teria havido grandes mudanças na transição do usufruto vidual para o direito de propriedade, remanescendo ambos como institutos com natureza de legado *ex lege*. Para o doutrinador, a sutil diferença entre esses direitos viduais, ou seja, entre o usufruto vidual e a concorrência sucessória, repousaria no fato de, atualmente, os bens herdados pelo viúvo não mais retornarem à linha troncal. Desse modo, de acordo com o estudioso, teria havido, unicamente, alteração da política socioeconômica do direito sucessório ao alterar-se o sistema troncal do usufruto pelo da propriedade concorrencial. Haveria mera sensação, não correspondente à realidade, de que conceder propriedade privada ao consorte sobrevivente no lugar do usufruto vidual teria atendido, de maneira mais adequada, à função social da herança, tendo trazido efetiva modificação na estrutura jurídica social e econômica. Para o autor, na verdade, teria havido mera transformação da dinâmica sucessória pelo remodelamento da propriedade privada, mantida, entretanto, a mesma intenção de garantir a sobrevivência do consorte remanescente.

Como será analisado mais adiante, a natureza da concorrência sucessória exerce grandes impactos na liberdade testamentária do cônjuge. Afinal, parte da doutrina, ainda que minoritária, assevera que, caso se trate de mero benefício vidual, seria passível de afastamento por ato de vontade do sucedido por decisão judicial que constatasse a ausência de necessidade do benefício no caso concreto, tal como se admitia na jurisprudência em relação ao usufruto vidual quando da vigência do Código Civil de 1916. Por sua vez, em sendo a concorrência sucessória considerada efetivo direito sucessório do cônjuge, ainda que

³³⁵ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

na categoria de herdeiro concorrente, a posição do consorte seria de verdadeiro herdeiro necessário independentemente da classe ocupada. Portanto, seria inviável afastá-lo da sucessão por ato de vontade ou decisão judicial em razão da incidência de norma cogente.

3.4 Concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no Código Civil de 2002 no regime de separação convencional de bens

Conforme anteriormente comentado, a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes está vinculada ao regime de bens adotado pelos consortes, isto é, a depender do regime de bens selecionado no casamento, haverá ou não concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes. Em que pese o foco do presente trabalho seja a sucessão do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens, para melhor compreender a sucessão do consorte casado sob esse regime, bem como as críticas a ela correspondentes e soluções levantadas pelos estudiosos do assunto para contornar incongruências, é importante compreender o atual posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência consolidada a respeito da sucessão no regime legal supletivo.

Consoante mencionado anteriormente, o regime de comunhão parcial de bens é, desde a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977, o regime de bens legal supletivo, pelo que se comunicam os bens adquiridos durante a constância do casamento, com exceção de algumas hipóteses previstas pelo Código Civil. Por conseguinte, caso os nubentes não selecionem outra espécie de regime de bens por pacto antenupcial, ou na circunstância de o pacto antenupcial lavrado ser ineficaz, nulo ou vir a ser anulado, prevalecerá o regime oficial³³⁶. Em relação à dispensa de solenidade para adotar o regime de comunhão parcial de bens, cumpre salientar que, apesar de não obrigatória, não é vedada a lavratura de pacto antenupcial por cônjuges que desejem escolher esse regime. Afinal, é perfeitamente possível que os nubentes pretendam, por pacto antenupcial, deliberar sobre outras questões, como a administração do acervo patrimonial particular, conforme autoriza o artigo 1.665 do Código Civil³³⁷.

Rolf Madaleno³³⁸ destaca que a prevalência do regime de comunhão parcial de bens decorreu de uma nova conjuntura social. Afirma que, com o passar do tempo, tornou-se raro

³³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. Aspectos controvertidos no novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 261.

³³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 219.

³³⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 717.

que houvesse interesse dos cônjuges em inserir na comunhão bens particulares, uma vez que teria deixado de existir, ao menos com a mesma força, a concepção de permanência do casamento, bem como o sentimento de culpa e frustração que, em outros tempos, afligia aqueles cujo projeto de casamento fracassasse. Assevera Débora Vanessa Caús Brandão³³⁹ que a maioria dos casamentos, no Brasil, é celebrada sob o regime legal supletivo em virtude da falta de informação a respeito das possibilidades relativas aos regimes de bens do casamento, assim como em razão de a escolha de qualquer outro regime implicar a necessidade de forma solene e de dispêndio financeiro adicional.

O regime de comunhão parcial de bens caracteriza-se, basicamente, pela reserva de titularidade de bens particulares e o estabelecimento de comunhão no tocante aos bens adquiridos durante o casamento a título oneroso ou eventual. Logo, excluem-se da comunhão os bens adquiridos por um dos cônjuges anteriormente à celebração das núpcias, bem como aqueles obtidos, a título gratuito, mesmo na vigência do matrimônio. Há, portanto, presunção absoluta de que os bens adquiridos durante o casamento sejam provenientes do esforço comum de ambos os cônjuges em igual proporção. Ainda que a contribuição financeira não tenha sido igualitária, considera-se ter havido, de qualquer modo, a colaboração equânime dos consortes para a aquisição dos bens, ainda que essa colaboração não seja de natureza econômica. Isso significa que a contribuição moral e psicológica também é levada em conta para justificar a partilha igualitária de bens adquiridos na constância do casamento³⁴⁰. Nessa senda, trata-se de um regime, como é inerente aos regimes de comunhão e participação, em que vigorara a solidariedade familiar. Em razão de ambos os cônjuges compartilharem da natureza, do espírito e dos fins matrimoniais, possuem igualdade de direitos sobre os bens que integram o acervo comum³⁴¹. Ao mesmo tempo, com a adoção do regime de comunhão parcial de bens, buscar-se-ia evitar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges em caso de separação, preservando-se o patrimônio particular de cada um³⁴².

³³⁹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 197.

³⁴⁰ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. *In*: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 195-196.

³⁴¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 717.

³⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 219.

No regime de comunhão parcial de bens, é importante, para fins sucessórios, diferenciar os bens próprios ou particulares dos comuns. O artigo 1.659³⁴³ do Código Civil de 2002 elenca os bens que são excluídos da comunhão, ou seja, que são particulares, ao passo que o artigo 1.660³⁴⁴ enumera os bens que integram a comunhão, ou seja, que são comuns. São excluídos da comunhão, por exemplo, os bens que cada cônjuge já possuía ao se casar e aqueles que, mesmo na constância do casamento, forem adquiridos por herança ou doação. Por sua vez, entre os bens que integram a comunhão estão aqueles adquiridos onerosamente durante o enlace, ainda que o título aquisitivo conste em nome de apenas um dos consortes. A relevância dessa diferenciação repousa no fato de, segundo entendimento amplamente majoritário, a concorrência sucessória entre descendentes e cônjuge casado sob o regime legal supletivo ocorrer apenas no caso de haver bens particulares e estabelecer-se, exclusivamente, sobre esses bens.

Eis o entendimento de Flávio Tartuce³⁴⁵, que depreende, com base na análise da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, que, na comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente apenas sustentará a posição de herdeiro em concorrência com os descendentes se o sucedido tiver deixado bens particulares e que a sucessão verificar-se-á somente em relação a esses bens. Ensina o autor que, em relação aos bens comuns, o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens será destinatário apenas da meação. Por sua vez, como salientado, haverá concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes em relação aos bens particulares do sucedido. Em não havendo bens particulares, nenhum bem tocará ao consorte sobrevivente a título de herança, apenas de meação. O mesmo entendimento é albergado por Giselda Hironaka³⁴⁶, Paulo Lôbo³⁴⁷, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf³⁴⁸.

³⁴³ Artigo 1.659. Excluem-se da comunhão: I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

³⁴⁴ Artigo 1.660. Entram na comunhão: I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

³⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*, cit., p. 1223.

³⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 367.

³⁴⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 146.

³⁴⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 205.

Aludido posicionamento funda-se na premissa criada pela doutrina segundo a qual, sendo meeiro, o cônjuge não será herdeiro e vice-versa. Entende-se que, em havendo bens comuns, o cônjuge supérstite seria destinatário de meação, e, desse modo, estariam garantidos ao viúvo meios suficientes para que continuasse a viver dignamente. De outra parte, caso o cônjuge falecido possua bens particulares, considera-se a possibilidade de os bens destinados à meação serem inexistentes ou insuficientes para garantir a sobrevivência digna do consorte remanescente. Por conta disso, o legislador teria atribuído, na presença de bens particulares do sucedido, o direito de herança ao matrimoniado sobrevivente em concorrência com os descendentes do morto³⁴⁹.

Endossa esse posicionamento Paulo Lôbo³⁵⁰ ao asseverar que haveria presunção de que, em havendo bens particulares, os bens sujeitos à meação seriam proporcionalmente inferiores à massa dos bens particulares, de modo a comprometer o patrimônio mínimo existencial do consorte sobrevivente. O autor justifica o aludido entendimento, ainda, oferecendo um exemplo prático. Ilustra a situação em que o sucedido, ao se casar, já detivesse patrimônio consolidado, ou, ainda, já fosse viúvo ou divorciado quando do casamento, de modo que a maior parte do acervo hereditário fosse particular. Alude, também, à circunstância em que houvesse transcorrido pouco tempo entre a morte do sucedido e as núpcias, de forma que não houvesse sido amealhado patrimônio comum significativo. O autor assevera, inclusive, que, se a sucessão, nessas hipóteses, incidisse também sobre a meação, haveria diminuição injustificável da legítima dos descendentes.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão³⁵¹ afirmam que a evidência clara de que essa interpretação da norma teria sido a opção legislativa é o fato de, na comunhão universal de bens, ter havido expressa exclusão do cônjuge da condição de herdeiro concorrente. Considerando que o afastamento do consorte da condição de herdeiro, nessas hipóteses, dá-se em virtude de o consorte sobrevivente receber meação, alegam os autores que o mesmo raciocínio deve ser aplicado no caso de o casamento ser celebrado sob o regime de comunhão parcial de bens. Nesse sentido, se o cônjuge for titular de direito de meação sobre determinado bem, não deveria receber parcela do patrimônio meado também na qualidade de herdeiro.

³⁴⁹ SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida, cit., p. 160.

³⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 146-147.

³⁵¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 167.

José Fernando Simão³⁵² argumenta, ainda, que a premissa “o cônjuge que herda não meia e vice-versa” teria fundamento histórico-evolutivo. Afinal, como já ressaltado alhures, a regra atual quanto à sucessão do cônjuge casado sob regime de comunhão parcial de bens é muito similar ao que era disposto no Estatuto da Mulher Casada, que, assim como o Código Civil de 2002, condicionava determinados direitos sucessórios do cônjuge ao regime de bens do casamento estabelecido. De acordo com aquela lei, caso remanescessem descendentes e cônjuge após a morte do sucedido, atribuía-se ao consorte sobrevivente direito de usufruto vidual sobre um quarto do patrimônio do morto enquanto perdurasse a viuvez. Flávio Tartuce e José Fernando Simão³⁵³ ressaltam que, na vigência do Código Civil de 1916, o usufruto vidual incidia sobre um quarto da totalidade dos bens do falecido, independentemente de serem particulares ou comuns. Salientam, contudo, que a jurisprudência interpretou o § 1º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916 restritivamente, de modo que o direito ao usufruto vidual era passível de afastamento nas hipóteses em que os bens da meação destinados ao consorte supérstite garantissem sua subsistência. Para os doutrinadores, aludida interpretação jurisprudencial teria aberto precedentes para que se interpretasse o artigo 1.829, inciso I, também de maneira restritiva, de forma a limitar os direitos sucessórios do cônjuge aos bens particulares do falecido. Afinal, o cônjuge supérstite já seria dono de metade dos bens comuns, não se justificando que, por herança, fosse proprietário de parcela ainda maior daquele patrimônio comum.

Na jurisprudência, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi a que primeiro consolidou posição no sentido de que haveria concorrência entre cônjuge e descendentes apenas sobre bens particulares na hipótese de casamento celebrado sob regime de comunhão parcial de bens. Na decisão do Recurso Especial n. 974.241/DF³⁵⁴, aludiu-se, expressamente, ao fato de não haver concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes em relação aos bens integrantes da meação.

É preciso apontar que houve posição doutrinária e jurisprudencial destoante. Na doutrina, o entendimento denominado “interpretação invertida” foi perfilhado, de modo

³⁵² SIMÃO, José Fernando. Concorrência na comunhão universal e na separação total de bens, cit.

³⁵³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, cit., p. 168.

³⁵⁴ CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil. 2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaure-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido (STJ, REsp 974.241/DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, 4ª Turma, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 05.10.2011).

isolado, por Maria Berenice Dias³⁵⁵. Segundo a autora, a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, no regime de comunhão parcial de bens, deveria recair sobre o acervo comum em vez de recair sobre os bens particulares do sucedido. Assim, de acordo com a doutrinadora, os bens particulares deveriam destinar-se exclusivamente aos descendentes, ao passo que os bens comuns não destinados à meação deveriam ser partilhados entre o cônjuge e os descendentes. Segundo a autora, adotar interpretação diversa significaria subverter o regime de bens eleito pelas partes, isto é, os cônjuges, ao selecionarem o regime de comunhão parcial de bens, teriam desejado, justamente, manter a exclusividade dos bens particulares. Pretenderiam, destarte, que fossem destinados ao consorte apenas os bens adquiridos na constância da vida em comum. Nessa senda, para a doutrinadora, ao estabelecer ressalvas sobre o regime de comunhão parcial de bens, o legislador teria pretendido garantir o respeito à autonomia privada dos matrimoniados quanto à destinação de seus bens. Além disso, segundo a estudiosa, destinar bens particulares ao consorte sobrevivente trar-lhe-ia benefício indevido, uma vez que não teria havido qualquer tipo de contribuição do cônjuge para constituição daquele patrimônio.

A Ministra Nancy Andrighi, ao proferir voto vencido no Recurso Especial n. 1.368.123/SP³⁵⁶, adotou a teoria da “interpretação invertida”. Em seu voto, a Ministra chancelou o argumento de Maria Berenice Dias ao afirmar que, permitindo a concorrência sucessória quanto aos bens particulares, haveria ofensa à autonomia de vontade dos matrimoniados, manifestada quando selecionado o regime de bens do casamento. Alegou, ainda, que a concorrência em relação aos bens particulares beneficiaria terceiros que não teriam contribuído para a formação do patrimônio ou que não possuiriam relação de afinidade ou afetividade com o sucedido. Não foi a primeira vez que a Ministra Nancy Andrighi opinou nesse sentido. Ao prolatar seu voto na decisão do Recurso Especial n.

³⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_785\)2_ponto_final.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_785)2_ponto_final.pdf). Acesso em: 21 fev. 2017.

³⁵⁶ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO *DE CUJUS*. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. 1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido (STJ, REsp 1368123/SP 2012/0103103-3, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 22.04.2015, DJe 08.06.2015).

1.377.084/MG³⁵⁷, de que foi relatora, alegou que o desamparo do cônjuge sobrevivente não seria um problema passível de solução apenas se atribuindo a ele direitos sucessórios sobre parte dos bens particulares, uma vez que poderiam ser insignificantes perante a totalidade dos bens amealhados durante toda a vida do casal. Em vista disso, defendeu o prevailecimento da autonomia privada dos consortes, de maneira que se respeitasse a vontade manifestada pelos matrimoniados quando da seleção do regime de bens.

Verifica-se que, na interpretação adotada por Maria Berenice Dias e pela Ministra Nancy Andrighi nos votos dos recursos especiais citados, buscou-se, primordialmente, valorizar a autonomia privada dos matrimoniados. Pretendeu-se estender o regime de bens do casamento adotado em vida para depois da morte. Contrariamente a essa possibilidade posicionou-se Ana Luiza Maia Nevares³⁵⁸. Segundo esta última autora, não se poderiam confundir os institutos do regime de bens e da sucessão hereditária. Afirma ela que ambos são institutos relacionados à tutela patrimonial dos cônjuges, mas salienta que desempenhariam funções diversas no ordenamento jurídico. Destaca que, enquanto os regimes de bens do casamento estatuiriam regras relativas à divisão do patrimônio conjugal após o fim do casamento conforme a autonomia privada dos matrimoniados, a sucessão hereditária estabeleceria regramento atinente à transmissão do patrimônio após a morte, levando em consideração o dever de solidariedade familiar.

³⁵⁷ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O *DE CUJUS* PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02. 1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares. 3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial. 4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer. 5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal. 6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão. 7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido (STJ, REsp 1377084/MG 2013/0083914-0, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 15.10.2013).

³⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens, cit., p. 468-476.

Entendimento divergente foi defendido, ainda, por Maria Helena Diniz³⁵⁹. Segundo a professora, em conformidade com a doutrina majoritária, apenas haveria concorrência entre o consorte sobrevivente e os descendentes no caso de existirem bens particulares do sucedido, isto é, a existência de bens particulares do sucedido constituiria, para a autora, assim como entende a doutrina majoritária, requisito para que o cônjuge tivesse capacidade de herdar em concorrência com os descendentes do defunto. No entanto, se os bens particulares existissem, segundo a doutrinadora, a concorrência deveria dar-se em relação a todo o acervo hereditário e não somente em face dos bens exclusivos do falecido. Argumenta Maria Helena Diniz que não haveria previsão expressa da lei sobre a concorrência verificar-se somente em relação aos bens particulares. Adicionalmente, afirma que seria preciso atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil a divisão do patrimônio. Ademais, a estudiosa argui que, nos termos do artigo 1.791 e seu parágrafo único, a herança seria indivisível, e, assim sendo, mesmo que houvesse mais de um herdeiro, deveria deferir-se como um todo unitário, não havendo sentido em dividi-la apenas nos casos em que o cônjuge fosse herdeiro concorrente.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³⁶⁰ esclarece que o posicionamento doutrinário destacado por Maria Helena Diniz fundar-se-ia, sobretudo, no que dispõe o artigo 1.832 do Código Civil, segundo o qual, em concorrência com os descendentes, caberia ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua cota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Afinal, no aludido artigo é utilizada a palavra “herança”, o que pode ter levado os adeptos da corrente encabeçada por Maria Helena Diniz a entender que a concorrência se verificaria em relação a todo o acervo hereditário. Porém, para Giselda Hironaka esse posicionamento acarretaria quebra do sistema eleito pelo legislador. Segundo a doutrinadora, não haveria razão para determinar que a concorrência se operasse apenas quando houvesse bens particulares se ela não incidisse somente sobre esses bens.

Malgrado as divergências doutrinárias e jurisprudenciais apontadas, como já mencionado, ao final, inequivocamente, hoje, prevalece, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, posição segundo a qual apenas há concorrência entre descendentes e cônjuge casado sob regime de comunhão parcial de bens se houver bens particulares e apenas sobre esses bens. Eis, inclusive, o entendimento constante no Enunciado n. 270 do Conselho de

³⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 146-149.

³⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 368.

Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil³⁶¹. Eis, ainda, a posição adotada na decisão do Recurso Especial n. 1.3681.23/SP³⁶², que, após chancelar entendimento perfilhado no Enunciado n. 270 da III Jornada de Direito Civil, uniformizou entendimento sobre a matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, pacificando o entendimento entre a Terceira e a Quarta Turmas, que divergiam sobre o assunto.

Da interpretação adotada em relação ao regramento incidente sobre a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens, extrai-se a consolidação de alguns fundamentos que têm orientado a concorrência sucessória do cônjuge também em outros regimes: (i) há presunção absoluta de que o cônjuge necessita de proteção financeira, sendo devido, com base nos princípios da solidariedade familiar e afetividade, assegurar-lhe o mínimo existencial após o falecimento de seu consorte; (ii) quando há bens particulares, concebe-se o risco de a meação ser insuficiente para resguardar economicamente o consorte, cabendo, por isso, ao cônjuge direito de concorrência sobre bens particulares; (iii) se não há meação, o cônjuge é herdeiro de bens particulares em concorrência com os descendentes; (iv) se não há bens particulares, o cônjuge é apenas meeiro, não herdeiro; (v) a autonomia privada dos cônjuges para dispor acerca de regras patrimoniais do casamento não se estende para depois da morte; e (vi) as regras sucessórias são cogentes, não sendo autorizado aos particulares dispor sobre elas, salvo em relação ao que a lei expressamente admitir. Portanto, o entendimento majoritário, na doutrina e na jurisprudência, hoje, adotado em relação à sucessão do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens também segue os fundamentos consolidados dispostos acima, conforme será observado adiante.

³⁶¹ Estabelece o enunciado que “o artigo 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime de separação convencional de bens ou, se casados no regime da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

³⁶² RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. 1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*. 4. Recurso especial provido (STJ, REsp 1368123 SP 2012/0103103-3, Rel. Min Sidnei Beneti, 2ª Seção, DJe 08.06.2015).

Primeiramente, cumpre destacar que, no Brasil, para selecionar regime de bens diverso do legal supletivo, ou seja, da comunhão parcial, é necessária a celebração de pacto antenupcial por escritura pública lavrada por tabelião de notas, conforme exigência do artigo 1.653 do Código Civil. Caso não seja realizado dessa maneira, será nulo³⁶³. Além disso, para que o pacto tenha eficácia perante terceiros, é preciso que seja registrado no Ofício do Registro de Imóveis do primeiro domicílio dos cônjuges, nos termos do que dispõe o artigo 1.657 do Código Civil.

O pacto antenupcial é, portanto, negócio jurídico que regulamenta os aspectos patrimoniais do matrimônio pela definição do regime de bens a ser adotado na hipótese de não ser escolhido o regime legal supletivo³⁶⁴. Para Débora Vanessa Caús Brandão³⁶⁵, os nubentes também poderiam dispor sobre outras questões, tais como regras para modificação do regime de bens ou mesmo quanto à administração do patrimônio e sua liquidação. Seja como for, conforme salienta Flávio Tartuce³⁶⁶, existe, na celebração do pacto antenupcial, um interesse de cunho eminentemente patrimonial, razão pela qual o autor afirma que tais pactos possuem natureza contratual. No mesmo sentido era o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento”³⁶⁷. Também para Rolf Madaleno, o pacto antenupcial possui natureza contratual, definindo-o como “um contrato conjugal destinado a regular o regime matrimonial dos bens”³⁶⁸. Contudo, como bem salienta Débora Vanessa Caús Brandão³⁶⁹, ainda que haja a prevalência de interesse patrimonial ao serem firmados pactos antenupciais, seria inviável a incidência, sobre eles, de todo regramento jurídico concernente aos direitos das obrigações. Afinal, proceder dessa maneira seria ignorar o principal componente do casamento, ou seja, o afeto. Em virtude desse aspecto essencial, os assuntos de direito de família seriam pautados por um conteúdo muito mais moral, ético e humano do que ocorre em relação a outros ramos do direito.

³⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 216.

³⁶⁴ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial, cit., p. 184-185.

³⁶⁵ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regimes de bens no novo Código Civil*, cit., p. 189.

³⁶⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 5. p. 155.

³⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 215.

³⁶⁸ MADALENO, Rolf. Efeitos patrimoniais do casamento: regime de bens. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orientadora); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (coord.). *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7. p. 104.

³⁶⁹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regimes de bens no novo Código Civil*, cit., p. 189.

Sem negar o caráter patrimonial dos pactos antenupciais, mas reconhecendo as peculiaridades que norteiam o direito de família, Débora Gozzo³⁷⁰ afirma que os pactos antenupciais possuiriam natureza de negócio jurídico de família, caracterizado pelo pessoalismo (apenas os nubentes podem firmá-lo); pelo formalismo (obrigatoriedade de escritura pública); nominalismo (previstos em lei) e legitimidade (não podem ser estatuídas cláusulas que contrariem a norma jurídica, posto que as regras de direito de família têm, em sua maioria, caráter cogente).

Portanto, no regime de separação convencional de bens, por pacto antenupcial, os nubentes optam pela incomunicabilidade total dos bens e das dívidas. Sendo assim, cada consorte pode preservar seu patrimônio passado, presente e futuro, adquirido a título gratuito ou oneroso, sob sua exclusiva posse, administração e titularidade³⁷¹. Há juristas que asseveram que o regime de separação convencional de bens traduz-se em verdadeira ausência de regime. Rolf Madaleno³⁷² discorda dessa afirmação, uma vez que, com o casamento, os consortes formariam uma entidade familiar. Consequentemente, ambos os cônjuges restariam submetidos a deveres conjugais e possuiriam responsabilidade sobre os encargos e necessidades econômicas da família.

O inciso I do artigo 1.829 não excepciona a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes na hipótese de o regime matrimonial adotado ser o da separação convencional de bens. Inexistindo exceção expressa à concorrência sucessória, o entendimento majoritário é o de que se aplicaria a premissa consolidada na doutrina e na jurisprudência. O cônjuge, portanto, herda sobre os bens que não meia. Levando em conta que no regime de separação convencional de bens não há meação, considera-se o cônjuge, em concorrência com os descendentes, herdeiro em relação à integralidade dos bens do sucedido, que são todos particulares por conta do regime de bens selecionado.

Portanto, em síntese, segundo José Fernando Simão³⁷³, no regime de separação convencional de bens se verificaria a concorrência sucessória em virtude de três motivos principais: (i) a regra estabelecida legalmente é no sentido de que há concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, devendo eventuais exceções ser previstas de forma expressa; (ii) existe uma preocupação histórica, desde o Estatuto da Mulher Casada, em garantir que

³⁷⁰ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34-35.

³⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 227.

³⁷² MADALENO, Rolf. Efeitos patrimoniais do casamento, cit., p. 792.

³⁷³ SIMÃO, José Fernando. Bens comuns e bens particulares: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC. Recurso Especial 992.749-MS e Recurso Especial 974.241-DF. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 248.

o cônjuge supérstite mantenha um patrimônio mínimo para sua subsistência após o falecimento do *de cuius*, tendo sido, pelo Código Civil de 2002, substituído o usufruto viual pelo estabelecimento de condomínio entre cônjuge e descendentes; e (iii) a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes está relacionada à ausência de meação, razão pela qual, na separação convencional de bens, há de prevalecer a concorrência.

Destarte, para maior parte da doutrina, que acata o entendimento de José Fernando Simão, o cônjuge supérstite, em razão do comando previsto no artigo 1.829, inciso I, casado com o falecido sob o regime de separação convencional de bens, também sustentaria a posição de herdeiro necessário, competindo-lhe fração ideal sobre os bens particulares do sucedido em concorrência com seus descendentes. Entre os autores que defendem essa posição também está Carlos Alberto Dabus Maluf³⁷⁴, argumentando que a adoção pelo casal do regime de separação convencional de bens não acarretaria exceção à regra de haver concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e descendentes por ausência de previsão legal nesse sentido.

O mesmo entendimento é abraçado por Ana Luiza Maia Nevares³⁷⁵. A doutrinadora destaca, como já mencionado, que, hoje, na família dita nuclear, o cônjuge seria o único componente estável e essencial, posto que, em regra, em determinado momento, os filhos desprender-se-iam daquela entidade, formando sua própria família. Por esse motivo, o vínculo conjugal não poderia mais ser relegado ao segundo plano. Adicionalmente, de acordo com a autora, a exclusão da condição de herdeiro do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens acarretaria ofensa à sistemática de tutela sucessória do cônjuge. Afinal, sob a égide do Código Civil de 1916, após a prolação do Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens seria, ao menos, titular de direito de usufruto viual. Adotando-se entendimento segundo o qual, sob a vigência do Código Civil de 2002, o cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens não fosse herdeiro, haveria, de acordo com a estudiosa, quebra histórico-evolutiva no que se refere às normas de proteção sucessória do cônjuge. Afinal, atualmente, o viúvo casado sob regime de separação convencional de bens teria menos direitos do que aqueles de que seria titular sob o regramento do antigo diploma civil. Para a autora, que defende uma interpretação constitucional da sucessão, seria preciso, no tocante à herança, priorizar

³⁷⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 206.

³⁷⁵ NEVARES. Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens, cit., p. 468-469.

funções existenciais, em face das meramente patrimoniais. Nesse diapasão, a professora enfatiza o princípio da solidariedade familiar em âmbito de direito sucessório.

José Fernando Simão³⁷⁶, mesmo considerando herdeiro o cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens, buscando a *ratio legis*, aduz uma ressalva. Partindo, mais uma vez, da premissa segundo a qual o cônjuge não deve ser, simultaneamente, meeiro e herdeiro do mesmo bem, considera as hipóteses em que, não obstante casados sob o regime de separação convencional de bens, os consortes sejam condôminos de determinado bem em igual proporção. Seria o caso de os matrimoniados haverem adquirido um imóvel em condomínio, cabendo cinquenta por cento a cada um. Para o autor, nessa hipótese, em relação àquele bem, não deveria o cônjuge ser considerado herdeiro, pois gozaria de posição semelhante à de um viúvo meeiro.

Em sentido diametralmente oposto às posições acima destacadas, há entendimento segundo o qual em nenhuma hipótese o cônjuge casado sob o regime de separação total de bens deveria herdar em concorrência com os descendentes. Para Miguel Reale³⁷⁷, a separação obrigatória de bens poderia ser classificada em separação legal e separação convencional de bens. A separação legal seria o regime ao qual os nubentes seriam obrigados a se submeter em virtude de se enquadrarem nas hipóteses previstas em lei. Por sua vez, a separação convencional seria resultante de disposição expressa entre os cônjuges antes do casamento. Na segunda situação, a obrigatoriedade resultaria, portanto, do pacto antenupcial celebrado entre os nubentes. Nessa senda, segundo o autor, o termo “separação obrigatória” não estaria adstrito às circunstâncias estipuladas pelo artigo 1.641 do Código Civil. Desse modo, separação obrigatória seria gênero do qual a separação legal e a separação convencional seriam espécies. Consequentemente, tendo em vista o disposto no artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge, quando casado sob o regime de separação obrigatória, seja legal ou convencional, não teria direito à herança nem à meação. Para o professor, entendimento diverso feriria substancialmente o disposto no artigo 1.687 do Código Civil, fadando o regime de separação de bens ao desaparecimento em virtude do conflito entre esse dispositivo e o artigo 1.829, inciso I. Haveria, portanto, ofensa à unidade sistemática do diploma civil, o que não poderia ocorrer. Por fim, o doutrinador reconhecia que, em sendo

³⁷⁶ SIMÃO, José Fernando. Concorrência sucessória na comunhão universal e na separação convencional de bens. *Conjur*, 15.10.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁷⁷ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61-64.

inviável resolver a questão pela via interpretativa, far-se-ia necessária uma alteração legislativa a fim de excluir o termo “obrigatória” do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁷⁸ compactuam do entendimento aduzido no parágrafo anterior. Arguem que, no regime de separação convencional de bens, a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes não deveria existir, uma vez que, segundo os autores, essa solução não se coadunaria com a finalidade institucional do regime de separação de bens do casamento. Asseveram os doutrinadores, com base em manifestações da doutrina e do público, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral, razão pela qual também defendem a reforma do artigo 1.829, inciso I.

O posicionamento exposto está em consonância, ainda, com o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite³⁷⁹, para quem respeitar as estipulações convencionadas em pacto antenupcial garantiria segurança jurídica, uma vez que, observada a autonomia de vontade dos cônjuges, não se frustraria sua expectativa quanto ao destino dos bens após a morte de um dos consortes. De acordo com o autor, a *ratio essendi* da separação convencional de bens teria sido evitar a confusão patrimonial em relação aos bens dos cônjuges, tanto durante quanto após o fim do casamento. Nesse diapasão, a concorrência sucessória desprezaria a vontade do legislador no que se refere a esse tipo de regime. Por fim, destaca que o cônjuge, ao concorrer com descendentes ou ascendentes, ocuparia a posição de sucessor anômalo ou substancial. Isso significa que o cônjuge não se equipararia aos herdeiros que ocupam a primeira e a segunda classe da ordem de vocação hereditária. Portanto, o cônjuge, apesar de ser herdeiro necessário, continuaria a ocupar a terceira classe da ordem de vocação hereditária, concorrendo nas primeira e segunda classes em situações circunstanciais.

Da mesma maneira entende Paulo Lôbo³⁸⁰. Segundo o autor, compreender que haveria concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente casado sob regime de separação convencional de bens e os descendentes colidiria com o artigo 1.639 do Código Civil, fundado no princípio da autodeterminação do casal, ao que é admitido escolher, de forma livre, o regime de bens que lhe aprouver mediante pacto antenupcial ou alteração posterior para regime diverso. De acordo com o autor, não seria possível isolar um dispositivo legal, sendo necessário harmonizar, sistematicamente, as normas dispostas no ordenamento civil.

³⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 844.

³⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O artigo 1.829, I, do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. p. 677.

³⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 152-153.

Ressalta o estudioso que, no regime de separação convencional de bens, os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou data de aquisição, comporiam patrimônios particulares separados, em caráter absoluto e permanente. Dessa maneira, qualquer comunhão, seja em vida, seja na morte, descaracterizaria o regime. Aduz o doutrinador que, ao escolherem o regime de bens mediante pacto antenupcial, os matrimoniados teriam, como um dos objetivos principais, exatamente, os efeitos na sucessão por morte. Sendo assim, a comunicação dos bens após o falecimento de um dos consortes esvaziaria o sentido lógico da finalidade da adoção do regime de separação de bens e negaria respeito à liberdade de escolha, garantida pelo princípio constitucional da liberdade, previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988. Reflexamente, haveria afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, de acordo com o autor, não haveria dignidade se a pessoa não pudesse organizar, livremente, seu projeto de vida privada e familiar. Sob esse prisma, haveria afastamento da sucessão concorrente, e, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge continuaria a ser destinatário integral da herança por ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Ressalta o jurista, ainda, que a interpretação do artigo 1.829, I, deveria fazer-se sob o princípio da boa-fé objetiva, que, entre seus efeitos, proíbe *venire contra factum proprium*. Segundo esse princípio, a ninguém é dado valer-se de determinado comportamento quando lhe for conveniente e vantajoso, e, depois, voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Nessa senda, assevera o estudioso que, se o regime de bens houver sido pactuado livremente por pessoa ciente e capaz, mediante escritura pública perante notário, não poderia voltar-se contra o regime adotado após a morte de seu cônjuge. Afinal, caso determinada pessoa não fosse a favor de submeter-se ao regime de separação convencional de bens, não estaria obrigada a se casar.

Com base nos argumentos expostos nos parágrafos anteriores, é possível constatar interessante diferença entre o regime legal supletivo e o regime de separação convencional de bens. Nota-se que, em geral, ao selecionarem o regime de comunhão parcial de bens, não há, de fato, regra geral, efetiva escolha por parte dos nubentes. Há, na realidade, normalmente, uma não escolha. Na prática, os cônjuges submetem-se ao regime legal supletivo por ser mais barato e menos trabalhoso. Na maior parte das vezes, ao menos, têm conhecimento acerca das regras que permeiam o regime de bens vigente, sobretudo no que diz respeito a aspectos sucessórios. É comum que, ao casarem-se, os nubentes apenas se deixem levar e, com o advento da morte, apressem-se em tomar conhecimento, pela primeira vez, das normas incidentes.

Portanto, é difícil até mesmo argumentar, com o intuito de afastar a concorrência sucessória sobre bens particulares no regime de comunhão parcial de bens, ter havido real intenção dos matrimonializados nesse sentido ao submeterem-se a esse regime. Considerando esse contexto, é mais tranquilo e palatável assumir que os cônjuges que se encontram nesse tipo de circunstância precisem de algum tipo de proteção. Afinal, desconhecendo sobretudo regras sucessórias, é provável que não tenham se preparado de modo preventivo para a morte do consorte, o que possivelmente aumentaria as chances de que o viúvo restasse à míngua financeira, tendo comprometida sua subsistência digna.

Verifica-se que, diferentemente do que, em regra, ocorre em relação ao regime de comunhão parcial de bens, no caso da adoção do regime de separação convencional há efetivo desejo e movimento dos nubentes no sentido de manter separado seu patrimônio na integralidade. Afinal, para isso é preciso que lavrem pacto antenupcial, estabelecendo, explicitamente, a vontade de que os bens não se comuniquem. Há destarte, na celebração do pacto antenupcial, inequívoca manifestação da autonomia privada dos nubentes, que, não raramente, consignam, de modo expreso, no documento o desejo de que a incomunicabilidade se estenda para depois da morte. Logicamente, essa vontade está amparada pelos mais diversos motivos, que não necessariamente se traduzem em egoísmo ou individualismo exacerbado. Portanto, a questão da autonomia privada, no regime de separação convencional de bens, emerge com muito mais força do que ocorre na comunhão parcial.

Rolf Madaleno³⁸¹ elenca algumas hipóteses em que costuma ser de grande conveniência, para os consortes, a adoção do regime de separação convencional de bens. Em primeiro lugar, o autor trata de casais, normalmente, originários de famílias detentoras de grandes fortunas, que procuram evitar confusões patrimoniais. Em segundo lugar, menciona casais que, contando com a possibilidade do término do casamento, procuram mecanismos para preservar seus bens. Em terceiro lugar, alude aos casais que intentam limitar a responsabilidade perante credores por desenvolverem atividades profissionais de risco. Em quarto lugar, destaca os casais que têm filhos de casamentos anteriores e desejam proteger seu patrimônio hereditário.

³⁸¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 792-793.

Interessante argumentação é aduzida por Judith Martins-Costa³⁸². A autora ressalta que a Constituição da República de 1988 teria assegurado ao indivíduo: (i) direito à dignidade, o que inclui seu direito à autodeterminação; (ii) tutela de sua personalidade; (iii) possibilidade de, ao casar-se, selecionar o regime de separação convencional de bens; (iv) faculdade de que a seleção do regime de separação convencional de bens fosse expresso em pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros; (v) dispensa, quando casado sob regime de separação convencional de bens, de outorga conjugal para alienação de bens imóveis ou constituição de ônus reais sobre eles; e (vi) uma vez celebrado o casamento, ser a vida matrimonial regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo vedado ao Estado ou a terceiros interferir nas escolhas lícitamente realizadas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da família. Alega a autora que, em face das garantias conferidas pela Constituição da República de 1988 ao indivíduo, seria dissonante conferir interpretação ao artigo 1.829, I, do Código Civil que reputasse o cônjuge como herdeiro concorrente e necessário quando adotado o regime de separação convencional de bens. Afinal, de acordo com a autora, essa interpretação ocasionaria manifesta distorção da finalidade econômico-social dos pactos antenupciais pelos quais se opte pelo regime de separação convencional de bens.

Na jurisprudência é possível encontrar decisões em que o cônjuge casado foi afastado da sucessão, seja na qualidade de herdeiro necessário, seja na qualidade de herdeiro concorrente. Na decisão do Recurso Especial n. 1.111.095/RJ³⁸³, entendeu-se não ser herdeiro necessário o cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens, de modo que seria admitido seu afastamento, pelo testador, da sucessão. Por sua vez, no Recurso Especial n. 992.749/MS³⁸⁴, o cônjuge casado sob regime de separação convencional

³⁸² REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes: compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, v. 24, out./dez. 2005. p. 219-220.

³⁸³ DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do *Codex* autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido (STJ, REsp 1111095 RJ 2009/0029556-0, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF), 4ª Turma, DJe 11.02.2010).

³⁸⁴ Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura

de bens foi excluído da posição de herdeiro concorrente. De acordo com a Ministra Relatora Nancy Andrighi (que, em seu voto, adotou a separação obrigatória de bens como gênero, nos

pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência. – Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espria, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. – Até o advento da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02. Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes. – O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: separação legal; separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida. Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações. Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. Haveria, indubiosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. Por fim, cumpre invocar a boa-fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública. O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado (STJ, REsp 992749/MS 2007/0229597-9, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 05.02.2010).

molde dos ensinamentos de Miguel Reale), o princípio da dignidade da pessoa humana se propagaria, entre outros, pelos princípios da livre manifestação de vontade, da autonomia de vontade, da autonomia privada, da autorresponsabilidade e da boa-fé. Nessa senda, ao selecionar o regime de bens a que desejam se submeter, os cônjuges estariam exercendo direitos que sufragariam sua dignidade. De acordo com a Ministra, ao escolherem, por livre e espontânea vontade, o regime de separação convencional de bens, os cônjuges estariam exprimindo o desejo de não entremear seus respectivos patrimônios, constituídos antes ou após o casamento. Contudo, ao considerar o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes do falecido nas hipóteses de núpcias contraídas sob o regime de separação convencional de bens, afirmou a Ministra que se estaria desvirtuando o regime de bens escolhido pelos consortes e, dessa maneira, ofendendo sua autonomia privada e fadando o regime de separação convencional à inexistência. Por fim, a Ministra asseverou que a própria lei civil determinaria que o regime matrimonial atuasse como elemento direcionador do direito de herança concorrente do cônjuge em relação aos descendentes do sucedido. Desse modo, não seria razoável que, após a morte dos consortes, o regime selecionado fosse simplesmente desconsiderado e perdesse a eficácia por completo.

Flávio Tartuce³⁸⁵, ao comentar a decisão proferida no Recurso Especial n. 992.749/MS, atenta para as peculiaridades do caso. Explica o autor que o julgado trata do inventário de um homem viúvo de cinquenta e um anos de idade com vários problemas de saúde, que teria se casado com uma jovem de vinte e um anos. O casamento teria durado meses. Pelas circunstâncias do caso, havia grandes suspeitas de ter havido casamento por interesse financeiro da esposa. Sendo assim, para afastá-la da sucessão, teria sido abraçada a tese em comento. Para o autor, a solução encontrada para o caso concreto teria causado grande insegurança e instabilidade em relação a outras hipóteses similares que tratam da sucessão do cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens.

José Fernando Simão³⁸⁶ corrobora o entendimento de Flávio Tartuce. Afirma, primeiramente, que, com a mencionada decisão, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça pretendeu criar categoria jurídica inexistente (ou seja, a separação obrigatória como gênero), contrariando a tradição histórica do direito civil brasileiro. Além disso, para o doutrinador, afirmar que o regime de bens obriga as partes depois de sua morte revelaria teratologia. O estudioso argumenta que a morte colocaria fim à sociedade conjugal e ao próprio casamento em si, motivo pelo qual, a partir do falecimento de um dos consortes,

³⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*, cit., p. 1226.

³⁸⁶ SIMÃO, José Fernando. *Bens comuns e bens particulares*, cit., p. 249-253.

extinguir-se-ia, também, o regime de bens do casamento. Nessa senda, estender os efeitos do regime de bens para depois da morte significaria, segundo o doutrinador, permitir que o casamento produzisse efeitos após a sua extinção.

De fato, o entendimento dos Professores José Fernando Simão, Flávio Tartuce e Ana Luiza Maia Nevares encontra firme respaldo técnico e teórico. Afinal, realmente, não se há de confundir regras atinentes aos regimes de bens do casamento e à autonomia conferida aos particulares para autorregular seus interesses por pacto antenupcial com normas de caráter sucessório, estabelecidas expressamente pelo diploma civil, sendo vedados os pactos incidentes sobre herança de pessoa viva. Em vista disso, destinar porção dos bens, a título de herança, ao cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens em concorrência com os descendentes não afrontaria a autonomia privada, uma vez que se coadunaria com expressa disposição de lei cogente. A regra sucessória é clara, sendo impassível de malabarismos interpretativos para resguardar eventual justiça de um dado caso concreto. Mário Delgado³⁸⁷, mesmo considerando louvável o contorcionismo hermenêutico da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu não ser possível que a jurisprudência se oponha à posição clara do legislador. Segundo o autor, a literalidade dos artigos 1.845 e 1.829, I, seria tão manifesta que faria cessar a possibilidade de interpretação.

Por fim, principalmente, diante da literalidade da lei, consolidou-se na jurisprudência entendimento segundo o qual, na separação convencional de bens, o cônjuge é herdeiro necessário, independentemente de concorrer ou não com outros parentes sucessíveis. Essa posição foi adotada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.382.170³⁸⁸. Na decisão do recurso constou, expressamente, que “no regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime de separação legal de bens prevista no artigo 1.641 do Código Civil”. Aludida posição foi, ainda, adotada,

³⁸⁷ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM – Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 23, p. 33-57, set./out. 2017.

³⁸⁸ CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido (STJ, REsp 1382170/SP 2013/0131197-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, DJe 26.05.2015).

na decisão do Recurso Especial n. 1430763/SP³⁸⁹, da Terceira Turma, cuja Ministra relatora foi a própria Ministra Nancy Andrichi, havendo uniformização desse posicionamento pelo Superior Tribunal de Justiça e, destarte, superação da divergência jurisprudencial.

De toda sorte, é certo que o esforço argumentativo por parte de parcela relevante da doutrina e da jurisprudência no sentido de ampliar a autonomia privada sucessória do cônjuge revela, no mínimo, haver indício de incongruências entre o regramento estabelecido e os atuais anseios sociais. As transformações pelas quais a família passou, em especial no que se refere à inconstância dos casamentos, ao aumento do número de famílias recompostas, ao incremento da independência financeira feminina, à celebração de núpcias em idade mais avançada, entre outras, têm motivado indivíduos detentores de patrimônio considerável a desejarem maior autonomia no que se refere a sua sucessão *post mortem*, o que não necessariamente implica colocar o consorte supérstite em situação de risco ou ferir, de qualquer forma, a solidariedade familiar. Não se deve desconsiderar que apenas parcela ínfima da população brasileira possui interesse em celebrar pactos antenupciais e se dispõe a fazê-lo, sobretudo para estabelecer a separação convencional de bens. Em regra, são indivíduos dotados de patrimônio significativo e, portanto, potencialmente, instruídos e capazes de obter orientação profissional para compreender as implicações e riscos do regime de bens selecionado. Por isso mesmo, é de questionar se a ampliação da autonomia privada do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens seria passível, de fato, de acarretar prejuízo para os nubentes quando da morte de um dos matrimoniados, e, em caso afirmativo, se o número de pessoas prejudicado, no caso concreto, justificaria manter, de modo generalizado, as restrições à liberdade sucessória do cônjuge casado sob esse regime.

3.4.1 Cota sucessória do cônjuge em concorrência com descendentes

De acordo com o artigo 1.832 do Código Civil, em caso de concorrência entre cônjuge e descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao que receber cada descendente. Caso os descendentes sejam comuns, ser-lhe-á assegurado, pelo menos, um quarto da

³⁸⁹ CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido (STJ, REsp 1430763 SP 2014/0011346-2, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJe 02.12.2014).

herança. Segundo Giselda Hironaka³⁹⁰, o regramento legal explica-se pela presunção de que aquilo que for destinado ao cônjuge genitor dos descendentes comuns mais cedo ou mais tarde também será transferido àqueles descendentes a título de herança. No entanto, para a autora, trata-se de presunção frágil, uma vez que não há nada que obrigue o consorte sobrevivente a preservar sua parte da herança para posterior transferência aos descendentes comuns ao tempo de sua morte³⁹¹.

Portanto, no que se refere às hipóteses de haver descendentes exclusivos ou comuns, a regra legal é expressa. Todavia, a professora destaca que o legislador teria sido omissivo quanto às circunstâncias em que existissem ambas as categorias de herdeiros, ou seja, comuns e exclusivos. Desse modo, não haveria previsão quanto à reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite nesses casos. Para a Professora Giselda Hironaka teria havido clara intenção legislativa no sentido de privilegiar o cônjuge ascendente em face dos descendentes comuns, e, sendo assim, a exegese do regramento deveria levar em consideração esse paradigma. Sendo assim, de acordo com a doutrinadora, na hipótese de haver descendência híbrida, também deveria ser garantida ao cônjuge sobrevivente a quarta parte da herança. Idêntico posicionamento é sustentado na obra de Sílvio de Salvo Venosa³⁹², para quem, no caso de filiação híbrida, deveria ser resguardada a fração de um quarto da herança para o cônjuge supérstite, uma vez que a lei não teria feito restrições quanto à reserva. Além disso, a intenção do legislador teria sido resguardar o cônjuge. Destarte, não haveria motivo para que o consorte não fizesse jus a um quarto da herança apenas por existirem filhos unilaterais do falecido.

Segundo Maria Helena Diniz³⁹³, a lacuna legislativa deveria ser preenchida levando-se em consideração o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, estabelecido pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 227, § 6º, e pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 1.596 a 1.619. Em virtude da aplicação do mencionado princípio, não é admitido que haja distinção entre os filhos do sucedido, estipulando-se cotas hereditárias diversas conforme sejam ou não descendentes exclusivos do falecido. A autora defende, ainda, a incidência do princípio da operabilidade, estatuído pelo artigo 5º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, ao aplicar a lei, o juiz deveria atentar para os fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum. Com

³⁹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, cit., p. 200-201.

³⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 371.

³⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 145.

³⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 150.

base nos mencionados princípios, a doutrinadora, em posição oposta à de Giselda Hironaka, sustenta que, na hipótese de haver descendência híbrida, não deve ser reservada ao cônjuge supérstite a quarta parte da herança, cabendo-lhe, portanto, fração igual à dos descendentes que sucederem por cabeça.

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf³⁹⁴ também são contrários à reserva da quarta parte da herança ao cônjuge que concorre com os descendentes. De acordo com os aludidos doutrinadores, a mencionada solução resguardaria o direito de igualdade dos filhos na percepção de seus quinhões hereditários e simplificaria a partilha.

No mesmo sentido foi o entendimento adotado no Enunciado n. 526 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil. De acordo com o aludido Enunciado, “na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do sucedido, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.

Não obstante defenda, em sua obra, um dado posicionamento, Giselda Hironaka³⁹⁵ argumenta não haver solução satisfatória que, ao mesmo tempo, respeite a disposição legal prevista no artigo 1.832 do Código Civil e os princípios jurídicos do ordenamento pátrio. A autora destaca ser impossível, no caso de filiação híbrida do sucedido, encontrar solução matemática que mantenha iguais os quinhões de descendentes da mesma classe. Em vista desse cenário, como afirma a professora, emergiriam infundáveis decisões judiciais díspares sobre casos idênticos, o que vem causando enorme insegurança e instabilidade jurídica. Diante dessa grave falha legislativa, a estudiosa enfatiza a necessidade de prolação de novo regramento a fim de evitar interpretações ou soluções que desconsiderem o espírito da lei e corram exclusivamente ao alvedrio de julgadores ou hermeneutas³⁹⁶.

3.5 Concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes

Suponha-se que o sucedido não fosse casado nem vivesse em união estável, tampouco possuísse descendentes. Nesse caso, conforme estabelecem o artigo 1.829, inciso II, e o artigo 1.836, *caput*, a totalidade do patrimônio do falecido seria herdada por seus ascendentes. Entre os ascendentes, os de grau mais próximo também excluem os de grau

³⁹⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*, cit., p. 208.

³⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p. 392.

³⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, cit., p. 200-201.

mais remoto, contudo, ao contrário do que ocorre na sucessão de descendentes, não há direito de representação. Nessa senda, caso o genitor do sucedido seja pré-morto, sobrevivendo sua genitora, os avós da linha paterna, caso estejam vivos, não herdarão em substituição ao genitor pré-morto. A integralidade da herança será recebida pela genitora sobrevivente.

É relevante atentar para o fato de que os pais (e também os avós, bisavós, trisavós etc.) não herdam como casal, isto é, cada um dos ascendentes recebe por cabeça. Desse modo, cada um é responsável pelos próprios encargos tributários³⁹⁷. Além disso, cumpre observar que, não obstante os parentes de grau mais próximo excluam os mais remotos, não há distinção entre a linha paterna e a materna, como preconiza o artigo 1.836 em seu § 1º. Portanto, falecendo o sucedido, cada um de seus genitores terá direito à metade da herança. Isso significa que a cada uma das linhas, em havendo igualdade no grau de parentesco entre os ascendentes de linhas diferentes, sempre competirá metade da herança, nos termos do que dispõe o artigo 1.836 em seu § 2º. Imagine-se que o sucedido seja órfão de pai e mãe, mas que estejam vivos seus quatro avós. Nessa hipótese, metade da herança destinar-se-á à linha paterna, enquanto a outra metade será deferida à linha materna. Consequentemente, cada um dos avós terá direito a um quarto da herança. Vislumbre-se, na sequência, situação diversa, em que o sucedido, sendo órfão, possuísse, ao tempo da morte, os dois avós da linha materna e somente um avô da linha paterna. Na última circunstância em comento, ao contrário do que se poderia pensar, a herança não será dividida em três partes iguais. Afinal, como já mencionado, cada metade da herança destina-se a uma das linhas do defunto. Portanto, nesta última hipótese, metade da herança caberia ao avô paterno, ao passo que um quarto dela caberia à avó materna e um quarto ao avô materno. Sendo assim, é verdade que os ascendentes sempre sucedem por cabeça, mas também é verdade que nem sempre sucedem todos em partes iguais³⁹⁸.

Na linha reta ascendente, portanto, nos termos do que estabelece o artigo 1.836 do Código Civil, a sucessão pode atender às duas linhas, materna e paterna, mas não necessariamente será repartida em tantos quinhões quantos forem os ascendentes, e sim dividida em duas linhas, operando-se, dentro de cada uma, a devolução por cabeça. Dessa maneira, é possível a diversificação quantitativa de quinhões individuais caso haja maior número de ascendentes em uma das linhas do que na outra. De qualquer modo, é certo que se equiparam a linha materna e paterna. Caso haja, todavia, ascendente de grau mais próximo

³⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 109.

³⁹⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 109.

apenas de uma das linhas, a ele será deferida a totalidade da herança³⁹⁹. Afinal, não há sucessão por estirpe na linha ascendente⁴⁰⁰. Falecendo, destarte, um dos pais do sucedido, os seus avós que forem ascendentes do genitor pré-morto, ainda que vivos, não herdarão por representação⁴⁰¹.

Se não houver descendentes, mas existirem cônjuge e ascendente(s), o cônjuge herdará, nos termos do que dispõe o artigo 1.829, II, do Código Civil, em concorrência com o(s) ascendente(s). Caso concorra com ascendentes de primeiro grau, segundo o artigo 1.837 do Código Civil, toca ao cônjuge um terço da herança, sendo o restante dividido conforme determinado pelo artigo 1.836 do mesmo diploma. Contudo, ao consorte sobrevivente caberá metade da herança se concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau ou, ainda que sejam mais ascendentes, sejam de grau maior⁴⁰².

Diferentemente do que sucede em relação à concorrência com os descendentes, na concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes é irrelevante o regime de bens de casamento adotado entre os consortes. Portanto, independentemente do regime de bens estabelecido pelos nubentes, haverá concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes do defunto. Nesse diapasão, em se tratando de ascendentes, inexistente divergência jurisprudencial ou doutrinária no que diz respeito à concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes, cuja ocorrência não é contestada mesmo no regime de separação convencional de bens, uma vez que a norma é literal e impassível de interpretação divergente. Assim, no caso de concorrência entre cônjuge e ascendentes, é relevante apontar que, incontestavelmente, ela incide sobre todo o acervo hereditário, não apenas sobre bens comuns ou particulares.

Entretanto, assim como ocorre em relação à primeira classe, no que diz respeito à segunda classe, há corrente doutrinária que contesta a natureza da concorrência, aduzindo tratar-se de mero benefício vidual. Nessa categoria, a concorrência do cônjuge, casado sob qualquer regime de bens, não seria obrigatória, posto que o consorte, nessa classe, não ocuparia a posição de herdeiro necessário. Seria possível, assim, diante desse entendimento, por ato de vontade do sucedido, afastar a concorrência sucessória sem que isso representasse ofensa à norma de ordem cogente.

³⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 80.

⁴⁰⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., p. 109.

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. LV, p. 268.

⁴⁰² TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luíza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 102-103.

4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E AUTONOMIA PRIVADA DO CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

4.1 A autonomia privada em âmbito sucessório e o testamento

Para Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁰³, a autonomia privada nada mais seria do que o direito de se governar conforme as próprias leis e segundo a própria vontade. Nos termos de Francisco Amaral⁴⁰⁴, a autonomia privada seria a esfera de liberdade de que um indivíduo dispõe no âmbito do direito privado. De acordo com o autor, tratar-se-ia do princípio de direito privado pelo qual o agente teria a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Autonomia privada seria, portanto, o poder de criar, nos limites da lei, regras jurídicas. Os particulares tornam-se, dessa maneira, legisladores sobre seus próprios interesses, criando ordenamento de caráter próprio para si, diverso e complementar do ordenamento estatal. É relevante destacar, destarte, que na noção de autonomia privada está englobada a ideia de limites impostos ao poder de autorregulamentação⁴⁰⁵.

Para Ana Luiza Maia Nevares⁴⁰⁶, o princípio da autonomia privada encontrar-se-ia em constante transformação, na medida em que seriam modificadas as concepções valorativas que norteariam as relações privadas. De fato, no decorrer da história, o princípio da autonomia privada sofreu mutações. Ressalta Rafael Furtado Carminate⁴⁰⁷ que, com o liberalismo, vigente nos séculos XVIII e XIX, o conceito de liberdade era negativo. Estava relacionado à não intervenção estatal, isto é, a concepção de autonomia de vontade estaria relacionada à ausência de interferência externa no poder dos indivíduos de se autodeterminar, o que lhes conferiria a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos com liberdade ampla. Havia, portanto, dilatada liberdade de contratação e determinação dos efeitos das relações jurídicas estabelecidas, com regulamentação mínima por parte do Estado, consubstanciada no brocardo *laissez-faire, laissez-passer*. O pensamento liberal era

⁴⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 43.

⁴⁰⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 383.

⁴⁰⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 124.

⁴⁰⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 38.

⁴⁰⁷ CARMINATE, Rafael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 2, p. 33-63, mar./abr. 2014.

baseado na igualdade formal dos indivíduos. Nessa senda, conforme aduz Ana Luiza Maia Nevares⁴⁰⁸, o conceito de autonomia privada ter-se-ia tornado fundamento do direito privado, previsto nas grandes codificações do século XIX, marcadas pelos ideais liberais. Consagraram-se leis gerais e abstratas que enalteciam a propriedade e a manifestação de vontade livre, sem preocupação dos indivíduos como pessoas. Justificava-se a mínima ingerência do Estado nas relações sociais pelo fato de os homens serem livres e iguais. Dessa maneira, não haveria necessidade de o Estado intervir nas relações econômicas. Considerava-se que o indivíduo possuía plena capacidade para regular os próprios interesses, sendo atribuído, apenas a ele, o êxito ou o fracasso em sua atuação social, de modo que a soma das buscas individuais levaria ao sucesso geral.

Não se reconheciam, porém, as diversidades entre indivíduos e as peculiaridades das relações no ambiente social. Dessa forma, criava-se um quadro de desigualdades e opressões, marcado pela dominação dos economicamente mais fortes em detrimento dos mais fracos. Diante da inexistência de igualdade material, a partir da metade do século XIX, surgiram críticas à ampla liberdade contratual. Fatores como a depressão econômica de 1930, a evolução social decorrente do processo de industrialização, com o surgimento de novos conflitos sociais (como aqueles entre o proletariado e os detentores dos bens de produção), a Primeira Guerra Mundial e outros acontecimentos históricos levaram à conclusão de que a ingerência do Estado na economia seria necessária para regular o mercado e equilibrar as relações contratuais.

Teria emergido, dessa maneira, o Estado Social, caracterizado pelo dirigismo contratual, fundamentado na prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. O particular teria sido privado da possibilidade de regular seus próprios interesses. A autonomia privada passou a ser concebida como um poder concedido pelo Estado aos indivíduos para regular seus interesses, desde que dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio Estado⁴⁰⁹.

Clóvis Beviláqua⁴¹⁰ asseverava, nessa senda, que a autonomia privada não deveria transformar-se em princípio soberano sem submissão a normas ou limites. Segundo o autor, a lei interviria para conferir normas, limites e direção à vontade humana, sujeitando-a a preceitos que garantissem sua pureza e assegurassem, de outra parte, os interesses da família e da sociedade em geral.

⁴⁰⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 39-41.

⁴⁰⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 42-43.

⁴¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 174-175.

De acordo com Ana Luiza Maia Nevares⁴¹¹, a partir da tábua axiológica prevista na Constituição da República de 1988 seria possível perceber a autonomia privada como poder-função, uma vez que a ordem econômica, prevista nos artigos 170 e seguintes da Carta Magna, teria por objetivo assegurar, a todos, uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, estando fundada não apenas na livre-iniciativa, mas na valorização do trabalho humano. Destaca a autora, ainda, que a ordem econômica brasileira não deveria apenas observar os princípios da propriedade privada e da livre concorrência, mas também os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo emprego e do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, constituídas pelas leis brasileiras e que no Brasil tenham sede e administração, estando todos ao lado do princípio da soberania nacional. Defende, nessa senda, a doutrinadora que os particulares também estariam vinculados aos direitos fundamentais garantidos na Constituição da República em suas relações privadas, o que, segundo suas lições, seria amplamente reconhecido pela melhor doutrina publicista.

De outra parte, para Denis Franco Silva⁴¹², a autonomia privada no Estado Social estaria consubstanciada em um modelo de vida concebido por uma comunidade majoritária ou em interesses paternalistas. Por isso, segundo o autor, apenas em situações excepcionais deveria haver limite à autorregulação do indivíduo. Diante disso, aduz Rafael Furtado Carminate⁴¹³ ser inaceitável a limitação à autonomia privada com base em justificativas genéricas de preservação de interesses socialmente úteis, como a solidariedade, sob pena de negação da própria existência da autonomia individual.

Ao referir-se à autonomia privada no direito contemporâneo, Gustavo Tepedino⁴¹⁴ assevera que interpretar o direito civil à luz de princípios constitucionais não significaria objetivar suprimir os poderes da autonomia privada. Na verdade, a própria autonomia privada constituiria direito e garantia fundamental do indivíduo, de modo que, em regra, seria impossível a imposição de limites sobre ela. Apenas em caráter excepcional, em situações em que a intervenção se desse para proteção a direitos fundamentais do agente afetado pelo exercício da autonomia privada, seria admitida sua limitação⁴¹⁵. Afinal, apenas no exercício da autonomia privada seria dado ao indivíduo alcançar, com plenitude, a

⁴¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 45 e 49.

⁴¹² SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

⁴¹³ CARMINATE, Rafael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador, cit., p. 33-63.

⁴¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42.

⁴¹⁵ CARMINATE, Rafael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador, cit., p. 33-63.

realização de sua personalidade. Se os interesses fossem considerados apenas na medida em que fossem coletivos, a pessoa humana tornar-se-ia despersonalizada, uma vez que utilizada apenas como instrumento da coletividade⁴¹⁶.

Segundo anteriormente mencionado, o testamento é negócio jurídico *mortis causa*, apresentando-se como expressão da autonomia privada no âmbito da sucessão. Nos termos da contemporânea concepção da autonomia privada, incide a norma sobre a manifestação de vontade do disponente, permitindo que sejam gerados efeitos sucessórios pretendidos na esfera do direito. Nessa linha, o ordenamento jurídico, respeitados os requisitos e formalidades legais, permite que, pelo testamento, o particular autorregule a destinação de seus bens e direitos após o advento de sua morte. De acordo com Clóvis Beviláqua⁴¹⁷, prepondera na sucessão testamentária o individualismo, a força da vontade humana, que se afirmaria e se elevaria à categoria de lei. Para Beviláqua⁴¹⁸, o desenvolvimento da liberdade individual seria relevante, ao passo que configuraria, para os indivíduos: (i) incentivo poderoso para o trabalho e para a economia, que aumentariam e consolidariam a riqueza pública; (ii) ocasião de dar expansão a seus sentimentos afetivos, para com aqueles merecedores de gratidão ou benevolência, ou para com as agremiações científicas, literárias e políticas; (iii) oportunidade para reafirmarem sua individualidades, favorecendo os necessitados, dando incremento a estabelecimentos de instrução ou de caridade, criando, em torno de suas memórias, uma atmosfera de gratidão e respeito. Em adição, segundo o estudioso, na seara sucessória, em que pese a livre disposição esteja integrada no direito de propriedade e seja fundamento da sucessão testamentária, seria necessário que não fosse elemento indisciplinado, que contrariasse os interesses da solidariedade familiar e da coexistência social.

De acordo com as lições de Ana Luiza Maia Nevares⁴¹⁹, haveria uma tensão entre liberdade e solidariedade, sendo ambas garantias constitucionalmente previstas. Contudo, para a autora, há a impressão de que essa tensão não costuma ser examinada em âmbito testamentário. De acordo com a doutrinadora, para que a autonomia privada testamentária seja revista sob o prisma de sua funcionalização para o atingimento de valores constitucionais, seria preciso levar em conta os elementos presentes no fenômeno sucessório,

⁴¹⁶ MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2009. p. 100.

⁴¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 171-175.

⁴¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 174-175.

⁴¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 50-51.

ou seja, a família e a propriedade. Assevera a doutrinadora que tanto um como outro teriam sido severamente alterados, como instituições, diante dos contemporâneos valores constitucionais. Aduz a professora, ainda, que, no campo existencial, o princípio da autonomia privada estaria consubstanciado em uma perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Isso significa que a livre escolha referente a aspectos da personalidade estaria atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana. A concepção do testamento sob uma função promocional buscaria, nesse contexto, encontrar espaço de promoção e desenvolvimento da pessoa e da solidariedade social, tal como seria o escopo constitucional.

Por sua vez, Mário Delgado⁴²⁰ salienta o que dispõe o artigo 1.513 do Código Civil, de acordo com o qual é proibido “a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Segundo o autor, o aludido dispositivo faria surgir, para a família, uma verdadeira autonomia existencial e patrimonial. A autonomia existencial estaria atrelada ao direito dos indivíduos de casar-se ou constituir uniões estáveis, bem como pelo direito de dissolverem essas uniões, inclusive extrajudicialmente, com qualquer pessoa, de qualquer sexo, gênero ou orientação sexual. De outra parte, a autonomia patrimonial estaria prevista em diversos dispositivos do Código Civil. Seria o caso do artigo 1.639, que estabelece que cabe aos nubentes “estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Diante das normas citadas, defende o autor que o casamento, em virtude de sua natureza contratual, deveria, sempre, observar os interesses dos contraentes, não apenas quando da celebração das núpcias. Nessa senda, a autonomia patrimonial dos membros da família também se estenderia ao direito das sucessões, de modo que seria autorizado a qualquer herdeiro renunciar à herança ou ao legado. O autor vai mais além, ao afirmar que, além do testamento, outros mecanismos deveriam ser admitidos para proteger a sucessão dos litígios decorrentes de insucessos conjugais. Assim, questiona o estudioso a atualidade e a utilidade de regras proibitivas ou restritivas dos chamados pactos sucessórios, especialmente quando estabelecidos em pactos antenupciais e contratos de convivência.

Mesmo Clóvis Beviláqua já enumerava os pactos sucessórios como atos de última vontade ao lado do testamento, do codicilo e da doação *mortis causa*⁴²¹. Carlos Maximiliano⁴²² também aludia aos pactos sucessórios e às doações *mortis causa* como atos

⁴²⁰ DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? *Revista IBDFAM – Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 31, p. 9-21, jan./fev. 2019.

⁴²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica p. 171.

⁴²² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 329.

de última vontade. Segundo o autor, os pactos sucessórios, em que pese tenham sido parcialmente aceitos nas Ordenações, teriam se tornado impraticáveis em face da Lei de 22 de setembro de 1828. Além disso, não os admitiram os Códigos Civis de 1916 e 2002. Na realidade, no Brasil, enquanto vigoraram as Ordenações Filipinas, houve dissenso acerca da admissibilidade dos pactos sucessórios. Os pactos *de non succedendo* eram previstos na Ordenação, Livro 4º, Título 70, § 4º, sendo admitidos na hipótese de serem renunciativos e de haver juramento segundo o direito canônico⁴²³. Entretanto, a figura do juramento foi proibida, passando a ser exigida a chancela do Tribunal do Desembargo do Paço para pactuação sem juramento. Em 1828, com o advento da Lei de 22 de setembro (artigo 7º), contudo, o Tribunal foi extinto. Dessa maneira, deixou de haver autoridade competente para dispensa do juramento. Conseqüentemente, emergiu o entendimento de que os pactos sucessórios, ainda que renunciativos, não seriam mais admitidos no Brasil⁴²⁴. Em se tratando das doações *causa mortis*, explicava Carlos Maximiliano que, malgrado haver sido admitida no Projeto de Clóvis Beviláqua, a Câmara dos Deputados, na redação final do Projeto, teria admitido emenda supressiva, razão pela qual, em virtude do elemento histórico, a doutrina e jurisprudência teriam consolidado entendimento quanto à impossibilidade de doação *mortis causa* no Brasil⁴²⁵.

Com o advento do Código Civil de 1916, consagrou-se posicionamento doutrinário majoritário no sentido de haver proibição genérica, sem exceções, aos pactos sucessórios. Afinal, o artigo 1.089 refutou firmemente a possibilidade de herança de pessoa viva constituir objeto contratual. Mais tarde, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a proibição foi repetida no artigo 426 do Código Civil, sendo consolidado, na doutrina e na jurisprudência majoritárias, o entendimento de repúdio normativo em relação aos pactos sucessórios. Todavia, atualmente, quase vinte anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, como será comentado mais adiante, cada vez mais se tem fortalecido a corrente doutrinária, seguida, por exemplo, por Mário Delgado e Rolf Madaleno, segundo a qual flexibilizar a vedação completa dos pactos sucessórios no Brasil poderia ser útil e relevante mecanismo para dirimir incongruências legislativas trazidas pelo ordenamento civil, bem como para evitar conflitos familiares e atender a contemporâneas demandas sociais.

⁴²³ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 1. p. 45.

⁴²⁴ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 36.

⁴²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 329.

Enquanto parte da doutrina aventa a conveniência e admissibilidade de pactos sucessórios e outros instrumentos sucessórios, como a doação *mortis causa*, no Brasil segue incontestável que o testamento continua a ser o mais relevante instrumento de disposição de última vontade existente no ordenamento jurídico. No entanto, é inegável que, apesar da indubitável importância e validade do testamento como instrumento do direito sucessório, as limitações impostas ao particular que dele se utiliza atreladas a outras disposições normativas confusas e complexas referentes à sucessão *causa mortis* têm gerado injustiça e perplexidade diante do atual contexto social.

Essa situação verifica-se, em especial, nas hipóteses de casamentos celebrados sob o regime de separação convencional de bens. Ao adotarem aludido regime patrimonial, os nubentes manifestam expressa intenção de não confundir o acervo de bens de cada um. Contudo, em face das regras sucessórias, que não admitem que o pacto antenupcial produza efeitos após a morte dos nubentes, restam os matrimoniados absolutamente de mãos atadas, vendo-se impedidos de dar, quando de seu falecimento, a destinação desejada ao patrimônio amealhado durante a vida. Houve, sim, época em que se pôde vislumbrar maior necessidade de proteção ao cônjuge. Contudo, diante das transformações constatadas na sociedade contemporânea, na família e nos próprios indivíduos, seria temerário não questionar se tamanha salvaguarda conferida pelo Código Civil ao consorte sobrevivente na atualidade seria justificável e, caso não fosse, que medidas seriam mais seguras e eficientes para ampliar a liberdade sucessória dos cônjuges sem comprometer a sobrevivência digna do viúvo.

4.2 A sucessão testamentária

De acordo com Carlos Maximiliano⁴²⁶, denominam-se atos jurídicos *mortis causa* os que entram em vigor pelo falecimento do disponente e, em regra, aplicam-se ao espólio do sucedido. Dessa maneira, a vontade individual prolongar-se-ia além da morte e até depois de cessar a capacidade jurídica, embora, em geral, o direito subjetivo exista a serviço dos vivos.

Pontes de Miranda⁴²⁷ aduzia que se costuma dizer que testamento seria ato pelo qual a vontade de um morto criaria, transmitiria ou extingiria direitos. Explicava o autor que, na realidade, a vontade disposta em testamento seria aquela manifestada enquanto o

⁴²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 328.

⁴²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005. p. 35 e 47.

morto vivia. No entanto, destacava que os efeitos do testamento dependeriam da morte e apenas se iniciariam a partir dela. Assim, definia que testamento seria o ato pelo qual a vontade de alguém, declarada para o caso de morte, reconheceria, criaria, transmitiria ou extinguiria direitos. Segundo o autor, para que a sociedade queira inserir no ordenamento o direito de testar, seria necessário que a postulação político-individualista abrisse brecha no costume e que a família perdesse a extrema significação dos primeiros tempos. Ademais, de acordo com o estudioso, a possibilidade de testar sobre todo o patrimônio teria significado evolução jurídica. Da mesma forma, a viabilidade de testar sem o estabelecimento de *status familiae* denunciaria não se tratar de fenômeno religioso-político, mas puramente jurídico-econômico.

Nos termos de Clóvis Beviláqua, testamento é

[...] ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos naturais, ou faz outras declarações de última vontade⁴²⁸.

Para Carlos Maximiliano, testamento “é um ato unilateral de última vontade, gratuito e solene, contendo disposições patrimoniais ou providências de caráter pessoal ou familiar, exequíveis depois da morte do prolator⁴²⁹”.

Flávio Tartuce conceitua o testamento como sendo:

Um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência⁴³⁰.

Esclarecia Carlos Maximiliano⁴³¹ que o testamento seria ato, posto que, sem que seja lavrado com todos os requisitos legais, a última vontade não teria eficiência. Apenas seria protegida a vontade consoante com a lei, ou seja, quando se quer e se exprime aquilo que a lei permite, sendo lícito, possível e compatível com os bons costumes. Deveria, ainda, o testamento ser enquadrado na forma preestabelecida e ser subordinado a condições ou modalidades não repelidas pelos textos positivos.

O testamento é negócio jurídico, uma vez que se traduz em manifestação de vontade com conteúdo lícito dotada de finalidade específica, cujo escopo é regulamentar um interesse privado. Considerando sua natureza negocial, o testamento constitui verdadeiro

⁴²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 184-185.

⁴²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 328-329.

⁴³⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 351.

⁴³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 331.

desdobramento do exercício da autonomia privada no âmbito do direito sucessório⁴³², uma vez que a lei civil autoriza que qualquer indivíduo capaz⁴³³ e detentor de pleno discernimento lavre testamento para definir a destinação de seus bens após seu falecimento.

A declaração de última vontade produz efeitos somente após a morte do declarante. É, portanto, negócio jurídico *mortis causa* o que não impacta sobre sua validade. Esclarecia Carlos Maximiliano⁴³⁴ que, até o falecimento do testador, o testamento seria desprovido de objeto, uma vez que, pelo ato de última vontade, a pessoa disporia do patrimônio para depois do próprio óbito. A abertura da sucessão seria, assim, requisito primordial para que se verificassem os fatos jurídicos previstos no testamento. Portanto, o testamento seria ato *causa mortis* justamente porque a morte do testador seria pressuposto necessário para que tivesse eficiência. Isso significa que, até a morte do testador, nenhum direito oriundo do testamento podem pretender os herdeiros e legatários. Até o advento da morte, o ato de última vontade pertenceria exclusiva e soberanamente ao testador⁴³⁵.

Para Clóvis Beviláqua⁴³⁶, o testamento seria ato unilateral na medida em que o beneficiário não precisa intervir para sua perfeição e validade, tampouco um terceiro. Zeno Veloso⁴³⁷ esclarecia tratar-se de ato unilateral por atingir sua perfectibilidade com a manifestação de vontade do disponente, que, segundo o autor, se manifestada de acordo com as exigências e formalidades da lei, seria bastante para garantir a validade do ato. Não haveria, assim, aceitante ou recebedor da declaração de última vontade. O estudioso destaca que não se haveria de entender em sentido contrário em razão de ser exigida a aceitação da herança por herdeiros e legatários, uma vez que se trataria de ato posterior à morte que não teria impacto sobre a validade testamentária. Elucidava que não se deve confundir o plano de validade do negócio jurídico com seu plano de eficácia. No caso do testamento, a validade seria alcançada a partir da manifestação de vontade, ainda que sua eficácia fosse diferida para depois da morte do declarante⁴³⁸. Tanto é verdade que a validade do testamento independe da morte ou de ato de outrem que a ele se aplica a lei vigente ao tempo de sua lavratura. Após a morte do testador, para que seja válido e eficaz perante os herdeiros, é irrelevante que os herdeiros e legatários saibam de sua existência. Basta que ao tempo de sua

⁴³² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 357.

⁴³³ O Código Civil, em seu artigo 1.860, parágrafo único, também autoriza que o maior de dezesseis anos deixe disposição de última vontade por testamento.

⁴³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 331.

⁴³⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 190.

⁴³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 185.

⁴³⁷ VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. ampl. Belém: Cejup, 1993. p. 31.

⁴³⁸ De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, o reconhecimento de filho por testamento constitui exceção à regra, produzindo efeitos desde a declaração. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 191.

feitura o testador tenha capacidade para fazê-lo e tenha-o feito em respeito à lei⁴³⁹. Além disso, salientava Carlos Maximiliano⁴⁴⁰ que os atos bilaterais pressuporiam duas condições para prevalecerem *erga omnes*, ou seja, aceitação pelos interessados e publicidade. Elucidava que essas condições não se aplicariam ao testamento, tendo em vista que o ato poderia ser desconhecido pelo beneficiado e a aceitação seria posterior, não concomitante, o que nada influiria na validade do instrumento. Destacava Orosimbo Nonato que a aceitação prévia da liberalidade, ainda que manifestada no próprio ato, não lhe tiraria, por si, o caráter de espontaneidade, tampouco alteraria seu caráter de unilateralidade. Afinal, continuaria a inexistir reciprocidade ou contraprestação. Além disso, a transmissão operar-se-ia somente após a morte do testador⁴⁴¹.

Pontes de Miranda⁴⁴² destacava, ainda, que no ato de última vontade estaria implícita a revogabilidade essencial. Afinal, caso contrário, não se trataria de última vontade, mas de vontade manifestada em determinado momento que se fixou. O testamento, destarte, torna-se irrevogável apenas com a morte. No mesmo sentido discorria Clóvis Beviláqua⁴⁴³. Aduzia o doutrinador que, devendo valer apenas depois da morte do testador, a lei e a razão pretenderiam que a vontade dele fosse livre até que, após a morte do sucedido, assumindo o testamento sua forma definitiva e última, se impusesse como imperativo jurídico. De acordo com Carlos Maximiliano⁴⁴⁴, a revogabilidade absoluta seria condição indispensável para que o testador pudesse reger o futuro com liberdade completa. Aduzia o estudioso que o testamento seria, na essência, um fato flutuante, incerto, até o momento final da existência. Não seria, assim, apenas um ato de vontade, mas um querer permanente. Afinal, facultar-se-ia o recuo do testador diante da menor variação do alvedrio pessoal, desfazendo-se a expectativa sucessória. Em vista disso, não prevaleceria a cláusula em que o sucedido se obrigasse a não revogar a liberalidade. Por fim, aludia Carlos Maximiliano que a vontade que se respeita seria justamente a última, de modo que, em havendo vários instrumentos, apenas vigoraria o mais recente, salvo quando do seu contexto fosse possível deduzir a possibilidade de coexistência com outro anterior.

Acrescentava Orosimbo Nonato⁴⁴⁵ que a faculdade de renunciar à revogação não deixaria de ser uma forma de simular pacto sobre sucessão futura. Em vista disso, não seriam

⁴³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, cit., p. 44-45.

⁴⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 334.

⁴⁴¹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 104.

⁴⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, cit., p. 46 e 55.

⁴⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 185.

⁴⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 334.

⁴⁴⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 121-122.

admitidas as cláusulas revocatórias ou derogativas. De acordo com o autor, sem a completa e irrestrita liberdade de revogar o próprio testamento, ele deixaria de ser ato *causa mortis* para tomar feição de negócio jurídico *inter vivos*, tal qual uma doação com reserva de usufruto. Esclarecia o estudioso que a revogação poderia ser expressa ou tácita. Seria expressa quando o testador declarasse sem eficácia o testamento anterior. Por sua vez, seria tácita quando o testamento posterior fosse incompatível com o anterior ou com a prática de atos que desvelassem, claramente, o alvedrio do testador, formando um *animo revocandi* da célula testamentária.

Nos termos do artigo 1.858 do Código Civil, o testamento é ato personalíssimo, ou seja, é ato privativo do autor da herança. Nos termos de Orosimbo Nonato⁴⁴⁶, seria possível que a vontade do testador tivesse sido livre e conscientemente despertada ou suscitada por lembranças, apelos ou invocações de terceiros. Porém, esse fato não comprometeria a validade do testamento, desde que o ato tivesse resultado da vontade do testador, determinada normalmente.

Segundo Clóvis Beviláqua⁴⁴⁷, o testamento seria personalíssimo, uma vez que deveria ser praticado pelo próprio testador, não sendo admitidos representantes. Não se admitiria, destarte, que houvesse interferências de outras vontades na lavratura do testamento, o que significa que a manifestação de vontade do testador deveria ser livre e espontânea⁴⁴⁸. Em vista disso, não seria autorizado que o testamento fosse lavrado por procurador em nenhuma hipótese, nem mesmo caso detivesse poderes especiais expressos para esse fim. Todavia, nada impediria que o declarante recebesse auxílio de terceiro mais instruído em âmbito legal ou redacional na elaboração de suas disposições de última vontade ou mesmo que terceiro, como um advogado, redigisse minuta de testamento ou acompanhasse o testador em sua lavratura, desde que observada, detidamente, a vontade estrita do disponente⁴⁴⁹.

Pontes de Miranda⁴⁵⁰ ensinava que o testamento apenas poderia ser feito pela própria pessoa. Diante dessa afirmação, concluía: (i) não é possível constituir mandatário ou servir-se de representante, ainda que legal, para fazer testamento; (ii) que os absolutamente incapazes, nem por si, nem por intermédio de outrem, podem testar; (iii) que o testador não

⁴⁴⁶ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 105.

⁴⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 185.

⁴⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 193.

⁴⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7. p. 229.

⁴⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, cit., p. 51-53.

pode deixar a outrem a determinação de identidade de pessoa incerta, nem a do objeto legado, nem o de decidir sobre a validade ou não de uma cláusula. Assim, elucidava o autor que o testamento deveria ter como fonte o espírito do testador, isto é, a vontade livre, desprendida de temores, violência, fraudes, artifícios e captações.

No Código Civil, é possível verificar diversos artigos que, cristalinamente, têm o escopo de garantir a natureza personalíssima do testamento. Entre eles, o artigo 900, inciso I, do diploma civil determina ser nula a disposição testamentária que “institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro”. Trata-se de hipótese em que um disponente, nomeando certo indivíduo como herdeiro ou legatário, espera, da mesma maneira, tornar-se sucessor testamentário daquele que contemplou. Há, portanto, nesses casos, induzimento para que o beneficiário nomeie como herdeiro pessoa determinada, o que comprometeria sua manifestação de vontade independente. Observa-se que a condição captatória consagra uma espécie de contrato entre herdeiros recíprocos, cujo objeto seria a herança de pessoas ainda vivas, o que o ordenamento civil expressamente repudia em seu artigo 426⁴⁵¹.

A fim de garantir que a manifestação de vontade seja livre e espontânea, o artigo 1.900, inciso V, determina ser defesa a contemplação dos indivíduos elencados nos 1.801 e 1.802, entre eles as testemunhas do testamento e o tabelião. A vedação se justifica em virtude de as pessoas relacionadas estarem bastante próximas do ato testamentário, de forma que poderiam influenciar a vontade do testador, o que comprometeria a independência da vontade do disponente⁴⁵².

Com a finalidade de tutelar o caráter personalíssimo do testamento, o artigo 1.863 do Código Civil veda o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. Entende-se por testamento conjuntivo aquele lavrado conjuntamente por duas ou mais pessoas no mesmo ato. É simultâneo quando os disponentes favorecem a mesma pessoa. É recíproco quando os declarantes se beneficiam mutuamente. E é correspectivo quando são estabelecidas disposições em retribuição de outras correspondentes⁴⁵³. Segundo Orosimbo Nonato⁴⁵⁴, o ordenamento civil brasileiro teria abolido todas as formas de testamento

⁴⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 332.

⁴⁵² Entre as pessoas elencadas nos incisos 1.801 e 1.802, cuja contemplação é proibida, cumpre destacar que nem todas as hipóteses se justificam em razão da proximidade dos indivíduos elencados com o ato de testar. A proibição arrolada no inciso III do artigo 1.801 está impregnada de carga moral e não relacionada à garantia da natureza personalíssima do testamento.

⁴⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 230.

⁴⁵⁴ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 113.

conjuntivo por traduzirem pactos sucessórios e violarem a característica da irrevogabilidade do testamento.

Entende-se, portanto, que a proibição de lavrar testamento conjuntivo também está relacionada à revogabilidade testamentária, uma vez que o acordo de fazer o testamento pressuporia o acordo de não o modificar⁴⁵⁵. Na qualidade de ato revogável, conforme expressão do artigo 1.858 do Código Civil, o disponente pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Sendo assim, qualquer cláusula que venha a estipular a irrevogabilidade do testamento estará fadada à nulidade. Cumpre, contudo, salientar que, não obstante o testamento seja revogável, por expressa disposição do artigo 1.610, o reconhecimento de filhos é irrevogável. Destarte, ainda que o testamento em que o filho houver sido reconhecido seja revogado, a revogação não alcançará a filiação⁴⁵⁶. Zeno Veloso⁴⁵⁷ esclarecia que, não obstante a irrevogabilidade do reconhecimento de filho, não haveria produção imediata de efeitos, o que apenas ocorreria após o falecimento do declarante. Sendo assim, não seria possível, por exemplo, que o filho, a partir da lavratura do testamento, retificasse seu registro civil ou demandasse alimentos. Para tanto, seria necessária a morte do testador.

O mesmo autor⁴⁵⁸ destacava, adicionalmente, a irrepresentatividade testamentária, apontando, a título ilustrativo, o pretérito artigo 1.667, incisos III e IV, do Código Civil de 1916 (atuais incisos III e IV do artigo 1.900 do Código Civil de 2002). O inciso III do artigo 1.900 proíbe que a identidade do beneficiário seja determinada por terceiro⁴⁵⁹, ao passo que o inciso IV do artigo 1.900 veda que a fixação do valor do legado seja delegada a terceiro, inclusive herdeiros. A irrepresentatividade testamentária não deixa de ser um desdobramento do caráter personalíssimo do testamento. Afinal, nas hipóteses dos incisos III e IV do artigo 1.900, a vontade que realmente prevalece é a do terceiro, não a do testador, o que feriria o caráter privativo do instituto.

Ademais, o testamento é ato solene, posto que será absolutamente nulo caso não sejam respeitadas todas as formalidades prescritas em lei. Ensinava Zeno Veloso⁴⁶⁰ que, em sede testamentária, a vontade e a forma integrar-se-iam, de modo que a vontade do testador apenas seria válida e estaria apta a produzir efeitos se exteriorizada de acordo com as formas previstas na lei. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o extenso rol de formalidades

⁴⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 193.

⁴⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 359.

⁴⁵⁷ VELOSO, Zeno. *Testamentos*, cit., p. 41-42.

⁴⁵⁸ VELOSO, Zeno. *Testamentos*, cit., p. 29.

⁴⁵⁹ Segundo o artigo 1.901, I, do Código Civil de 2002, caso a escolha do terceiro esteja adstrita a um grupo específico predeterminado pelo testador, a disposição será válida.

⁴⁶⁰ VELOSO, Zeno. *Testamentos*, cit., p. 34.

para a lavratura de testamento destinar-se-ia a assegurar sua autenticidade e a liberdade do testador, além de chamar a atenção do disponente para a seriedade do ato⁴⁶¹. Para Sílvio de Salvo Venosa, as formalidades (que seriam *ad substantiam* e não somente *ab probationem*) objetivariam aferir o máximo de garantia e certeza à vontade do autor da herança⁴⁶². Também asseverava Clóvis Beviláqua⁴⁶³ a condição do testamento como ato solene, posto que sua validade dependeria de formas estatuídas pelo direito.

Porém, tanto Zeno Veloso⁴⁶⁴ quanto Carlos Roberto Gonçalves⁴⁶⁵ apontam para a flexibilização da rigidez formal do testamento, sobretudo nas hipóteses em que a vontade do disponente se mostra bem lastreada no testamento. Zeno Veloso salientava, inclusive, contrassenso presente na questão das formalidades testamentárias. Afirmava que, por um lado, as formalidades buscariam fazer valer o real desejo do testador. Contudo, por outro lado, não raramente a vontade do testado não se cumpriria justamente por desrespeito a requisitos formais. Por isso, para o autor, seria imperioso analisar, com cautela, o caso concreto antes de simplesmente decretar a nulidade do testamento ou aplicar, indistintamente, o princípio *favor testamenti*.

Clóvis Beviláqua⁴⁶⁶ destacava que, além de unilateral, o testamento seria ato gratuito, uma vez que não se admitiria correspectivo em compensação das liberdades testamentárias. Nesse sentido, não haveria sacrifício bilateral como ocorre nos negócios jurídicos onerosos. Nessa senda, não haveria contraprestação do herdeiro para aquisição dos bens e direitos deixados pelo sucedido⁴⁶⁷. Nem mesmo a imposição de encargo ou estabelecimento de condição pelo testador desvirtuariam a gratuidade. Para tanto, seria necessário que o elemento oneroso fosse preponderante, o que se não se verifica em sede testamentária⁴⁶⁸.

Ao contrário do que se verificava no direito romano, admite-se dispor por testamento da totalidade ou parcialidade do patrimônio. Portanto, já não prevalece a regra segundo a qual ninguém poderia morrer em parte testado e em parte intestado. Assim, caso, por exemplo, o testador não haja testado sobre todos os seus bens, o patrimônio remanescente seguirá as regras da sucessão legítima. Da mesma maneira, não vigora a

⁴⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 231.

⁴⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 192.

⁴⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 185.

⁴⁶⁴ VELOSO, Zeno. *Testamentos*, cit., p. 34-36.

⁴⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 231.

⁴⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 185.

⁴⁶⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 358.

⁴⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 231.

máxima de acordo com a qual, “uma vez herdeiro, herdeiro será para sempre”. Atualmente o indivíduo pode ser herdeiro em relação a uma parte do acervo, uma vez que da outra dispôs o testador, bem como pode a pessoa acumular, na sucessão, o duplo papel de herdeiro e legatário⁴⁶⁹.

Por fim, conforme determina explicitamente o artigo 1.857, § 2º, do Código Civil, o testamento pode ter conteúdo tanto patrimonial quanto extrapatrimonial. Por exemplo, é possível, por testamento, constituir uma fundação, instituir bem de família convencional, determinar a destinação de material genético para reprodução assistida *post mortem*, dispor sobre direitos morais do autor e nomear tutor para filho menor. Assim, ainda que, atualmente, o testamento tenha cunho mais jurídico-econômico do que político-religioso, não se teria perdido a possibilidade de inserir no testamento declarações de ordem não patrimonial e até de não haver qualquer cláusula referente a bens. Não há, destarte, necessidade de que o testamento institua herdeiro, tampouco que contenha disposições eminentemente patrimoniais, uma vez que o objeto do testamento excede o conceito de patrimonialidade⁴⁷⁰.

Carlos Maximiliano⁴⁷¹ ressaltava que o testamento comportaria grande variedade de disposições, algumas revestidas de caráter positivo, outras de caráter negativo. Seriam de caráter positivo nos casos de instituírem: (i) herdeiro direto; (ii) herdeiro substituto; (iii) fideicomissário e fiduciário; (iv) legado; (v) encargo; bem como ao determinarem: (vi) que alguém receba uma parte global, aritmética, do espólio, ou (vii) de que maneira se proceda à administração ou partilha do acervo; (viii) ao atribuírem a pessoa certa o direito de preferência por um legado ou encargo; (ix) ao nomearem testamentário.

Por sua vez, seriam de caráter negativo as disposições com o objetivo de: (i) deserdar sem instituir novo herdeiro; (ii) privar de legítima por indignidade; (iii) revogar testamento; (iv) excluir direito de acrescer; (v) determinar que sucessor legítimo nada receba da parte disponível. O autor ressaltava que poderia haver, ainda, simples providências quanto às relações de família, como: (i) nomeação de tutor ou administrador dos bens do menor; (ii) reconhecimento de filho; (iii) tornar incomunicável, impenhorável ou inalienável o patrimônio; (iv) dar instruções quanto a funerais, exéquias, destino do cadáver etc.

⁴⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 332.

⁴⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, cit., p. 76.

⁴⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 337.

No que se refere ao fundamento do direito de testar, de acordo com Carlos Maximiliano⁴⁷², o direito de testar assentava-se em duplo fundamento: um econômico e um moral. Segundo o autor, haveria esforço e labuta do homem em benefício dos herdeiros, sobretudo os filhos, de modo que, ainda nas palavras de Carlos Maximiliano, seria justo e animador que se facultasse ao detentor do patrimônio tomar providências em relação ao futuro deles. Seriam admitidas, por conta disso, disposições sobre tutela e guarda de menores, bem como cláusulas a respeito de tornar inalienáveis, impenhoráveis e incomunicáveis os valores necessários para subsistência de certos dependentes. O autor avultava, ainda, razão educativa e ética, afirmando que, pelo testamento, viabilizar-se-ia ao testador ponderar quanto a méritos pessoais, serviços, dedicação, sacrifícios e afeto demonstrado por determinados herdeiros. Destacava, ainda, que a faculdade de testar seria, também, desdobramento da possibilidade de dispor do patrimônio, a título gratuito ou oneroso.

Acrescentava o autor que a liberdade testamentária haveria aumentado conforme o princípio do organismo familiar teria cedido espaço à liberdade individual. Assim, a faculdade de dispor por ato de última vontade haveria se expandido ao lado do progresso do individualismo. Afirmava que, se, por um lado, haveria fortificação da autoridade paterna, de outro, haveria o desenvolvimento da consciência da responsabilidade pelo futuro dos filhos. Segundo o estudioso, a limitação demasiada da liberdade testamentária fomentaria o egoísmo. Afinal, uma vez tolhida em seus anseios de satisfazer as próprias inclinações e vaidades, a maioria dos indivíduos apressar-se-ia a despender, de forma descuidada, em vida, o produto do próprio labor, que se tornaria menos persistente. Nessa senda, a supressão da faculdade de testar acarretaria enfraquecimento dos laços familiares e da iniciativa individual⁴⁷³.

Ana Luiza Maia Nevares⁴⁷⁴, por sua vez, defende a função promocional do testamento. Alega a autora tratar-se de um fenômeno tipicamente patrimonial, mas que também repercutiria na esfera existencial dos envolvidos. Assim, busca evidenciar de que forma, pelo testamento, podem atuar os objetivos constitucionais de tutela à dignidade da pessoa humana. A partir da análise da tutela das pessoas do sucessor e do autor da herança, de acordo com a autora, poderiam ser encontrados limites à autonomia privada diversos da reserva dos herdeiros necessários, da licitude, da determinabilidade, da possibilidade do

⁴⁷² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 338.

⁴⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 340.

⁴⁷⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 23.

objeto da disposição testamentária e da forma *ad substantiam* do testamento, destinados à proteção dos sucessores, em atenção aos bens existentes na herança. Segundo a estudiosa, embora, no Código Civil de 2002, tenha havido, em certa medida, revisão da autonomia privada em matéria sucessória, não teria havido o estabelecimento de um sistema mais harmonizado quanto aos princípios constitucionais, a partir da redefinição do fundamento e da extensão do testamento, de modo a evidenciar seu perfil funcional, com o objetivo de revitalização da sua normativa à análise do merecimento de tutela dos interesses em jogo.

4.3 A liberdade de testar e a legítima

Existem determinados herdeiros que não podem deixar de ser contemplados, em vista do que é certo que o testador não é totalmente livre para dispor sobre a integralidade de seu patrimônio⁴⁷⁵. São os herdeiros necessários, a quem a lei civil, em seus artigos 1.789 e 1.846, determina que se destine pelo menos metade da herança (a porção chamada de legítima). Esses herdeiros, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Sendo assim, a legítima, porção indisponível da herança dos herdeiros necessários, é intangível. Segundo Pontes de Miranda⁴⁷⁶, tratar-se-ia do primeiro limite que se impõe à liberdade de testar. Ensinava o autor que a faculdade de testar apenas seria exercida sobre o saldo remanescente após descontada a porção legítima destinada aos herdeiros necessários.

Carlos Maximiliano⁴⁷⁷ esclarecia que a legítima, ou reserva, seria a porção dos bens do espólio que a lei mandaria caber, de pleno direito e obrigatoriamente, aos parentes do testador em linha reta chamados à sucessão. Segundo o doutrinador, os herdeiros necessários seriam, também, denominados herdeiros forçados, legitimários ou reservatórios, uma vez que apenas mediante renúncia espontânea ou por motivos especiais determinados em lei, alegados e provados, estariam despojados de sua cota necessária. Conforme aduzia o estudioso, a legítima seria intangível e, portanto, impassível de redução na essência ou no valor por cláusula testamentária. Nessa senda, em havendo disposição da própria fortuna de forma a preterir herdeiro necessário, o ato resta sem efeito naquilo em que a liberalidade haja prejudicado a legítima. Além disso, é vedado que incidam sobre a legítima condições, inclusive as potestativas ou oneradas com encargo. Assim, ofendida a porção indisponível,

⁴⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 81.

⁴⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, cit., p. 74-75.

⁴⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 18 e 24.

são considerados inexistentes os legados, encargos, condições, ônus e tudo o mais que recair sobre a legítima, a não ser que expressamente autorizado na lei.

Importante observação é realizada por José Luiz Gavião de Almeida⁴⁷⁸. De acordo com o autor, o fato de existirem herdeiros necessários não significaria que eles seriam obrigatoriamente herdeiros do sucedido. Afinal, aos herdeiros necessários também seria garantida a faculdade de aceitar a herança ou não, pois nenhuma pessoa pode ser herdeira contra a sua vontade. Além disso, os herdeiros necessários também poderiam ser privados da herança caso praticassem atos atentatórios à condição de sucessor. Nessas situações, os herdeiros poderiam ser punidos com pena de deserção ou exclusão por indignidade nas hipóteses previstas em lei.

É importante levar em conta que o cálculo da legítima não se resume à imputação do valor de metade do patrimônio do sucedido, devendo ser realizado o cálculo sobre o patrimônio líquido. Primeiramente, portanto, para apurar a legítima, são deduzidos os valores das dívidas deixadas pelo sucedido, sejam vencidas ou a vencer. Em segundo lugar, é preciso descontar as despesas realizadas com funeral. Chega-se, assim, ao patrimônio líquido, do qual será considerada metade. A essa fração devem ser acrescentados os valores das liberalidades feitas em vida pelo sucedido a seus descendentes, a seu consorte ou companheiro, a não ser que o falecido haja, expressamente, dispensado a colação em relação a esses bens. Alcança-se, realizado esse cálculo, o valor da porção legítima⁴⁷⁹. Assim, a porção legítima da herança é calculada conforme estabelecido no artigo 1.847 do Código Civil. São considerados os bens existentes no momento da abertura da sucessão, após abatidas as dívidas e as despesas do funeral e somado o valor dos bens sujeitos à colação. O montante remanescente é dividido por dois, chegando-se, assim, à fração indisponível da herança.

É possível que a porção disponível seja inferior à metade do patrimônio líquido, uma vez que é constituída pelo que sobra após somadas a metade legítima dos herdeiros necessários e os valores dos adiantamentos das legítimas. A porção disponível está vinculada à data da abertura da sucessão, tendo em vista que é na data do falecimento que deve ser apurado eventual excesso dos bens destinados aos herdeiros necessários por liberalidade do sucedido. Segundo Paulo Lôbo⁴⁸⁰, ingressam na parte disponível os valores das liberalidades recebidas do sucedido pelos ascendentes e descendentes de grau mais remoto, uma vez que

⁴⁷⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil comentado*, cit., v. XVIII, p. 249.

⁴⁷⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 81-82.

⁴⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 85-86.

não são considerados, nessas hipóteses, adiantamento da legítima. De acordo com o parágrafo único do artigo 2.005 do Código Civil, presume-se imputada na parte disponível a liberalidade realizada ao descendente que não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro, considerando o tempo da liberalidade, ainda que, na abertura da sucessão, seja chamado pelo direito de representação em virtude de haver falecido o pai ou a mãe antes do sucedido. Enfim, compete deixar claro que o herdeiro necessário pode ser contemplado, no todo ou em parte, pela porção disponível, seja em herança, seja em legado. Esse fato não prejudica aquilo que deva receber a título de legítima⁴⁸¹.

No Brasil, ao contrário do que se verifica em outros países, como Argentina e França⁴⁸², não há gradação da legítima. Isso significa que a legítima, independentemente do número de herdeiros necessários e suas classes, corresponde sempre a cinquenta por cento do patrimônio. Para Pontes de Miranda⁴⁸³, o fracionamento invariável conteria, em si, certa injustiça, simplificando questões relativas à abstenção e à porção necessária.

Para Mário Delgado⁴⁸⁴, a legítima constituiria, quanto a sua natureza jurídica, um dever do autor da herança de resguardar parte do acervo hereditário aos herdeiros necessários. Tratar-se-ia, nessa senda, de acordo com o autor, mais um dever imposto ao testador do que um direito ao crédito legitimário. Elucida o estudioso que sendo, ao mesmo tempo, um dever jurídico do sucedido e um direito ou qualidade atribuída ao herdeiro por norma de ordem pública, restritiva da autonomia privada e da liberdade testamentária, somente a lei poderia restringir, retirar ou ampliar o título legitimário. Assim, seria inviável que o autor da herança, por vontade própria, salvo nos casos em que se autoriza a deserdação, excluísse os herdeiros necessários da sucessão. Por fim, clarifica o professor que, na sucessão necessária, da mesma forma como ocorre na sucessão legítima, haveria respeito aos princípios da preferência de classes e da preferência de graus de parentesco.

⁴⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. t. XVIII: Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral, formas ordinárias de testamento. Campinas: Bookseller, 2009. p. 86.

⁴⁸² Na Argentina, nos termos do artigo 2.445, há gradação da legítima em razão dos herdeiros necessários existentes no momento da abertura da sucessão. Assim, a legítima corresponde a dois terços do patrimônio quando houver descendentes. Por sua vez, é equivalente à metade quando inexistirem descendentes, mas houver ascendentes. Também é igual à metade se houver somente cônjuge. Na França, a legítima é igual à metade da herança se houver apenas um filho (ou seu descendente) ao tempo da abertura da sucessão. Caso sejam dois filhos (ou seus descendentes), a legítima é aumentada para dois terços. Na hipótese de serem três ou mais filhos (ou seus descendentes), a legítima será igual a três quartos da herança. A legítima equivale à metade da herança quando, à falta de descendentes, o sucedido deixar um ou mais ascendentes de ambas as linhas. Será de três quartos se deixar descendentes de apenas uma linha, ou se deixar apenas o cônjuge. Os ascendentes não têm direito à porção legítima.

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. XVIII, p. 89.

⁴⁸⁴ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, cit., p. 33-57.

Pontes de Miranda⁴⁸⁵ ensinava que os herdeiros necessários o são essencialmente, não formalmente, posto que o direito brasileiro não contemplaria a hereditariedade necessária formal. Segundo o autor, no direito brasileiro, a cota necessária existiria intacta, abstratamente separada, fora dos bens testados e a despeito das vontades expressas contrárias do testador. Nessa senda, a existência de herdeiros necessários faria com que, na abertura da sucessão, o monte hereditário se partisse ao meio, sendo destinada metade àqueles que o testador houvesse indicado e metade aos herdeiros necessários.

Segundo Zeno Veloso, o direito de testar corresponderia à emanção do direito de propriedade. Sendo assim, considerando que, atualmente, a propriedade sofreria limitações para que pudesse cumprir sua função social, gerando benefícios não somente para seu titular, mas também para toda a coletividade, dever-se-ia concluir que seria compreensível que o direito de testar também fosse alvo de restrições. Para o estudioso, ao destinar a legítima aos parentes próximos e ao cônjuge do sucedido, o legislador haveria procurado prestigiar os compromissos familiares, determinados por laços de sangue ou de afeto, de modo a evitar o individualismo radical e o egoísmo⁴⁸⁶.

Para Carlos Maximiliano⁴⁸⁷, o amor à família constituiria o maior estímulo para o labor, a parcimônia e o aperfeiçoamento da própria obra. Assim, a plena liberdade testamentária, segundo esse autor, minaria o afeto, bem como suscitaria desconfianças, dúvidas, malquerenças e desunião. Nessa senda, haveria violação dos deveres de família. Asseverava o doutrinador que a observância à legítima teria sido instituída com o intuito de limitar o arbítrio do sucedido, que, muitas vezes, de modo injustificado, não atenderia às necessidades, nem aos méritos dos filhos.

De acordo com Paulo Lôbo⁴⁸⁸, a legítima justificar-se-ia pela solidariedade intergeracional e pela proteção da família. Afirma que haveria entre o sucedido e seus familiares relações que constituiriam uma comunidade de toda a vida, com direitos e obrigações de responsabilidade entre si. Essas obrigações justificariam a garantia de uma base econômica, representada na legítima. Aludido argumento teria sido utilizado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, e, segundo o autor, teria plena aplicação no Brasil, uma vez que a Constituição da República brasileira garantiria o direito à herança, ao passo que a Constituição alemã garantiria o direito à sucessão.

⁴⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. XVIII, p. 89.

⁴⁸⁶ VELOSO, Zeno. *Testamento*, cit., p. 390-391.

⁴⁸⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 1, p. 350.

⁴⁸⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 85.

Orosimbo Nonato⁴⁸⁹ afirmava que seria razoável que a lei adargasse os interesses da família em proteção a possíveis desregramentos do *pater*. Para o estudioso, em vista disso, a norma civil teria estabelecido a legítima destinada, obrigatoriamente, aos herdeiros necessários. Nessa hipótese, ou seja, em havendo herdeiros necessários, no que se refere à porção legítima, a devolução da herança operar-se-ia por virtude da lei. Asseverava o autor que inexistiria contradição entre a faculdade de testar e a noção de propriedade em que muitos a teriam fundamentado. Afinal, a própria propriedade não constituiria direito absoluto.

Pontes de Miranda⁴⁹⁰, por sua vez, argumentava que o Estado que abolisse a legítima teria, previamente, de assegurar o sustento e a educação dos descendentes do morto. De acordo com o estudioso, seria impossível, no terreno econômico-financeiro, assegurá-las, conservando-se a sucessão individualista, com a liberdade de testar. Nos termos do autor, o individualismo exacerbado ofenderia o *officium pietatis* (nas sociedades em que os filhos dependem dos pais e das posses e situação dos pais, fenômeno que, segundo o autor, existiria enquanto existisse a sucessão individualista). Assim, para o doutrinador, em havendo sucessão individual, seria imperioso que houvesse sucessão dos descendentes.

De acordo com Itabaiana de Oliveira⁴⁹¹, o fundamento da legítima residiria nos vínculos de sangue, que fariam presumir a vontade do sucedido se houvesse disposto de seus bens pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus familiares e em que se basearia a vontade de beneficiar. Nessa senda, o direito dos herdeiros necessários à legítima seria assegurado de tal modo que o testador não poderia privá-los dela, salvo pela deserção.

Rolf Madaleno⁴⁹² assevera que a legítima apoiar-se-ia sobre a noção de um dever alimentar, o *officium pietatis*, da legítima romana, entendendo o legislador que um chefe de família não teria o direito de despojar de todos os bens a quem ele tivesse dado a vida ou àqueles a quem ele ainda a devesse. Por esse motivo, argumenta o autor, teriam sido excluídos da noção de herdeiros necessários os parentes colaterais do sucedido, incluindo seus irmãos e irmãs. Afinal, segundo o clássico direito, nada deveria o sucedido aos irmãos, posto que a eles não teria dado vida o sucedido, tampouco deles tê-la-ia recebido. Esclarece o autor que a legítima hereditária haveria sido construída em conformidade com a

⁴⁸⁹ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 2, p. 356.

⁴⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. XVIII, p. 83.

⁴⁹¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 227 e 230.

⁴⁹² MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 16, p. 31-72, jul./ago. 2016.

configuração específica e as particulares concepções econômicas e sociais imperantes em cada país ou região e diante de costumes e práticas que cada povo teria adotado como opção de regulamentação de seu direito sucessório. Em vista disso, o regramento sobre a legítima, bem como sobre sua existência, seria diferente nas diversas legislações. No Brasil, segundo o professor, verificar-se-ia a priorização da proteção de parentes próximos e do cônjuge, se, com o sucedido, vivia ao tempo da sucessão. O autor aduz que, nos países que adotam a legítima, existiria firme convicção de que ela seria instrumento útil para amparar a família, cuja estrutura gozaria de primazia constitucional com base estatal, razão pela qual mereceria proteção do Estado.

Ana Luiza Maia Nevares⁴⁹³ aduz que o instituto da legítima encontraria seu fundamento na conciliação entre o princípio da liberdade do proprietário dos bens e o direito dos parentes próximos à sucessão, ou seja, entre a plena liberdade de testar e a proteção da família. Segundo o escólio da autora, a cota necessária, no direito das sucessões, atenderia aos princípios constitucionais de proteção à família, à liberdade, de garantia da propriedade privada e do valor social da livre-iniciativa, consagrados, respectivamente, nos artigos 226, § 5º, *caput* e inciso XXII, e § 1º, inciso IV, da Carta Magna. De acordo com a doutrinadora, garantindo à família metade dos bens do sucedido, efetivar-se-ia a especial proteção que o Estado deveria dispensar à entidade familiar. Afinal, com a legítima, a família não restaria desamparada em virtude da morte do testador, uma vez que, se lhe fosse permitido dispor de todo o patrimônio, poderia ocasionar, repentinamente, a ruína e a miséria da comunidade familiar. A estudiosa salienta, ainda, que a legítima concretizaria, no direito das sucessões, a solidariedade constitucional, prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição da República, na medida em que preconizaria uma distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar após a morte do sucedido. Sendo assim, dispõe a autora que, ao concretizar, no direito das sucessões, os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, da solidariedade, do valor social da livre-iniciativa e da propriedade privada, o princípio da intangibilidade da legítima encontrar-se-ia em consonância com o ordenamento constitucional vigente, conciliando a liberdade e a solidariedade no âmbito do direito das sucessões. A autora vai além, afirmando que a liberdade de testar deveria estar adstrita não apenas à legítima quantitativa. No entender de Ana Luiza Nevares, na hipótese de o testador não respeitar princípios constitucionais em suas disposições testamentárias, tais quais o princípio da solidariedade e livre-iniciativa, não

⁴⁹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 155-163.

deveria o ato de autonomia ser merecedor de tutela, ainda que respeitada a legítima. Assim, de acordo com a estudiosa, deveria ser autorizada a intervenção judicial para averiguar a consonância do testamento com os princípios constitucionais, admitido que o magistrado afastasse disposição testamentária que afrontasse valores de ordem constitucional⁴⁹⁴.

Acrescenta a autora que, no Brasil, a reserva de parte dos bens do sucedido para a família teria ampla aceitação social e que o princípio da intangibilidade da legítima sempre teria estado adaptado ao ordenamento jurídico brasileiro. Para Ana Luiza Nevares, na época da promulgação do Código Civil de 1916, que teria consagrado a propriedade privada e a autonomia de vontade como valores máximos do direito civil, a legítima haveria desempenhado função relevante de exceção à plena liberdade individual e ao exercício absoluto do direito de propriedade. Segundo a doutrinadora, a legítima, ainda hoje, desempenharia papel relevante. Esclarece que a família ainda seria base da sociedade, mas não apenas aquela constituída a partir do matrimônio, e sim toda aquela formação social voltada para a pessoa e para seus componentes, sendo instrumento para promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, a legítima estabeleceria mecanismos econômicos capazes de libertar os membros da família de suas necessidades⁴⁹⁵.

No entanto, mesmo Ana Luiza Maia Nevares⁴⁹⁶, defensora da manutenção da legítima no ordenamento civil, não ignora haver, na doutrina, severas críticas ao instituto. Segundo a estudiosa, as críticas contemporâneas estão mais afastadas de inspirações individualistas, baseadas na autonomia privada e na concepção individualista da propriedade privada. Também estariam afastadas daquelas aspirações de cunho socialista. As críticas, na atualidade, estariam lastreadas na hodierna realidade biológica, social-econômica e jurídica da sociedade contemporânea, marcada pela longevidade crescente de seus membros e por novas técnicas de proteção, como a Seguridade Social e os contratos de seguro⁴⁹⁷.

De acordo com Rolf Madaleno⁴⁹⁸, o argumento mais frequente em defesa dos herdeiros necessários seria, na atualidade, o dever de solidariedade social. Segundo o autor, a solidariedade não estaria restrita à prestação alimentícia, mas implicaria uma assistência moral, baseada na ajuda, na cooperação, atenção, acompanhamento e cuidados típicos de todas aquelas condutas que, normalmente, seriam consideradas solidárias e que derivariam, em regra, do vínculo familiar, inclusive aquele constituído pelo casamento.

⁴⁹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 215.

⁴⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 168.

⁴⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 215.

⁴⁹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 215.

⁴⁹⁸ MADALENO, Rolf. *O fim da legítima*, cit., p. 31-72.

Especificamente sobre a posição do cônjuge, como já aludido, um dos principais argumentos utilizados para defender sua inclusão como herdeiro necessário costuma ser sua posição como componente estável e essencial na relação nuclear familiar. Restariam, assim, da família original, apenas os consortes, na qualidade de companheiros de vida e colaboradores para a formação da fortuna da família com base no afeto e apoio mútuos⁴⁹⁹. Como também já mencionado, a visão dos cônjuges como casal unido desde a juventude até a morte, gerador de prole comum e fortuna conjunta, está, de fato, refletida em diversas obras jurídicas, sobretudo clássicas, como aquelas de Orosimbo Nonato, Carlos Maximiliano e Itabaiana de Oliveira.

De outra parte, Rolf Madaleno⁵⁰⁰ destaca haver movimento doutrinário crescente que propugna pela supressão da legítima nos ordenamentos civis. O autor sintetiza a maior parte das críticas em relação à legítima, aduzindo às seguintes transformações sociais: (i) aumento da expectativa de vida; (ii) existência de uma taxa maior de divórcios que distanciam os filhos dos pais; (iii) o fato de a legítima como *pars hereditatis* poder prejudicar a superveniência de uma empresa ou de um empreendimento familiar com a morte de seu titular; (iv) a percepção de que, em muitas relações de parentesco civil, nunca existiu qualquer interação ou solidariedade familiar; (v) a constatação de que o endereçamento da legítima aos descendentes prejudica o padrão de vida do cônjuge sobrevivente, que colaborou na formação do patrimônio. Da mesma maneira, Mário Delgado⁵⁰¹ elenca os principais argumentos contemporâneos contrários à manutenção da legítima: (i) transformação sociológica e jurídica da família; (ii) existência de outros mecanismos protetórios da família fora do direito sucessório, a exemplo do direito securitário; e (iii) a longevidade crescente da população, aliada à queda de natalidade, afastando a utilidade e a eficácia da legítima em face dos descendentes, que se tornarão herdeiros efetivos quando já independentes financeiramente.

Rolf Madaleno⁵⁰² ressalta já haver localidades em que a legítima teria sido objeto de reforma, como ocorrido na Galícia, onde o montante da legítima teria sido suprimido em relação aos ascendentes e diminuída em relação ao viúvo. Enfatiza o doutrinador que, na Galícia, desde 2006, apenas os descendentes e o viúvo não separado de fato seriam considerados herdeiros necessários da quarta parte dos bens do falecido, sendo facultado

⁴⁹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 99-101.

⁵⁰⁰ MADALENO, Rolf. O fim da legítima, cit., p. 31-72.

⁵⁰¹ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, cit., p. 33-57.

⁵⁰² MADALENO, Rolf. O fim da legítima, cit., p. 31-72.

lhes pagar a legítima como *pars valoris bonorum*⁵⁰³ com dinheiro hereditário ou extra-hereditário. O autor assevera, ainda, que, na Catalunha, em 2008, uma lei haveria excluído da colação obrigatória de bens aqueles doados dez anos antes da morte do sucedido, salvo se o doador houvesse imposto o dever de colação. Além disso, destaca o estudioso que, tanto na Espanha quanto na Alemanha, admitir-se-ia que o testador mantivesse indivisa uma empresa ou mantivesse determinada pessoa ou herdeiro como controlador de uma sociedade, desde que paga aos legitimários sua legítima, com dinheiro da herança ou não. Nessas hipóteses seria facultado ao testador, inclusive, estabelecer prazo de até cinco anos para o pagamento, contados a partir da morte do sucedido. Dessa maneira, no entendimento de Rolf Madaleno, preservar-se-ia a empresa familiar e se evitariam conflitos entre sucessores, além de permitir o desenvolvimento da sociedade confiada aos cuidados e à administração de determinado herdeiro para dar sequência ao empreendimento. O estudioso ressalta, ainda, algumas comunidades independentes da Espanha, em que teria sido atribuída maior proteção patrimonial às pessoas com deficiência em vez de presumir-se a necessidade de certos herdeiros necessários de maneira inflexível. Assevera o autor, portanto, que, em outros regimes jurídicos, citando a Alemanha, a França, a Itália e a Espanha, estaria havendo relevantes transformações no direito sucessório com o intuito de proteger outros valores relevantes, como a conservação da empresa familiar e o superior interesse da família na preservação dessa fonte de sustento e de interesse social.

Rafael Furtado Carminate⁵⁰⁴, adotando posição contrária à manutenção da legítima (ou, ao menos, em seus contornos atuais), assevera que, não obstante a longevidade, a seguridade social e a emancipação feminina não sejam argumentos suficientes para abolição da legítima, evidenciariam que sua manutenção, nos moldes do Código Civil vigente, já não atenderia a anseios sociais. Segundo o autor, haveria restrição indevida à liberdade de testar

⁵⁰³ Nas hipóteses em que a legítima possui natureza *pars hereditatis*, deve ser atribuído ao herdeiro necessário direito a um quinhão hereditário, representado por bens que compõem o acervo do sucedido. Caso a natureza da legítima seja de *pars bonorum*, o herdeiro necessário tem direito a uma cota dos bens hereditários líquidos, sem responder pelas dívidas do espólio, como sucede no legado. Se a legítima tem natureza *pars valoris bonorum*, a legítima é paga em dinheiro, mas o crédito é garantido pelos bens da herança. Por fim, no caso de a natureza da herança ser *pars valoris*, o legitimário não é um herdeiro, mas credor dos herdeiros, e o pagamento desse crédito poderá ser feito com bens ou com dinheiro, que tampouco precisa pertencer ao espólio. Para Rolf Madaleno, no Brasil, o artigo 2.019 do Código Civil teria determinado que a legítima dos herdeiros necessários teria natureza de *pars valoris bonorum*. Afinal, há previsão de que a porção dos herdeiros necessários pode ser paga em bens ou em dinheiro, inclusive dinheiro extra-hereditário. Dessa maneira, seria preservada a unidade do patrimônio representada pela sociedade empresária e garantir-se-ia a exploração do patrimônio pela família ou, ao menos, pelos herdeiros que se encontrassem, na visão do testador, mais aptos para tanto. MADALENO, Rolf. O fim da legítima, cit., p. 31-72.

⁵⁰⁴ CARMINATE, Rafael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador, cit., p. 33-63.

diante de uma presunção absoluta de necessidade dos herdeiros legitimários, o que, muitas vezes, não corresponderia à realidade. Assim, em diversas ocasiões, haveria restrição à autonomia privada sem efetiva justificativa ou proteção de valores constitucionais.

De acordo com Mário Delgado, a eclosão de rupturas e dramas familiares decorrentes de disputas patrimoniais tornar-se-ia ainda mais latente nas hipóteses em que as regras cogentes estão dissociadas de efetivos anseios sociais. No que se refere à legítima e à liberdade na sucessão testamentária, o autor traz à baila o seguinte questionamento:

Em tempos de afetos líquidos, de vínculos fluidos e de instituições familiares rarefeitas pela informalidade e pelo descompromisso, ampliar a liberdade testamentária não incentivaria mais uma solidariedade familiar autêntica, fundada no afeto em direção a uma herança conquistada em substituição a uma transmissão hereditária forçada?⁵⁰⁵

Em outras palavras, indaga Mário Delgado se, diante da volubilidade das relações familiares, que torna desafiador identificar onde se encontram, efetivamente, os vínculos de solidariedade e afeto, a imposição de uma sucessão forçada, por ditames legais inflexíveis, não se prestaria, na verdade, a desviar a sucessão das relações em que há, de fato, justificativa para que ela ocorra. Isto é: o testador, integrante dessas relações, não seria o mais indicado para identificá-las e não teria interesse de direcionar a sucessão com base nesses valores familiares e sociais relevantes?

No que diz respeito ao cônjuge, Paulo Lôbo⁵⁰⁶ menciona que parte da doutrina, durante a elaboração do Código Civil de 2002, já se teria oposto à inserção do cônjuge como herdeiro necessário. Destaca o autor que os principais argumentos utilizados foram: (i) a longa tradição brasileira de elencar, entre os herdeiros necessários, somente os descendentes e os ascendentes; (ii) a redução do espaço para autonomia testamentária; (iii) a inexistência de parentesco entre os cônjuges. Aduz o estudioso que aludidos argumentos têm sido, hoje, rebatidos com base na transformação social das famílias, que, cada vez mais, distanciar-se-iam da concepção tradicional de grupos de parentes consanguíneos em favor de conceitos baseados nos laços de afetividade, solidariedade, convivência e cuidado.

Entretanto, segundo parcela importante da doutrina, os argumentos utilizados para inclusão e manutenção do cônjuge como herdeiro necessário também já não estariam em linha com a família contemporânea. Mário Delgado⁵⁰⁷, por exemplo, afirma que aqueles que advogam pela manutenção do cônjuge como herdeiro necessário ignorariam a fluidez, a fácil

⁵⁰⁵ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, cit., p. 33-57.

⁵⁰⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 134.

⁵⁰⁷ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, cit., p. 33-57.

dissolubilidade e a rápida recomposição dos vínculos conjugais atuais. Assim, conclui o autor que o cônjuge não deveria ter sido inserido como herdeiro necessário, fazendo alusão à rápida mutabilidade dos estados civis, ao elevado número de divórcios e ao crescimento das famílias recompostas. Para esse estudioso, a efemeridade e a facilidade de dissolução dos casamentos teriam tornado a posição de cônjuge um verdadeiro “cargo interino”, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação. Dessa maneira, ocupar a posição de cônjuge no momento da abertura da sucessão teria se tornado uma questão de loteria, de modo que aquele que detiver mais sorte será beneficiado com a proteção sucessória e a reserva legítima.

De acordo com Gustavo Tepedino⁵⁰⁸, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário mostrar-se-ia oportuna para proteção das partes vulneráveis e da grande maioria dos casais, em especial de baixa e média rendas, que não têm o costume de celebrar pacto antenupcial ou testamento. Desse modo, para o autor, a proteção conferida ao cônjuge deveria ser subsidiária, não obrigatória. Acrescenta doutrinador que, diante de tantos modelos familiares existentes na contemporaneidade, não seria condizente impedir a possibilidade de afastamento do cônjuge da sucessão por testamento ou pacto antenupcial. Assim, segundo o professor, seria possível conciliar a necessidade de proteção dos cônjuges, que incidiria de modo subsidiário na hipótese de ausência de pacto antenupcial ou testamento em sentido contrário. Em adição, assevera que a solidariedade entre cônjuges não implicaria, necessariamente, a sucessão hereditária entre pessoas não vulneráveis, que pretendam separar as relações de afetividade e de paternidade dos direitos sucessórios. Dessa maneira, argui o autor, afastar-se-iam reversões, expectativas e conflitos familiares desnecessários, permitindo-se a afirmação dos princípios da igualdade e solidariedade de modo mais consentâneo com a legalidade constitucional.

Há projetos de lei que tramitaram ou estão em trâmite na Câmara e no Senado com o objetivo de alteração de disposições atinentes à legítima, sobretudo do cônjuge, o que refletiria um anseio social pela exclusão do cônjuge da condição de herdeiro necessário. Entre eles, pode-se citar o Projeto de Lei n. 1.792/2007, que teve por objetivo excluir o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens da condição de herdeiro necessário. Na justificativa do Projeto em comento foram previstos os seguintes argumentos: a) a sucessão do cônjuge casado no regime de separação de bens praticamente

⁵⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Sucessão hereditária e solidariedade entre cônjuges e companheiros*: urgência de reforma legislativa. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/sucessao-hereditaria-solidariedade-entre-conjuges-companheiros-urgencia>. Acesso em: 21 abr. 2021.

leva à extinção de dito regime, uma vez que subtrai um de seus pressupostos, a saber, a incomunicabilidade do patrimônio entre os cônjuges; e b) dita sucessão fere o princípio da liberdade, já que impede os nubentes de livremente convencionarem a respeito da partilha de seus bens, gerando enriquecimento sem causa, em especial diante de segundas núpcias⁵⁰⁹.

É possível citar, ainda, o Projeto n. 3.799/2019, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, segundo Mário Delgado⁵¹⁰ o mais completo. O autor elucida que nesse projeto haveria a sugestão de excluir o cônjuge do elenco do artigo 1.845, além da atribuição de nova redação ao artigo 1.850⁵¹¹ para assegurar proteção, no âmbito do direito sucessório, ao cônjuge ou companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou patrimônio para sua subsistência. Segundo a exposição de motivos, diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres no âmbito da família e da inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno crescente das famílias recompostas, seria preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão hereditária. Nos termos do projeto, restaria claro que, desde a entrada em vigor do Código Civil, haveria um clamor por maior liberdade testamentária em relação ao consorte sobrevivente. Contudo, diante da inviabilidade de interpretações da lei vigente nesse sentido por conta da literalidade da norma, resta buscar efetiva modificação legislativa que se coadune, de forma mais adequada, à realidade concreta contemporânea.

4.4 A colação

De acordo com Carlos Maximiliano⁵¹², colação seria o ato de reunir ao monte partível quaisquer liberalidades, diretas ou indiretas, claras ou dissimuladas, recebidas do

⁵⁰⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens, cit., p. 466.

⁵¹⁰ DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários?, cit., p. 33-57.

⁵¹¹ Segundo o artigo 1.850 do Projeto de Lei: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”. Ademais, segundo o seu parágrafo único: “O cônjuge ou o companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência poderá reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberia na sucessão legítima, conforme as seguintes condições: I. A quota hereditária do cônjuge e do companheiro prevista no *caput* será imputada na reserva hereditária, sendo mantida em sua integralidade a quota disponível do autor da herança, e será paga em dinheiro ou em bens do acervo hereditário, cabendo a escolha aos herdeiros. II. Na hipótese de pagamento da quota hereditária do cônjuge ou do companheiro em bens da herança, aplicar-se-ão os princípios e as regras da partilha. III. O juiz, de forma fundamentada, quantificará a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes. (NR)”.

⁵¹² O vocábulo teve origem romana, provindo do termo latino *collatum*, do verbo *conferre*, que significa conferir, ajuntar, reunir, trazer juntamente. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 392-393.

sucedido por herdeiro necessário antes da abertura da sucessão. A finalidade do instituto, segundo esse autor, seria assegurar a igualdade das legítimas. Reconstituir-se-ia o patrimônio hereditário mediante a resolução do ato benéfico, de modo que a colação consistiria em um aumento da massa sucessória, tornando comum a coisa conferida. Ensinava o autor que, em regra, as doações e quaisquer outras liberalidades a herdeiros necessários (descendentes e, atualmente, cônjuge ou companheiro, observando-se que os ascendentes são, pela lei, afastados do dever de colação) seriam consideradas adiantamentos da legítima. Assim, presumir-se-ia que a intenção do sucedido ao antecipar a legítima não seria romper a igualdade entre os herdeiros. Pretenderia, simplesmente, antecipar o gozo, porém não o domínio de certos bens, admitindo que o herdeiro desfrutasse, imediatamente, daquilo que estaria sob sua posse apenas após a abertura da sucessão. Nesse diapasão, verificado o óbito, a massa hereditária seria acrescida dos bens entregues a esses herdeiros durante a vida do sucedido. Os bens doados integrariam o inventário como se ainda fizessem parte do patrimônio do doador e sofreriam redução da parcela que prejudicasse a legítima dos outros herdeiros necessários.

Para Clóvis Beviláqua⁵¹³, colação seria o ato pelo qual os herdeiros beneficiados por liberalidades em vida restituíam à massa da herança os bens que receberam a fim de obter-se a igualdade nas partilhas. Segundo Beviláqua, presumir-se-ia que as doações e vantagens concedidas aos herdeiros necessários, naturalmente destinados à sucessão, seriam apenas antecipações das respectivas cotas hereditárias, adiantamentos das legítimas, a serem revertidos ao acervo, submetendo-se, então, a uma medida de igualdade. Explicava o estudioso que as liberalidades aumentariam as legítimas, que se computam pela massa dos bens deixados, que se achavam em posse do sucedido, acrescidos das liberalidades conferidas ou colacionadas.

Em havendo, portanto, doação de bens para descendentes, cônjuge ou companheiro, o valor da doação será contabilizado para a composição futura da legítima de todos os herdeiros quando o sucedido falecer, salvo se o doador expressamente declarar que a doação não deverá ser considerada para fim de colação. Isto é, salvo explícita determinação do sucedido, os valores doados a descendentes, cônjuge ou companheiro são acrescidos à metade do patrimônio, de forma a compor o valor final da legítima. A colação consiste, destarte, no dever imposto aos descendentes e ao cônjuge ou companheiro de levar à herança comum o que receberam do sucedido a título de doação⁵¹⁴. Da mesma maneira, explicava

⁵¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 399.

⁵¹⁴ LÓBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 86 e 401-402.

Carlos Maximiliano⁵¹⁵ que à metade do acervo líquido seria preciso adicionar o valor das doações ou dádivas recebidas pelo herdeiro para obter o valor da reserva. Aponta esse autor que, em consequência, a legítima tornar-se-ia maior do que a porção disponível.

Assim, de acordo com Paulo Lôbo⁵¹⁶, a colação teria como objetivo a equalização das partes de todos os herdeiros necessários sucessíveis, em relação ao valor da legítima. Além disso, o dever de colação evitaria fraudes à lei, o que, segundo o autor, ocorreria se o sucedido, em vida, pudesse, livremente, doar seus bens para beneficiar determinados herdeiros necessários, com risco de, na abertura da sucessão, não possuir bens para compor a herança dos demais herdeiros legitimários. Ressalta o estudioso que, por conta disso, a doação a futuro herdeiro necessário importaria adiantamento de sua legítima, de modo que o valor recebido a título de doação integraria o quinhão que lhe caiba quando do falecimento do doador.

Caso a doação esteja dentro do limite a que faria jus o herdeiro, o valor doado é integrado a sua cota hereditária após a abertura da sucessão. Entretanto, o montante que exceder o limite imposto ao doador estará sujeito à nulidade naquilo que houver excesso quando do falecimento do doador⁵¹⁷.

Nos termos do artigo 2.002 do Código Civil, “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”. Nesses casos, há, portanto, presunção de adiantamento da herança. Em caso de descumprimento, o herdeiro está sujeito à pena civil dos sonegados. Sonegados, portanto, são os bens que deveriam ter sido inventariados ou trazidos à colação, sendo ocultados pelo inventariante ou por algum dos herdeiros. Em havendo sonegados, aplica-se pena civil segundo a qual se impõe a perda do direito sobre os bens ocultados⁵¹⁸.

De acordo com Paulo Lôbo, o Código Civil, em seu artigo 544, teria ampliado a restrição à liberdade de doar, uma vez que teria passado a alcançar todos os descendentes e o cônjuge ou companheiro. Isso porque, na vigência do Código de 1916, o dever de colação estender-se-ia somente aos descendentes. Salienta, porém, que as doações realizadas a esses indivíduos não seriam nulas. Apenas sujeitariam os donatários a colacionarem essas doações ao tempo do processamento do inventário. Por conseguinte, em que pese o artigo 2.002 do

⁵¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 22.

⁵¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 95-98.

⁵¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 99.

⁵¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 655.

Código Civil não haver mencionado expressamente o cônjuge, Paulo Lôbo defende que, interpretando o artigo em consonância com o artigo 544, seria preciso incluí-lo. A possibilidade de doação entre cônjuges e o dever de colação dependeriam do regime matrimonial adotado⁵¹⁹. Assim, no caso do regime de separação total de bens, considerando que todos os bens seriam particulares, inexistiria óbice à doação entre cônjuges, de modo que emergiria para o consorte o dever de colação⁵²⁰. O mesmo entendimento é adotado por Flávio Tartuce, segundo o qual a doação entre cônjuges, quando admissível, também configuraria adiantamento da legítima na hipótese de concorrência⁵²¹.

No que se refere aos ascendentes, a lei não exige colação dos bens a eles doados, tampouco em relação aos estranhos, posto que são herdeiros meramente instituídos. Igualmente, não se sujeita à colação o herdeiro presuntivo de herdeiro, salvo se, pelo falecimento do progenitor, por direito de representação, tornar-se herdeiro. Igual obrigação compete àquele que houver repudiado a herança paterna ou materna, mas houver aceitado a herança avoenga e, também, ao que, na sucessão de ascendente, houver substituído o pai declarado indigno⁵²². Todavia, mesmo essas doações estão sujeitas à redução caso ofendam a legítima⁵²³.

Algumas doações são excluídas do dever de colação por determinação legal, como é o caso de doações remuneratórias e gastos com a educação de descendente menor de idade, por exemplo. É autorizado, ainda, ao doador, como já mencionado, dispensar o donatário da colação, nos termos do artigo 2.006 do Código Civil, isto é, admite-se que o doador exima o donatário do ônus da colação, declarando ser a liberalidade proveniente da porção disponível ou na hipótese de o doador, expressamente, isentar o gratificado de colacionar os bens recebidos⁵²⁴.

Em havendo dispensa da colação, o valor correspondente será adicionado não à legítima, mas à parte disponível da herança. A dispensa da colação afasta o efeito de a doação ser considerada adiantamento da legítima a herdeiros necessários (descendentes, cônjuge e companheiro). Aludida dispensa pode constar no instrumento de doação ou pode ser inserida em testamento. Contudo, a dispensa não pode, evidentemente, ultrapassar a legítima⁵²⁵. No

⁵¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 99.

⁵²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 99.

⁵²¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 656.

⁵²² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 398 e 403-404.

⁵²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 23.

⁵²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Edição histórica, cit., p. 401.

⁵²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 111-112.

mesmo sentido ensinava Carlos Maximiliano⁵²⁶, asseverando que, na hipótese de dispensa, o valor da doação não seria incluído na reserva global antes de se dar, entre os herdeiros necessários, a partilha obrigatória. Nesse caso, apenas cabe deduzir o que exceda a soma da cota mencionada com a legítima individual do beneficiado. A liberalidade dispensada de colação é considerada fora da herança, nos limites da disponibilidade. Assim, se a liberalidade couber na fração disponível, o bem havido pelo herdeiro deixa de ser incorporado ao monte partível. Na hipótese de haver dispensa da colação, portanto, os valores dos bens doados não podem ultrapassar a porção disponível do patrimônio líquido do doador, a fim de que não seja comprometida a legítima dos herdeiros necessários. Da mesma maneira, as doações realizadas a terceiros devem respeitar o limite da parte disponível do patrimônio também com o intuito de preservação da legítima⁵²⁷. Por outro lado, inexistindo dispensa à colação, é possível que a reserva absorva toda a cota disponível, afinal a cota disponível não aumenta em consequência da colação e os herdeiros instituídos por testamento apenas recebem se houver sobra após descontadas as liberalidades realizadas em vida pelo sucedido e pagas suas dívidas⁵²⁸.

É autorizado, portanto, ao doador dispensar da colação as doações realizadas aos descendentes, cônjuge ou companheiro, determinando que saiam da metade disponível. Nesse caso, o herdeiro estará dispensado da obrigação de colacionar, entretanto não se admite que a doação assim realizada invada a porção indisponível, computada ao tempo em que se realizar a liberalidade (artigo 2.003, parágrafo único)⁵²⁹.

Cumprido salientar, por último, sobre o assunto, que, atualmente, existe ferrenha discussão doutrinária acerca do valor a ser atribuído aos bens colacionados. Afinal, o artigo 2.004 do Código Civil adota a teoria da estimação, segundo a qual aos bens doados (se incerto seu valor ou se não houver sido estimado à época) será atribuído o valor do bem no momento da liberalidade. Contudo, segundo o parágrafo único do artigo 627 do Código de Processo Civil de 2015, o valor atribuído aos bens deve ser aquele apurado no momento da abertura da sucessão. Não é objetivo do presente trabalho aprofundar o tema e optar por uma das soluções oferecidas pela doutrina, contudo foi considerado importante mencionar o embate, dada sua atualidade e complexidade.

⁵²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 22 e 408-409.

⁵²⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 86.

⁵²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 409.

⁵²⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 656.

4.5 A redução das disposições testamentárias e doações

É relevante apontar que o fato de existirem herdeiros necessários limita não apenas o direito de testar, mas também o de doar. Em se tratando das doações, conforme determina o artigo 549 do Código Civil, o doador não pode doar além daquilo que poderia deixar por testamento. Nesse caso, a doação é chamada de inoficiosa e é considerada nula naquilo que exceder a parte disponível. Por sua vez, o artigo 2.007 do Código Civil estabelece que estão sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto àquilo de que o doador poderia dispor no momento da liberalidade. Conforme ensinava Carlos Maximiliano⁵³⁰, não se invalidaria toda a liberalidade. Tornar-se-ia sem efeito a parte que ultrapassasse os limites da cota disponível. No que se refere ao valor daquela fração da liberalidade, proceder-se-ia como se ela tivesse permanecido no patrimônio do sucedido, integrando a reserva, uma vez que a outra metade já teria sido absorvida pelas liberalidades do falecido.

De acordo com Itabaiana de Oliveira⁵³¹, sem esse preceito poderia haver deserdação dos herdeiros necessários fora dos casos previstos em lei. Observa o autor, ainda, que a redução das doações *inter vivos* apenas poderia ser requerida pelos herdeiros necessários e após a morte do doador.

Para apurar o excesso, é considerada a última doação realizada. Se, levando em conta a última doação, ainda for constatada ofensa à legítima, passa-se para a doação anterior. Contudo, é importante atentar para o fato de que a porção indisponível deve ser calculada com base no patrimônio do momento em que se operou cada doação⁵³². No mesmo sentido ensinava Itabaiana de Oliveira⁵³³, segundo o qual as liberalidades deveriam ser reduzidas por ordem das respectivas datas, começando pela última, ou seja, a mais recente, até a primeira, isto é, a mais antiga das doações. Nos termos de Orosimbo Nonato⁵³⁴, o excesso deveria ser avaliado no momento da doação, uma vez que o doador poderia ser rico, doar moderadamente e empobrecer depois, por motivo estranho à liberalidade. Além disso, destacava esse autor que não seria racional que herdeiros de herança escassa enriquecessem à custa do donatário de muitos anos passados.

Nos termos dos parágrafos do artigo 2.007 do Código Civil, o excesso é apurado com base no valor que os bens doados tinham no momento da liberalidade. A redução faz-

⁵³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 23.

⁵³¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 239.

⁵³² LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 87.

⁵³³ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., p. 239.

⁵³⁴ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 2, p. 358.

se pela restituição ao monte do excesso assim apurado. De início, a redução é realizada em espécie. Se não mais existir o bem em poder do donatário, a redução será em dinheiro, segundo seu valor ao tempo da abertura da sucessão. Está sujeita à redução, ainda, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a cota disponível. Ademais, de acordo com o artigo 2.008, aquele que houver renunciado à herança ou dela houver sido excluído deve, ainda assim, conferir as doações recebidas, com finalidade de repor o que exceder a parte disponível⁵³⁵.

O direito brasileiro admite a partilha em vida (artigo 2.018 do Código Civil). Contudo, a partilha assim operada também não deve prejudicar a legítima dos herdeiros necessários. Dessa forma, o herdeiro que houver recebido valores de maneira a extrapolar a legítima estará obrigado a devolver o excesso⁵³⁶. Elucidava Carlos Maximiliano⁵³⁷ que esse tipo de doação também é denominado, vulgarmente, doação-partilha. Nesse caso, de acordo com o estudioso, não existiria dádiva, mas inventário antecipado em vida. Segundo o doutrinador, nessa hipótese não se daria colação, cabendo rescindir ou corrigir a partilha quando ilegal ou errada. A doação seria trazida ao cômputo geral a fim de verificar-se eventual prejuízo à reserva dos herdeiros necessários ou, até mesmo, se a doação se teria operado antes de o donatário ser indigno de suceder ou renunciar a sua cota. Nessas situações, caberia a reposição, em pessoa ou por intermédio de seus sucessores, do que houver excedido a legítima dele somada à metade disponível. Ademais, salientava o doutrinador que também a partilha em vida estaria sujeita à redução, desde que prejudicasse a legítima, isto é, desde que tivesse havido entrega de bens em quantidade exorbitante dos limites legais.

Não cabe, no presente trabalho, aprofundar assuntos relativos ao cálculo da legítima, adentrando questionamentos acerca do valor a ser atribuído aos bens doados (se aquele que possuía o bem doado ao tempo da doação ou da abertura da sucessão) para apurar o excesso e o estabelecimento do *quantum* da devolução. O que importa é saber que o sucedido, ao doar, não goza de plena liberdade em razão de imposições de natureza sucessória, ou seja, de respeito à porção legítima dos herdeiros necessários. Em havendo herdeiros necessários, portanto, a doação realizada em desrespeito à porção indisponível estará sujeita a limitações. Caso tenha havido, por parte do sucedido, ao doar, dispensa de colação, a ofensa à legítima implicará redução, com imposição de dever de devolução por

⁵³⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 670.

⁵³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 90.

⁵³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 23 e 37.

parte do donatário que houver se beneficiado além do legalmente admitido. Na hipótese de o doador não haver dispensado a colação, as doações realizadas serão colacionadas no inventário, com apuração, nesse momento, da necessidade de redução para garantir igualdade dos quinhões e respeito à legítima. Tanto em uma circunstância quanto em outra, a lei assegura mecanismos de defesa à legítima dos herdeiros necessários⁵³⁸.

Em se tratando de testamento, ensinava Pontes de Miranda⁵³⁹ que, na hipótese de o testador extrapolar seu direito de testar, invadindo a porção legítima, o testamento não seria inválido, operando-se a disposição testamentária à metade disponível, de modo que se teria por inexistente o que apanhasse o *quantum* inviolável, nos termos do que dispõe o artigo 1.967 do Código Civil. Cumpre salientar que a vedação apenas existe na hipótese de haver herdeiros necessários. Caso contrário, poderá o testador estabelecer livremente sobre sua disposição de última vontade.

Isso significa, nos termos de Paulo Lôbo⁵⁴⁰, que aquilo que exceder a parte disponível, seja em virtude de liberalidade, seja em virtude de disposição testamentária, deve ser reduzido, de modo que a parte indisponível dos herdeiros necessários, na abertura da sucessão, não reste comprometida. Assim, deve haver redução do excesso na hipótese de doações ou deixas testamentárias, independentemente do beneficiário, que tenham prejudicado a legítima dos herdeiros necessários.

Portanto, conforme esclarecia Carlos Maximiliano⁵⁴¹, uma vez prejudicada a reserva dos herdeiros necessários, não se há de eivar o testamento de nulidade, tampouco cláusula testamentária ou doação. Deverá, contudo, ser diminuído o volume dos atos benéficos até que caibam na cota disponível. Para o autor, esse mecanismo é denominado redução e deve ser entendido como o direito de fazer permanecerem na herança os bens liberalizados *causa mortis* e reverterem à herança os dados em vida, relativamente à parte indispensável para integrar a legítima dos herdeiros necessários.

Segundo Flávio Tartuce, no caso de o testamento invadir a porção legítima, apenas será eficaz nos limites da reserva. Portanto, no entender desse autor, a fração excedente não estaria sujeita à nulidade, mas à ineficácia. Por sua vez, de acordo com o estudioso, no caso de doação inoficiosa, haveria nulidade absoluta em relação àquilo que extrapolasse a legítima, uma vez que a redação do artigo 549 seria expressa nesse sentido: “nula é também

⁵³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 89-90.

⁵³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. XVIII, p. 74-75.

⁵⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 86.

⁵⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., v. 3, p. 36.

a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor por testamento”⁵⁴².

As vantagens estabelecidas em favor dos herdeiros necessários por testamento, ao contrário do que ocorre nas doações, não importam o dever de colação. Porém, as disposições que extrapolem a porção legítima dos herdeiros necessários estão sujeitas à redução com base no patrimônio do sucedido ao tempo da abertura da sucessão. Sendo assim, o dever de redução diz respeito apenas ao excedente, que caberá aos herdeiros necessários⁵⁴³.

A lei civil adota uma série de critérios que dizem respeito à redução do excesso. Não cabe, no presente trabalho, adentrar em detalhes cada hipótese. Genericamente, no entanto, é possível afirmar que, primeiramente, há redução das cotas hereditárias, e apenas diante da insuficiência para atingir respeito à legítima são reduzidos os legados. No que se refere às cotas hereditárias, atende-se ao princípio da proporcionalidade, ou seja, reduz-se a cota de acordo com a proporção com que foi beneficiado cada herdeiro. Além disso, pode o testador estatuir preferência em relação a determinados herdeiros e legatários. Aliás, o testador também pode estabelecer, quanto aos critérios de redução, disposições diversas daquelas previstas em lei.

4.6 A liberdade testamentária e a concorrência sucessória

O entendimento majoritário na doutrina, conforme anteriormente aludido, é no sentido de que as disposições contidas no artigo 1.829 do Código Civil, que determinam a ordem de vocação hereditária e a concorrência sucessória, no artigo 1.845, que enumera os herdeiros necessários, no artigo 1.846, que estabelece a porção legítima, e no artigo 1.857, § 1º, que estabelece a intangibilidade da legítima, bem como outras disposições acerca de direito sucessório, são de ordem cogente, razão pela qual são inafastáveis pelo alvedrio dos particulares. Já se analisaram, também, as limitações ocasionadas pela imposição de respeito à legítima, sobretudo no que diz respeito à liberdade testamentária. No entanto, em que pese já comentado, é importante enfatizar que as regras atinentes à concorrência sucessória, de acordo com a maior parte da doutrina, também acarretam restrição inafastável à liberdade testamentária.

⁵⁴² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., 7. ed., p. 552.

⁵⁴³ LÓBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 90-91.

Isso significa que, ainda que o cônjuge ocupe o primeiro ou o segundo lugar na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes ou os ascendentes, é vedado ao testador excluir o cônjuge da sucessão. Afinal, a concorrência sucessória seria regra de ordem cogente e, portanto, inafastável por vontade do sucedido. Nessa senda, ainda que esteja posicionado na primeira ou na segunda classe da ordem de vocação hereditária, posições em que é herdeiro concorrente, o cônjuge é considerado, pela maior parte da doutrina, herdeiro necessário. Isso significa que a concorrência sucessória é concebida, pela parcela mais significativa da doutrina, como verdadeiro direito sucessório. Nesse diapasão, obrigatoriamente, em havendo cônjuge e descendentes ou ascendentes, eles concorrerão entre si, no mínimo, no que se refere à legítima.

Contudo, existe entendimento doutrinário divergente. Para Mário Delgado⁵⁴⁴, por exemplo, a concorrência sucessória não seria mandamento cogente do ordenamento jurídico civil. Para o autor, a imposição de restrição à liberdade sucessória sem que haja disposição expressa nesse sentido significaria interpretar extensivamente norma que restringe direito do particular, de modo a diminuir, indevidamente, sua autonomia privada. Diferente seria a situação de remover o cônjuge da condição de herdeiro necessário ou de privá-lo de sua porção legítima, uma vez que haveria mandamentos expressos a respeito no Código Civil.

O mesmo entendimento é adotado por Rolf Madaleno⁵⁴⁵, para quem o direito à concorrência sucessória não se enquadraria como direito sucessório, mas como uma espécie de direito assistencial, equivalente aos alimentos compensatórios admitidos no direito de família. Seriam direitos não condicionados à situação econômica do sobrevivente, mas dependentes apenas do estado de viuvez e incidentes somente sobre bens particulares do sucedido, com exceção do regime de comunhão universal de bens e do de separação obrigatória de bens. De acordo com o referido autor, esse direito assistencial não se confundiria com a sucessão obrigatória e incondicional do cônjuge, que apenas se verificaria quando ele é chamado na ausência de descendentes e ascendentes. Haveria, assim, uma ordem específica de sucessão para determinada classe de bens, ou seja, os particulares. Diversamente, na sucessão forçosa estariam englobados todos os bens do sucedido, independentemente do regime de bens ou de outras condicionantes. Nessa senda, aduz o doutrinador que os direitos sucessórios dos cônjuges sobreviventes apenas se concretizariam sobre determinados bens e em certas hipóteses, o que destoaria da posição incondicional de herdeiro necessário.

⁵⁴⁴ DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?, cit., p. 9-21.

⁵⁴⁵ MADALENO, Rolf. O fim da legítima, cit., p. 31-72.

Nessa senda, de acordo com a corrente encabeçada por Rolf Madaleno e por Mário Delgado, não haveria óbice para que o sucedido afastasse, por disposição de última vontade, o cônjuge da concorrência sucessória. Sendo assim, poderia escolher que apenas fossem destinatários da porção legítima os descendentes ou os ascendentes, excluindo o cônjuge, por disposição testamentária, da concorrência. Não seria admitido, contudo, que o testador afastasse, por completo, o cônjuge da sucessão. Afinal, ao ocupar a terceira classe da ordem de vocação hereditária, o cônjuge assumiria, de fato, a posição de herdeiro necessário, inexistindo brecha interpretativa para justificar sua exclusão da porção legítima. Portanto, segundo esse posicionamento doutrinário, a concorrência sucessória não constituiria restrição à liberdade de testar, sendo autorizado ao consorte excluir o consorte do que, para aludidos doutrinadores, é considerado mero benefício vidual.

5. A LIMITAÇÃO À AUTONOMIA TESTAMENTÁRIA DO CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS EM FACE DA NOVA REALIDADE SOCIAL. AS SOLUÇÕES AVENTADAS PELA DOUTRINA

Como já se discorreu no presente trabalho, durante a elaboração do Código Civil de 2002, cuja fase embrionária deu-se entre as décadas de sessenta e setenta, foi constatada a necessidade de proteção do cônjuge sobrevivente. Naquele período, nem mesmo era previsto o divórcio na legislação pátria e a família era formada, exclusivamente, pela instituição do casamento. O matrimônio era, em regra, contraído quando os nubentes ainda eram jovens e havia expectativa de que permanecessem unidos durante toda a vida, sendo separados somente com o advento da morte. Do casamento, esperava-se que proviesse prole comum, em relação à qual a mulher tomava a frente nos cuidados e na educação. Percebe-se que os papéis desempenhados na família pelo marido, pela esposa e, até mesmo, pelos filhos eram muito bem delineados, competindo ao marido gerar os recursos para seu sustento e à esposa o zelo voltado aos filhos e ao lar. Dessa maneira, no cônjuge virago estava refletida a figura da companheira, colaboradora e apoiadora do cônjuge varão, contribuindo apenas indiretamente para amealhar a fortuna da entidade familiar.

A mulher ocupava, portanto, lugar de mera coadjuvante na economia doméstica, uma vez que raramente integrava o mercado de trabalho e, nessa condição, mantinha com o marido relação de completa dependência financeira. Não se deve olvidar que, na vigência do Código de 1916, inclusive, a mulher era considerada relativamente incapaz, ao lado dos silvícolas e dos pródigos. Em vista disso, precisava ser assessorada pelo esposo para a prática de determinados atos da vida civil previstos em lei, além de necessitar de autorização para exercer profissão.

Durante a maior parte da vigência do Código de 1916, o regime patrimonial legal de casamento era o da comunhão universal de bens, o que servia bem para proteger o cônjuge, em especial o feminino. Afinal, malgrado, durante a vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge ocupasse apenas o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, sucedendo somente em caso de inexistência de descendentes e ascendentes, era destinatário de metade de todo o acervo hereditário na qualidade de meeiro. Assim, normalmente recebia bens suficientes para assegurar sua subsistência digna até seu falecimento. Como já mencionado, esperava-se que os cônjuges houvessem permanecido juntos até idade

avançada, de modo que, falecendo um deles, restaria ao outro tempo reduzido de vida. Assim, a meação serviria para garantir o sustento adequado do viúvo por período não consideravelmente extenso, e o que restasse (se restasse) seria objeto da herança da prole comum. Contudo, na hipótese de os nubentes optarem pelo regime de comunhão parcial de bens ou de separação convencional de bens, a situação do viúvo ou da viúva era diversa. Caso o matrimônio fosse celebrado sob o regime de comunhão parcial de bens, a meação recairia somente sobre os bens amealhados durante o casamento, podendo ser insuficientes para garantir o sustento do viúvo. Por sua vez, se o matrimônio fosse celebrado sob regime de separação convencional de bens, a situação do viúvo era ainda pior, tendo em vista que não seria destinatário de meação e receberia herança apenas na hipótese de inexistência de descendentes ou ascendentes.

Nessa senda, era plenamente justificável a preocupação quanto ao consorte, sobretudo feminino, uma vez que, com o falecimento do cônjuge, se destituído de meação ou herança, dificilmente possuiria condições para manter a própria subsistência sem depender de outros indivíduos. Considerava-se injusto que o consorte, sobretudo virago, restasse em situação de penúria financeira após a morte do marido, posto que se concebia que a viúva teria permanecido ao lado do cônjuge durante toda a vida, proporcionando-lhe suporte moral e psicológico, além de garantir a harmonia e organização do lar. Tendo em vista que normalmente a prole produzida era comum e a morte de um dos matrimoniados ocorria não muito tempo antes do outro, entendia-se que o montante atribuído à viúva, no fim, acabaria sendo destinado aos descendentes de ambos os matrimoniados. Isso significa que os bens perpetuar-se-iam em posse da mesma família.

Com base nos argumentos acima expostos, em 1962, como já mencionado, buscou-se garantir maior proteção sucessória à esposa (em especial à casada em regime de comunhão parcial de bens ou separação convencional) com a prolação do Estatuto da Mulher Casada. Essa lei, além de garantir plena capacidade civil à mulher casada, assegurou certos direitos sucessórios ao viúvo ou à viúva, ainda que houvesse descendentes ou ascendentes. Os direitos conferidos foram o usufruto vidual (nos casos de casamentos celebrados sob o regime de comunhão parcial ou separação convencional de bens) e o direito real de habitação (na hipótese de casamentos celebrados sob o regime legal supletivo vigente no período, ou seja, comunhão universal de bens). No caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime de comunhão parcial ou de separação convencional de bens (que, em virtude da ausência de direito à meação, era o que colocava a viúva em situação de risco mais acentuada), o consorte

sobrevivo passou a ter direito ao usufruto vidual sobre os bens do sucedido, cujo percentual variava de um quarto, se houvesse descendentes, à metade, se houvesse ascendentes.

Contudo, quando da promulgação do Estatuto da Mulher Casada, é inequívoco que a sociedade e, por conseguinte, a família já vinham passando por latentes transformações, derivadas de uma série de fenômenos históricos. Como já aludido, a família eminentemente embasada no casamento, tradicional, rural e patriarcal, marcada por características do Brasil-colônia, impregnada de individualismo, já vinha sofrendo os impactos derivados da industrialização e da massiva urbanização. Com a mudança da família, na cidade, de unidade de produção para unidade de consumo, perderam-se os papéis bem definidos e aumentou o número de famílias informais, não constituídas pelo matrimônio. A mulher integrou o mercado de trabalho, ao passo que o homem passou a ser mais participativo na rotina doméstica. Auferindo renda e gozando de maior autonomia, a mulher também alcançou maior autonomia financeira e, paulatinamente, conquistou sua participação nas decisões do lar. Diante da independência financeira da mulher, cada vez maior, observou-se, ainda, o crescimento das separações de fato (já que o divórcio não era previsto na lei) e o incremento das famílias monoparentais.

Essas modificações não trouxeram uma reforma completa e imediata no direito da família e das sucessões no âmbito do Código de 1916, mas denotaram um microssistema adicional para atender às novas demandas sociais, qual seja, a Lei do Divórcio de 1977. Em primeiro lugar, aludida norma alterou o regime legal supletivo, que passou a ser o da comunhão parcial de bens. A alteração foi justificada com base, exatamente, na gradativa conquista da mulher de seu espaço no mercado de trabalho e alcance paulatino da independência financeira. Segundo entendimento do legislador, esse contexto teria gerado para os cônjuges o desejo de manter bens particulares, ou seja, que estivessem fora da esfera de comunhão. Além disso, como o próprio nome da lei prenuncia, foi introduzido o divórcio no Brasil, a partir do que passou a ser possível findar o casamento em vida por vontade dos cônjuges. De acordo com a posição legislativa, se houvesse divórcio e o casamento estivesse vigente sob regime de comunhão universal de bens, haveria maior risco de enriquecimento ilícito de um dos matrimoniados, razão pela qual, em regra, seria mais justa a adoção do regime de comunhão parcial de bens.

Como também já mencionado, a Constituição da República de 1988, tal qual a legislação de outras localidades, incluindo países europeus, foi influenciada por fenômenos históricos de ordem internacional, como as Guerras Mundiais, que voltaram as Constituições para a consolidação de novos princípios, sobretudo da dignidade da pessoa humana. Foi

reconhecido, então, o valor do indivíduo em si mesmo, sendo seu objetivo primordial o atingimento da felicidade pelo desenvolvimento pleno de sua personalidade.

No âmbito familiar e sucessório, o princípio da dignidade da pessoa humana irradiou na forma de outros princípios mais específicos, como o da solidariedade, o da afetividade e o da igualdade. Diante da consolidação desses princípios na seara da família e das sucessões, foi impulsionada a ideia de que o cônjuge sobrevivente jamais poderia restar à míngua, carente de proteção. Afinal, pairava a ideia de que seria injusto e contrário aos princípios da solidariedade familiar e afetividade permitir que o cônjuge, colaborador direto ou indireto da constituição da fortuna da família e grande companheiro de vida do falecido, a ele unido por profundo afeto, fosse deixado à deriva financeira após a morte do sucedido.

Contudo, enquanto se focava, obsessivamente, a necessidade de garantir ao cônjuge salvaguarda de seu mínimo existencial no âmbito sucessório, de modo a observar os princípios da afetividade e solidariedade, enxergou-se, de modo míope, as transformações sociais na família, que vinham ocorrendo de maneira cada vez mais acentuada e acelerada. Como já comentado, o mundo modificou-se e, com ele, as relações familiares. Sobrevieram a intensificação da globalização, do consumismo, da urbanização, bem como a revolução da tecnologia e dos meios de comunicação. O mundo diminuiu e ganhou velocidade. Não obstante os inegáveis benefícios da nova realidade, com ela também advieram relacionamentos impregnados de imediatismo, eudemonismo exacerbado, superficialidade e efemeridade.

O novo contexto, evidentemente, respingou nos casamentos, que perderam os contornos primordiais do passado. Os matrimônios passaram, em diversos casos, a ser contraídos quando os nubentes, tanto homens quanto mulheres, já contam com idade avançada, carreira consolidada e patrimônio constituído. Em vista disso, desapareceu a figura do cônjuge como participante e colaborador, direto ou indireto, da fortuna familiar. Da mesma maneira, desvaneceu a posição do consorte feminino como indivíduo dependente e sem condições de garantia do sustento próprio sem colaboração de outras pessoas. Afinal, cada um dos consortes assumiu o papel de protagonista na formação do próprio patrimônio, tornando-se desarrazoada a presunção absoluta de risco à subsistência do cônjuge, sobretudo feminino, em caso de falecimento do seu consorte. Não se questiona que haja situações em que a míngua financeira do viúvo constitui risco efetivo, todavia é indubitável que, hodiernamente, o mais comum é que ambos os matrimoniados tenham condições de manter-se com o fruto de seu próprio trabalho ou de suas reservas econômicas.

Além disso, como reflexo do eudemonismo, da superficialidade e do imediatismo das relações, os divórcios tornaram-se muito frequentes, em oposição aos modelos das uniões que tinham como objetivo perdurar por toda a vida. A demanda social moderna pela possibilidade de colocar fim instantâneo ao casamento levou à promulgação de leis como a Lei n. 11.441/2007, que autorizou a celebração de divórcio extrajudicial, e a Emenda Constitucional n. 66/2010, que introduziu na Constituição da República de 1988 o divórcio direto. Dessa maneira, as relações conjugais passaram a desconstituir-se com grande facilidade e rapidez.

Em que pese o aumento do número de divórcios, os indivíduos não abandonaram a ideia da busca da felicidade pelo encontro do parceiro ideal, de modo que também aumentou o número de pessoas casadas mais de uma vez. Com isso, emergiu e se expandiu o fenômeno das famílias recombinações, em que se verifica a multiplicidade de famílias derivadas da constituição e desconstituição frequente de uniões, das quais derivam ou não descendentes. Diante desse evento, também se esfacelou a figura dos matrimoniados como parceiros longevos, ligados por profunda e duradoura relação de afeto. Igualmente, também se afastou a concepção de que o cônjuge é sempre genitor da prole comum e portanto possui interesses, a todo tempo, alinhados com o consorte em benefício dos mesmos descendentes.

Concomitantemente, houve incremento da demanda social por autodeterminação e autonomia privada dentro da entidade familiar. Afinal, mesmo que os cônjuges sejam, em dado momento, integrantes da mesma família, é comum que possuam patrimônio advindo do próprio esforço ou da família de origem, em relação ao qual tenham interesse em dar destinação sem ingerência ou participação do consorte. Não se deve olvidar a proliferação de empresas familiares, cuja divisão com terceiros estranhos, como um viúvo circunstancial, pode colocar em risco a continuidade do empreendimento, de modo a prejudicar não apenas a renda e a fortuna da família, mas também a geração de empregos e a circulação de riqueza. Ademais, hoje, não é incomum que cônjuges sejam genitores de descendentes exclusivos e pretendam assegurar, a partir do patrimônio particular, sua proteção. Em face de um panorama em que matrimônios são realizados e desfeitos de maneira simples e dinâmica, não é de surpreender que os vínculos verdadeiramente permanentes se estabeleçam, com mais frequência, com ascendentes e descendentes, não com cônjuges, e que por isso haja prevalência do interesse de destinar a esses herdeiros bens de herança. Diante desse novo contexto social, como arguido, desmantelou-se a maior parte dos já comentados argumentos utilizados, por décadas, para justificar as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 no

que se refere à inserção do cônjuge como herdeiro necessário e como herdeiro concorrente, de forma a limitar a autonomia privada testamentária do cônjuge.

O casamento sob regime de separação convencional de bens, como já constatado, é aquele que confere aos matrimoniados maior autonomia privada em relação a seus bens. Provê aos consortes proteção patrimonial durante a vida dos nubentes, uma vez que garante a preservação do patrimônio particular em caso de insucesso do casamento. Além disso, garante liberdade, para seus titulares, na administração dos bens próprios. Nessa senda, seria desdobramento natural do regime de separação convencional de bens que os cônjuges pudessem, também, manter a autonomia patrimonial após sua morte. Dessa maneira, poderiam exercer a autodeterminação quanto a bens conquistados apenas com esforço exclusivo ou recebidos de sua família de origem a título gratuito e, assim, assegurar o desenvolvimento pleno de sua personalidade. Poderiam, ainda, com base em efetivas relações duradouras de afeto, destinar bens a outros herdeiros, como ascendentes e descendentes, ou, ainda, priorizar ou estatuir outros herdeiros que, de fato, necessitassem de apoio financeiro. Além disso, seriam capazes de preservar a continuidade de empreendimentos familiares, poupando-os de disputas sucessórias e viabilizando o cumprimento de sua função social. Contudo, o desdobramento natural desse regime de bens encontra obstáculo em normas sucessórias de ordem cogente que, com base em presunções absolutas que já não se justificam, como a dependência financeira do cônjuge e estabilidade e durabilidade das relações afetivas no casamento, impõem limitações desnecessárias à liberdade testamentária do consorte, que, na maioria das vezes, não colaboram, no caso concreto, para a observância de princípios como o da solidariedade e da afetividade.

Como já mencionado, a doutrina e a jurisprudência modernas não estão alheias às incongruências existentes entre o ordenamento jurídico civil, no que se refere à sucessão do cônjuge, e o hodierno contexto social, sobretudo no tocante aos casamentos celebrados sob regime de separação convencional de bens. Como aludido anteriormente, em se tratando da jurisprudência, houve tentativas de corrigir injustiças. Porém, infelizmente, diante da literalidade da norma, apesar da intenção louvável, as interpretações adotadas nesses julgados foram pouco técnicas, chegando a ser tachadas pela doutrina de teratológicas ou acrobacias hermenêuticas. Em vista desse cenário, no final, mesmo diante de circunstâncias iníquas, o Poder Judiciário viu-se obrigado a curvar-se ao texto expresso inserido no artigo 1.829 do Código Civil para considerar aplicável a concorrência sucessória no regime de separação convencional de bens e a necessidade do cônjuge na sucessão em todas as posições que ocupa na ordem de vocação hereditária.

No que se refere à doutrina, conforme ressaltado em capítulo próprio, verificou-se a existência de corrente defensora de reforma legislativa para remoção do cônjuge da posição de herdeiro concorrente e de herdeiro necessário. E, no caso da concorrência, verificou-se, ainda, esforço interpretativo, sobretudo de Rolf Madaleno e Mário Delgado, no sentido de que, independentemente de mutação legal, seria admissível, por vontade do sucedido ou decisão judicial, remover o cônjuge da concorrência quando ocupar o primeiro ou o segundo lugar na ordem de vocação hereditária. O argumento funda-se, sobretudo, na defesa de que a concorrência sucessória seria, na realidade, um benefício vidual de cunho assistencial, não um direito sucessório efetivo, dado seu caráter circunstancial (no caso de descendentes, emergiria somente no caso da adoção de determinados regimes de bens) e não absoluto (aplicável somente em relação a bens particulares). Porém, é indubitável que a posição é minoritária e não tem encontrado guarida nas decisões dos Tribunais.

No decorrer desta dissertação, destacou-se haver projetos de lei que tratam ou trataram da questão sucessória do cônjuge, o que evidencia haver inegável demanda social a respeito de modificações sobre tema. Foi o caso do Projeto de Lei n. 1.792/2007, especificamente relacionado à exclusão do cônjuge como herdeiro necessário nos casos de casamento sujeito a regime de separação convencional ou obrigatória de bens (arquivado em face da aplicação do artigo 105 do Regulamento Interno da Câmara dos Deputados). É o caso, ainda, do Projeto de Lei n. 3.799/2019, mais completo, nas palavras de Mário Delgado, em trâmite perante o Senado Federal.

O Projeto de Lei n. 3.799/2019 visa a alterações relevantes no direito sucessório, incluindo regramento destinado ao cônjuge. Buscando compatibilizar o regramento sucessório em relação ao cônjuge e o atual contexto social, o Projeto buscou excluir o consorte da condição de herdeiro necessário, mantendo, exclusivamente, nessa condição os descendentes e os ascendentes. Além disso, atentou para os herdeiros vulneráveis, buscando atender, efetivamente, ao princípio da solidariedade. Para tanto, foi admitido que o testador destinasse aos descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro vulneráveis um quarto da legítima e estendesse o direito real de habitação não apenas ao cônjuge e ao companheiro, mas também aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis que residissem com o autor da herança ao tempo da abertura da sucessão. Para garantir a subsistência ao cônjuge ou companheiro sem recursos suficientes para garantia de sua subsistência, no Projeto de Lei foi assegurado o direito à constituição de capital cuja renda assegurasse seu sustento. Ademais, para afastar a hipercomplexidade atual da norma, o Projeto de Lei sugeriu garantir a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes

independentemente do regime de bens do casamento adotado, tal como ocorre em relação aos ascendentes. Além disso, foi proposto que a concorrência ocorresse somente em relação a determinadas categorias de bens: (i) bens adquiridos onerosamente durante o casamento ou união estável em nome de apenas um dos cônjuges ou companheiros; (ii) bens adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior; (iii) bens adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges ou companheiros; (iv) as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge ou companheiro, produzida na constância do casamento ou união estável; (v) os frutos e produtos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge ou companheiro, percebidos na constância do casamento, ou união estável, ou pendentes ao tempo da abertura da sucessão. Ademais, o Projeto de Lei procurou estabelecer o reconhecimento de direito sucessório ao cônjuge ou ao companheiro somente na hipótese de não haver separação de fato ao tempo do falecimento. Em adição, o Projeto de Lei visou encerrar discussões atinentes à concorrência do cônjuge com prole híbrida, sendo determinado que coubesse ao cônjuge ou companheiro quinhão igual ao dos que receberem por direito próprio.

Como mencionado, o Projeto de Lei n. 3.799/2019 procurou compatibilizar o regramento sucessório acerca do cônjuge à contemporânea realidade social e anseios efetivos dos indivíduos na atualidade, sem deixar de prever soluções para situações em que o cônjuge viúvo se encontrasse em dificuldade financeira. Foram afastadas presunções absolutas de vínculo afetivo profundo, compartilhamento de vida e estado de necessidade do cônjuge para analisar cada contexto no caso concreto de modo a evitar injustiças e incongruências. Além disso, no tocante ao cônjuge, visou-se aumentar a liberdade testamentária, em consonância com aclamações sociais nesse sentido, excluindo-o da condição de herdeiro necessário. Manteve-se, todavia, sua posição como herdeiro concorrente, sendo autorizado ao consorte removê-lo dessa condição por testamento. Além disso, intentou-se restringir os bens sobre os quais recai a concorrência, pretendendo-se que apenas fossem alcançados aqueles em relação aos quais houvesse algum tipo de participação do consorte na aquisição, ainda que indireta, ou sobre aqueles recebidos por liberalidade em que se houvesse desejado contemplar ambos. Dessa maneira, intencionou-se evitar situações de condomínio entre cônjuge e outros parentes do sucedido, de modo que o consorte se imiscuisse em bens e negócios que nada a ele se relacionassem, de forma a evitar conflitos desnecessários. Além disso, buscando atender ao princípio da solidariedade familiar, procurou-se ampliar a liberdade do testador para garantir a parentes, cônjuge ou companheiro em especial condição de vulnerabilidade, parte da legítima. Isto é, como já aludido, abandonou-se a presunção de

necessidade para buscar atender a situações em que a necessidade verdadeiramente estivesse presente e, assim, fomentar, não descumprir, os princípios da afetividade e solidariedade familiar.

O Projeto de Lei n. 3.799/2019 está, de diversas maneiras, em consonância com o posicionamento de Ana Luiza Maia Nevares⁵⁴⁶, que, ao tratar da função promocional do testamento, defende a despatrimonialização do direito civil como forma de alcançar a dignidade da pessoa humana, advogando no sentido de que o fenômeno da sucessão seja focado nas pessoas dos sucessores e destinatários das disposições testamentárias, bem como na do autor da herança e do testador, o que apenas seria possível a partir da revisão do princípio da unidade da sucessão. Para a autora, o princípio da unidade da sucessão poderia ser verificado tanto em relação ao objeto da transmissão quanto em relação aos sujeitos chamados a suceder. No que se refere aos sucessores, assevera Ana Luiza Nevares que, para atingir a solidariedade constitucional e, assim, de forma plena, a sucessão legal, seria preciso que fossem avaliadas as qualidades pessoais do sucessor, como integrante da comunidade familiar da qual fazia parte o falecido, bem como suas relações no seio da convivência familiar. Desse modo, de acordo com a estudiosa, a delação não deveria seguir critérios abstratos de solidariedade, mas uma preferência relativa à concreta satisfação das reais necessidades de determinadas categorias de parentes. Nessa senda, seria assegurada a destinação de certos bens à satisfação de necessidades de pessoas qualificadas por relação de dependência econômica ou de costume de vida com o defunto. Assim, seriam estabelecidos estatutos sucessórios diversos em razão da pessoa do sucessor.

No Projeto de Lei n. 3.977/2019, verifica-se ter havido preocupação específica com as necessidades do herdeiro e/ou cônjuge ou companheiro sobrevivente ao dispor-se acerca da possibilidade de destinação de um quarto da legítima a herdeiro, cônjuge ou companheiro em situação de necessidade, bem como ao tratar do direito real de habitação. Da mesma maneira, atentou-se para a situação do cônjuge/companheiro *in concreto* ao, em que pese sua remoção da condição de herdeiro necessário, prever a possibilidade de constituição de capital em seu favor em caso de estar em condição de insuficiência financeira para garantir sua subsistência digna. Esse critério permitiria que o pressuposto da vocação hereditária do cônjuge (bem como a concorrência sucessória e a posição de herdeiro necessário) não estivesse assentado, simplesmente, em seu *status* de cônjuge, mas, principalmente, em sua condição pessoal dentro da comunidade familiar.

⁵⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 62-64, 84-89 e 111.

No que se refere à constituição de capital, para Rolf Madaleno⁵⁴⁷, trata-se de direito assistencial conferido ao cônjuge, como outros previstos na legislação de diversos países. O autor, a título de exemplo, cita a Espanha, onde persistiria o usufruto viual. Comenta que, no artigo 830 do Código Civil espanhol, estaria disposto que podem os herdeiros conferir ao cônjuge supérstite sua parte de usufruto, disponibilizando a ele uma renda vitalícia ou produto de determinados bens. Podem, ainda, os herdeiros aportar ao viúvo capital em dinheiro. Além disso, salienta o doutrinador estar disposto, no artigo 840 daquele diploma, que, quando o viúvo concorrer com filhos exclusivos do sucedido, poderá exigir que seu direito de usufruto seja satisfeito, à escolha dos filhos, pela atribuição de capital em dinheiro ou de lote dos bens hereditários.

Em se tratando da natureza dos bens, Ana Luiza Maia Nevares⁵⁴⁸ perfilha-se à orientação segundo a qual a análise da natureza dos bens transmitidos seria, em diversas hipóteses, indispensável em virtude do vínculo existente entre o aludido bem e determinados sucessores para que fosse possível conservar ou promover a dignidade daqueles que passam a ser seus proprietários com a abertura da sucessão. No Projeto de Lei n. 3.799/2019, de certa maneira, poder-se-ia concluir pela consonância com a posição da estudiosa sobre o assunto ao tratar dos bens sujeitos à concorrência sucessória, apesar de a autora não haver se referido à questão nesses termos específicos. No Projeto de Lei, é possível observar que se buscou atrelar a concorrência sucessória do cônjuge a bens com que, de alguma forma, houvesse existido contribuição aquisitiva, ainda que indireta, posto que amealhados ao tempo da união. Portanto, procurou-se que a concorrência do cônjuge recaísse sobre bens com que, de algum modo, ele tivesse relação. Da mesma forma, visou-se a que, em se tratando de bens advindos de liberalidades, houvesse concorrência somente nas hipóteses de as liberalidades alcançarem ambos os consortes. Assim, haveria grande probabilidade de a concorrência recair, por exemplo, sobre imóvel de residência do casal, investimentos conjuntos ou mesmo empresa constituída durante a união, fonte do sustento do casal. Por sua vez, procurou-se diminuir a chance de que a concorrência incidisse sobre bens atrelados à família nuclear anterior do falecido, o que, se ocorresse, além de, a princípio, não se justificar, possivelmente desencadearia litígios e disputas judiciais.

A previsão do Projeto de Lei n. 3.799/2019 acerca dos bens sujeitos à concorrência sucessória também foi, provavelmente, influenciada pela reserva troncal, instituto ainda

⁵⁴⁷ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 62-64, 84-89 e 111.

previsto em países como a Espanha⁵⁴⁹. O instituto visa evitar que os bens possuídos por uma família passem, a título gratuito, a mãos estranhas em virtude de enlaces matrimoniais e mortes prematuras. Eis a reserva troncal, ou seja, o direito de reserva sucessória em relação aos bens originados de uma mesma família. Sobre o assunto, Rolf Madaleno⁵⁵⁰ assevera que, nos pactos antenupciais, sobretudo naqueles em que os nubentes elegem o regime de separação convencional de bens, haveria manifestação expressa e inequívoca acerca de seu desejo de que os bens particulares não passassem às mãos de pessoas estranhas a seu restrito círculo familiar por conta do casamento, de modo que a liberdade sucessória devesse ser ampliada para alcance do mesmo objetivo após a morte. Esse desejo de afastamento do patrimônio troncal do cônjuge estaria, segundo o doutrinador, acentuado nas hipóteses de remanescerem descendentes ou ascendentes, aos quais retornariam os bens como representantes consanguíneos do núcleo familiar de origem.

Porém, Ana Luiza Maia Nevares⁵⁵¹, ao tratar da sucessão com observância da natureza dos bens, como já aludido, não trata da prevenção de litígios oriundos da concorrência sucessória. Remonta, na realidade, ao receio de fragmentação dos elementos que constituem empresa agrícola que possam desencadear seu fim. Afirma a autora que a manutenção da unidade de exploração agrícola seria relevante, uma vez que sua continuidade interessaria à sociedade. Afinal, estariam em voga questões socioeconômicas relativas à produtividade, ao uso racional e adequado do solo e à conservação de empregos. Ao tratar do tema, a doutrinadora faz referência ao sistema *Maso Chiuso*, existente na Itália. Explica tratar-se de uma espécie de propriedade fundiária característica da região de Bolzano, que deve compreender uma residência familiar e seus anexos rurais e cujo rendimento médio por ano deve ser suficiente para sustentar adequadamente quatro pessoas, sem superar o triplo desse rendimento. O *Maso Chiuso*, esclarece a estudiosa, seria indivisível mesmo diante da transmissão *causa mortis*, sendo centrada na figura do sucessor único, que passa a ser

⁵⁴⁹ De acordo com o artigo 811 do Código Civil espanhol, “o ascendente que herdar do seu descendente bens que este houvesse adquirido por título oneroso de outro ascendente, ou de um irmão, se acha obrigado a reservar os que tivessem adquirido por força da lei em favor dos parentes que estejam dentro do terceiro grau e pertençam à linha de onde os bens procedem”. Além disso, estabelece o artigo 812 do mesmo diploma legal que “os ascendentes sucedem com exclusão de outras pessoas nas coisas doadas por eles a seus filhos ou descendentes pré-mortos, quando os mesmos objetos doados existam na sucessão”. Por sua vez, o artigo 968 assevera que, adiante da reserva imposta no artigo 811, o viúvo que passe a um segundo casamento estará obrigado a reservar aos filhos e descendentes do primeiro a propriedade de todos os bens que tenha adquirido de seu falecido consorte por testamento, por sucessão legítima, doação ou qualquer título oneroso, não, porém, a sua meação. MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁵⁰ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁵¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 62-64, 84-89 e 111.

devedor da massa hereditária pelo valor do *Maso Chiuso*. O sucessor é instituído por testamento. Contudo, inexistindo disposição de última vontade nesse sentido, cabe a decisão ao Poder Judiciário na hipótese de não haver acordo entre os sucessores legítimos consoante os critérios definidos em lei, que privilegiam o vínculo entre o sucessor e o bem objeto da transmissão e preferem o sucessor que tem melhor condição de continuar a atividade desenvolvida no bem.

Ainda citando o direito italiano, Ana Luiza Nevares destaca o artigo 230 do *Codice Civile*, que prevê o direito de preferência na divisão hereditária da empresa familiar para o membro da família que trabalha de modo contínuo na empresa. A doutrinadora cita, ainda, o direito francês, em que, em havendo interesse particular de um coerdeiro sobre um bem determinado, deve esse bem ser atribuído a ele, sendo os demais compensados em dinheiro pelas suas respectivas cotas sobre o patrimônio. Ademais, elenca a professora que, de acordo com o artigo 831 do *Code Civil*, que prevê norma similar, a atribuição preferencial será prerrogativa do cônjuge sobrevivente ou de qualquer herdeiro coproprietário na sucessão: (i) de empresa agrícola, comercial, industrial, artesanal ou liberal, de cuja exploração aquele participe ou tenha participado efetivamente; (ii) do local que lhe serve efetivamente de habitação, se nele o beneficiário tem sua residência à época da abertura da sucessão e dos móveis que o guarnecem; (iii) do local que lhe serve efetivamente ao exercício profissional e dos móveis que o guarnecem; (iv) do conjunto dos bens móveis necessários à exploração de um bem rural cultivado pelo autor da herança a título de arrendatário ou de rendeiro, quando tal conjunto permanece no proveito do demandante ou quando um novo contrato é consentido em substituição ao antigo. Em havendo conflito entre demandantes do direito de preferência, a autoridade judiciária deve levar em conta as aptidões dos sucessores quanto à gestão e à manutenção dos bens disputados. No que se refere às empresas, deve ser levado em conta o tempo de duração da participação pessoal dos requerentes na atividade explorada.

Ademais, na Espanha, a *Ley 7/2003* introduziu dispositivo segundo o qual é admitido que o testador destine a empresa de sua titularidade para apenas um herdeiro. Em contrapartida, deverá compensar os herdeiros necessários em dinheiro. A compensação não necessariamente deverá provir de bens existentes no acervo hereditário. Objetiva-se, dessa maneira, conservar o interesse familiar e preservar a legítima dos herdeiros legitimários⁵⁵².

Verifica-se, assim, que, tanto na Itália quanto na França e Espanha, há dispositivos que privilegiam, na sucessão, o vínculo existente entre o bem e o sucessor, ora com fim de

⁵⁵² COSTA, Simone Oliveira. *Relevância dos pactos sucessórios na sucessão da empresa familiar*. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Porto, 2018. p. 33.

garantir o bem para determinado herdeiro ou cônjuge, ora para assegurar a produtividade e a continuidade da atividade desempenhada pelo sucedido, ora com finalidade de garantir necessidades específicas de determinadores sucessores. De acordo com a autora, dessa maneira se atingiria a função social da propriedade.

Enquanto não há soluções legislativas definitivas que digam respeito à exclusão do cônjuge de sua posição de destaque no direito sucessório, a doutrina e aplicadores do direito, na prática, têm buscado soluções para contornar os inconvenientes da lei em face de seu descompasso com a realidade social, seja buscando soluções previstas na lei, seja procurando saídas interpretativas que contornem as mazelas legais, seja visando a outras alterações legislativas que impliquem, ou não, modificações profundas na condição sucessória do cônjuge.

O artigo 2.014 do Código Civil, segundo o qual “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 cotas estabelecidas”, tem sido utilizado para contornar inconvenientes sucessórios diante da obrigatoriedade da sucessão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente, inclusive quando há casamento sujeito ao regime de separação convencional de bens. O dispositivo autoriza que o testador determine, especificamente, os bens que integrarão tanto a porção legítima quanto a porção disponível do acervo hereditário. Isso significa que o testador, em que pese não tenha liberdade quantitativa, tem liberdade qualitativa. Respeitado o valor dos quinhões, pode estabelecer quais bens integrarão a reserva legal dos herdeiros necessários⁵⁵³. Portanto, o testador pode partilhar, de modo individualizado e discriminado, todo o patrimônio entre seus herdeiros legítimos e/ou entre seus herdeiros testamentários, não estando obrigado a observar a igualdade das cotas, desde que respeite a parte legítima⁵⁵⁴.

Dessa maneira, poderia existir situação em que houvesse, por exemplo, uma fazenda produtiva, há gerações na mesma família, de que um dos cônjuges, casado sob regime de separação convencional de bens, fosse condômino juntamente com membros de seu núcleo familiar de origem, como ascendentes e irmãos. Nesse caso, vindo a falecer o consorte proprietário de fração da fazenda sem deixar disposição de última vontade, inexistindo descendentes, o cônjuge herdaria em concorrência com os ascendentes, a ele, sendo destinado percentual da unidade produtiva agrícola. A liquidação de percentual da fazenda, além de discussões societárias sobre distribuição de lucros, poderia gerar disputas

⁵⁵³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 199-201.

⁵⁵⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 321.

judiciais e comprometer a continuidade da produção, o que seria prejudicial não apenas para a família, mas para os empregados, para os consumidores, para os fornecedores, enfim, para a coletividade de maneira geral. Para evitar uma situação como essa, poderia o testador excluir da legítima do cônjuge fração da fazenda, preenchendo-a com outros bens, caso, claro, houvesse patrimônio suficiente para que não se ferisse, quantitativamente, a cota necessária do consorte.

Observa-se, assim, que a possibilidade conferida pelo artigo 2.014 do Código Civil pode ser útil para evitar cenários de conflito em potencial. Há, todavia, claros inconvenientes. Considerando que o testamento e a partilha, nessa hipótese, apenas terão eficácia após a morte do testador, seria relevante que, até a abertura da sucessão, o patrimônio fosse mantido inalterado ou, ao menos, que as modificações no acervo não fossem suficientes para comprometer a legítima⁵⁵⁵. Caso contrário, seria necessária a redução das disposições testamentárias para que se preservasse a cota indisponível dos herdeiros necessários, incluindo o cônjuge, de modo que todo esforço para evitar condomínios conflituosos teria sido em vão.

Portanto, nem sempre será possível utilizar o artigo 2.014 para implementar estratégias eficazes para evitar condomínios, obstar litígios e preservar o patrimônio hereditário. A fim de que planejamentos sejam eficazes nesse sentido, seria preciso que não houvesse modificação substancial no acervo patrimonial até a morte do sucedido ou, pelo menos, que não houvesse modificação capaz de comprometer a reserva dos herdeiros necessários. Além disso, seria preciso que o acervo hereditário contasse com bens suficientes para realizar compensações que permitissem alocar determinados bens com certos herdeiros, necessários ou não. Na situação hipotética citada, por exemplo, de nada adiantaria se a porção da fazenda pertencente ao sucedido fosse o único bem da herança.

Poder-se-ia, nesse caso, cogitar a aplicação do artigo 2.019 do Código Civil, que prevê que os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro sejam vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos. Indubitavelmente, a solução não seria a mais adequada, posto que significaria, justamente, alienar percentual da fazenda de propriedade da família eventualmente a terceiros, o que também comprometeria sua continuidade e dificilmente evitaria litígios. Nem mesmo o que dispõe o § 1º do dispositivo poderia solucionar a questão. Segundo o parágrafo citado, não se fará a

⁵⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 321.

venda judicial nas hipóteses de o herdeiro, cônjuge ou companheiro requerer a adjudicação do bem, repondo aos outros, em dinheiro, a diferença após avaliação atualizada. No exemplo citado, se um dos ascendentes ou irmãos detivesse recursos suficientes para adjudicar o bem, efetuando o pagamento correspondente ao cônjuge, evitar-se-ia o condomínio e a fazenda seria mantida sob a titularidade da família, sem comprometimento do funcionamento e administração do empreendimento. Para tanto, seria necessário que os ascendentes ou irmãos tivessem liquidez para adquirir o percentual da legítima, constituído por parcela da fazenda, de direito do cônjuge. Caso contrário, a adjudicação não teria como ocorrer e o problema se perpetuaria.

Enfim, ainda que uma parcela dos casos possa ser resolvida por disposições testamentárias do sucedido e aplicação dos artigos 2.014 e 2.019 do Código Civil, é certo que esse percentual é diminuto e que continua a haver inconvenientes, principalmente no que se refere à necessidade de imutabilidade do patrimônio até a abertura da sucessão. Além disso, há, na doutrina, quem critique o que estabelece o artigo 2.014. É o caso de Ana Luiza Maia Nevares⁵⁵⁶, segundo a qual, ao aplicar-se o artigo 2.014 na elaboração da partilha, o testador poderia estipular os quinhões dos herdeiros em desacordo com seus interesses e expectativas, não privilegiando vínculos específicos daqueles em relação a determinados bens da herança, bem como não atentando para necessidades e especificidades de certos sucessores. A autora conta com a possibilidade de o testador, movido por interesses egoísticos, e com a liberdade conferida pelo artigo 2.014, ignorar interesses dos sucessores, bem como a preservação do patrimônio, estabelecendo partilha de modo inconveniente e sem observância à função social da propriedade. Entretanto, em sua obra, Ana Luiza Nevares não exemplifica que tipo de pretensões individualistas poderiam mover o testador a dispor de modo a prejudicar a continuidade de sua obra em vida ou de seus herdeiros necessários, presumidamente e, em regra, indivíduos com os quais possui maior vínculo afetivo. Portanto, com todo respeito à posição da estudiosa, é preciso reconhecer que a circunstância vislumbrada pela doutrinadora provavelmente constituiria exceção ao que de praxe se verificaria na realidade fática, de modo que não se justificaria comprometer a liberdade conferida ao testador pelo artigo 2.014 do Código Civil.

Embora o artigo 2.014 confira certa amplitude à liberdade testamentária do autor da herança, inequivocamente ela é insuficiente para contornar a maior parte dos casos em que a restrição à autonomia privada, em especial do cônjuge casado sob regime de separação

⁵⁵⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p. 199-201.

convencional de bens, causa muito mais malefícios que benesses sociais e solidárias. Por conta disso, outra questão vem emergindo, com cada vez mais força, na doutrina com o intuito de contornar os aspectos negativos da limitação testamentária quando ela não encontra respaldo fático que a justifique. Há, na realidade, nessa solução, verdadeira fuga da sucessão testamentária e das limitações cogentes impostas por lei ao testador. O assunto que vem gerando debate refere-se à relativização da proibição dos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do Código Civil. Afinal, superada a atual proibição legal disposta no mencionado artigo, por atuação do Poder Legislativo, seria possível estender os efeitos do regime de separação convencional de bens para depois da morte, de modo a ampliar a autonomia sucessória do cônjuge, ainda que não pelo instituto do testamento.

Segundo Guilherme Cruz:

[...] emprega-se a expressão *pacto sucessório*, em sentido restrito, para designar a convenção ou contrato que tem por objecto a sucessão dum ou de ambos os contraentes. Em sentido amplo, porém, a expressão abrange não só as convenções que têm por objecto a sucessão dum dos contraentes como todo e qualquer contrato sobre a herança duma pessoa viva⁵⁵⁷.

De acordo com Rafael Cândido da Silva, por pacto sucessório entende-se:

[...] o negócio jurídico bilateral estabelecido entre vivos, precipuamente, mas não necessariamente, irrevogável, com a finalidade de regular a sucessão não aberta de um dos contratantes ou de terceiro mediante a atribuição da qualidade de herdeiro, a instituição de um legado contratual ou a renúncia antecipada à herança⁵⁵⁸.

Os pactos sucessórios são classificados em três categorias fundamentais: (i) pactos aquisitivos (ou *de sucedendo*), (ii) pactos renunciativos (ou de *non succedendo*), ou (iii) sobre sucessão de um terceiro (ou *de hereditate tertii*). O primeiro corresponderia a uma “instituição contratual”, que poderia ter o caráter de instituição a título universal ou singular, tal qual ocorre em um testamento. Poderia, assim, haver a nomeação de um herdeiro, a nomeação de um terceiro como herdeiro, a nomeação recíproca como herdeiros ou a nomeação de um legatário contratual⁵⁵⁹. Os pactos sucessórios aquisitivos, em princípio irrevogáveis, não obstante sejam atos de direito sucessório, criam expectativa de direitos para o instituído. Com a finalidade de proteger sua expectativa, o instituidor, em que pese não seja despojado de seu direito, tem seu exercício limitado. A limitação mais comum é

⁵⁵⁷ Guilherme Braga Cruz esclarece que o conceito de pacto sucessório foi formulado pela primeira vez pelos romanistas da baixa Idade Média, buscando uma construção jurídica sobre o tema. CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 60, 1965. p. 94.

⁵⁵⁸ SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*, cit., p. 29-30.

⁵⁵⁹ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português, cit., p. 97.

aquela que veda que o instituidor disponha gratuitamente do direito, embora possa fazê-lo de forma onerosa⁵⁶⁰.

Por sua vez, pelos pactos sucessórios renunciativos, um dos contraentes renuncia à sucessão do outro. É o que ocorreria, por exemplo, na renúncia à herança por um herdeiro legítimo antes da abertura da sucessão. Tal qual os pactos sucessórios aquisitivos, apesar de bilaterais e, assim, destarte, irrevogáveis, de imediato, não criam, modificam ou extinguem direitos sucessórios. Na realidade, extinguem uma expectativa de direito juridicamente protegida⁵⁶¹.

Por fim, conforme mencionado, há os pactos sobre sucessão de terceiro. Esses pactos não se destinam a regular a sucessão de um dos contraentes. Trata-se de pacto que se estabelece entre um futuro beneficiário e um terceiro, havendo transferência dos direitos sucessórios. O titular dos bens hereditários é pessoa viva alheia ao negócio. Por isso, não são pactos sucessórios *stricto sensu*. Ocorre que, em regra, o *hereditate tertii* não se apresenta de forma pura, misturando-se a um pacto sucessório aquisitivo ou renunciativo. Eis o que se verificaria em uma hipótese de renúncia em favor de terceiro com anuência do titular do patrimônio⁵⁶².

No Código de 2002, como já mencionado, determina o artigo 426 que “não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva”. Parte considerável da doutrina, como é o caso de Paulo Lôbo⁵⁶³, é contrária à possibilidade de sucessão contratual no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese seja admitida em outros sistemas. Nessa senda, seriam considerados ilícitos e nulos os negócios jurídicos que tivessem por objeto a herança, uma vez que, segundo o autor, seriam imorais. Para ele, os únicos negócios admissíveis seriam aqueles emanados da própria pessoa, com o objetivo de ordenar a sucessão futura, como no caso da partilha em vida, do testamento e do codicilo. Seriam, ainda, permitidas as doações de bens feitas em vida aos herdeiros necessários, o que não figuraria, segundo o autor, como antecipação de herança. Da mesma maneira, seria vedado renunciar à herança antes da abertura da sucessão.

José Fernando Simão⁵⁶⁴ elenca os principais argumentos utilizados pela doutrina para repudiar a admissão dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. Aduz que a principal razão seria de cunho moral, uma vez que contratos dessa natureza

⁵⁶⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português, cit., p. 97.

⁵⁶¹ CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português, cit., p. 97.

⁵⁶² CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português, cit., p. 97.

⁵⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 49-50.

⁵⁶⁴ SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório*, cit.

despertariam o desejo de morte ou de antecipação de morte do sucedido. Assevera que, além dessa justificativa, a doutrina argumentaria acerca da possível pressão a que se sujeitaria o herdeiro. Afinal, se pudesse o herdeiro dispor da herança, em momento de dificuldade financeira, estaria tentado a cedê-la onerosamente. O autor enumera, ainda, terceiro motivo, de ordem lógico-jurídica, afirmando que inexistiria herança de pessoa viva, uma vez que herança pressuporia o fato jurídico morte. Malgrado os argumentos da doutrina, o estudioso defende que a restrição contida no artigo 426 do Código Civil brasileiro precisaria ser repensada para fins de direito de família. Inspira-se, precipuamente, no direito português, arguindo que em Portugal haveria duas regras que, *de lege ferenda*, seriam interessantes ao sistema brasileiro. Segundo a primeira regra, em havendo casamento por comunhão universal de bens (em Portugal, comunhão geral), no caso de divórcio, a partilha dá-se pelas regras da comunhão parcial de bens (em Portugal, comunhão de adquiridos). Contudo, na hipótese de o casamento se desfazer pelo divórcio, há redução da meação, que será composta pelos aquestos (ou seja, bens adquiridos na constância do casamento). Para o professor, a regra seria fantástica, uma vez que, em caso de falência do casamento, seria aplicada regra restritiva (artigo 1.790 do Código Civil português). Por sua vez, o artigo 1.719 do Código Civil português autoriza que, por pacto antenupcial, os nubentes convençam que, em caso de morte de um dos cônjuges, quando haja descendentes comuns, a partilha se faça segundo o regime de comunhão geral, seja qual for o regime adotado. Nessa senda, na hipótese de os nubentes casarem-se em regime de separação convencional de bens por temor de que o casamento não seja bem-sucedido, sendo seguida pelo divórcio e pela partilha, não se implementando o risco, ampliar-se-iam os direitos sucessórios do cônjuge se assim previsto no pacto antenupcial. Segundo o doutrinador, dessa maneira, haveria maior proteção do viúvo ou da viúva. Sugere, assim, que houvesse inclusão de parágrafo único no artigo 426, com o seguinte teor: “Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convençar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencional”.

Com todo o respeito à posição exposta pelo autor em seu trabalho, o texto sugerido para o § 1º do artigo 426 não se coaduna completamente com a pretensa proteção ao cônjuge sobrevivente. Afinal, se, após a morte, o regime de bens é passível de conversão a qualquer outro regime, poderia, nessa senda, converter-se em regime mais prejudicial ao cônjuge, em vez de regime mais benéfico. Além disso, permanecendo o cônjuge como herdeiro necessário, com possibilidade de renúncia apenas após abertura da sucessão, e, em estando a concorrência sucessória sujeita aos atuais regramentos do artigo 1.829, I, que condicionam

a concorrência ao regime de bens adotado, não se resolveria a maioria das incongruências geradas pela inafastabilidade do cônjuge da sucessão.

É importante salientar que, em seu trabalho, José Fernando Simão não menciona recente regramento inovador adotado em Portugal acerca da sucessão do cônjuge. Em 1º de setembro de 2018, entrou em vigor, em Portugal, a Lei n. 48/2018. Aludida lei estabelece que, em havendo casamento sob regime de separação de bens, é autorizado aos nubentes celebrar pacto antenupcial em que haja renúncia recíproca quanto à sucessão um do outro. Isto é, podem os nubentes, por pacto antenupcial, estabelecer que um não será herdeiro do outro. Confere-se, assim, aos futuros matrimoniados ampla liberdade para que escolham deixar de ser herdeiros de seus respectivos cônjuges, permitindo que a separação dos ativos se estenda, também, para depois da morte. Por um lado, aludida previsão legal resolve parte significativa dos problemas já elencados, originados de restrição testamentária inoportuna, em especial no regime de separação convencional de bens. Por outro lado, poder-se-ia questionar se, nessa hipótese, não restaria demasiadamente desprotegido o cônjuge que, ao tempo da abertura da sucessão, se encontrasse em situação patrimonial de grande desvantagem, correndo risco de ruína financeira. Todavia, uma análise mais detida da norma permite verificar não ter havido total despreocupação em relação à segurança patrimonial do consorte supérstite. É estabelecido que não se consideram inoficiosas as liberalidades em favor do cônjuge que tenha renunciado à herança até a fração que corresponderia a sua legítima se a renúncia não houvesse existido. Além disso, evidentemente, o cônjuge pode ser destinatário de cota disponível do patrimônio. Ademais, preservou-se a possibilidade de o cônjuge pleitear alimentos, que serão prestados a partir dos bens da herança. Da mesma maneira, o cônjuge não deixa de receber as prestações sociais por morte. Em adição, foi consagrado regime especial de proteção ao cônjuge que tiver renunciado à herança, sendo-lhe conferido direito real de habitação sobre a casa de morada da família na hipótese de o imóvel ser de propriedade do sucedido. Aludido direito, nos termos da lei, tem duração de cinco anos. Porém, no caso de o cônjuge supérstite contar com pelo menos sessenta e cinco anos de idade na data da abertura da sucessão, o direito será vitalício. Na hipótese de o cônjuge não ter idade igual a sessenta e cinco anos na data do falecimento, mas encontrar-se em especial situação de carência, o direito real de habitação poderá ser prorrogado por prazo adicional de cinco anos. De outra parte, se o viúvo ou a viúva não exercer o direito de habitação por prazo superior a um ano, o direito caduca, salvo se o não exercício não for a ele imputável. Findo o prazo de vigência do direito real de habitação, é autorizado que o

cônjuge permaneça na moradia na condição de arrendatário, salvo se os herdeiros legítimos comprovarem que necessitam do imóvel para habitação própria.

É interessante observar, portanto, que, em Portugal, o legislador não foi ousado a ponto de remover o cônjuge da condição de herdeiro necessário ou concorrente. Isso significa que se mantiveram as limitações legais à liberdade testamentária do cônjuge de ordem cogente, de forma que, ao consorte, não é autorizado, por ato de vontade exclusivo, excluir o cônjuge da sucessão, seja afastando-o da concorrência, seja afastando-o, por completo, da sucessão. De outra parte, por encontro de vontades dos consortes em pacto antenupcial, a lei passou a autorizar a renúncia recíproca dos cônjuges à herança. A condição foi que os nubentes adotassem o regime de separação convencional de bens. Afinal, trata-se da hipótese em que as regras sucessórias limitadoras causam maior perplexidade e inconformismo aos futuros matrimoniados, em razão de clara afronta, muitas vezes injustificada, a sua autonomia privada. Portanto, em síntese, ao ser celebrado pacto antenupcial em que se adote regime de separação convencional de bens, admitiu-se que os nubentes firmassem pacto sucessório renunciativo com o objetivo de que os cônjuges deixassem de ser herdeiros um do outro.

Dessa maneira, casando-se os cônjuges sob o regime legal supletivo em Portugal, ou seja, comunhão dos adquiridos, o que, evidentemente, é o mais comum, continua o cônjuge como herdeiro necessário e concorrente, sendo inviável a renúncia prévia à herança por pacto antenupcial. Isso significa que permanece protegida a maior parte da população, que, de modo geral, não seleciona regime diverso do legal supletivo. A proteção abrange a massa que mais necessita dela, isto é, a menos favorecida educacional e financeiramente. Massa que, em diversos casos, continua permeada, mais incisivamente, pelo machismo estrutural, que cria obstáculo quase intransponível para a inserção definitiva da mulher no mercado de trabalho e verdadeira igualdade entre consortes no casamento, tornando a esposa eternamente dependente do marido. A autonomia mais acentuada foi conferida à diminuta parcela da população, que, em regra, por ser detentora de patrimônio relevante (ou por ter expectativa de sê-lo em razão de recebimento de herança), visa à separação convencional de bens. É de presumir que essa parcela populacional, em virtude das oportunidades mais extensas trazidas pela capacidade econômica, seja mais bem instruída e, assim, apta a compreender o que a renúncia à herança implica e seus riscos, podendo, nesse diapasão, preparar-se, financeiramente, para o óbito do consorte. É evidente que haverá situações em que se encontrarão grandes disparidades econômicas entre os cônjuges, sujeitando, de fato, o viúvo ou à viúva a risco de miséria financeira ou brusca queda em seu padrão de vida. Mas,

como já aludido, para essas hipóteses, a lei portuguesa conferiu outras maneiras de proteção, preservando a maior autonomia privada conferida ao cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens.

No Brasil inexistia lei de conteúdo similar, persistindo posição doutrinária e jurisprudencial dominante no sentido de ser inviável qualquer disposição sobre a herança ou direito sucessório antes da abertura da sucessão em razão da incidência do artigo 426 do Código Civil. Desde a promulgação do Código Civil de 1916, consagrou-se posicionamento doutrinário majoritário no sentido de haver proibição genérica, sem exceções, aos pactos sucessórios. Afinal, o artigo 1.089 do Código Civil de 1916 refutou, firmemente, a possibilidade de herança de pessoa viva constituir objeto contratual. Já era, àquele tempo, nesse sentido, entendimento de Orosimbo Nonato⁵⁶⁵, segundo o qual os pactos sucessórios seriam imorais e afrontariam o princípio da liberdade testamentária. Clóvis Beviláqua⁵⁶⁶, contudo, defendia haver duas exceções à proibição genérica dos pactos sucessórios. A primeira referia-se aos pactos sucessórios contemplados em pactos antenupciais, pelos quais os cônjuges poderiam regular sua sucessão recíproca. O doutrinador, com base no artigo 256 do Código de 1916⁵⁶⁷, reputava lícito que os nubentes regulassem reciprocamente sua sucessão por esse instrumento negocial. A segunda exceção estava relacionada à partilha em vida, por ato dos pais, aos filhos, conforme previsto no artigo 1.776 (*divisio parentum inter liberos*)⁵⁶⁸. Exceção semelhante é contida no Código Civil alemão, cujo artigo 312 estipula que a proibição dos pactos sucessórios não alcança os futuros herdeiros legítimos, em relação à parte hereditária legal ou sobre a reserva de qualquer um deles, sendo admitidas, por conseguinte, as renúncias antecipadas e a instituição contratual, mesmo quando realizada fora do contrato de casamento⁵⁶⁹.

Contudo, a posição de Clóvis Beviláqua não prevaleceu, e, no Código Civil de 2002, a vedação foi repetida no artigo 426. Ademais, o artigo 1.784 admite que a herança seja transmitida apenas com o óbito, e o artigo 1.804 somente autoriza a renúncia à herança uma vez aberta a sucessão. Assim, como bem aponta Rolf Madaleno⁵⁷⁰, o ordenamento

⁵⁶⁵ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 23.

⁵⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 280.

⁵⁶⁷ “Artigo 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

⁵⁶⁸ “Artigo 1.776. É válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”. A partilha em vida já era praticada no direito romano, como visto anteriormente. Consistia em simples divisão realizada pelo ascendente aos descendentes em vista de uma sucessão *ab intestato*. NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, cit., v. 1, p. 34-35.

⁵⁶⁹ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁷⁰ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

jurídico brasileiro é totalmente avesso e reticente quando trata de prever e de viabilizar pactos de sucessão, incluindo os realizados por pactos antenupciais. Assim, seria vedado lavrar, por pacto antenupcial, disposições tanto na modalidade dispositiva, pela qual se atribuiria herança futura a herdeiro supérstite sobre bens particulares do sucedido, quanto na modalidade renunciativa, pela qual os cônjuges abdicariam antecipadamente da herança oriunda da morte futura do cônjuge.

Todavia, aumenta o número de seguidores de posições doutrinárias que buscam relativizar a proibição contida no artigo 426, em especial no que se refere a acordos entre nubentes dispostos em pactos antenupciais em que haja renúncia a direitos sucessórios. Afirma-se não haver imoralidade na renúncia recíproca do direito sucessório entre cônjuges, principalmente se adotado o regime de separação convencional de bens. Afinal, tratar-se-ia de mera extensão do escopo de separação dos bens particulares de cada cônjuge.

Rolf Madaleno⁵⁷¹ assevera que, na adoção do regime de separação convencional de bens, confere-se aos nubentes liberdade para renunciar à meação, ou seja, a tudo aquilo que for adquirido na constância do casamento. Desse modo, proibir a renúncia prévia à herança, futura, eventual e incerta, seria incongruente. Além disso, afrontaria a razão de ser do próprio regime de separação convencional de bens, uma vez que, se era desejo dos cônjuges manter o patrimônio separado durante a vida, é evidente que também pretenderiam que a separação se mantivesse após a morte. Para o autor, as previsões sucessórias dispostas em pactos antenupciais seriam lícitas, ainda que abdicativas, uma vez que úteis e relevantes para que os cônjuges associassem seus interesses econômicos e existenciais, bem como para que concretizassem e projetassem suas personalidades, ainda que os efeitos fossem produzidos depois da morte, uma vez que transcenderiam a existência humana.

Rolf Madaleno⁵⁷² aponta que, malgrado haja vedação geral aos pactos sucessórios pelo artigo 426 do Código Civil, haveria, no Brasil, determinadas hipóteses que se aproximariam dos pactos sucessórios: (i) a doação *mortis causa*, que, não obstante seja negócio jurídico entre vivos, produz efeitos apenas após a morte do doador; (ii) a partilha em vida (artigo 2.014 do Código Civil), o que poderia configurar sucessão antecipada; e (iii) a sucessão de cotas sociais (artigo 1.028 do Código Civil), ou seja, a possibilidade de o contrato social regular o modo como se dará o ingresso do herdeiro do sócio na sociedade⁵⁷³.

⁵⁷¹ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁷² MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁷³ LÓBO, Paulo. *Direito civil*, cit., p. 49-50.

As mesmas hipóteses são elencadas por Mário Delgado⁵⁷⁴, que, com base nessas circunstâncias, busca demonstrar que a vedação genérica aos pactos sucessórios, mesmo na vigência no atual Código Civil, não se aplicaria, uma vez que, na prática, já existiriam exceções admitidas pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, segundo o autor, não haveria justificativa para vedação de renúncia por pacto antenupcial.

Parte da doutrina que advoga pela flexibilização dos pactos sucessórios tem defendido sua admissibilidade no que se refere à renúncia prévia à concorrência sucessória independentemente de reforma legislativa. Mário Delgado⁵⁷⁵, opondo-se à doutrina majoritária, postula não ser necessária a alteração da lei civil para que se admita, ao menos, que o cônjuge renuncie a sua condição de herdeiro concorrente, uma vez que não se confundiria com renúncia à herança ou com renúncia à condição de herdeiro, sendo preservada a intangibilidade da legítima. Argumenta, ainda, que a renúncia não constituiria, propriamente, um contrato, mas sim ato unilateral de vontade, arbitrário, emanado dos poderes dispositivos de quem é sujeito de direito legalmente reconhecido. Aduz o autor que não haveria proibição geral acerca de renúncia a direito futuro e que, quando o Código Civil proíbe a hipótese, o faria, específica e expressamente, em relação a determinada circunstância, como no caso do artigo 556 do mesmo diploma legal. Além disso, assevera o autor que a proibição aludida pelo artigo 426 do Código Civil estaria adstrita ao acervo patrimonial hereditário, não ao direito sucessório, de forma que seria admissível renunciar ao direito de suceder.

Ainda no que se refere à renunciabilidade à concorrência sucessória, Rolf Madaleno⁵⁷⁶ compartilha o entendimento de Mário Delgado. Como já exposto, para Rolf Madaleno, o direito concorrential do cônjuge corresponderia a mero direito assistencial, não propriamente hereditário. Assevera o autor que, da mesma maneira, o usufruto vidual constituía um direito assistencial. Nessa qualidade, podia ser objeto de permuta (uma vez que a lei admitia troca do usufruto vidual pela adjudicação de certos bens hereditários ou pelo usufruto da moradia nupcial) com os herdeiros ou renúncia. Constituindo, para o autor, a concorrência sucessória, do mesmo modo, direito vidual, não haveria óbice algum para que fosse renunciado. Nessa senda, não haveria restrição para que os nubentes renunciassem, por pacto antenupcial, à condição de herdeiros concorrentes.

⁵⁷⁴ DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?, cit., p. 9-21.

⁵⁷⁵ DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?, cit., p. 9-21.

⁵⁷⁶ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

Por sua vez, ao tratar da renúncia à herança, Mário Delgado⁵⁷⁷ faz menção ao artigo 1.808 do Código Civil, que proíbe que a renúncia se restrinja a bens determinados ou à parte do acervo hereditário, de modo que o conteúdo e a extensão do pacto de renúncia dependeriam de seu objeto. De outra parte, para o estudioso, estariam vedados os pactos sobre a sucessão de um terceiro. Elucida o doutrinador que seria o caso de cessão de direitos hereditários celebrado pelo herdeiro com terceiro enquanto vivo o autor da herança. Acrescenta que essa proibição estaria expressa tanto no artigo 426 quanto no artigo 1.793, *caput*, do Código Civil, que apenas admitiria a cessão de direitos hereditários após a abertura da sucessão. Ao tratar da condição do cônjuge como herdeiro universal, ao ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, inexistindo descendentes ou ascendentes, Rolf Madaleno⁵⁷⁸ também se posiciona de maneira diversa ao que assevera em relação ao direito concorrencial. Para ele, nesse caso, a posição de herdeiro necessário do cônjuge seria impassível de renúncia em razão de expressa garantia da lei acerca de efetivo direito sucessório à herança.

Verifica-se, portanto, que, tomando-se por base a legislação vigente, mesmo no caso daqueles que admitem pactos sucessórios renunciativos, de modo geral, eles tendem a limitar a renunciabilidade à concorrência sucessória, não a admitindo no que se refere à posição do cônjuge como herdeiro necessário nas hipóteses em que herda como herdeiro universal. Isso significa que, de acordo com esses posicionamentos doutrinários, o cônjuge poderia ser afastado da sucessão, por vontade dele e do futuro sucedido, apenas no caso de existirem descendentes ou ascendentes. Por outro lado, sucedendo como herdeiro universal, o cônjuge teria direito, no mínimo, peremptoriamente, à integralidade da porção legítima, sendo autorizada a renúncia à herança somente após a abertura da sucessão. Isso significa que, se não houver renúncia após a abertura da sucessão, ao viúvo será destinado pelo menos cinquenta por cento do patrimônio hereditário do sucedido, se figurar isoladamente como herdeiro. Destarte, se, por um lado, com esse entendimento doutrinário, seria mais simples resolver transtornos ocasionados pela concorrência, por outro é certo que ele não é capaz de solucionar diversos outros empecilhos acarretados pela posição do cônjuge como herdeiro necessário, envolvendo, por exemplo, circunstâncias que se relacionem a famílias recombinadas ou empresas familiares.

Aliás, é relevante destacar, ao tratar da possibilidade de flexibilização dos pactos sucessórios, das sociedades empresárias familiares. Afinal, é inequívoco que conflitos

⁵⁷⁷ DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?, cit., p. 9-21.

⁵⁷⁸ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

patrimoniais entre membros de famílias titulares de sociedades empresárias têm a potencialidade de desestruturar e, por conseguinte, destruir o negócio. Conflitos dessa natureza geram imprevisibilidade na administração, sobretudo quanto aos atos de continuidade de direção da empresa, gerando, destarte, preocupações extensíveis a credores e investidores. Para evitar o comprometimento do negócio, diversos instrumentos de planejamento têm sido utilizados, tais como elaboração de estatutos sociais, constituição de empresas *holding*, acordos de cotistas e acionistas regrido o exercício do direito de voto ou o controle societário, a gestão familiar, o direito de preferência na alienação de cotas e de ações para familiares e terceiros, além dos testamentos e das doações modais com cláusula de reversão, os gravames, os contratos de casamento ou de união estável, entre outros. Ainda assim, muitas vezes a utilização de todos esses instrumentos é insuficiente para evitar conflitos patrimoniais e a dissolução ou danos irreversíveis à sociedade empresária de caráter familiar. Em diversos países, a fim de contornar riscos a unidades produtivas ou empresas familiares, houve flexibilização quanto à admissibilidade dos pactos sucessórios. É o caso do direito argentino, que admitiu as convenções sucessórias nas hipóteses em que elas se referissem a entes produtivos. Além disso, perseguiram a solução de conflitos conjugais societários, sem que fossem afetados direitos do cônjuge, como a legítima, e direitos de terceiros⁵⁷⁹.

Na França, onde, desde o Código Napoleônico, existe latente resistência à aceitação de contratos dessa natureza, houve a alteração legislativa introduzida pela *Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006*. Aludida norma autoriza o afastamento, total ou parcial, da redução das liberalidades testamentárias por pacto celebrado antes da abertura da sucessão. Assim, de acordo com o artigo 929º do Código Civil francês, é possível que herdeiro legitimário renuncie a exercer uma ação de redução relativamente a uma sucessão não aberta. Não se trata, pois, de renúncia a direito a uma herança não aberta, mas de renúncia a exercer ação de redução. Portanto, ao tempo da abertura da sucessão, o renunciante já não possuirá, em sua esfera jurídica, o direito de exercer a ação de redução, no que concerne a bens dispostos em vida pelo autor da sucessão. Essa previsão teria garantido maior segurança às empresas familiares, afinal, no momento da partilha por morte dos bens do transmitente, essa transmissão não será alvo de ação de redução, posto ter havido renúncia ao aludido direito⁵⁸⁰.

Ademais, a mesma lei garantiu, de um lado, salvo diversa previsão estatutária, a sucessão dos herdeiros do sócio defunto nas sociedades de pessoas. De outro lado,

⁵⁷⁹ MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial, cit., p. 9-58.

⁵⁸⁰ COSTA, Simone Oliveira. *Relevância dos pactos sucessórios na sucessão da empresa familiar*, cit., p. 36.

possibilitou que o cônjuge supérstite, diante da estipulação de cláusula dessa natureza, continuasse a atividade, liquidando a cota dos demais herdeiros⁵⁸¹.

Na Itália, a inovação quanto à flexibilização acerca da vedação dos pactos sucessórios com fim de proteção à empresa familiar remonta à Lei n. 55 de 14 de fevereiro de 2006, que disciplina o *patto di famiglia* ou pacto de família. De acordo com Diego Corapi⁵⁸², em princípio, a rígida vedação aos pactos sucessórios existente no ordenamento jurídico italiano figurava como impasse à sucessão adequada nas empresas familiares e não se coadunava com a crescente necessidade de empreendedores de transferir, no todo ou em parte, a participação societária a todos ou a alguns descendentes. Assim, o objetivo do instituto seria facilitar a continuidade das atividades de pequenas e médias empresas, constituintes de um dos mais eficientes setores da economia italiana e que são, quase sempre, expressão de um grupo familiar. Atenta o autor para o fato de que chegaria o momento em que aquele que conduz a empresa familiar deveria ser substituído. Todavia, conflitos advindos dessa substituição poderiam refletir na empresa, cuja continuidade passaria a correr risco. Além disso, salienta o autor que nem todos os indivíduos da família que viessem a sucedê-la, na hipótese de morte do titular da empresa, seriam capazes de conduzi-la adequadamente, o que também geraria risco à segurança da empresa. Assim, pelo pacto de família, é autorizado que o titular da empresa familiar destine, parcial ou totalmente, as cotas sociais a um ou mais descendentes, desde que haja respeito à legítima, sendo determinados bens suficientes aos demais herdeiros necessários para satisfazer sua reserva hereditária. Trata-se de pacto sucessório, ao mesmo tempo dispositivo e renunciativo, posto que, enquanto se atribui a determinado ou determinados herdeiros as cotas sociais da empresa, os demais herdeiros renunciam à herança no que se refere às aludidas cotas sociais. Aquilo que for recebido pelos contraentes não está sujeito à colação ou redução das disposições. Caso contrário, segundo o autor, estaria comprometida a finalidade da norma, ou seja, de impedir que, no momento da abertura da sucessão, fossem propostas ações que desestabilizem o acervo patrimonial amealhado pelo sucedido. Exige-se a participação, no ato, tanto do cônjuge quanto de outros herdeiros legitimários.

⁵⁸¹ CORAPI, Diego. Il patto di famiglia: un nuovo istituto del diritto italiano. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 225-226.

⁵⁸² CORAPI, Diego. Il patto di famiglia: un nuovo istituto del diritto italiano. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). *Direito de família no novo milênio*, cit., p. 224.

Verifica-se que, nos casos de celebração de pactos de família na Itália, a legítima dos herdeiros necessários é transmutada em direito de crédito, isto é, defere-se ao descendente (filho ou neto) com mais condições de dar continuidade à empresa as cotas sociais, compensando-se a reserva legal dos demais herdeiros legitimários com direito de crédito em dinheiro. Além disso, admite-se que futuros herdeiros relativos a uma sucessão não aberta renunciem às cotas sociais da empresa. Por fim, o pacto de família acarreta transferência definitiva da propriedade das cotas, uma vez que não se admite colação ou redução de inoficiosidades. Alcança-se, dessa maneira, efeito estável de interesses entre os vários membros da família no que diga respeito à empresa familiar.

No Brasil, ao contrário do que se verificou em outros países, não foram introduzidas inovações destinadas a proteger empresas familiares sujeitas à sucessão. Sendo assim, mesmo cônjuges casados sob regime de separação convencional de bens estão submetidos ao risco de as empresas familiares de que são titulares serem divididas com seu consorte, que nenhuma relação tenha com a empresa e que não necessite de nenhum direito assistencial.

Portanto, a verdade é que, diante da legislação brasileira vigente, os nubentes que desejam não mesclar seu patrimônio particular com o de seu cônjuge após a morte se encontram sem alternativa. Afinal, ainda que os cônjuges adotem regime de separação convencional de bens, as regras relacionadas ao regime de bens do casamento, pelo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, não se estendem para depois da morte. Nessa senda, a autonomia privada do consorte esbarra em normas sucessórias de ordem cogente, que, mesmo no caso de seleção de regime de separação convencional de bens, garantem ao consorte percentual da legítima em igualdade de condições com outros herdeiros (no caso de concorrência com descendentes ou ascendentes) ou a integralidade da legítima (caso ocupe a posição de herdeiro de modo exclusivo). Portanto, a autonomia privada sucessória testamentária do cônjuge depara-se com obstáculos normativos intransponíveis, sendo inviável evitar a amálgama do patrimônio. Além disso, não existe, como em outros países, tal qual Portugal, lei que permita, expressamente, que o cônjuge abdique de sua posição de herdeiro concorrente e necessário por pacto celebrado, em vida, pelos matrimoniados. Diante disso, por falta de soluções pragmáticas, os consortes, para alcançar sua liberdade sucessória, não veem opção senão submeter-se a complexos planejamentos sucessórios que, por vias reflexas, levam ao afastamento do herdeiro

indesejado no intuito de preservação do acervo privado do patrimônio conjugal e bom governo da sociedade empresária familiar⁵⁸³.

Diante de todo o exposto, é possível identificar um crescente movimento no sentido de revisitar o direito sucessório com a finalidade de readequá-lo à sociedade contemporânea e, assim, voltar a atender às expectativas, anseios e interesses dos indivíduos sem ferir relevantes princípios constitucionais que se voltam a assegurar a dignidade da pessoa humana em âmbito familiar. Observou-se que, em países como Portugal, Itália, Espanha e França, têm-se verificado alterações legislativas relevantes nesse sentido. É verdade que em nenhuma dessas localidades (com exceção da França, em que os ascendentes foram excluídos da condição de herdeiros necessários) houve supressão da legítima, alteração da ordem de vocação hereditária ou exclusão do cônjuge da qualidade de herdeiro necessário ou concorrencial. Sendo assim, não se pode afirmar ter havido aumento da liberdade testamentária do cônjuge. Porém, por outros mecanismos, buscou-se diminuir o descompasso entre a lei e a realidade.

Assim, em Portugal, apesar de mantidas restrições testamentárias, ampliou-se a autonomia sucessória do cônjuge ao admitir renúncia recíproca do direito legitimário por pactos sucessórios nos casamentos celebrados sob regime de separação convencional de bens. Na Espanha, previu-se a possibilidade de destinar empresa familiar (ou parte dela), por testamento, para um único herdeiro (ou alguns) com compensação monetária dos demais. Na França, admitiu-se que, por pacto celebrado antes da abertura da sucessão, houvesse renúncia ao direito de redução das liberalidades. Na Itália, foi introduzido o pacto de família, pelo qual é possível atribuir a um ou mais descendentes empresa familiar de titularidade do falecido, por pacto celebrado antes da abertura da sucessão, mediante compensação dos demais herdeiros necessários para composição de sua reserva legal.

No Brasil, nenhuma inovação legislativa recente foi introduzida para adequar a norma aos novos anseios sociais dos particulares e outros interesses de relevante interesse coletivo. Diante disso, resta à doutrina interpretar a lei de modo sistemático, no intuito de alcançar maior autonomia sucessória, seja testamentária ou não, para o cônjuge e, assim, evitar desgaste futuro, dano financeiro aos herdeiros e prejuízo à coletividade como um todo. Contudo, diante da rigidez da lei vigente, que estabelece, de acordo com interpretação majoritária, o cônjuge como herdeiro necessário e concorrente, independentemente da classe

⁵⁸³ CORAPI, Diego. Il patto di famiglia: un nuovo istituto del diritto italiano. *In*: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). *Direito de família no novo milênio*, cit., p. 224.

ocupada, e a vedação completa dos pactos sucessórios, sobram poucas alternativas. O máximo a que se chegou além da interpretação literal das normas do diploma civil, diante dos obstáculos legais, foi concluir pela possibilidade de excluir o cônjuge da concorrência sucessória por testamento ou sua renunciabilidade por pacto antenupcial, por conta de sua natureza de direito vidual assistencial. Porém, nem mesmo esse posicionamento tem prosperado na jurisprudência, que segue firme em considerar o cônjuge herdeiro necessário e concorrente em qualquer hipótese, ainda que adotado o regime de separação convencional de bens e que os nubentes expressem, de maneira inequívoca, sua intenção de não misturar, em nenhuma circunstância, seus bens particulares.

Chega-se, assim, à conclusão de que mudanças são necessárias e de que elas podem seguir em diversos caminhos. Contudo, é certo que, em todos eles, é fundamental atentar para o atual anseio social de ampliação da liberdade sucessória em relação ao cônjuge sobrevivente, seja por testamento ou não. Além disso, é preciso contemplar as situações em que, no caso concreto, haja, efetivamente, necessidade ou vulnerabilidade por parte do cônjuge ou outro parente sucessível. E, por fim, é preciso vislumbrar mecanismo que seja capaz de proteger outros interesses sociais relevantes que têm sido negligenciados, tais como a continuidade da empresa e unidade produtiva familiar. O grande desafio, *de lege ferenda*, é encontrar solução que amplie a liberdade sucessória do cônjuge e tutele outros interesses sociais de relevo e, ao mesmo tempo, não deixe o consorte sobrevivente desamparado em caso de constatada necessidade. As possíveis soluções vão desde a supressão completa do cônjuge como herdeiro concorrential e/ou necessário até a possibilidade de renúncia ou disposições recíprocas por pactos antenupciais. Não se pretende, na presente obra, chegar a uma conclusão sobre o deslinde mais benéfico da questão, o que será feito em trabalho próprio, mas sim constatar a inadequação do atual regramento e suas razões para que, a partir disso, seja possível caminhar para o desenlace que desate os nós dos desalinhos causados pela conturbada posição sucessória do cônjuge no Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi analisado o regramento acerca da sucessão do cônjuge casado sob regime de separação convencional de bens na atualidade, abordando intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais verificadas no que diz respeito à interpretação da norma correspondente e aos limites impostos legalmente à liberdade testamentária do consorte sobrevivente. Buscou-se verificar, com base em análise histórica, teleológica, sistemática e comparativa, se, hodiernamente, a legislação sobre a matéria, no Brasil, é compatível com a realidade social, se atende a contemporâneos anseios coletivos e se, ao mesmo tempo, coaduna-se com princípios e valores consagrados constitucionalmente. Visou-se, desse modo, identificar se, diante de significativas transformações sociais ocorridas desde o início da elaboração do diploma civilista até os dias atuais, ainda se justifica a proteção sucessória acentuada conferida ao cônjuge supérstite pelo Código Civil de 2002, com conseqüente aumento das restrições incidentes sobre a liberdade testamentária do sucedido em relação a seu consorte, sobretudo nas hipóteses de seleção, pelos nubentes, do regime de separação convencional de bens, em que há expressa deliberação dos matrimoniados no sentido de manter incomunicável o patrimônio durante a vida e, pela lógica do instituto, também após a morte.

De início, no capítulo primeiro, foi averiguado o conceito de sucessão *mortis causa*, bem como seus pressupostos, fundamentos e função. Verificou-se que, entre os pressupostos da sucessão, em que pese a doutrina aponte outros, como a ordem de vocação hereditária e a sobrevivência do sucedido, está, incontestavelmente, a morte. Por sua vez, identificou-se que, em regra, o fundamento da sucessão está assentado na ideia de continuidade, que ora é atrelada, simplesmente, a uma concepção eminentemente patrimonial, ora se pauta em uma concepção e justificativa biopsicológica. Também se observou ser, frequentemente, apontada estreita correlação entre a sucessão *causa mortis* e o direito de propriedade, uma vez que a primeira apenas seria possível em decorrência do segundo. Em se tratando da função sucessória, destacaram-se diferentes posicionamentos doutrinários, que poderiam ser divididos em dois grandes grupos. Segundo o primeiro deles, a sucessão estaria vinculada ao estímulo à conservação e ao aumento do patrimônio, o que, por fim, acarretaria incremento da qualidade de vida pessoal e benefício para a coletividade. De acordo com o segundo posicionamento, a sucessão *mortis causa* teria não apenas a função de estimular o acúmulo de bens e a poupança privada, mas, também, de distribuir o patrimônio de maneira

a proteger financeiramente a família, fomentando, desse modo, o vínculo afetivo entre seus membros e incentivando sentimentos altruísticos. Observou-se, ainda, que, englobada pelo segundo posicionamento, encontra-se corrente segundo a qual a sucessão *mortis causa* seria instrumento para abrigar valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a reciprocidade, a afetividade e a igualdade.

No primeiro capítulo, portanto, constatou-se que, hoje, há entendimento uníssono no sentido de que a sucessão *mortis causa* tem como pressuposto lógico a morte e que, não obstante esteja relacionada ao direito de propriedade, não encontra somente nele seu fundamento e sua função. Na atualidade, inequivocamente, não se concebe a sucessão *mortis causa* como instrumento destinado, de forma exclusiva, a preservar o patrimônio e concentrar poder. Desse modo, segundo posição majoritária, a sucessão *mortis causa* justifica-se somente na medida em que é capaz de gerar benefícios para a coletividade como um todo, gerando estímulo para o trabalho, poupança e administração consciente do patrimônio, assegurando proteção financeira à família, de maneira a garantir dignidade a seus membros, incentivando os vínculos de afeto e a solidariedade familiar ou viabilizando a continuidade dos direitos e obrigações na pessoa dos sucessores, de forma a não causar interrupção nos processos de circulação de riquezas.

No segundo capítulo foi realizada breve digressão histórica acerca do direito sucessório, principalmente no que se refere ao cônjuge supérstite, com o intuito de constatar que a sucessão *mortis causa* (e, por conseguinte, o direito sucessório) não manteve seus fundamentos e funções inalterados com o passar do tempo. Conforme a sociedade se modificou e conforme se alterou, pelo tempo, o entendimento sobre a morte, os anseios, valores e interesses coletivos quanto à sucessão, igualmente, sofreram mudanças. Assim, para que fosse capaz de continuar a exercer sua função de controle e pacificação social, o direito não se quedou inalterado. Ao contrário, renovou-se, adaptou-se, modernizou-se.

Diante da grande influência do direito romano (ainda que não do direito romano original, mas daquele emergido de sua reestruturação pelos glosadores do período renascentista), de início, foi efetuado, de forma sintética, exame de seu desenvolvimento ao longo dos períodos históricos e suas transições conforme as características sociais assumidas em cada momento. Nessa senda, abordou-se a concepção romana de finitude definitiva da vida com a morte, sem prolongamentos derivados de construções religiosas, e os desdobramentos que essa noção gerou sobre a sucessão *mortis causa* e seu regramento jurídico. Além disso, observaram-se aspectos relevantes da sociedade romana em determinados períodos, como a concentração da autoridade familiar, bem como do exercício

de poder político e econômico na figura do *pater familias*. Concebeu-se, nessa senda, a prevalência da sucessão testamentária no direito romano, que, diante das peculiaridades da sociedade em Roma, foi utilizada como poderoso instrumento de influência pelo *pater familias* ao longo de sua vida. Assim, foram exploradas as diversas formas de testamento que se desenvolveram na Roma antiga, desde aquelas mais rudimentares até as mais complexas, que passaram a prever, efetivamente, direitos hereditários e delinearam os primeiros contornos das formas de testamento contemporâneas e seus requisitos básicos de validação. Em que pese tenha sido exceção em Roma, também foram abordadas as modificações verificadas na sucessão *ab intestato* e o paulatino aumento de sua relevância e inclusão de parentes cognados e cônjuge na ordem de vocação hereditária conforme o direito romano sofreu influência de povos conquistados.

Discorreu-se acerca das relevantes inovações introduzidas pelos pretores em sua atuação, que denotaram o surgimento do *ius honorarium*, tanto no que se refere à sucessão testamentária quanto no que diz respeito à sucessão legítima. No que se relaciona à sucessão testamentária, salientaram-se, entre os pontos mais importantes, a simplificação do testamento, a expansão da capacidade testamentária para cidadãos não romanos e a imposição de observância à porção legítima. No que se refere à sucessão *ab intestato*, atentou-se para o aumento da importância da família natural, destacando que muitas dessas modificações, mais tarde, foram incorporadas ao *ius civile*, durante o período clássico e pós-clássico, por *senatusconsultos* e imperadores, mediante constituições imperiais.

Demonstrou-se que, à medida que Roma se tornava um império, a realidade social afastava-se daquela para a qual o *ius civile* havia sido elaborado. Afinal, houve inevitável influência de tradições e formatos institucionais de povos dominados, cujo reconhecimento tornou-se imprescindível para viabilizar a continuidade da dominação. Nessa senda, observou-se que o período pós-clássico foi marcado pela ruptura com antigos institutos romanos em prol da instituição e consolidação do Império Romano. Foi constatado que essas modificações culminaram na prolação das Novelas 118 (543 d.C.) e 127 (548 d.C.), que determinaram uma reforma geral no *Corpus Iuris Civiles*, influenciando, sobremaneira, o sistema sucessório moderno.

Em continuação, apontou-se que, após as invasões bárbaras, o direito romano miscigenou-se com o direito dos povos invasores, que se regiam, primordialmente, por normas consuetudinárias. Assim, em seus primórdios, o direito português recebeu influência tanto do direito romano quanto do direito bárbaro, principalmente do visigótico. Ressaltou-se que, após o século XIII, quando se iniciaram o resgate e a reestruturação do direito romano,

Portugal, no âmbito sucessório inclusive, chegou a adotar a ordem de vocação hereditária e regras sucessórias previstas nas Novelas 118 (543 d.C.) e 127 (548 d.C.) de Justiniano, o que perdurou até o início da vigência das Ordenações. Destacou-se que, paralelamente, emergiu, no século XII, um significativo movimento de renovação do direito canônico, que não tardou em refletir também, em Portugal, sem que tenha havido, contudo, afastamento completo do direito costumeiro de origem germânica e do direito romano. Demonstrou-se, nessa senda, que o direito português que se configurou da Idade Média em diante teve marcada influência do direito romano, ao lado do direito visigótico e canônico.

No que diz respeito às Ordenações do Reino de Portugal, viu-se que, desde as Ordenações Afonsinas, já havia, em Portugal, na maior parte das localidades, costume de que o regime legal supletivo de bens entre cônjuges fosse o da comunhão universal, o que foi consolidado pelas Ordenações Manuelinas e se perpetuou durante a vigência das Ordenações Filipinas e leis posteriores, tanto no Brasil quanto em Portugal. Graças a essa tradição, vindo a falecer um dos consortes, competia ao cônjuge sobrevivente metade do acervo patrimonial do falecido. Por outro lado, notou-se que não fazia parte da tradição que o cônjuge ocupasse posição privilegiada na qualidade de herdeiro. Nas Ordenações Filipinas, que vigoram, no Brasil, até a promulgação do Código Civil de 1916, por exemplo, o cônjuge sucedia apenas se não houvesse descendentes, ascendentes ou parentes colaterais sucessíveis até o décimo grau. Conforme salientado, no Brasil, o cônjuge apenas passou para o terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, antecedendo os parentes colaterais do falecido, após o advento da Lei Feliciano Pena, em 1839.

Atestou-se, ainda, que a elaboração do Código de 1916, além da influência portuguesa, também sofreu, assim como a maior parte das codificações ocidentais, forte influência do Código Civil francês de 1804, que consagrou ideais liberais da burguesia, afastando privilégios nobiliárquicos. Nesse diapasão, o Código de 1916 previu o princípio da *saisine*, além do princípio da unicidade da sucessão. Enfatizou-se, ainda, que, malgrado o contexto brasileiro fosse, na época, completamente diverso do europeu, por conta do interesse da classe dominante em manter afastada a ingerência do Estado na economia, foram importadas e inseridas no Código Civil de 1916, em retardo e apenas em partes, as ideias liberais do iluminismo francês.

Foi evidenciado que, diversamente do que se observava na Europa, a sociedade brasileira era rural, patriarcal, religiosa e, graças ao colonialismo português, dominado por elite de famílias fazendeiras e comerciantes coesas, que perpetuavam o poder pelas relações de parentesco, de modo a manter na família os mesmos interesses econômicos e políticos.

Os papéis sociais eram muito bem definidos, ocupando o homem a posição de provedor e a mulher a posição de cuidadora do lar, afastada do mercado de trabalho, responsável pelos cuidados com a prole e totalmente submetida ao poder do patriarcado. Diante do anseio da elite em manter o *status quo*, constatou-se haverem sido mantidas, no Código Civil de 1916, tradições normativas longevas, arraigadas desde o período colonial, como instrumento de perpetuidade no poder, tal como a constituição da família apenas pelo casamento, a indissolubilidade de vínculo matrimonial, o regime de comunhão universal de bens como regime legal supletivo e a posição do cônjuge como herdeiro facultativo, que sucederia apenas na hipótese de inexistência de descendentes ou ascendentes, o que denotava ampla liberdade testamentária em relação ao consorte e prevalência conferida ao vínculo consanguíneo.

Mostrou-se, todavia, que esse contexto social sofreu transformações a partir do primeiro quarto do século XX, quando fatores como a decadência da elite fazendeira, a industrialização e a urbanização acarretaram profundas modificações na estrutura social brasileira, tais como a inserção da mulher no mercado de trabalho, a mutação do núcleo familiar de unidade de produção para unidade de consumo, o dismantelamento de papéis sociais bem definidos dentro da família e a proliferação de famílias informais, não constituídas pelo casamento. Foi reconhecido, nesse diapasão, que o Código Civil de 1916 já não regulava a sociedade para a qual foi desenhado, o que o tornou rapidamente anacrônico. Apurou-se que, em meados do século XX, por exemplo, já não era compatível que as mulheres, que não apenas estavam mais integradas ao mercado de trabalho como, também, davam seus primeiros passos rumo à independência financeira e à efetiva contribuição nas decisões da vida familiar, fossem mantidas como relativamente incapazes, tal como previa o Código 1916. Da mesma maneira, apontou-se que, com a crise do patriarcalismo, já não havia como ignorar a posição das esposas como grandes colaboradoras na constituição da fortuna familiar, mesmo que não diretamente, e como grandes companheiras de seus maridos, unidas a eles durante toda a vida e, em regra, geradoras da prole comum. Nessa senda, evidenciou-se que emergiram movimentos no sentido de garantir, normativamente, a plena capacidade das mulheres e maior autonomia a elas (seja sobre si, seja sobre seu patrimônio) como, também, de garantir sua efetiva proteção financeira em caso de viuvez, independentemente do regime de bens de casamento adotado.

Sendo assim, demonstrou-se que, a fim de compatibilizar as normas de direito de família e sucessões à nova realidade e anseios sociais, emergiram microsistemas, como o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio. Enquanto a primeira previu o usufruto vidual

e o direito real de habitação ao consorte sobrevivente, além de conferir às mulheres plena capacidade civil, a segunda alterou o regime legal supletivo de bens do casamento para o regime de comunhão parcial de bens e regulou a dissolubilidade do vínculo matrimonial no Brasil. Portanto, verificou-se que, desde a prolação do Estatuto da Mulher Casada, houve significativo movimento legislativo no sentido de ampliar a proteção sucessória do cônjuge com base no reconhecimento da relevância do duradouro vínculo afetivo e colaboração mútua entre consortes em detrimento dos vínculos esgotados na consanguinidade. Por sua vez, observou-se, desde a Lei do Divórcio, o reconhecimento, pelo Poder Legislativo, do incremento da independência financeira da mulher e o desejo dos cônjuges de autodeterminação quanto a bens não amealhados em conjunto. Da mesma maneira, constatou-se, com a Lei do Divórcio, a aceitação, por parte do Poder Legislativo, de que a dissolubilidade do casamento havia se tornado um fato social que o direito não podia evitar na prática. Isso significa que a nova realidade social já não comportava a imprevisibilidade normativa em relação ao fim dos vínculos matrimoniais ocorridos *in concreto*.

Atentou-se, ainda, para o fato de que novas e poderosas ondas originadas na Europa logo invadiram o terreno nacional e determinaram a introdução de uma série de normas e princípios na Constituição da República de 1988. Foram consagrados, assim, valores em prol da pessoa humana, considerada em si mesma, e da justiça social. Atestou-se, nesse diapasão, que o princípio da dignidade da pessoa humana foi introduzido no ordenamento pátrio como valor supremo. Nos âmbitos familiar e sucessório, no intuito de alcançar a dignidade do ser humano, observou-se a adoção de princípios constitucionais como o eudemonismo, a afetividade, a solidariedade, a reciprocidade e a igualdade.

Verificou-se que, desde a fase embrionária do atual diploma civil, em meados da década de sessenta, quando, inclusive, entrou em vigor o Estatuto da Mulher Casada, o Poder Legislativo continuou a repetir, exaustivamente, ao longo das décadas, as razões pelas quais cabia proteção sucessória ao cônjuge sobrevivente: (i) os cônjuges seriam companheiros de vida, contraindo, quando jovens, casamento que, em regra, perpetuar-se-ia até o fim da vida; (ii) os cônjuges estariam unidos por profundo e duradouro vínculo de afeto; (iii) os cônjuges, em conjunto, seriam responsáveis pela constituição da fortuna familiar; (iv) os cônjuges produziriam prole comum. Identificou-se que esses argumentos ganharam força, ao menos teórica, com o advento da Constituição da República de 1988. Afinal, proteger financeiramente, em caso de viuvez, o companheiro de vida, o colaborador da constituição da fortuna e o genitor da prole coadunava-se, perfeitamente, com os princípios constitucionalmente previstos, sobretudo da afetividade, solidariedade e reciprocidade. E,

assim, constatou-se que pareceu, para o Poder Legislativo, lógico, razoável, justo e convergente com os princípios constitucionais acima dispostos que o Código Civil de 2002 posicionasse o consorte como herdeiro necessário e concorrente, ocupando não apenas o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas, também, o primeiro, ao lado dos descendentes, e o segundo, ao lado dos ascendentes.

Salientou-se que, no entanto, essa repetição sistemática quanto à presunção de necessidade e justiça no que se refere à proteção financeira do cônjuge sobrevivente ocorreu apenas graças à obstinação do legislador em observar, ainda que apenas e abstratamente, princípios constitucionais, uma vez que não se atentou à continuidade das transformações sociais intensas que ocorriam, inclusive, de maneira ainda mais latente e veloz. Destacaram-se as características de efemeridade e de superficialidade que assumiram as relações em uma sociedade com enraizado valor eudemonista, que vem testemunhando a revolução da tecnologia, da informação e dos meios de comunicação. Ressaltou-se que, portanto, já não se vive no mesmo contexto de mais de cinquenta anos atrás. Salientou-se, nessa senda, que, hoje, grande parte dos casamentos ocorre quando os nubentes já contam com idade avançada e já possuem patrimônio amealhado a partir do próprio esforço ou derivado de sua família de origem. Foi observado que, diante da facilidade quanto à dissolução dos matrimônios, da independência financeira e emocional entre consortes e da busca constante pela felicidade imediata e de fácil alcance, já não são raros os divórcios. Da mesma maneira, enfatizou-se que não é incomum que os indivíduos se casem mais de uma vez ou se unam em famílias não constituídas pelo casamento uma ou mais vezes. Apontou-se que, dessas relações, podem ou não advir filhos. E, assim, destacou-se que as famílias compõem-se e recompõem-se em emaranhados complexos. Nessa senda, foram apontadas diversas razões louváveis para que os indivíduos anseiem pela plena gestão e controle sobre a destinação de seu patrimônio, por exemplo: (i) por serem protagonistas na constituição de sua própria fortuna, sem colaboração, ao menos indireta, de seu consorte, é natural que almejem plena liberdade quanto a seu arcabouço patrimonial como forma elementar de autodeterminação e exercício pleno de sua personalidade; (ii) em virtude de complexas estruturas familiares, os cônjuges podem possuir dependentes não comuns que, efetivamente, demandem tutela e proteção; (iii) os cônjuges podem compartilhar, com suas famílias de origem, bens ou, principalmente, unidades de produção, como unidades agrícolas ou industriais, que não comportem, em sua estrutura, indivíduos alheios a essa família sem real comprometimento de sua continuidade, o que pode ter impacto social extremamente negativo. Enfatizou-se que, no entanto, ainda que o casamento seja celebrado por separação convencional de bens, a lei, atualmente, impõe

limitações testamentárias intransponíveis, o que torna impossível o afastamento do cônjuge sobrevivente da sucessão.

Para melhor compreensão do tema e de suas críticas, no capítulo terceiro discorreu-se sobre o hodierno regramento a respeito da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária. Após uma análise geral acerca dos institutos, com explicações sobre parentesco, classes, graus, linhas e representação, passou-se a analisar a sucessão específica do cônjuge no Código Civil de 2002 e sua posição privilegiada, na condição de herdeiro necessário e concorrente. Demonstrou-se que o artigo 1.829 é severamente criticado por parte relevante da doutrina por diversas razões. Entre elas, foi observado que se costuma censurar o estilo redacional da norma, considerado confuso e lacunoso. Além disso, realçou-se o apontamento doutrinário acerca da hipercomplexidade do regramento, cuja compreensão é desafiadora em especial para leigos, motivo pelo qual se afirma que haveria ofensa ao princípio da operabilidade da norma. Salientou-se, também, haver corrente que questiona se teria havido, com as alterações introduzidas e a extinção do usufruto vidual, real benefício à situação do cônjuge sobrevivente. E, por fim, não se deixou de, novamente, reforçar que porção significativa da doutrina também enfatiza o descompasso existente entre a previsão legal e a hodierna realidade social.

Em seguida, examinou-se o artigo 1.830, de modo a pormenorizar os requisitos previstos na legislação civil para que o consorte seja considerado herdeiro. Apontou-se que a doutrina é uníssona no sentido de que, para que o consorte seja herdeiro, é preciso, em primeiro lugar, que inexista separação de fato. Ademais, foram comentadas as discussões existentes a respeito do requisito da ausência de culpa exclusiva do cônjuge sobrevivente pelo fim do casamento, destacando-se que a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende ser inviável a discussão da culpa mortuária.

Na sequência, abordou-se o instituto da concorrência sucessória e o rompimento ocorrido com a tradição da legislação pátria no sentido de manter o cônjuge como ocupante apenas do terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Fez-se menção não apenas às críticas quanto à concorrência sucessória do consorte, mas, também, introduziu-se a discussão acerca da natureza do instituto, uma vez que parte minoritária da doutrina aduz que se trataria de mero benefício vidual *ex lege*, de caráter assistencial, não de verdadeiro direito sucessório. Em continuação, dissertou-se sobre a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, sendo esclarecido, em primeiro lugar que, nessa hipótese, a concorrência depende do regime de bens de casamento adotado pelos nubentes, de modo que não se verifica quando o matrimônio é celebrado pelos regimes de comunhão universal

ou separação obrigatória de bens. Discorreu-se, então, sobre a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no caso de adoção do regime legal supletivo, ou seja, de comunhão parcial de bens. Foram ressaltadas discussões interpretativas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a sucessão do cônjuge casado sob regime de comunhão parcial de bens, chegando-se, ao final, à conclusão de que, na atualidade, o entendimento majoritário é no sentido de que a concorrência, nesse regime de bens, ocorre somente na hipótese de haver bens particulares e que incide somente sobre bens dessa natureza. Subsequentemente, passou-se à análise da concorrência sucessória na hipótese de casamento firmado sob regime de separação convencional de bens. Salientaram-se, também, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à interpretação do artigo 1.829, inciso I. Foi observado que, em algumas decisões, o Superior Tribunal de Justiça realizou esforço hermenêutico no sentido de tutelar a autonomia privada dos consortes optantes por esse regime. Contudo, denotou-se que, posteriormente, foi consolidado entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, segundo o qual a concorrência sucessória apenas estaria afastada quando vigente o regime de separação obrigatória de bens, não o regime de separação convencional. De qualquer modo, verificou-se que as decisões anteriores em sentido contrário serviram para evidenciar a existência de reivindicação social, em especial por parte dos indivíduos que contraem núpcias sob regime de separação convencional de bens, no sentido da ampliação de sua autonomia privada sucessória para compatibilizá-la com a autonomia conferida pela lei para estabelecer o regime patrimonial do casamento.

Em prosseguimento, tratou-se das discussões, sem posição predominante, acerca do preenchimento da lacuna existente no artigo 1.832 no que se refere à descendência híbrida, uma vez que o dispositivo legal é omissivo quanto à reserva da quarta parte ao cônjuge nessa hipótese. Posteriormente, ao final do capítulo, dispôs-se sobre a concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes, tema sujeito a menos discórdia diante da maior simplicidade redacional, uma vez que, nesse caso, a concorrência independe do regime de bens adotado pelos matrimoniados.

No capítulo quarto foi realizado estudo sobre o atual regramento da sucessão testamentária no Brasil e as limitações impostas ao cônjuge casado. Enfatizou-se o papel desempenhado pelo testamento na qualidade de principal e incontestavelmente válido instrumento de disposição de última vontade vigente no país. Dissertou-se sobre suas principais características: negócio jurídico, unilateral, revogável, *mortis causa*, personalíssimo, solene, gratuito e que contém disposições de caráter patrimonial ou

extrapatrimonial. Discorreu-se, ainda, quanto ao fundamento do direito de testar, bem como sua função.

Dissertou-se sobre o limite imposto ao testador pelo dever de observância à porção legítima. Adentrou-se, na sequência, na conceituação da legítima, sua previsão legal e sua forma de cálculo. Passou-se, em seguida, a analisar sua função e fundamento, sendo apontado que a doutrina ressalta, principalmente, o prestígio do compromisso e da solidariedade familiar e dos vínculos afetivos inerentes à família, bem como a proteção financeira dos membros da família. E, no que se refere ao cônjuge, apontou-se que o principal argumento para elencá-lo como herdeiro necessário costuma ser sua posição como componente estável e essencial na relação nuclear familiar.

Também se discorreu acerca das críticas a respeito da legítima, tendo sido enfatizado que uma das críticas mais recorrentes está atrelada à presunção absoluta da necessidade de determinados herdeiros, que acabariam por beneficiar-se da herança em detrimento de outros que, efetivamente, dela precisassem. Demonstrou-se que, entre as críticas, também se reforça que a sucessão forçada em prol de determinados sucessores tenderia a não fazer prevalecer os efetivos e reais vínculos de afeto e solidariedade existentes *in concreto* entre sucessor e sucedido. Ademais, salientou-se que a doutrina, em oposição à legítima, costuma enfatizar a transformação sociológica e jurídica da família; a existência de outros mecanismos protetórios da família fora do direito sucessório, a exemplo do direito securitário; e a longevidade crescente da população, aliada à queda de natalidade, o que afastaria a utilidade e a eficácia da legítima em face dos descendentes. Em se tratando, especificamente, da contrariedade à legítima destinada ao cônjuge, ressaltou-se que os principais argumentos doutrinários remontam à rápida mutabilidade dos estados civis, ao elevado número de divórcios e ao crescimento das famílias recompostas, que teriam tornado a sucessão do cônjuge mera questão de sorte. Mencionou-se, por fim, o Projeto de Lei n. 3.799/2019 do IBDFAM, que visa ampliar a liberdade testamentária, excluindo o cônjuge da condição de herdeiro necessário. Em seguida, foram analisados, brevemente, os mecanismos previstos pela lei no intuito de evitar que o sucedido burle a legítima dos herdeiros necessários, ou seja, a colação e a redução das disposições testamentárias e doações.

Ao final do capítulo, dispôs-se acerca das limitações impostas à liberdade de testar em virtude do regramento atinente à concorrência sucessória. Salientou-se que a maior parte da doutrina é uníssona no sentido de que o cônjuge ocuparia a posição de herdeiro necessário também quando posicionado no primeiro e segundo lugares da ordem de vocação hereditária,

ao lado dos descendentes ou dos ascendentes. Assim, para essa corrente, é inviável que o consorte seja afastado da concorrência. De outra parte, elencou-se corrente minoritária, segundo a qual, em virtude de a concorrência sucessória consistir em mero direito vidual assistencial *ex lege*, não de direito hereditário, seria possível afastar a concorrência sucessória por ato de disposição de última vontade ou decisão judicial.

Finalmente, no capítulo quinto, foi enfatizado que a proteção exacerbada conferida ao cônjuge pelo Código Civil de 2002 é incompatível com a atual conjectura social e os anseios coletivos de ampliação da autonomia privada sucessória em relação ao cônjuge, sobretudo no caso de adoção do regime de separação convencional de bens, em que ambos os nubentes expressam seu desejo de não misturar os respectivos patrimônios. Asseverou-se, como fundamento, que se esfacelaram as justificativas que outrora fundamentavam a necessidade de proteção do cônjuge sobrevivente, uma vez que desapareceu a figura do cônjuge colaborador e companheiro de toda a vida diante da multiplicação de divórcios e famílias recombinações. Da mesma maneira, esvaiu-se o embasamento da presunção de necessidade absoluta do cônjuge supérstite em face da inserção definitiva da mulher no mercado de trabalho e conquista de sua independência financeira. Sendo assim, ainda que, por excesso de zelo, se decidisse manter o cônjuge como herdeiro necessário no caso da adoção do regime supletivo legal, não haveria justificativa plausível para tornar a limitação testamentária totalmente inflexível. Aduziu-se que, indubitavelmente, seria razoável admitir o afastamento da rigidez restritiva, ao menos na hipótese de adoção do regime de separação convencional de bens, em que os nubentes deixam inequívoco seu interesse em manter o apartamento de bens e direitos próprios. Dessa maneira, estariam aptos a exercer plenamente sua personalidade pela autodeterminação de seu patrimônio, inclusive no que se refere a sua destinação após a morte. Além disso, desse modo, admitir-se-ia que prevalecessem, *in concreto*, os princípios da solidariedade e da reciprocidade, sendo o patrimônio hereditário, sob o critério do sucedido, destinado àqueles com quem houvesse, durante a vida, real vínculo afetivo e colaboração recíproca, bem como aos que de fato necessitassem de auxílio financeiro.

Nessa senda, elogiou-se o Projeto de Lei n. 3.799/2019, que buscou corrigir as disparidades verificadas entre o atual regramento sucessório e a realidade social. Afinal, verificou-se que, atendendo ao contemporâneo interesse social, ampliou a liberdade testamentária em relação ao cônjuge, removendo-o da condição de herdeiro necessário. Além disso, observou-se que o mencionado Projeto de Lei procurou atender ao princípio da solidariedade social concretamente, afastando a presunção absoluta de necessidade do

cônjuge para priorizar sucessores em estado de vulnerabilidade efetiva. Por sua vez, para assegurar o sustento do cônjuge em real situação de necessidade, previu a possibilidade de constituição de capital, cuja renda assegurasse seu sustento. Observou-se que, no regramento proposto, houve revisão do princípio da unidade da sucessão no que se refere aos sujeitos chamados a suceder. Nesse sentido, buscando a tutela da dignidade da pessoa humana em concreto, focou-se, de fato, a figura do sucessor, bem como suas reais necessidades e seu efetivo vínculo com o autor da herança. Ademais, o aludido Projeto de Lei suprimiu a discussão sobre culpa mortuária e afastou, expressamente, a reserva de um quarto da herança ao cônjuge no caso de sucessão híbrida.

Em adição, observou-se que o mencionado Projeto de Lei estabeleceu a concorrência sucessória em qualquer regime de bens do casamento, afastando a hipercomplexidade da norma, mas limitou-a somente a determinados bens, sendo alcançados somente aqueles em relação aos quais houvesse algum tipo de participação do consorte na aquisição, ainda que indireta, ou sobre aqueles recebidos por liberalidade em que se houvesse desejado contemplar ambos. Denotou-se que, no regramento sugerido pelo Projeto de Lei, no que se refere à concorrência apenas incidente sobre determinados bens, é possível constatar a influência do instituto da reserva troncal, previsto em países como a Espanha, que visa evitar que os bens possuídos por uma família passem, a título gratuito, a mãos estranhas em virtude de enlaces matrimoniais e mortes prematuras, de modo a obstar futuros conflitos e complicações.

Notou-se, ainda, ter havido, no regramento proposto em relação à concorrência sucessória, revisão do princípio da unidade da sucessão, porém dessa vez com enfoque no objeto da transmissão, de modo a respeitar a dignidade daquele que, na qualidade de sucessor, passará a estabelecer relação com o bem. Apontou-se que, ao tratar do tema da revisão da unidade da sucessão sob o enfoque do objeto transferido, a doutrina vem apresentando especial preocupação no que se refere à continuidade da atuação das empresas familiares ou da produção nas unidades familiares agrícolas no caso de falecimento de um dos sócios da empresa ou coproprietários da unidade produtiva. Afinal, verificou-se que corrente doutrinária significativa reconhece os prejuízos sociais nefastos que a partilha malsucedida pode trazer aos negócios, uma vez que é passível de comprometer a produção, deteriorar o patrimônio hereditário, interromper a circulação de riquezas, gerar desemprego, acirrar a beligerância familiar e abarrotar o Poder Judiciário.

Nessa senda, evidenciou-se que parte importante da doutrina demonstra preocupação não apenas com a preservação da dignidade do herdeiro, mas, também, com a

tutela de outros valores sociais e princípios constitucionais de relevo, como a livre-iniciativa e a função social da propriedade. Em seguida, comprovou-se já haver, na legislação estrangeira, como de Espanha, França e Itália, regramentos específicos que visam, justamente, tutelar a continuidade da empresa e da unidade de produção agrícola, privilegiando, na sucessão, o vínculo existente entre o bem e o sucessor, ora com fim de garantir o bem para determinado herdeiro ou cônjuge, ora para assegurar a produtividade e a continuidade da atividade desempenhada pelo sucedido, ora com a finalidade de garantir necessidades específicas de determinadores sucessores. Sendo assim, restou claro que, nessas localidades, já houve movimento legislativo em prol da proteção de outros valores sociais relevantes em vez de, como no Brasil, haver foco excessivo na proteção de determinados herdeiros, em relação aos quais se presume necessidade absoluta de tutela, como o cônjuge.

Na sequência, foram indicados dispositivos legais existentes no Código Civil de 2002 capazes de contornar, ainda que minimamente, potenciais situações de injustiça e conflitos derivados da disparidade entre a norma e o atual contexto social. Entre eles, foi citado o artigo 2.014, que confere ao testador a liberdade de indicar os bens integrantes da legítima, e o artigo 2.019 do diploma civil, que admite a alienação judicial de bens e partilha do produto a fim de atingir partilha cômoda. Todavia, após uma análise crítica, foi revelado que as hipóteses a que esses dispositivos trariam efetiva solução seriam tão limitadas que se socorrer deles não resolveria, nem remotamente, os problemas gerados pelo excesso de limitação à liberdade testamentária em relação ao cônjuge, em especial quando casado em regime de separação convencional de bens.

Sublinhou-se, em seguida, que, em face da resistência e da demora do Poder Legislativo em tornar menos rígidas as normas incidentes sobre a sucessão do cônjuge e a liberdade testamentária, parte da doutrina vem sugerindo vias alternativa para alcançar mudanças. Entre elas, denotou-se a intensificação do debate acerca de flexibilizar a vedação aos pactos sucessórios imposta pelo artigo 426 do Código Civil. Afinal, superada a atual proibição legal disposta no mencionado artigo, seria possível estender os efeitos do regime de separação convencional de bens para depois da morte, de modo a ampliar a autonomia sucessória do cônjuge, ainda que não pelo instituto do testamento. Após breve elucidação sobre as críticas comumente realizadas aos pactos sucessórios, como sua suposta imoralidade, foram apontados posicionamentos doutrinários favoráveis à flexibilização da regra proibitiva.

Subsequentemente, foi abordada norma inédita introduzida em Portugal pela Lei n. 48/2018, que admitiu a renúncia recíproca à sucessão entre cônjuges por pacto antenupcial em que fosse adotado o regime de separação convencional de bens. Desse modo, constatou-se que não foi alterada a estrutura da norma sucessória portuguesa no que se refere à ordem de vocação hereditária, herdeiros legitimários e liberdade testamentária, de modo que, em havendo casamento sob o regime legal supletivo da comunhão de adquiridos, o cônjuge continua a contar com significativa proteção legal derivada da sua posição de herdeiro necessário e concorrente. Todavia, conforme analisado, permitiu-se que, por pacto antenupcial, os nubentes renunciassem à herança um do outro na hipótese de adotarem regime de separação convencional de bens e de manifestarem, expressamente, sua renúncia sucessória em relação ao consorte, o que atendeu a anseios sociais no sentido de conferir maior autonomia privada aos cônjuges quanto à autodeterminação no tocante a seu patrimônio. Atestou-se que nem por isso restou o consorte sobrevivente ao desamparo, uma vez que na própria lei foram previstos mecanismos de salvaguarda à dignidade do viúvo.

Em continuidade, seguiu-se destacando as posições doutrinárias favoráveis a ampliar os efeitos dos pactos antenupciais para depois da morte, uma vez que seriam úteis e relevantes para que os cônjuges associassem seus interesses econômicos e existenciais, bem como para que concretizassem e projetassem suas personalidades, ainda que os efeitos fossem produzidos depois da morte, uma vez que transcenderiam a existência humana. Foi salientada, inclusive, posição que defende, diante da natureza da concorrência sucessória, a possibilidade de dispor sobre ela por pacto antenupcial mesmo em face da legislação atualmente vigente, posição, contudo, que não prevalece na doutrina ou na jurisprudência.

Ainda tratando dos pactos sucessórios, adentrou-se na relevância que tem auferido, em legislações estrangeiras, a tutela sucessória das sociedades empresárias familiares, facilitando a continuidade, em especial, de pequenas e médias empresas, pela transferência de cotas sociais a um ou mais herdeiros que apresentem maior capacidade na condução do negócio. Destacou-se, por exemplo, o direito argentino, que admitiu determinados pactos sucessórios quando se referissem a entes produtivos; o direito francês, que autorizou que herdeiro legitimário renunciasse ao exercício de ação de redução de disposições testamentárias ou doação antes da abertura da sucessão; e o direito italiano, que admitiu os pactos de família, pelos quais é autorizado que o titular da empresa familiar destine, parcial ou totalmente, as cotas sociais a um ou mais descendentes, desde que haja respeito à legítima. Apontou-se, sobre essa questão que no Brasil não há regramento dessa natureza e que esse fato, somado à rigidez das restrições à liberdade testamentária e à vedação completa da

renúncia recíproca entre cônjuges por pactos antenupciais, leva, muitas vezes, o cônjuge a herdar parte do negócio da família de origem de seu consorte, com a qual não tem nenhuma relação, o que tende a gerar conflitos e risco à continuidade do empreendimento.

Concluiu-se, ao final, que, atualmente, há impedimentos legais de ordem cogente que tornam, em absoluto, impossível manter apartado o patrimônio dos cônjuges após a morte, ainda que, por pacto antenupcial, haja manifestação expressa no sentido de ambos desejarem que jamais haja amálgama do acervo patrimonial. Afinal, é entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência que o cônjuge, ao ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, é herdeiro necessário e, portanto, inafastável da sucessão por ato de vontade do sucedido *inter vivos* ou *mortis causa*, sendo-lhe conferida, obrigatoriamente, a integralidade da porção legítima. No que se refere à concorrência sucessória, em que pese haja corrente minoritária que defenda a viabilidade de seu afastamento por pacto antenupcial ou testamento, a corrente massivamente majoritária adota posicionamento diverso, asseverando que a posição do cônjuge como herdeiro também é inafastável nas situações em que concorre com descendentes ou ascendentes, sendo destinada ao consorte sobrevivente, também nessa hipótese, parte da legítima.

Verificou-se que as limitações inflexíveis quanto à liberdade sucessória do cônjuge tiveram, diante do atual panorama social, justificativa e fundamento esvaziados. Afinal, de um lado, com a proliferação dos divórcios e famílias recompostas, desapareceu a figura do cônjuge como colaborador da construção da fortuna, companheiro de vida e genitor da prole comum. De outro lado, a crescente igualdade entre consortes no mercado de trabalho e na constituição do patrimônio deteriorou a ideia de presunção absoluta de necessidade do matrimoniado sobrevivente em caso de viuvez. Denotou-se, assim, a restrição desarrazoada à autonomia privada sucessória do cônjuge e sua desconsideração como direito constitucional, garantido como mecanismo de implemento da autodeterminação, persecução da própria felicidade e desenvolvimento da personalidade para assegurar a preservação da dignidade do indivíduo. Ademais, constatou-se que o excesso de proteção destinada ao cônjuge sobrevivente pelo Código Civil de 2002, na prática, tornou-se impassível de implementar princípios e valores constitucionais como solidariedade, reciprocidade, igualdade e afetividade, uma vez que se constatou que, para a verdadeira tutela desses princípios, é fundamental mirar o sucessor *in concreto*, tanto no que diz respeito a suas vulnerabilidades e necessidades quanto no que se refere a sua relação com o sucedido durante a vida e com os bens herdados, ainda que, para isso, seja necessário revisitar princípios tradicionalmente

albergados pela legislação brasileira, como o da unidade da sucessão, ou abraçar institutos que caíram em desuso, como o da reserva troncal.

Além disso, identificou-se que outros valores sociais de relevo, igualmente consagrados constitucionalmente, foram negligenciados pela norma vigente ao se focar exageradamente o asilo do consorte, tal como os princípios da função social da propriedade e a iniciativa privada. Afinal, ao contrário do que se nota em outros países, no Brasil inexistente legislação que busque, por exemplo, salvaguardar empresas familiares ou unidades de produção agrícola envolvidas na sucessão, que, diante da inflexibilidade das restrições à liberdade sucessória, sobretudo em relação ao cônjuge, e da inexistência de norma específica para sua proteção sucessória, acabam tendo sua continuidade comprometida, o que acarreta uma série de prejuízos em cadeia à coletividade de modo geral.

Chega-se, assim, ao final da presente dissertação com a conclusão de que são necessárias mudanças legislativas no sentido de ampliar a liberdade sucessória do cônjuge, sobretudo, quando casado sob regime de separação convencional de bens. Essa ampliação pode ser alcançada, de imediato, por alterações legislativas drásticas, como a remoção do cônjuge da posição de herdeiro necessário e concorrente, com alcance da liberdade testamentária ampla em relação aos cônjuges casados sob quaisquer regimes de bens, o que pode encontrar resistência e demora por parte do Poder Legislativo, que parece continuar míope ao mirar a nova realidade social. Constatou-se, porém, que o incremento da autonomia privada sucessória do cônjuge também pode ser conquistado de maneira mais paulatina por alterações legislativas de menor amplitude, que se mostrem eficazes para atender, gradativamente, a anseios sociais contemporâneos e tutelar, *in concreto*, atuais valores constitucionais. Por exemplo, seria possível diminuir a rigidez quanto à vedação completa dos pactos sucessórios no ordenamento pátrio, autorizando a extensão dos efeitos dos pactos antenupciais para depois da morte, de modo que, assim como em Portugal, poderia haver renúncia recíproca à herança entre cônjuges quando celebradas as núpcias em regime de separação convencional de bens. Dessa maneira, remanesceriam inalteradas as disposições quanto à legítima e concorrência sucessória, mas, excepcionalmente, admitir-se-ia a renúncia recíproca entre cônjuges antes da abertura da sucessão. Seria possível, ainda, relativizar a unidade da sucessão quanto aos sucessores e objeto da sucessão, tal como sugerido pelo Projeto n. 3.799/2019. Seria, também, viável, a fim de proteger empresas familiares e unidades de proteção agrícola, tal como admitido em outros países, permitir, por testamento ou pacto sucessório, a atribuição de cotas sociais ou propriedade imobiliária a apenas um ou alguns herdeiros mediante compensações financeiras aos demais ou, de forma mais

conservadora, permitir a renúncia prévia à ação de redução das disposições testamentárias ou doação. Enfim, uma vez analisada a norma corrente e seu descompasso com a realidade social, diagnosticou-se que apenas efetivas alterações legislativas serão capazes de remover as incongruências incontornáveis pelo esforço hermenêutico e que essas mudanças poderão ser acentuadas ou gradativas. De qualquer maneira, é certo que o retardo do Poder Legislativo em adotar qualquer medida que seja tende apenas a tornar o Código Civil de 2002 ainda mais anacrônico e obsoleto ao regular as relações sucessórias entre cônjuges, levando a um distanciamento, cada vez maior, da consecução dos valores constitucionais e sociais que se propõe a tutelar.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Arts. 1.784 a 1.856.* Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Arts. 1.784 a 1.856.* Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2007. v. XVIII.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões.* Coimbra: Coimbra, 1981.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARBI, Humberto Agrícola. O regime legal de bens no Anteprojeto de Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões.* Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Rio, 1983.
- BONFANTE, Piero. *Trattato teorico-pratico di diritto civile: delle successioni.* Milano: Dott. Francesco Vallardi, [s. d.].
- BOUTROUX, Emile. *La philosophie de Kant.* Paris: J. Vrin, 1968.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental.* Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 1974. v. I.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões – arts. 1.572 a 1805.* Coord. Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAMPOS, Leite. *O estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente: relatório português às jornadas turcas da Associação Henri Capitant: Livros & Temas, [s. d.].*

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

CARMINATE, Rafael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. *In: Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 2, mar./abr. 2014.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa natural e novas tecnologias. Aula Magna da Faculdade de Direito de São Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP*, nova série, ano 14, n. 27, jan./jun. 2011.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). São Paulo: Atlas, 2010.

CIMBALI, Enrico. *La nuova fase del diritto civile: nei rapporti economici e sociali*. Torino: Torinese, 1907.

COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920.

COMEL, Wilson J. Cônjuge sobrevivente, herdeiro concorrente. *In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5.

CORRÊA, Alexandre; SCIASHIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s. d.].

COSTA, Simone Oliveira. *Relevância dos pactos sucessórios na sucessão da empresa familiar*. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Porto, 2018.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2019.

CRUZ, Guilherme Braga da. O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro. *Scientia Iuridica*, VI, jan./dez. 1957.

CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 60, 1965.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DELGADO, Mário. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? *Revista IBDFAM – Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 23, set./out. 2017.

DELGADO, Mário. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? *Revista IBDFAM: Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 31, jan./fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_785\)2__ponto_final.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_785)2__ponto_final.pdf). Acesso em: 21 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

DREW, Katherine Fischer. *The laws of the Salian Franks*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1991.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A herança jurídica: a ordem de vocação hereditária e o direito dos vivos. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos no novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, José Francisco (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões – direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CUNHA, Rodrigo. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Del Rey, 2007.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 2.

LATAVILLA, Jaime de. *Origem do direito dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O artigo 1.829, I, do Código Civil e o regime de separação convencional de bens. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Título XCIV do Livro IV.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MADALENO, Rolf. A renúncia da herança no pacto antenupcial. *Revista IBDFAM – Direito de Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 27, maio/jun. 2019.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. Efeitos patrimoniais do casamento: regime de bens. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orientadora); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (coord.). *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7.

MADALENO, Rolf. O fim da legítima. *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 16, jul./ago. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1 e 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 6.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 14. ed. rev., corrigida e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. *Por um direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2009.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Maria Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge casado no regime da separação total convencional de bens. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família e das sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense. 1957. v. 1 e 2.

NORONHA, João Manuel Cardão do Espírito Santo. *Casamento, parentesco e sucessão no Codex Visigotorum*. Lisboa, jan. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/erika/Downloads/Casamento_parentesco_e_sucessao_no_Codex%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/erika/Downloads/Casamento_parentesco_e_sucessao_no_Codex%20(1).pdf). Acesso em: 10 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. 24. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. VIII: Dissolução da sociedade conjugal – eficácia jurídica do casamento.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Netto Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. t. LV: Direito das sucessões – sucessão em geral – sucessão legítima.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2009. t. XVIII: Direito das sucessões – sucessão testamentária – disposições testamentárias em geral – formas ordinárias de testamento.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Título 95, § 4º. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes: compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 6, v. 24, out./dez. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. rev. e at. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SAMPAIO, Maércio Frankel de Abreu. O novo regime legal de bens e o princípio igualitário entre os cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Edições especiais 100 anos Revista dos Tribunais: doutrinas essenciais – família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. v. 5.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança: estudos sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Bens comuns e bens particulares: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC: Recurso Especial 992.749-MS e Recurso Especial 974.241-DF. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMÃO, José Fernando. Concorrência na comunhão universal e na separação total de bens. *Conjur*, 15.10.2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-15/processo-familiar-concorrenca-sucessoria-comunhao-universal-separacao-convencional>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMÃO, José Fernando. Em busca da harmonia perdida. In: LAGRATA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório: de lege ferenda*. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código de Napoleão e sua influência no Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: série concursos públicos – direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. *Sucessão hereditária e solidariedade entre cônjuges e companheiros: urgência de reforma legislativa*. Disponível em: <https://www.oabrp.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/sucessao-hereditaria-solidariedade-entre-conjuges-companheiros-urgencia>. Acesso em: 21 abr. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. Testamento: o último desejo. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. ampl. Belém: Cejup, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, [s. d.], v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito civil: direito das sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.