

A TRIPLA DIMENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES: FORMAL, SUBSTANCIAL E PROSPECTIVA

THE TRIPLE DIMENSION OF THE
CONSTITUTIONALIZATION OF INHERITANCE LAW:
FORMAL, SUBSTANTIAL, AND PROSPECTIVE

LAS TRES DIMENSIONES DE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY DE SUCESSIONES:
FORMAL, SUBSTANCIAL Y PROSPECTIVA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A constitucionalização do direito (civil) e a sua tripla dimensão; 3. A dimensão formal da constitucionalização do direito das sucessões; 3.1 O direito das sucessões positivado na Constituição; 3.2 A constitucionalização do direito sucessório infraconstitucional; 3.2.1 O Código Civil de 2002; 3.2.2 A legislação infraconstitucional; 4. A dimensão material (ou substancial) da constitucionalização do direito das sucessões; 4.1 A função social da herança; 4.2 A sucessão forçada; 4.3 O merecimento de tutela das disposições testamentárias; 4.4 Os princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe; 4.5 A discricionariedade judicial em matéria sucessória; 5. A dimensão prospectiva da constitucionalização do direito das sucessões; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO:

Neste artigo, estudaram-se as principais consequências da constitucionalização do direito das sucessões. Utilizou-se a doutrina de Luiz Edson Fa-

Como citar este artigo:
RIBEIRO, Raphael.
"A tripla dimensão da
constitucionalização do
direito das sucessões:
formal, substancial
e prospectiva".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 81-138.

Data da submissão:
05/10/2023
Data da aprovação:
29/09/2025

chin como marco teórico, especificamente a classificação das dimensões formal, substancial e prospectiva da constitucionalização. A partir das premissas teóricas gerais, usou-se o método dedutivo para verificar suas aplicações ao direito das sucessões. Assim, descreveu-se a dimensão formal como a inclusão da herança no texto constitucional e seus esperados reflexos na legislação infraconstitucional. Definiu-se a dimensão substancial como o produto da incidência das normas constitucionais no direito das sucessões. Observou-se na dimensão prospectiva as possibilidades de uma renovada hermenêutica em matéria hereditária. Concluiu-se que, apesar de alguns avanços, a lei sucessória vigente ainda é insuficiente para atender às promessas da dimensão formal; que uma maior discricionariedade judicial no âmbito sucessório pode permitir maiores avanços para a concretização da dimensão substancial; e que se deve dar mais espaço a uma hermenêutica criativa e emancipatória em matéria hereditária para garantir a efetivação da dimensão prospectiva.

ABSTRACT:

This paper examines the main consequences of the constitutionalization of inheritance law. Luiz Edson Fachin's work serves as the theoretical framework, particularly his classification of the formal, substantial, and prospective dimensions of constitutionalization. Based on these general theoretical premises, the deductive method was employed to verify their applications to inheritance law. Thus, the formal dimension was described as the inclusion of inheritance in the constitutional text and its expected effects on infra-constitutional legislation. The substantial dimension was defined as the result of the incidence of constitutional norms upon inheritance law. The prospective dimension, in turn, revealed the possibilities of a renewed hermeneutic approach to inheritance matters. The study concludes that, despite certain advances, the current inheritance legislation remains insufficient to fulfill the promises of the formal dimension; that greater judicial discretion in the field of inheritance law could allow further progress toward the realization of the substantial dimension; and that more space should be given to a creative and emancipatory hermeneutic in inheritance matters to ensure the fulfillment of the prospective dimension.

RESUMEN:

En este artículo se estudiaron las principales consecuencias de la constitucionalización del derecho sucesorio. Se utilizó la doctrina de Luiz Edson Fachin como marco teórico, en particular su clasificación de las dimensiones formal, sustancial y prospectiva de la constitucionalización. A partir de estos supuestos teóricos generales, se empleó el método deductivo para verificar sus aplicaciones al derecho sucesorio. Así, se describió la dimensión formal como la inclusión de la herencia en el texto constitucional y sus efectos esperados en la legislación infraconstitucional. Se definió la dimensión sustancial como el resultado de la incidencia de las normas constitucionales en el derecho sucesorio. En la dimensión prospectiva se observaron las posibilidades de una hermenéutica renovada en materia hereditaria. Se concluyó que, a pesar de algunos avances, la legislación sucesoria vigente sigue siendo insuficiente para cumplir las promesas de la dimensión formal; que una mayor discrecionalidad judicial en el ámbito sucesorio podría permitir avances más significativos hacia la concreción de la dimensión sustancial; y que se debe otorgar un mayor espacio a una hermenéutica creativa y emancipadora en materia hereditaria para garantizar la efectividad de la dimensión prospectiva.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Civil-Constitucional; Direito Civil; Direito das Sucessões; Herança; Constitucionalização.

KEYWORDS:

Civil-Constitutional Law; Civil Law; Law of Succession; Inheritance; Constitutionalization.

PALABRAS-CLAVE:

Derecho Civil-Constitucional; Derecho Civil; Derecho de Sucesiones; Herencia; Constitucionalización

1. INTRODUÇÃO

O direito das sucessões tem sido, historicamente, um ramo do direito civil relativamente abandonado pela doutrina. Isso é particularmente verdade no Brasil, onde há carência de pesquisadores sucessionaristas e

predominância de autores em direito de família que, por algum acaso, decidem se aventurar escrevendo também sobre o fenômeno sucessório. Desse modo, não é surpreendente que a produção nacional na área, com notáveis exceções, venha há muito tempo se caracterizando por meros comentários à letra da lei, por repetições acríticas de argumentos suscitados há séculos (literalmente), bem como por discussões insistentes apenas sobre os mesmos assuntos. Recentemente, é possível notar uma lenta alteração nesse cenário, em especial com a maior atenção prestada ao planejamento sucessório – o que guarda uma conexão particular, porém não exclusiva, com o contexto pandêmico dos anos 2020-2021 – e à transmissão *post mortem* de bens digitais. De todo modo, o direito das sucessões ainda precisa de reflexões teórico-conceituais renovadas, em especial a respeito do modo como ele deve ser repensado, reconstruído, relido e reaplicado à luz da metodologia civil-constitucional; e em tal constatação se encontra a justificativa para o presente trabalho. Nesse contexto, a presente pesquisa pretende responder à seguinte questão orientadora: quais as consequências da aplicação do fenômeno geral da constitucionalização do direito (civil) em relação especificamente ao direito das sucessões?

O objetivo geral dessa pesquisa é descrever algumas das principais características de um direito das sucessões constitucionalizado. Como objetivos específicos, será em primeiro lugar definida e caracterizada a constitucionalização do direito, em sentido amplo, bem como identificada a sua tripla dimensão – formal, material e prospectiva. Na sequência, serão observados os principais aspectos da constitucionalização da herança à luz de cada uma das mencionadas dimensões.

O marco teórico utilizado nesta pesquisa é a obra de Luiz Edson Fachin, em especial a sua identificação da tríplice faceta da constitucionalização do direito civil, que se divide nas dimensões formal, material e prospectiva. Da consulta ao marco teórico serão extraídas as premissas gerais, as quais serão aplicadas ao direito das sucessões por meio do método dedutivo. Também se utilizará da consulta a outras fontes, em especial de natureza legislativa e doutrinária, para fundamentar as deduções extraídas. A primeira hipótese a ser analisada é a incompletude do movimento de constitucionalização formal do direito das sucessões, em razão das insuficientes inovações legislativas ocorridas até o momento. A segunda, a incompletude do movimento de constitucionalização substancial do

direito hereditário, considerando as dificuldades da conjuntura legislativa e judicial para a aplicabilidade da força normativa da Constituição aos institutos sucessórios. A terceira hipótese a ser verificada é a necessidade de abertura do direito das sucessões para uma renovada teoria hermenêutica, cenário em relação ao qual ainda há significativa resistência no contexto nacional. Não há pretensão totalizante, no sentido de que esta pesquisa não busca esgotar definitivamente o assunto; tal postura inclusive padeceria de uma inconsistência fatal em relação ao próprio marco teórico. Pelo contrário, aqui se adota uma abordagem provocativa e problematizante, sendo apenas um *start* para necessárias discussões futuras por outros autores.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (CIVIL) E A SUA TRIPLA DIMENSÃO

O direito civil desenvolvido a partir do começo do século XIX – por alguns denominado o civilismo *clássico* ou *tradicional*, aqui designado civilismo oitocentista – foi construído com um caráter fortemente liberal-burguês, prezando por valores como a igualdade formal, a liberdade individual, o direito de propriedade e a abstenção estatal nos interesses privados (SARMENTO, 2008 p.11). Esse modo de pensar e aplicar o direito civil teve o seu perfil definido em especial com as contribuições da tendência codificadora e do positivismo exegético francês, de um lado, e da tentativa germânica de análise científica do direito e valoração de conceitos pretensamente universais. Os juristas de então viam na lei o Direito; para haver segurança, a norma jurídica deveria ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência, abstrata e universal; o papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1999, p.06). De forma resumida, trata-se de um civilismo marcado pelo patrimonialismo, pelo individualismo, pelo voluntarismo e pelo conservadorismo em matéria familiar, bem como pelo apego a formalismos e abstrações.

Uma das estruturas fundamentais do pensamento de então era a importância dada à *summa divisio* do ordenamento jurídico entre direito público e direito privado. Articularam-se como dois sistemas distintos de proteção da liberdade humana, cada um com sua lógica própria: o direito

público do início do século XIX gravitava em torno da noção de Constituição; no tocante ao direito privado, seu centro era o Código, que pretendia esgotar de modo sistemático a disciplina de todas as relações privadas juridicamente relevantes. Tradicionalmente, havia uma distinção bem definida entre ambos, que se mantinham praticamente incomunicáveis.

Ocorre que já no começo do século XX o sistema fechado idealizado pelos privatistas do século XIX passou a se mostrar insustentável. A aplicação acrítica da igualdade formal e do individualismo e a postura estatal de neutralidade contribuíram para o aviltamento das pessoas e para o aumento da concentração de poder, em especial econômico. As técnicas legislativas e o raciocínio jurídico do século XIX se mostraram insuficientes e anacrônicos para as demandas do século XX, em razão notadamente das crescentes industrialização e urbanização. Entrou-se assim na fase da chamada publicização do direito privado, com intervenção do Estado nas relações entre particulares para a proteção das partes mais fracas, em especial por meio das normas de ordem pública, do dirigismo contratual e da limitação à autonomia da vontade (BARROSO, 2008, p.257; SARMENTO, 2008, p.19). A tentativa do Estado de reequilibrar o quadro social se fez por meio da edição de leis extracodificadas, que contrariavam de maneira excepcional os ideais do Código; a visão totalizadora de centralidade do Código perdeu prestígio, na medida em que a codificação dividiu espaço com outros códigos, com microssistemas decorrentes das leis extravagantes, e mesmo de subsistemas (LORENZETTI, 1998, p.45; TE-PEDINO, 2004a, p.04-07). Ao mesmo tempo, verificou-se a introdução, nas Constituições, de princípios e normas demarcadores dos limites da autonomia individual, da propriedade e da atividade econômica privada de modo geral.

De todo modo, a supramencionada ampliação das matérias introduzidas nas Constituições não bastou, em um primeiro momento, para que o texto constitucional efetivamente tomasse, no tocante ao direito privado, a posição central antes ocupada pelo Código Civil. Isso porque apenas as normas constitucionais clássicas – aquelas que organizavam o Estado e definiam direitos individuais e políticos – tinham seu caráter preceptivo reconhecido. Por outro lado, as demais normas da Constituição eram vistas como meros programas políticos desvestidos de eficácia jurídica imediata, dependendo sempre de atuação do legislador para te-

rem seus efeitos produzidos (SARMENTO, 2008, p.49). Com o advento do neoconstitucionalismo, o mencionado cenário sofreu transformações profundas. Na segunda metade do século XX, em especial na esteira do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversas mudanças no pensamento jurídico ocidental. Houve uma aproximação das ideias de Constituição e democracia; filosoficamente, passou-se a buscar uma confluência entre jusnaturalismo e juspositivismo, naquilo que se batizou de pós-positivismo; ademais, reconheceu-se a força normativa da constituição, com consequências para a interpretação constitucional (BARROSO, 2008, p.238-241).

Tradicionalmente, o modelo europeu enxergava a Constituição como um documento meramente político que consubstanciava apenas um convite à atuação dos poderes públicos. Essa ideia de documento meramente político foi superada pelo reconhecimento de que as normas constitucionais têm força normativa, ou seja, verdadeiro *status* de normas jurídicas dotadas de imperatividade. Uma das principais consequências decorrentes dessa evolução da doutrina constitucional é o fenômeno da “constitucionalização do direito”: o conteúdo material e axiológico da Constituição se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, bem como repercutindo na atuação dos três poderes e dos particulares (BARROSO, 2015, p.391). Isso significa reconhecer à Constituição não apenas a supremacia formal da qual sempre desfrutou, mas também uma supremacia material, substancial, na medida em que os seus princípios se irradiam com força normativa por todo o ordenamento (BARROSO, 2008, p.253). Aqui se usa a noção de supremacia constitucional de José Afonso da Silva (2017, p.47), no sentido de reconhecer que a Constituição se encontra “no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. Sendo a Constituição o centro do ordenamento jurídico, este deve ser lido e apreendido sob a ótica dos valores constitucionais – uma verdadeira “filtragem constitucional” (BARROSO, 2008, p.254). Consequentemente, deve-se observar não apenas os procedimentos que a Constituição determina para a elaboração da legislação infraconstitucional, mas também que o conteúdo dessa legislação atenda aos valores presentes na própria Constituição (PERLIN-

GIERI, 2002, p.10).

Conforme mencionado, desde o aumento substancial da legislação extracodificada, o Código Civil perdeu sua posição de exclusividade e, consequentemente, o papel de centro unificador do direito privado. Em um paradigma neoconstitucional, a supremacia formal e material da Constituição permite que ela ocupe essa posição de centro unificador do ordenamento jurídico como um todo – não apenas do direito público, mas também do direito privado. O texto constitucional assume o papel de parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa (PERLINGIERI, 2002, p.25) Neste sentido, conforme apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1991), o centro das relações particulares “foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”. A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o direito privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Percebemos, assim, que o modelo proposto pela teoria dita “tradicional” é formalmente incompatível com os novos postulados advindos do neoconstitucionalismo, não havendo mais espaço para um direito civil autossuficiente e isolado da esfera pública (RAIZER, 1979, p.18). Afinal, na sociedade contemporânea, é difícil, senão impossível, identificar “um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público” (PERLINGIERI, 2008a, p.144). Por outro lado, o modelo clássico também é materialmente incompatível com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento. Conforme mencionamos, o valor-base do novo paradigma constitucional é a dignidade do ser humano. Da mesma forma, a sociedade passa a ser fundada também nos valores da justiça social e da solidariedade (LÔBO, 2008, p.20). Enquanto isso, o modelo civilista liberal, base da “teoria clássica”, é substancialmente marcado por promover a igualdade meramente formal (e despreocupada em produzir justiça social), o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo. Dessa maneira, devemos reconhecer que o civilismo tradicional não tem como desempenhar satisfatoriamente um papel metodológico em um ordenamento constitucionalizado.

A compreensão da força normativa da Constituição se iniciou verdadeiramente no Brasil somente a partir da segunda metade da década de 1980, com a redemocratização do país; a nova percepção do direito constitucional se deu no contexto de travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2008, p.239). O clima de engajamento político que marcou a redemocratização brasileira, em especial no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, influenciou intensamente toda a ciência do direito, inclusive a metodologia do direito privado (TEPEDINO, 2008a, p.356). A Constituição Federal de 1988 marcou o reencontro do brasileiro com a democracia; além disso, pretende ser o signo de uma era marcada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático, tendo como princípio mais relevante a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.84-86). Neste sentido, na esteira do neoconstitucionalismo, a dignidade do ser humano é compreendida como uma supernorma em torno da qual o ordenamento jurídico deve ser reconstruído (RODOTÀ, 2013, p.13). Chega-se a falar em uma “revolução da dignidade”, como sinal de que dignidade humana é um dos fundamentos da democracia (RODOTÀ, 2013, p.05). A pessoa humana (com a sua inerente dignidade) torna-se o centro do ordenamento jurídico; isso provocou mudanças, do ponto de vista axiológico, nas normas e institutos jurídicos, em uma verdadeira “revolução copernicana” (PERLINGIERI, 2008a, p.75). A Constituição Federal de 1988 impôs ao direito civil brasileiro uma mudança de rumo: a substituição do patrimonialismo oitocentista pelo privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concretamente considerada (FACHIN, 2015, p.59).

Luiz Edson Fachin (2015, p.08) identificou na constitucionalização do direito privado, em sentido amplo, um triplice sentido: formal, substancial e prospectivo. Estes três diferentes aspectos compõem a “tríplice base de sustentação da hermenêutica contemporânea do Direito Civil” (FACHIN, 2015, p.180-181). A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como mencionado acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de direito privado. A dimensão prospectiva se funda na constante recons-

trução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p.86). É importante notar que os conteúdos das referidas dimensões não são mutuamente excludentes, pelo contrário, muitas vezes havendo sobreposição de questões no cerne de duas delas, ou até mesmo das três. Na realidade, são dimensões complementares e que também acabam por se influenciar reciprocamente. Nas seções seguintes, será exposto como cada uma das mencionadas dimensões se aplica especificamente em relação ao direito das sucessões.

3. A DIMENSÃO FORMAL DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Luiz Edson Fachin (2015, p.08-09) ensina que, em relação ao direito privado constitucionalizado, a sua dimensão formal “é o signifiante que veicula a expressão de regras positivadas, especialmente (mas não exclusivamente) na Constituição apreendida como Direito Constitucional Positivo, como também na legislação infraconstitucional”. Nesse sentido, nas próximas subseções, serão analisados os reflexos da constitucionalização da herança no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional – tanto no Código Civil quanto na legislação especial.

3.1 O direito das sucessões positivado na Constituição

O primeiro aspecto da dimensão formal da constitucionalização do direito civil é a inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de institutos classicamente considerados de direito privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional. Ilustrativamente, na Constituição Federal de 1988, encontram-se referências expressas à propriedade, à família e à liberdade de iniciativa. Com o direito sucessório não poderia ser diferente: na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o artigo 5º, XXX estabelece que “é garantido o direito de herança”; trata-se de uma inovação do texto constitucional de 1988. Sobre essa previsão expressa entre os direitos fundamentais, seis observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que o termo “herança” pode ser compreendido tanto em sentido subjetivo (direito subjetivo à herança)

quanto em sentido objetivo (o acervo deixado pelo morto, tradicionalmente observado apenas pelo aspecto patrimonial, no sentido de direitos e obrigações que se transmitem aos sucessores). O supramencionado dispositivo constitucional menciona expressamente *o direito* de herança, ou seja, o aspecto subjetivo do instituto; entretanto, nem por isso deve ser desconsiderada a constitucionalização da herança em sentido objetivo.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do artigo 5o da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétrea à herança. De acordo com o artigo 60, §4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional.

Em terceiro lugar, a opção do constituinte de 1988 por considerar expressamente a herança um direito fundamental, consequentemente dotada de um núcleo essencial intangível e protegida contra a ação erosiva do legislador, demanda uma reflexão aprofundada sobre essa tomada de posição, bem como uma busca pelos fundamentos e funções do instituto à luz de toda a tábua axiológica constitucional. Isso porque, de um lado, não há consenso entre as diferentes jurisdições (mesmo as ocidentais) a respeito do caráter de fundamentalidade da herança; ilustrativamente, nos Estados Unidos da América, não se reconhece essa natureza fundamental do instituto (KORNSTEIN, 1984, p.787). De outro lado, como se verá na seção 4 com mais detalhamento, a transmissão intergeracional de patrimônio é reconhecidamente um mecanismo de concentração de riqueza, o que contraria entre outras coisas o objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, III da Constituição, de redução das desigualdades sociais; a conciliação entre as mencionadas normas exige um esforço significativo, que ainda não se verifica nem na teoria nem na prática.

Em quarto lugar, é necessário observar que há uma dupla ordem de titularidade do art.5º, XXX: os titulares desse direito fundamental são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel (2003, p.161), a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança. Analisando a estrutura sucessória

dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczler-Levy (2012, p.497) conclui que nos mencionados sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe; para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cujus* e dos beneficiários. A adoção da tese da dupla titularidade do direito à herança tem consequências teóricas e práticas significativas; ela se reflete em especial (mas não exclusivamente) no debate sobre a sucessão forçada, notadamente a discussão sobre a abolição, a manutenção ou a reforma da legítima dos herdeiros necessários. Resumidamente, o sucedido tem o direito fundamental a deixar herança, enquanto o sucessor tem o direito fundamental a receber herança.

Em quinto lugar, é preciso que se tome muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não se deve adotar a visão estreita de que o artigo 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter (2005, p.11) afirmou em contexto mais amplo, não se pode fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura constituição-código. Semelhantemente, Gustavo Tepedino (2008b, p.206) criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”. Tepedino (2008a, p.363-364) também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equívoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, sob pena de se eternizarem “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”. Para ele, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional”. Deve-se, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não

o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008a, p.574) já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela. Assim, a herança que é encontrada na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada. Pelas razões acima mencionadas, discorda-se do entendimento de Paulo Lôbo (2014, p.39-41) que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários). Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte). Ainda que se aceitasse uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do artigo 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários.

Em sexto lugar, compete à doutrina aplicar à herança a teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo as ideias de titularidade, limites, limites dos limites, núcleo essencial, âmbito de proteção etc. Trata-se de um movimento doutrinário imprescindível para a regulamentação infraconstitucional adequada do instituto; todavia, passados mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal, as tentativas nesse sentido ainda são raríssimas, provavelmente pela pouca intimidade dos (já poucos) sucessoristas brasileiros com a teoria dos direitos fundamentais. De todo modo, um aspecto imprescindível é a observação das dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental à herança; nesse sentido, ele deve ser entendido tanto como direito subjetivo individual quanto elemento objetivo fundamental da sociedade¹. Por não se tratar do objeto específico do presente trabalho, aqui será feito apenas um panorama superficial da referida análise.

Resumidamente, em relação à sua perspectiva subjetiva, adotando a tríplice divisão proposta por Robert Alexy (2015, p.193), a herança deve ser compreendida tanto como um “direito a algo” quanto como uma “li-

berdade” e também como uma “competência”². Isso implica, entre outras coisas, que a herança exige tanto abstenções quanto prestações estatais positivas, tanto materiais quanto normativas. Entre as prestações normativas devidas pelo Estado em relação ao direito de herança, está o dever de editar normas procedimentais que facilitem o exercício dos direitos hereditários. Do mesmo modo, há uma proibição do embaraço ao exercício do direito de herança tomado como uma liberdade, bem como há uma exigência de que o Estado torne faticamente possível o exercício dessa liberdade. Talvez a liberdade mais evidente relacionada à herança seja a de testar, cujo exercício não deve ser desnecessariamente dificultado pelo apego ao excessivo formalismo. Semelhantemente, é interessante observar que o Estado é proibido de criar embaraços indevidos para o exercício dos direitos sucessórios, o que por exemplo obsta a edição de uma lei que condicione injustificadamente o uso e a fruição de bens do acervo hereditário à ultimização da partilha. Por fim, a tutela da herança enquanto competência lhe confere uma proteção contra a ação erosiva do legislador, como aplicação da chamada “teoria da garantia de institutos”. (É interessante notar que parcela da doutrina, talvez por desconhecimento teórico, costuma limitar a interpretação do art.5º, XXX somente a esse aspecto específico, o que configuraria uma proteção constitucional excessivamente restrita e insuficiente.)

Por outro lado, deve-se aplicar à herança a ideia da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no sentido de também ser compreendida como um valor objetivo básico e fim diretivo da atuação de todos os poderes públicos, bem como dotada de funções e conteúdos normativos autônomos, uma verdadeira “mais-valia jurídica” (SARLET, 2015, p.149-150). Como os direitos fundamentais incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, eles devem ter sua eficácia valorada não apenas sob uma perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, ou seja, da comunidade em sua totalidade (SARLET, 2015, p.151); isso significa que a herança não pode ser encarada como um direito exclusivamente individual que interessa somente aos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno sucessório, mas também à sociedade como um todo – e isso justifica inclusive a limitação do conteúdo e do alcance da herança, desde que com respeito ao seu núcleo essencial, em razão de interesses prevalentes da comunidade. Do mesmo modo, o art. 5º, XXX

dirige uma ordem ao Estado no sentido de uma obrigação permanente de concretização e realização do direito fundamental à herança; isso envolve notadamente a estruturação de um regime legal de sucessão hereditária, que necessariamente deve ser compatível com os valores objetivos decorrentes desse direito fundamental (ilustrativamente, o respeito da vocação hereditária à concepção constitucionalizada de família, ou um tratamento normativo dos testamentos que facilite o exercício do direito de testar bem como o efetivo respeito às manifestações de última vontade). Em relação à “mais-valia jurídica” do direito fundamental à herança, devem ser destacadas a sua eficácia irradiante em todo o ordenamento infraconstitucional e também na esfera privada, cuja análise será aprofundada na seção 04. Também deve ser observado o dever geral de efetivação do direito à herança atribuído ao Estado, inclusive em atenção ao princípio da proibição da proteção deficiente; isso significa entre outras coisas que o Estado deve adotar diversas medidas – não apenas de natureza legislativa, mas também administrativa e também nas decisões judiciais – para assegurar, proteger e promover o efetivo exercício do direito fundamental à herança. Isso claramente passa pela edição de leis que atribuam direitos sucessórios às pessoas que mantêm com o *de cujus* vínculos hereditariamente relevantes (à luz da Constituição), não apenas àquelas que se enquadram na estreita vocação hereditária codificada; mas isso também exige do Estado, por exemplo, a criação, manutenção e aperfeiçoamento tanto dos órgãos jurisdicionais quanto tabelionatos extrajudiciais onde se processa o inventário, de forma a verdadeiramente conferir a esse procedimento uma duração razoável, de modo a permitir o efetivo e pleno exercício, por parte dos sucessores, dos seus direitos.

3.2 A constitucionalização do direito sucessório infraconstitucional

Na dimensão formal da constitucionalização do direito das sucessões, além da normatividade expressa da herança no rol dos direitos fundamentais, também devem ser observados os reflexos do texto e da tábua axiológica constitucional na legislação infraconstitucional. Esses reflexos devem se manifestar tanto no Livro do Código Civil sobre sucessões, bem como em todas as leis pertinentes à matéria; a análise a seguir realizada se iniciará pela codificação e passará na sequência a elementos da legislação esparsa. Pelo que se pode notar das observações feitas na subseção ante-

rior, o legislador ordinário teria de desempenhar um esforço significativo para alcançar esse objetivo; entretanto, como se notará a seguir, isso não foi feito satisfatoriamente, em especial no que diz respeito ao Código Civil de 2002. Lembra-se assim de um alerta feito por Luiz Edson Fachin (2015, p.09), no sentido de que a dimensão formal, “não raro, é produto de olhar que se recolhe do pretérito ou se esgota no presente; em si não tem, pois, transcendência em direção ao vindouro”.

3.2.1 O Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988, ao entrar em vigor, inaugurou um paradigma de valorização da dignidade da pessoa humana, do solidarismo, do pluralismo etc. Desse modo, toda a legislação infraconstitucional passou a dever obediência ao projeto constitucional; assim, todas as normas então vigentes que eram substancialmente incompatíveis com a força normativa da Constituição foram revogadas, porque não recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional. Nesse contexto, ainda vigorava o Código Civil de 1916, um diploma gestado na virada do século XIX para o XX, profundamente influenciado pelos valores predominantes na Europa nos anos 1800 – como por exemplo o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo exacerbado, todos inadequados ao novo paradigma constitucional. Para além disso, a própria realidade de um Brasil urbanizado e industrializado demandava uma legislação civil atualizada, não sendo mais suficiente um *Codex* pensado para atender a uma sociedade predominantemente rural. Por esses motivos, acabou-se promulgando a lei 10.406, em 10 de janeiro de 2002, que estabelecia para o Brasil um novo Código Civil. Ocorre que a codificação de 2002 nasceu duplamente velha: em primeiro lugar, por ter tido origem em um projeto apresentado na década de 1970; em segundo lugar, por não corresponder ao pensamento jurídico e aos valores que deveriam predominar no começo do século XXI³. Isso é verdade para o Código Civil de modo geral⁴, e é lamentavelmente evidente em matéria sucessória, regulamentada no Livro V da Parte Especial do *Codex* de 2002.

Em primeiro lugar, é importante reconhecer que o Código de 2002 de fato traz algumas inovações buscando algum tipo de adequação ao novo paradigma constitucional em matéria sucessória. Ilustrativamente, em atenção ao reconhecimento expresso da união estável, foi trazido para

o direito sucessório codificado⁵, no art. 1790, a vocação hereditária do companheiro; contudo, a alteração foi tão mal feita que o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; em razão disso, atualmente a única norma de chamamento *ab intestato* à sucessão para qualquer modalidade familiar está prevista no (mal redigido) art. 1829. Em outro exemplo, como prestígio à família – constitucionalmente considerada a base da sociedade – e em suposta mitigação do voluntarismo oitocentista, reescreveu-se o antigo artigo 1573 do Código de 1916, invertendo-se a ordem da enumeração das sucessões intestada e testamentária, passando a constar no artigo 1786 do atual *Codex* que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. O problema é que essa mudança, meramente textual, não se refletiu efetivamente na estrutura do direito sucessório codificado; pouco depois, no artigo 1788, o Código de 2002 volta a tratar da sucessão por força de lei como meramente subsidiária em relação à testamentária. O prestígio à vontade do testador, em detrimento das normas de sucessão intestada, reflete-se também no espaço dado pela lei à sua regulamentação. O Título III do Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002, que trata da sucessão testamentária, tem mais de 130 artigos, divididos em impressionantes 14 capítulos; enquanto isso, o Título II, sobre a sucessão legítima, tem apenas 28 artigos divididos em 3 capítulos. Um exemplo final das insuficiências das inovações do novo *Codex* é a expressa previsão de validade e eficácia das cláusulas testamentárias de natureza existencial; embora se trate de um avanço, o legislador não previu mecanismos suficientes para assegurar o efetivo cumprimento e observância de tais disposições por parte dos sucessores, cujo desrespeito inclusive pode significar violação a outros direitos fundamentais do falecido, como ilustrativamente a liberdade de culto (a exemplo daquelas disposições sobre o próprio enterro ou a determinação de sufrágios pela alma do testador).

Como visto, as inovações de modo geral foram ruins ou insuficientes para de fato acreditar que a nova codificação trouxe uma efetiva adequação do direito das sucessões aos fundamentos e funções atribuídos pela Constituição de 1988 à herança. Isso se torna ainda mais grave considerando que predominantemente houve a manutenção, na nova codificação, da regulamentação do direito das sucessões conforme já estabelecido no Código de 1916: as novidades sobre a matéria foram apresentadas em

menos de 02 páginas na exposição de motivos; a maioria dos dispositivos é mera repetição *ipsis litteris* das normas anteriormente vigentes ou uma reprodução com pequenas modificações redacionais motivadas por estilo ou adequações gramaticais; e a regulamentação de diversos institutos sucessórios não sofreu qualquer alteração substancial. Além disso, o legislador de 2002 não se preocupou em adaptar as regras sucessórias às inovações científicas, tecnológicas, econômicas, sociais e familiares do século XXI – razão pela qual não há na lei respostas adequadas para direitos sucessórios decorrentes da reprodução assistida, não há previsão do uso de recursos audiovisuais ou eletrônicos para o testamento e também não se dispõe sobre o destino de bens que fogem completamente à lógica da riqueza imobiliária sobre a qual se estruturou a atual codificação. Também falta ao Livro V da Parte Especial do Código de 2002 um verdadeiro diálogo com os princípios orientadores do *Codex*, como a socialidade, a eticidade e a operabilidade: não se fala em função social da herança (ou do testamento); não se aplica de modo geral a boa-fé ao direito das sucessões, nem como parâmetro de conduta, nem como busca da solução mais justa para o caso concreto; não se facilitou nem a interpretação das leis sucessórias (o art. 1829 é um exemplo chamativo de “inoperabilidade”), nem o exercício dos direitos relativos à herança (por exemplo, tantas e tão complexas são as formalidades para o testamento, tornando-o trabalhoso e custoso, que ele se torna muito pouco acessível). Com a manutenção dos pilares do civilismo oitocentista – notadamente o voluntarismo, o patrimonialismo, o individualismo, o conservadorismo em matéria familiar, além do apego a formalismos e abstrações –, chega-se à conclusão de que houve um “fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002” (RIBEIRO, 2021).

A própria opção por se codificar o direito das sucessões em 2002 deve ser repensada criticamente. É importante lembrar que o Código Civil é obra de um pensamento estruturado “emergente de um sistema de normas de direito privado que corresponde às aspirações de uma dada sociedade” (FACHIN, 2015, p.16). Encontra-se na ideia de codificação uma positivação do sistema jurídico da racionalidade clássica, que se construiu a partir da separação entre o direito, de um lado, e a realidade, de outro lado; isso se fez em especial com o uso de generalizações e abstrações.⁶ O prestígio a conceitos gerais e abstratos significou a recusa a outros tipos de

formulação, como o casuístico e o de meras diretivas; semelhantemente, opta-se pelo sistema de exposição e com uma diferenciação estrita entre a esfera jurídica pessoal e a esfera jurídica patrimonial; “a pessoa destinatária de tais articulações era mesmo o *sujeito* (a categoria, um universal) no tempo e nos quadrantes da teoria geral” (FACHIN, 2015, p.26-28). Observa-se também que “o sujeito abstrato do pensamento estruturado sob a codificação é mesmo uma categoria de ser racional que o conceito fez substituir à pessoa” (FACHIN, 2015, p.39). Nesse sentido, com a codificação de 2002, tem-se que os sujeitos do fenômeno sucessório são meras categorias abstratas – o sucedido era quem *tinha*, os sucessores são quem *passam a ter*. A atual regulamentação não leva em consideração que a sucessão hereditária envolve pessoas com biografias reais, inseridas em relacionamentos e contextos com peculiaridades que comumente fogem ao ideal pensado pelo legislador – seja na única ordem de vocação hereditária atualmente positivada, seja na reserva inflexível de 50% do patrimônio, independentemente da extensão da herança ou da presença ou ausência de interesses relevantes das pessoas designadas como herdeiras necessárias. Essas pessoas, esses arranjos familiares não análogos ao casamento ou à biologia – modelo que embasa a construção da sucessão intestada, positivada no art. 1829 do atual *Codex* – e esses interesses que fogem daquilo imaginado na lei ficam de fora da moldura rígida do Código Civil, sendo marginalizados e invisibilizados pela legislação infraconstitucional, em violação ao seu direito garantido no art. 5º, XXX da Constituição.

3.2.2 A legislação infraconstitucional

Fora dos limites da codificação e da racionalidade que a sustenta, o legislador ordinário editou uma série de leis em sentido estrito que contribuíram ou continuam contribuindo para uma maior efetividade do direito fundamental à herança. Ainda há demandas a atender, entretanto o caminho percorrido até aqui traz exemplos mais positivos do que aqueles notados no Código Civil de 2002. Na sequência, serão trazidos alguns exemplos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, houve a edição de normas simplificando e facilitando o exercício de direitos sucessórios. Em razão da sua compatibilidade com o ordenamento constitucional vigente, as referidas leis foram por ele recepcionadas. O exemplo mais significa-

tivo nesse sentido se trata da possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na lei 6858/1980 – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria claro retrocesso social. Por outro lado, há normas sobre a herança cuja recepção pela Constituição de 1988 é duvidosa; um exemplo é a proibição de sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos de marinha⁷. Isso é particularmente problemático em se tratando de estrangeiro residente no Brasil, na medida em que a eles são expressamente assegurados, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros – inclusive o direito à herança.

Em atenção ao reconhecimento da união estável, para efeito de proteção do Estado, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Federal, foram editadas antes do Código Civil de 2002 duas leis especiais versando sobre a mencionada entidade familiar. O comando constitucional era evidente: sendo a união estável uma estrutura familiar merecedora de proteção, e sendo tendo a herança natureza de direito fundamental, a decorrência lógica seria o reconhecimento legal do companheiro sobrevivente como titular de direitos sucessórios em relação ao companheiro falecido. O legislador se desincumbiu da tarefa de dar efetividade ao direito fundamental de herança no contexto da união estável por meio da edição da lei 8971/1994 (arts. 2º e 3º) e da lei 9278/1996 (art. 7º, parágrafo único), que trouxeram direitos sucessórios em benefício dos companheiros. Posteriormente, o direito de herança na união estável foi deslocado para a codificação e, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, a matéria atualmente está abarcada pela norma originalmente direcionada à sucessão entre cônjuges.

O modelo sucessório adotado no Brasil faz com que a herança seja um direito fundamental sujeito a um procedimento – qual seja, o inventário, com a posterior partilha – e que, por isso, requer a criação e organização de um aparelho estatal para tanto. Na medida em que é notória a morosidade da absoluta maioria das varas competentes para processar e julgar os inventários, inevitavelmente pode ser notado nesse cenário o péssimo papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à herança; essa morosidade do inventário judicial pode até mesmo ser considerada como um obstáculo ao pleno exercício do direito de herança, sendo o

prazo de 12 meses para o seu encerramento⁸ texto de lei sem qualquer efetividade social, um caso típico de legislação-álibi. Esse cenário foi de certa forma atenuado com a possibilidade de se inventariar extrajudicialmente o acervo hereditário, originalmente prevista na lei 11.441/2007 e posteriormente consagrada no Código de Processo Civil de 2015. Deve ser recordado que, conforme a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança, o Estado tem um dever de prestação normativa, no sentido de editar leis que promovam o efetivo exercício desse direito – o que se pode observar na legislação mencionada. É claro que não se trata de um sistema perfeito, à prova de falhas. Por exemplo, como os Tabelionatos não são órgãos jurisdicionais, não estão sujeitos às regras de competência, inclusive aquelas relacionadas à herança. Assim, os interessados não precisam realizar o inventário extrajudicial no domicílio do autor da herança nem no foro de situação dos bens; identifica-se aqui um terreno fértil para a fraude, como por exemplo a exclusão dolosa de um ou mais interessados no procedimento. Apesar disso, o avanço social decorrente do sistema da lei 11.441/2007, no sentido de exercício efetivo do direito fundamental à herança, é inegável. Entende-se assim que, com base na proibição do retrocesso social, seria inconstitucional a abolição do inventário extrajudicial.

4. A DIMENSÃO MATERIAL (OU SUBSTANCIAL) DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Estando a Constituição no ápice da hierarquia de um determinado sistema, suas normas devem nortear formal e materialmente todo o ordenamento que lhe é inferior; essa ideia se aplica tanto nas relações entre Estado e indivíduos quanto nas relações interindividuais (FACHIN, 2015, p.60). Desse modo, a dimensão substancial da constitucionalização do direito das sucessões se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos, que se irradia sobre todo o ordenamento, em especial sobre as normas infraconstitucionais que versam sobre a herança, notadamente aquelas previstas no Código Civil.

O direito das sucessões constitucionalizado passa a ter de ser interpretado levando em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro se fundamenta constitucionalmente, entre outros aspectos, na dignidade da pessoa humana, superprincípio com posição de destaque já no art. 1º

da Constituição Federal. Assim, na passagem da estrutura à função, não cabe mais dizer, como costumeiramente repetido de forma acrítica em doutrina, que a herança funciona como mero complemento do direito de propriedade (PLANIOL; RIPERT, 1933, p.07; MONTEIRO, 2011, p.18) nem como mero estímulo à produtividade e à poupança (BEVILAQUA, 1978, p.16; RODRIGUES, 2003, p.06). A partir da dignidade humana como fundamento da República, deve-se reconhecer que uma das funções primordiais da herança – apesar de não a única – é a proteção e a promoção da personalidade dos sujeitos do fenômeno sucessório. Razão assiste a Heloisa Helena Barboza (2008, p.322), segundo quem “a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência, e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades”.

A constitucionalização substancial do direito sucessório deve também levar em consideração que são objetivos fundamentais do ordenamento brasileiro, listados no art. 3º do texto constitucional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos – com a proibição de preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação –, além da redução das desigualdades sociais. A força normativa dessas normas constitucionais tem um potencial revolucionário sobre o direito das sucessões, que deveria inclusive levar a uma mudança de paradigma, o que não vem sendo adequadamente objeto da legislação nem suficientemente debatido pela doutrina. Como se verá na sequência, a herança é tradicionalmente entendida como um interesse de natureza exclusivamente individual, sem maiores aberturas para a noção de solidariedade; no máximo, associa-se o instituto à solidariedade familiar, mas são negligenciados outros aspectos, como a solidariedade social e até mesmo a intergeracional. Semelhantemente, a transmissão póstuma de patrimônio é reconhecidamente um elemento de concentração de riqueza e conseqüentemente de aumento das desigualdades sociais, na contramão do objetivo constitucional. Costuma-se debater essa questão à luz da tributação; contudo, além de o Brasil ter um imposto sobre a herança significativamente baixo, a correção dessa distorção deve passar não apenas pelo aspecto tributário, também pela regulamentação privada do perfil da sucessão hereditária. Esse pensamento será desenvolvido com mais profundidade na subseção 4.1. Im-

porta desde já notar que um sistema sucessório infraconstitucional que legitima a figura do herdeiro rentista – aquele que “vive de renda” – é inconstitucional por violar praticamente todos os objetivos listados no art. 3º da Constituição.

Não apenas os fundamentos e objetivos constitucionais se irradiam pelo sistema infraconstitucional de direito sucessório, porém todas as normas constitucionais. Evidentemente, a atuação mais clara e intensa pode ser verificada em relação aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), bem como às normas sobre a família, sobre a criança, o adolescente e o jovem e sobre o idoso (art.226-230). Alguns desses aspectos serão analisados a seguir. Antes, todavia, é necessário fazer uma breve reflexão sobre algumas críticas à constitucionalização do direito civil, que comumente são feitas “com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas, percepção assentada numa racionalidade sistêmica fechada, que apreende o Direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo” (FACHIN, 2015, p.51). Quando se parte do pressuposto da constitucionalização substancial do direito, deve-se compreender que o direito e os institutos jurídicos são na verdade instrumentos “para o atendimento das demandas impostas para a concretização dos direitos fundamentais e da liberdade substancial da pessoa” (FACHIN, 2015, p.51). Por essa razão, a observância estrita do quanto disposto na norma infraconstitucional posta pode configurar uma violação a direitos fundamentais – inclusive do próprio direito fundamental à herança –, hipótese na qual o texto da lei não deve prevalecer, pois se fosse aplicado estaria contrariando a própria Constituição. Como se verá na sequência, isso se aplica em diversos casos em matéria sucessória, como por exemplo quando a ordem de vocação *ab intestato* indevidamente deixa de fora alguém com vínculo hereditariamente relevante para com o *de cujus*, ou nos casos em que a regra abstrata de reserva de 50% do patrimônio em benefício dos herdeiros necessários contraria a sua própria razão de ser; são situações em que a força dos fatos se contrapõe à letra da lei, casos nos quais esta não deve prevalecer sobre aquela. Em sentido contrário, o apego à racionalidade codificadora e à técnica de decisão com base na via mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida na lei é uma característica do civilismo oitocentista que, como relatado na seção 02, deve ser definitivamente superado. Isso porque esse modelo do direito civil “clássico”, pré-constitucionalização, é

formado por uma lógica binária reducionista de inclusão e exclusão, que se afasta de uma perspectiva emancipatória e de proteção e promoção da pessoa (FACHIN, 2015, p.52).

4.1 A função social da herança

A herança é um direito subjetivo com claro caráter de proteção aos interesses individuais dos envolvidos no fenômeno hereditário, tanto do sucedido quanto do sucessor. Embora tal aspecto não possa ser afastado nem desconsiderado, essa natureza individualista em muitas oportunidades é equivocadamente considerada como a única faceta da sucessão *causa mortis*; alguns doutrinadores até estranham quando se mencionam os interesses transindividuais tutelados pelo art. 5º, XXX da Constituição Federal. É necessário se afastar dessa posição doutrinária simplista. Ade-re-se aqui ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.228), para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidez para resolver problemas complexos”. Semelhantemente, Pietro Perlingieri (2008a, p.680) entende que no ordenamento jurídico vigente não existe direito subjetivo que se destine exclusivamente aos interesses individuais do seu titular; “o que há é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”. Os mencionados autores se referiam ao direito privado como um todo, e aqui se ressalta a imperiosa aplicação de tais premissas gerais de forma específica do direito das sucessões. Por essa razão, rejeita-se a redução da função da herança exclusivamente à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário; apesar de tal “função individual” não dever ser descartada, a herança também deve ser funcionalizada em relação à coletividade.

Desse modo, a função social se insere no perfil interno da herança, atuando como critério de valoração do seu exercício. Em paralelo às considerações de Gustavo Tepedino (2004b, p.317) à propriedade, pode-se afirmar que, com o fenômeno da funcionalização, a herança deixa de ser uma atribuição de poder com potencial de plenitude; a determinação do seu conteúdo dependerá de centros de interesses extra-sucessórios. Essa determinação de conteúdo da sucessão *causa mortis*, em razão da função social, opera-se em uma dimensão positiva e em uma dimensão negativa.

Há o impulsionamento, o direcionamento e a limitação do exercício do direito de herança – tanto pelo sucedido quanto pelo sucessor. Do mesmo modo, a função social vincula o direito subjetivo com deveres de atuação, passando a ser exigidas atuações do titular do direito para que se adeque ao que dele se espera na sociedade (TEPEDINO; SCHREIBER, 2000, p.48-49)⁹. Assim, conclui-se que também existem deveres atribuídos aos sujeitos do fenômeno hereditário, que devem participar da sucessão atuando para promover os valores constitucionais e consequentemente beneficiando toda a coletividade.

Conforme mencionado na introdução desta seção 04, não se pode aceitar que os interesses sociais na sucessão hereditária sejam apenas aqueles relacionados à produção e acumulação de riquezas; essa ideia, excessivamente patrimonialista, afasta-se da concepção personalista imposta pelo texto constitucional. Como Luiz Edson Fachin (2012, p.51) ensina, não é adequado se render a um “aprisionamento conceitual” que meramente faz uma releitura mercadológica da instância jurídica, submetendo-a aos critérios de um regime econômico. Compreende-se, como Pietro Perlingieri (2008a, p.509), que a função do ordenamento jurídico não deve ser entendida exclusivamente e prevalentemente a serviço de razões econômicas; na verdade, deve se opor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade. O desafio da doutrina sucessionarista passa a ser, então, o desenvolvimento de uma teoria que funcionalize a herança – no sentido de impulsioná-la e direcioná-la – à concretização dos interesses da coletividade, sob uma perspectiva de proteção e de promoção da dignidade da pessoa humana.

Além da perspectiva de impulsionar e direcionar a sucessão *causa mortis*, a função social da herança também deve ser compreendida em sua concepção limitadora. Conforme mencionado na seção 3.1, observando-se o art. 5º, XXX da Constituição à luz de sua dimensão objetiva, o direito fundamental à herança expressa um valor objetivo fundamental da comunidade, que interessa à sociedade como um todo, o que justifica a limitação do seu conteúdo e alcance em razão de interesses sociais prevalentes. Aqui se aplica ao fenômeno sucessório as afirmações de Luiz Edson Fachin (2015, p.57-58) em relação à função social da propriedade, sobre a passagem do individualismo para a coexistencialidade, no sentido de que “novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos

jurídicos, móvel que sinaliza para a solidariedade social e coexistencialidade”. Isso significa que o conteúdo dos direitos sucessórios pode ser restringido, quando o seu exercício contrariar os interesses da coletividade. Um aspecto bem evidente nesse sentido é a questão da restrição à liberdade de testar em razão da sucessão forçada – atualmente compreendida apenas como a legítima dos herdeiros necessários, tema que será abordado na próxima subseção. Outro aspecto, mais amplo e problemático, todavia menos discutido pela doutrina privatista, é a correlação entre herança e aumento das desigualdades sociais.

É vasta a produção científica demonstrando o vínculo entre a transmissão intergeracional de patrimônio e a concentração de riqueza. Thomas Piketty (2014, p.227; p.342; p.368; p.409) expõe como a herança e seus efeitos cumulativos contribuem para o aumento das desigualdades e diversos outros efeitos sociais negativos, inclusive para a consolidação de uma sociedade de rentistas – aqueles que não se sustentam com renda proveniente do trabalho, e sim do capital acumulado. Podem ser mencionadas diversas outras obras abordando a temática sob diferentes perspectivas, como a de Anton Menger (1898), Harlan Eugene Read (1918), Mark Ascher (1990), Liam Murphy e Thomas Nagel (2003) e Daniel Haliday (2018). No Brasil, o foco na questão se dá mais no âmbito das ciências econômicas (EVANGELISTA, 2021; CARVALHO JUNIOR, 2023); na seara jurídica, a questão vem sendo observada especificamente sob a ótica tributária; merecem destaque as obras de Aluizio Porcaro Rausch (2016), Nathália Daniel Domingues (2017) e Marciano Godoi e Antheia Melo (2022). Com poucas exceções, notadamente Marcos Catalan (2010), a doutrina civilista não costuma se aprofundar no assunto, provavelmente por acreditar que se trata de problema a ser resolvido por meio de tributação; isso sem contar aqueles que, pelo contrário, estão mais focados em desenvolver mecanismos de planejamento sucessório que diminuam a carga tributária, como se a alíquota máxima de 08% do ITCMD, determinada por resolução do Senado Federal, já não fosse claramente insuficiente para reduzir a concentração de riqueza potencializada pela sucessão *causa mortis*. Ocorre que é necessário reconhecer que a tributação não é o único mecanismo que deve ser adotado para corrigir distorções normativas de regras aparentemente neutras, mas cuja aplicação tende a favorecer os ricos, contribuindo para o aumento das desigualdades (LISCOW, 2018,

p.1649). À luz da função social da herança, o conteúdo dos direitos sucessórios deveria ser desenhado em atenção a questões redistributivas e de equidade, havendo a necessidade de uma reestruturação normativa para a criação de mecanismos especificamente pensados para a redução das desigualdades (LISCOW; 2014, p.2478). A herança funcionalizada exige limitações se o seu exercício pleno e irrestrito viola diretamente um objetivo fundamental expressamente previsto na Constituição. Assim, nota-se que o repensar do perfil estrutural e funcional da sucessão hereditária para atender a esse mister não é tarefa a respeito da qual a doutrina civilista possa negar a própria responsabilidade.

4.2 A sucessão forçada

A força irradiante das normas constitucionais sobre o direito das sucessões impõe a releitura de todos os institutos ligados ao tema, inclusive a legítima dos herdeiros necessários. Em realidade, a reserva legitimária é espécie do gênero sucessão forçada – que consiste na restrição quantitativa à autonomia privada testamentária decorrente do prestígio normativamente dado aos interesses hereditários de certas pessoas próximas ao *de cujus*. É necessário refletir se a subsistência do instituto e a sua regulamentação legal estão em conformidade com os imperativos constitucionais.

Na doutrina brasileira, facilmente se encontram clamores pela abolição da legítima ou por sua restrição a situações de vulnerabilidade. As análises nesse sentido focam predominantemente na autonomia privada testamentária do sucedido, que supostamente deveria ser limitada apenas em situações em que o sucessor é vulnerável. De fato, fazer testamento é um direito fundamental implícito, inserido na dimensão subjetiva do art. 5º, XXX da Constituição, sob a perspectiva do sucedido. Ocorre que testar, do mesmo modo que os direitos fundamentais em geral, não é absoluto ou irrestrito: resguardado o seu núcleo essencial, a autonomia privada testamentária está sujeita a restrições qualitativas e quantitativas, notadamente quando em concorrência ou colisão com outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos. Não há e nem poderia haver um direito subjetivo de testar ilimitado e absoluto. O direito de testar não é um fim em si mesmo. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a liberdade testamentária sofre uma alteração estrutural, passando por um juízo de compatibilidade com os princípios que confor-

mam e orientam o nosso sistema normativo. O conteúdo normativo do direito do sucedido a deixar herança (especificamente em relação ao seu desdobramento, o direito a fazer testamento) por vezes entra em tensões com o direito do sucessor a receber herança. (Destaque-se que a própria legislação atribui o *status* de sucessor a determinadas pessoas próximas ao falecido, com base entre outras coisas em expectativas e valores sociais.) Da ponderação entre tais direitos fundamentais, há efeitos horizontais recíprocos: os interesses do sucedido conformam e limitam o direito do sucessor, e os interesses do sucessor conformam e limitam o direito do sucedido. Com fundamento na solidariedade familiar¹⁰, a opção normativa brasileira se deu no sentido de resolver as mencionadas tensões privilegiando a proteção sucessória de certas pessoas que guardam um vínculo especial de proximidade familiar para com o autor da herança. Assim, o poder de disposição *causa mortis* que este tem é restringido quantitativamente pela eficácia horizontal do direito fundamental à herança daquelas. Em conclusão, a manutenção da sucessão forçada no ordenamento infra-constitucional é plenamente compatível com as normas constitucionais, não havendo qualquer vício de inconstitucionalidade, por exemplo, por uma suposta violação à autonomia ou ao direito de propriedade do testador.

Por outro lado, merece críticas profundas a atual regulamentação codificada da sucessão forçada, com a reserva legitimária de 50% do patrimônio hereditário sempre que houver herdeiros necessários. Trata-se de uma evidente manifestação do apego do Código Civil às abstrações, na medida em que as situações particulares de cada sucessão – como a extensão do acervo hereditário ou a presença ou ausência de interesses legítimos dos herdeiros necessários – são completamente irrelevantes para a regra codificada. A legítima se enquadra naquilo que Luiz Edson Fachin (2015, p.73) menciona sobre os constantes reenvios do presente ao ideário pretérito, que “se passa mediante o registro marcante da permanência de instituições, institutos e figuras jurídicas”. O referido autor (FACHIN, 2015, p.74) continua afirmando:

O caráter de permanência deposita no duradouro realçado feito de virtude. Assim pode ser quando se trata de uma percepção que (i) ou enaltece sistemas que transcendem o próprio tempo, ou (ii) se reajusta para tomar sentidos novos à luz de sólidos significantes pretéritos. Essa

característica apreendida sob o vocábulo resiliente traduz aqui uma concepção ambivalente do termo, ora como afirmação de aspectos merecedores de consagração, ora como a manutenção de estruturas defasadas com as demandas dos contextos que se alteram. Resistir e superar obstáculos podem ser verbos que beneplacitam atitude elogiável, como também podem ser a expressão da resistência, quando a resistência se transforma, ela mesma, em óbice de transformação.

Nesse sentido, o legislador de 2002 no atual artigo 1789 reproduziu *ipsis litteris* o quanto disposto pelo artigo 1576 da codificação de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente acredita estar adequadamente e suficientemente protegendo a família – o mais adequado inclusive seria dizer os membros da família – e promovendo a solidariedade familiar ao instituir a intangibilidade da legítima, uma opção legislativa comum entre os países do *civil law*. O Código Civil de 2002 manteve dessa maneira um sistema de restrição quantitativa à liberdade testamentária com um critério fixo, invariável, e aplicável de modo indiscriminado e universal a todas as sucessões forçadas. Trata-se de um sistema que pode violar a força normativa da Constituição tanto hermenêuticamente quanto substancialmente.

A abstração excessiva da estrutura de sucessão forçada escolhida pelo legislador brasileiro é incompatível com o modelo de interpretação defendido pela metodologia civil-constitucional, consubstanciado (a) em critérios hermenêuticos inovadores, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação; (b) na substituição do positivismo legislativo clássico pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal; e (c) no papel criativo do intérprete, cuja atividade deve promover os valores constitucionais e reconhecer a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos. O Código Civil de 2002 estabelece uma solução única e invariável para toda e qualquer ponderação entre solidariedade familiar e liberdade de testar. Conforme essa regra, ao juízo sucessório não é dada qualquer margem de discricionariedade para adaptar a extensão das partes disponível e indisponível às circunstâncias concretas de cada sucessão. Em matéria de reserva legitimária, o juiz continua sendo encarado somente como *la bouche de la loi*. Por outro lado, o atual sistema brasileiro da sucessão forçada pode se afastar substancialmente da noção de um direito

civil constitucionalizado, por frustração das exigências da solidariedade constitucional, em dois sentidos diametralmente opostos: tanto quando a legítima é pequena demais quanto quando ela é grande demais. Em primeiro lugar, a legítima não cumpre sua função quando 50% do monte sucessível correspondem a uma extensão patrimonial pequena demais para assegurar uma proteção minimamente adequada para as pessoas que ela busca beneficiar. Em segundo lugar, a legítima é disfuncional quando a reserva de metade do patrimônio se revela manifestamente excessiva ou desproporcional para os fins a que se destina a sucessão forçada.

Percebe-se que, embora seja constitucional a subsistência da sucessão forçada no ordenamento jurídico brasileiro, a sua estruturação precisa de uma reformulação. É necessário que se pense na reserva de uma parcela da herança em benefício dos sucessores forçados levando em consideração as circunstâncias concretas, tanto objetivamente (extensão do patrimônio sucessível) quanto subjetivamente (interesses das pessoas envolvidas). Isso envolve também uma reformulação do papel do juízo sucessório, ao qual devem ser reconhecidos os poderes para exercer criativamente o seu papel, de modo a promover os valores constitucionais na aplicação da regra hereditária – por exemplo, definindo quais bens não poderiam ter sido incluídos no testamento.

4.3 O merecimento de tutela das disposições testamentárias

Na subseção 4.2, foram brevemente analisadas as restrições quantitativas à autonomia privada testamentária. Sofrendo a irradiação das normas constitucionais, a liberdade de testar também se sujeita a restrições qualitativas. Conforme adequadamente suscitado por Ana Luiza Maia Neves (2009, p.184), “a liberdade de testar encontrará uma tensão sempre que o seu exercício importar em um atentado aos objetivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, informados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade”. Isso significa que, constitucionalizando-se a sucessão testamentária, o conteúdo das manifestações de última vontade não está imune à incidência dos valores constitucionais, devendo passar por um juízo de merecimento para que tenham validade e eficácia. Tal constatação contrasta com a regulamentação codificada da matéria: os testamentos devem de modo geral obedecer aos requisitos genéricos para os negócios jurídicos; além disso, há somente poucas res-

trições pontuais para o seu conteúdo, como ilustrativamente a proibição do fideicomisso para além do segundo grau ou a exigência de justa causa para a clausulação da legítima. Dada a ausência de maiores restrições qualitativas à liberdade de testar, o Código Civil não traz soluções específicas para quando o disponente desobedece a princípios constitucionais; ainda assim, tais cláusulas não deverão prevalecer, uma vez que não merecedoras de tutela em um ordenamento pautado pela força normativa da Constituição. Dois exemplos serão aqui abordados: condições abusivas e motivos ilícitos do testador.

O Código Civil brasileiro admite a nomeação de herdeiro ou legatário sob condição. Se o testador assim o fizer, deverá respeitar as limitações impostas em geral a tais elementos acidentais dos negócios jurídicos, bem como uma restrição específica: são proibidas as condições captatórias. Imagine-se então que uma disposição testamentária condiciona o recebimento da herança ou do legado a condições abusivas, como por exemplo o beneficiado não se casar (de forma genérica ou com determinada pessoa), não ser adepto de certas práticas sexuais ou não seguir determinada religião¹¹. Nesses casos, pode-se dizer que a mão dos mortos controla os vivos (*dead-hand control*), ou seja, através de restrições ao patrimônio hereditário, o testador tenta controlar a vida e as escolhas dos seus sucessores (HENRY, 2011, p.217). Daniel Monk (2011, p.237) ilustra o debate: de um lado, pode-se argumentar que os direitos fundamentais não apenas permitem como exigem que disposições testamentárias violadoras de direitos humanos (como privacidade, casamento e liberdade religiosa) sejam impugnadas pelo Judiciário; por outro lado, há quem afirme que não há violação, uma vez que o potencial beneficiário é livre para recusar a deixa testamentária. A possibilidade de renúncia à nomeação feita em testamento não é a solução adequada para a questão: uma das liberdades do sucessor é escolher se quer ou não ter esse *status* jurídico; se a alternativa de aceitar a disposição envolve sofrer uma violação em sua esfera íntima, então a escolha não é feita livremente nos casos de condições abusivas. Poderam simplesmente ser consideradas ilícitas¹² as condições acima mencionadas, na medida em que visivelmente contrárias a valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial a liberdade e a intimidade em suas diversas vertentes (familiar, sexual, religiosa); ocorre que essa não é a solução ideal, pois ela resultaria na invalidação da cláusula do testa-

mento, conforme o supramencionado artigo 123 do Código Civil de 2002. Dessa forma, a codificação civil combateria a postura abusiva do testador frente ao sucessor de forma a prejudicar este último, uma vez que, com a declaração de nulidade da disposição testamentária, ele nada receberia. A solução adequada para a referida hipótese poderia ser a mesma de quando a nomeação de herdeiro é subordinada a termo – o elemento accidental é considerado não escrito. Ocorre que essa não é a previsão da lei brasileira para o caso em questão, o que demonstra a insuficiência do atual regime sucessório codificado para lidar com a tensão entre a autonomia privada testamentária e os direitos fundamentais do sucessor.

Assim como no caso das condições abusivas, o Código Civil de 2002 também não traz a solução constitucionalmente adequada para as disposições testamentárias cujo motivo determinante é ilícito. Aqui se usa a definição de motivo dada por Marcos Bernardes de Mello (2015, p.164), no sentido do porquê, do móvel que conduz o agente a realizar um negócio jurídico; “os motivos têm caráter subjetivo e dizem respeito às razões, aos escopos, aos objetivos que levam ao negócio jurídico e respondem à questão *por que formalizá-lo*”. De acordo com Marcos Bernardes de Mello, o motivo, enquanto móvel psíquico, é questão fática e não intrinsecamente jurídica; por essa razão, em regra os sistemas jurídicos consideram irrelevantes as razões que levam ao negócio jurídico. Ocorre que a regra da irrelevância dos motivos é excepcionada em duas hipóteses: quando o motivo declarado como razão determinante do negócio é falso; e quando o motivo determinante, sendo comum a todos os agentes, é ilícito. A presente análise será restrita à ilicitude das razões que movem a disposição testamentária. Imagine-se então o caso de um ascendente que testa deixando toda a sua parte disponível para um dos seus dois descendentes, expressamente declarando na cédula testamentária que a razão da disposição é a homossexualidade do outro filho (POPOFF, 2014). Pensemos em um testador que clausula de inalienabilidade a parte disponível que caberia à sua filha, explicitamente consignando que o faz em razão de ela ser casada com um homem negro. Parece óbvio que tais disposições testamentárias movidas por razões ilícitas, preconceituosas de modo geral, não devem prosperar; afinal, elas são totalmente incompatíveis com os valores do ordenamento constitucional brasileiro. Contudo, essa solução não é tão evidente se se levar em consideração a tradicional dogmática sucessó-

ria, segundo a qual o testador é livre para dispor como bem entender da parte que não está reservada em favor dos seus herdeiros necessários; seus motivos são irrelevantes. Além disso, também o recurso à teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos não é de ajuda para o caso. No sistema codificado no Brasil, não se invalida negócio jurídico unilateral (como é o caso do testamento) em razão da ilicitude do motivo determinante (MELLO, 2015, p.166). Dessa forma, se apenas se pudesse recorrer ao Código, como pretendem alguns, tais cláusulas testamentárias prevaleceriam, o que configuraria uma agressão severa à tábua axiológica da Constituição Federal. Disposições testamentárias com motivos preconceituosos são altamente problemáticas e claramente não devem ser cumpridas pelo juízo das Sucessões. Por exemplo, como bem ilustra Shelly Kreiczler-Levy (2010, p.690), do mesmo modo que um empregador não pode deixar de contratar uma funcionária exclusivamente em razão do seu gênero, o testador não pode afastar de sua sucessão (ainda que exclusivamente em relação à parte disponível) uma herdeira pelo simples fato de ela ser mulher. O Código não nos oferece sozinho os instrumentos necessários para impugnar tais cláusulas; ainda assim, deve-se sempre recorrer ao juízo de compatibilidade da autonomia privada testamentária com os valores constitucionais.

Tanto o caso das condições abusivas quanto o dos motivos ilícitos mostram que a limitação codificada à liberdade de testar é insuficiente para assegurar a compatibilidade da autonomia privada testamentária à Constituição Federal. Precisa-se então avaliar qualitativamente o conteúdo das disposições de última vontade, para assegurar que elas consubstanciam interesses constitucionalmente dignos de tutela. Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.540) afirma que “o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares”. O jurista portenho explica que a autonomia privada não deve impor à sociedade as suas valorações particulares nem invadir territórios socialmente sensíveis. Em Pietro Perlingieri (2002, p.19) encontra-se a noção de que os atos de autonomia têm fundamentos diversos, entretanto encontram seu denominador comum no direcionamento à realização de interesses e funções socialmente úteis. Esses atos devem estar em conformidade com os princípios gerais do ordenamento, dos quais se extrai a valoração de merecimento de tutela. Dessa forma, a autonomia não é um valor em si mesmo; ela pode ser considerada um valor, “dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse

merecedor de tutela” (PERLINGIERI, 2008a, p.355). Em todos os casos acima mencionados, a autonomia privada testamentária se demonstra não merecedora de tutela, pois incompatível com os valores constitucionais; apesar disso, as soluções codificadas têm resultados insatisfatórios para o devido tratamento da matéria.

4.4 Os princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe

A ordem de vocação hereditária é uma construção legislativa, fruto de opções políticas do legislador, que deve obedecer às diretivas e aos limites impostos pela Constituição. A sucessão *ab intestato* Código Civil de 2002 mantém a lógica da codificação anterior de dividir os parentes sucessíveis em graus e classes, estabelecendo que os mais próximos excluem os mais remotos, salvo nas hipóteses (a) de concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes e (b) de direito de representação. Trata-se de normas que precisam ser relidas à luz da força normativa da Constituição. Afinal, a aplicação excessivamente rígida dessas regras pode levar a resultados que contrariam mandamentos constitucionais.

Comumente encontramos determinadas justificativas para a ordem de vocação hereditária nos moldes da que foi adotada pelo Código Civil de 2002. A afeição, real ou presumida, do falecido para com os seus descendentes é comumente suscitada como justificativa. Giselda Hironaka (2014, p.359-360) ensina que a fórmula latina *amor primum descendit, deinde ascendit* (“o amor primeiro desce, depois sobe”) vem sendo utilizada para justificar que os descendentes sejam o primeiro grupo vocacionado a suceder, em detrimento dos ascendentes, “pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor, quiçá sobrevivente à sua morte”.

Além do afeto, outra fundamentação para a ordem de vocação codificada são os deveres (notadamente o de sustento) do sucedido para com determinadas pessoas. O Código Civil de 2002 presumiu que os referidos deveres do *de cujus* em primeiro lugar são para com seus descendentes. Tal presunção pode até corresponder à realidade, notadamente em nos casos em que os descendentes são crianças, adolescentes ou jovens; nessa hipótese, devem prevalecer os seus melhores interesses. Nessas circunstâncias,

a preferência em receber o patrimônio hereditário está em conformidade, de um lado, com a função da herança de contribuir para o desenvolvimento da personalidade do sucessor; e, de outro, com o dever da família, da sociedade e do Estado de lhes assegurar com absoluta prioridade a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização e, de modo geral, a dignidade¹³. Também há coerência plena com o mandamento constitucional relativo aos deveres assistência, criação e educação dos pais em relação aos filhos menores¹⁴. Ocorre que a presunção legislativa acima mencionada muitas vezes não corresponde à realidade, notadamente quando os descendentes já se encontram plenamente inseridos no mercado de trabalho. Isso por si só não lhes tornaria desmerecedores do chamamento à sucessão. O problema todo se encontra quando, nas referidas circunstâncias, há também outras pessoas, aí sim verdadeiramente dependentes do *de cuius*, que nada receberão porque se encontram em uma classe de parentesco considerada mais distante (e, portanto, menos merecedora de herança). Os deveres concretos do falecido para com essas pessoas reais são invisibilizados porque o legislador arbitrariamente considerou que elas sempre merecerão menos proteção sucessória do que os descendentes. Isso é particularmente problemático na hipótese em que os ascendentes são idosos materialmente dependentes do morto, na medida em que há um mandamento constitucional no sentido de que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹⁵. Igualmente, a Constituição também impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas¹⁶. Desse modo, quando esses ascendentes idosos e dependentes do morto são injustificadamente preteridos da sucessão por descendentes hábeis a prover o próprio sustento, há uma patente inconstitucionalidade da aplicação da ordem de vocação hereditária codificada ao referido caso concreto.

Ao hierarquizar afetos no chamamento à herança, o legislador ignorou que sua ordem de prioridades pode, a depender das circunstâncias concretas, não corresponder às afeições reais do falecido nem estender a adequada proteção sucessória àqueles que dele mantinham vínculos de dependência material. Semelhantemente, apesar do envelhecimento geral da população brasileira, o legislador continuou presumindo *jure et de jure* que predominantemente os descendentes do *de cuius* terão maior dependência do que os ascendentes dele – o que nem sempre condiz com a

realidade. O Código Civil de 2002 presume que, em matéria de vocação hereditária, sempre prevalecerá o melhor interesse da criança e do adolescente, ignorando a possibilidade de também incidir o princípio de amparo aos idosos. Até é possível conceder que o legislador tenha de eleger uma presunção *default* de afeto e deveres; o que não se deve aceitar é que o modelo abstrato da lei prevaleça sobre as relações de afeto e de deveres que existem na realidade.

4.5 A discricionariedade judicial em matéria sucessória

Como exposto na subseção 3.2.1, merece reflexão crítica a própria opção por se adotar um novo Código Civil como resposta à constitucionalização formal do direito privado como um todo e do direito das sucessões em especial. Para além das insuficiências das regras contidas no *Codex*, das quais as considerações acima são somente exemplos, o grande problema é o modo de pensar que embasa tal opção. Luiz Edson Fachin (2015, p.78) leciona que a racionalidade codificadora, formulada no tempo da razão oitocentista, funda-se na estrutura de um dado pensamento científico, “segundo a lógica formal e sob os signos da certeza, completude e definitividade”. O autor segue:

A necessidade da codificação (que não se confunde, pois, com a presença ou mesmo necessidade de Códigos Cíveis ou outros códigos setoriais) é, pois, decorrente de reclamos para um tipo de segurança formal, própria da racionalidade codificadora, diversamente da segurança material, comprometida com o justo para o caso concreto e próprio da tríplice base constitucionalizada do Direito Civil contemporâneo. O Código pode ser, por conseguinte, um dos sintomas da codificação; diante do Código, as questões sobre a quem e a que servem os Códigos dizem mais da codificação do que do Código em si. (FACHIN, 2015, p.79)

O pensamento codificador, que sustenta e conforma o civilismo “tradicional”/oitocentista, parte do pressuposto de que no Código estão contidas soluções para todas as situações juridicamente relevantes. Nesse contexto, competiria ao juiz – na clássica concepção de “boca da lei” – apenas o papel de fazer a subsunção do fato à regra legal preestabelecida. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin, “nas asas da lógica formal moderna, a certeza afastava o risco, a segurança se embalava nos braços da previsibilidade, e o tempo seguia linear em direção à conservação do *status quo*”

(FACHIN, 2015, p.79). Essa ideia conservadora do civilismo clássico, que indevidamente persiste mesmo à luz da constitucionalização, se aplica a todo o direito privado; contudo, seus reflexos no direito das sucessões são significativamente intensos. Qualquer proposta de reforma em direção à promoção da justiça substancial esbarra nos argumentos de violação à justiça formal, no sentido da segurança jurídica. Um exemplo evidente é a reprodução assistida *post mortem*: aqueles que se opõem à atribuição de vocação hereditária legítima à prole postumíssima preferem ignorar que se trata de filhos do *de cujus* – herdeiros por excelência, portanto –, apegando-se excessivamente ao momento da concepção e à segurança jurídica daqueles que foram chamados à sucessão no instante do óbito.

O grave problema da manutenção da racionalidade codificadora – e da sua pretensão de completude, previsibilidade e segurança – é que a constitucionalização substancial do direito das sucessões muitas vezes exigirá que o texto da lei ou até mesmo da disposição testamentária não seja obedecido literalmente pelo juízo sucessório, notadamente quando a sua aplicação contrariar a força normativa da Constituição. Isso é particularmente verdade em matéria sucessória, considerando dois fatores específicos desse ramo do direito civil: (a) as supramencionadas deficiências do Livro V da Parte Especial do Código de 2002 para atender às demandas decorrentes da constitucionalização formal da herança; e (b) a amplíssima liberdade que é tradicionalmente reconhecida ao testador, que historicamente passa imune a um juízo de merecimento das suas disposições de última vontade, com poucas exceções para além do respeito à legítima dos herdeiros necessários. Nesse contexto em que o legislador não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus e em que o testador “permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988” (NEVARES, 2009, p.10), o juízo sucessório não pode permanecer sendo *la bouche de la loi*, restrito ao modelo clássico de interpretação formalística. O respeito à constitucionalização material da herança impõe um novo papel para o juízo das sucessões: trata-se de um papel criativo, de promoção dos valores constitucionais, com o reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos; com a preeminência da justiça sobre a letra do texto da lei ou do testamento; e com a solução tópico-sistemática dos problemas, atentando-se para uma hermenêutica inovadora, com o

uso de critérios como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Em resumo, a constitucionalização substancial da herança somente se verificará na realidade se o juízo sucessório deixar de ser um mero burocrata, cujo papel se resume a fazer acriticamente uma grande operação matemática – dividir o acervo hereditário entre os chamados à sucessão conforme os critérios determinados na lei –, sendo-lhe reconhecida uma ampla margem de discricionariedade, especialmente (porém não exclusivamente) para definir, à luz da Constituição, quem mantinha vínculos hereditariamente relevantes com o *de cujus* e o valor do quinhão – ou eventualmente outro direito que não apenas a transmissão de propriedade – que será atribuído a cada sucessor.

A discricionariedade judicial em matéria sucessória é imprescindível para a concretização dos valores constitucionais no direito das sucessões. Aqui serão brevemente expostos 02 exemplos: a ordem de vocação hereditária e a isonomia na distribuição de quinhões. Em primeiro lugar, atualmente a lei traz apenas uma ordem de chamamento à herança, constante no art. 1829 do Código Civil, que pretensamente se aplica a todas as entidades familiares. Tal regra foi historicamente construída com base em uma única estrutura familiar, aquela fundada no casamento heterossexual e na biologia. Ela se aplica sem maiores controvérsias a modelos familiares análogos, como as uniões estáveis, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou as filiações socioafetivas das quais não decorre multiparentalidade. Entretanto, tal norma se mostra mais problemática em relação a arranjos não-análogos à família assim dita “tradicional”, como as uniões poliafetivas, as uniões paralelas ou até mesmo as famílias anaparentais em algumas circunstâncias¹⁷. A invisibilidade hereditária dessas famílias, à luz da regra estampada no Código Civil, contraria o direito fundamental à herança das pessoas envolvidas, bem como o princípio constitucional da isonomia entre modelos familiares. Na ausência de uma norma codificada adequada, deve caber ao juízo das sucessões identificar que há naquela circunstância um vínculo hereditariamente relevante que merece reconhecimento jurídico.

Um segundo exemplo do que se trata aqui é a isonomia em matéria sucessória. A questão vem sendo abordada, inclusive legislativamente, à luz da isonomia formal. A lei de modo geral atribui a herdeiros de mesma classe e grau os mesmos direitos sucessórios; especificamente em re-

lação aos descendentes, trata-se de decorrência de norma constitucional expressa de isonomia entre os filhos. Ocorre que a isonomia também tem uma dimensão substancial: a ordem jurídica não proíbe desigualdades, apenas aquelas que são odiosas, fortuitas, injustificadas, baseadas em algum fator sem pertinência lógica com a diferenciação (MELLO, 2011, p.18). De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p.17), as discriminações normativas são compatíveis com o princípio da igualdade nos casos em que “existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Em matéria sucessória, desigualdades motivadas pela origem da filiação ou pelo gênero do sucessor não são compatíveis com a Constituição (inclusive por vedação expressa, como já exposto). Ademais, tais critérios não guardam qualquer correlação lógica com o eventual tratamento jurídico conferido aos desiguais, qual seja, um quinhão maior ou menor. Por essas razões, não há qualquer justificativa de isonomia material, à luz da Constituição, para um tratamento diferenciado em favor dos filhos havidos dentro do casamento ou dos filhos homens. Por outro lado, entendemos que há critérios que, em circunstâncias excepcionais, podem e devem ser levados em consideração para, de forma compatível com a Constituição Federal, discriminar os sucessores. Uma dessas circunstâncias seriam necessidades excepcionais de algum dos herdeiros, notadamente em comparação com as demais pessoas chamadas à sucessão. A título ilustrativo, pode-se imaginar que o *de cujus* tenha deixado, de um lado, um filho com deficiência, sem qualquer possibilidade de prover o próprio sustento, com quem ele residia e a quem prestava toda a assistência material; e, de outro, uma filha procuradora da República. Nessas circunstâncias excepcionais, uma repartição formalmente igual potencialmente contrariaria a função da herança de proteger a dignidade do herdeiro. As considerações de isonomia material se impõem no caso, para evitar uma distribuição do patrimônio hereditário que não tutele suficientemente as manifestas necessidades de um dos sucessores. A norma codificada não se abre a considerações dessa natureza; a aplicação da justiça substancial nesse caso depende da análise do juízo sucessório, com poderes para tanto dentro de uma margem de discricionariedade.

Um juízo sucessório com ampla margem de discricionariedade tem o potencial de fazer valer a preeminência da justiça, em detrimento da abstração, do tecnicismo e do positivismo legislativo. Ocorre que a doutrina apegada ao modo de pensar do direito civil “tradicional” parece se preocupar mais com manter as coisas como supostamente sempre foram do que com transformar o Direito das Sucessões para que se torne mais justo, equitativo, emancipatório e inclusivo. Com Giselda Hironaka (2006, p.02), aprende-se que a fixação dos juristas pela segurança jurídica decorre de uma tendência de se buscarem as “verdades inteiras”, ou seja, padrões imutáveis, perfis definitivos para os institutos jurídicos. Essas “verdades inteiras” são mais seguras na medida em que não dão espaço a reorganizações, remodelações, rearranjos. Ocorre que, quando algo se apresenta de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-definidas, não há lugar para se pensar o novo nem para se adequar o tempo. Dessa forma, a mencionada autora denuncia que, quando se adota essa perspectiva – “restrita e fechada, e por isso mesmo segura”, acaba-se preferindo “a justiça segura à justiça justa”. Para uma efetiva constitucionalização substancial da herança, deve-se romper com essa postura tradicional. Esse rompimento passa necessariamente pela dimensão prospectiva da constitucionalização do direito das sucessões, como será analisado na próxima seção.

5. A DIMENSÃO PROSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

A terceira dimensão da constitucionalização do direito privado é a prospectiva, aquela que se funda na constante reconstrução de conceitos e institutos jurídicos, decorrente da força criativa dos fatos sociais. De acordo com Luiz Edson Fachin (2015, p.85), parte-se da concepção de um sistema jurídico aberto, poroso e plural, permitindo uma atuação constituinte da hermenêutica; o objetivo é que se atenda à segurança jurídica material, não apenas à formal. Percebe-se que toda norma requer interpretação, e que os sentidos extraídos dos fatos previstos na norma não são fixos, na medida em que as situações se modificam e se renovam (FACHIN, 2015, p.179).

No direito das sucessões constitucionalizado, a dimensão prospectiva tem uma importância acentuada. Considerando a insuficiência da legislação hereditária infraconstitucional, em especial do Código Civil,

para atender às demandas impostas pela tábua axiológica constitucional, acentua-se o papel do intérprete para reconstruir, à luz da Constituição Federal e dos fatos sociais que transformam substancialmente a sucessão *causa mortis*, os significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática sucessória. Os tempos mudaram, as tecnologias mudaram, as famílias mudaram (OLIVEN, 2019), as riquezas mudaram, e o texto legal permaneceu mais ou menos o mesmo. Assim, devem ser ressignificadas em especial as noções de herança, sucedido e sucessor – respectivamente objeto e sujeitos do fenômeno sucessório –, conceitos dos quais devem ser extraídos novos sentidos, mais adequados à realidade em que estão sendo aplicados (FACHIN, 2015, p.107). O direito subjetivo à herança deve ser reconstruído considerando a sua natureza de direito fundamental. Do mesmo modo, a herança em sentido objetivo – patrimônio sucessível – deve ser repensada à luz das novas riquezas que fogem completamente à tradicional lógica mobiliária/imobiliária, como ilustrativamente os acervos digitais (MOTA, 2022; SANTANA; FRANCO, 2023); deve-se inclusive rediscutir a limitação da noção de herança à ideia de patrimônio, pensando-se nos bens jurídicos extrapatrimoniais passíveis de inserção na lógica da sucessão *causa mortis*. Por outro lado, as categorias de sucedido e sucessor devem ser reconstruídas fugindo-se da lógica oitocentista da abstração do sujeito de direito; tais pessoas devem ser encaradas como sujeitos concretos, com peculiaridades, biografias reais (e não meramente jurídicas), cidadania e, acima de tudo, dignidade. Isso envolve, por exemplo, (a) reconhecer vínculos sucessórios a relacionamentos mantidos pelo *de cujus* que fogem da moldura rigidamente imposto pela lei para a ordem de vocação hereditária; (b) determinar os limites da sucessão testamentária com base na ponderação entre os interesses específicos dos sucessores legítimos e daquelas pessoas beneficiadas pelo testamento. Também em relação a esse aspecto, deve-se abandonar o binarismo que impregna o pensamento jurídico ocidental: ou o sujeito é herdeiro, ou não é. Deve-se pensar que nem todos os potenciais sucessores têm os mesmos interesses na sucessão *causa mortis*. Evidentemente, alguns fazem jus a um quinhão referente a uma parcela do patrimônio hereditário, cuja propriedade lhes será transferida com o óbito do *de cujus*. Diferentemente, outros podem manter interesses relevantes de natureza diversa, não-proprietária, sobre o acervo hereditário, como por exemplo

o direito real de habitação. Atualmente, tal direito é reconhecido somente ao cônjuge e, por analogia, ao companheiro; não há razão pela qual se excluir de tal proteção hereditária outras pessoas próximas ao *de cujus*, em especial outros familiares que com ele dividiam o lar. Nesse sentido, há jurisdições, como Israel, que conferem às pessoas que residiam com o falecido em imóvel deste o direito de lá permanecer, mediante o pagamento de aluguéis aos herdeiros. Não se trata de locação, pois tal direito decorre da lei, e não da vontade das partes; ao mesmo tempo, não se trata de um direito real de habitação, na medida em que a sua continuidade pressupõe a contraprestação. Na verdade, trata-se de um direito sucessório *sui generis*, uma vez que não envolve a transmissão da titularidade do patrimônio.

Também se aplica ao direito das sucessões, na dimensão prospectiva da sua constitucionalização, a dúlice possibilidade hermenêutica notada por Luiz Edson Fachin (2015, p.86): “se alimentam, nesse contexto, da teoria e da prática do Direito Civil (...) os significantes cujos sentidos são apropriados pela representação jurídica, num determinado espaço e ao curso de certo tempo, ora com o fim de legitimar escolhas previamente levadas a efeito na supremacia cultural dos interesses sociais, econômicos e históricos, ora na contramão de tais interesses”. Em matéria sucessória, diversas regras infraconstitucionais positivadas – reproduzidas até hoje em decorrência da supramencionada constitucionalização formal insatisfatória – foram originalmente pensadas para legitimar a supremacia de um determinado modelo (de família e de riqueza). Assim é, ilustrativamente, a ordem de vocação hereditária estampada no artigo 1829 do Código Civil de 2002, pensada para uma estrutura familiar específica – fundada no casamento heterossexual, do qual decorriam os filhos anteriormente chamados legítimos. (Note-se que o projeto original da nova codificação trazia distinções hereditárias entre filhos tidos dentro e fora do casamento, o que teve de ser consertado durante a tramitação legislativa.) Com a constitucionalização da herança e os consequentes imperativos de isonomia entre entidades familiares, ao intérprete resta reconstruir criticamente o sentido da referida norma, de modo a contrariar a intenção original do legislador, incluindo na ordem de vocação hereditária aquelas novas famílias excluídas do sistema positivado. Nesse contexto, o desafio para a doutrina e para os aplicadores do direito das sucessões, prospectivamente constitucionalizados, é permitir se iluminar pelos ciclos da experiência, fazendo um

distrato com o dogmatismo acrítico, enfim, “tentar entender o que passa à volta, na realidade, e não apenas nas fontes escritas pelo conhecimento formal” (FACHIN, 2015, p.87). Dentro do exemplo ora trabalhado, para uma adequada reconstrução vocação hereditária intestada, o intérprete deve tentar se libertar das fontes formais que tentam impor taxativamente quais famílias merecem e quais não merecem reconhecimento sucessório; tal resposta deve ser procurada na vida real, nas dinâmicas concretas, nas quais verdadeiramente se pode identificar um vínculo hereditariamente relevante. Ainda há atraso significativo nesse sentido: um exemplo evidente é o caso do Conselho Nacional de Justiça, que na lamentável decisão do Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000 negou a possibilidade de famílias poliafetivas declararem a sua própria existência por escritura pública; como consequência, acabou por marginalizar e invisibilizar o devido tratamento sucessório nesses casos.

Evidentemente, a premissa básica da dimensão prospectiva da constitucionalização do direito civil é a superação do ideário de completude e de totalidade do sistema jurídico clássico e, consequentemente, da mecânica formal da subsunção; assim, deve se realçar a construção dinâmica funcional da justiça para o caso concreto (FACHIN, 2015, p.88). No mesmo sentido deve-se abandonar a racionalidade codificadora, fixada em se tomar o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas futuros; pelo contrário, deve-se partir dos problemas concretos, buscando para cada um deles a melhor entre as várias possíveis soluções, o que se faz por meio da hierarquização axiológica em cada caso concreto, de modo a concretizar os direitos fundamentais como normas (FACHIN, 2015, p.93-94). A ideia é reconhecer que o direito não é um sistema meramente dedutivo, e sim dialético, problematizante, aberto e plural; desse modo, os conceitos jurídicos passam por uma adequação valorativa, operada pelos princípios do sistema (FACHIN, 2015, p.116-117). Em relação ao direito das sucessões, por tudo o quanto referido nas seções 3 e 4, essa superação da hermenêutica tradicional é uma jornada que ainda precisa se iniciar. O juízo sucessório ainda é predominantemente visto como *la bouche de la loi*, a quem compete acriticamente dividir matematicamente o saldo do acervo hereditário, depois de pagas as dívidas, entre aqueles que se habilitaram como sucessores. Com a alteração de postura ora proposta, tal função permanecerá, mas qualitativamente diversa: os significa-

dos atribuídos aos referidos significantes (“dividir”, “acervo hereditário”, “sucessores”) deixam de ser tidos como dados, extraídos da literalidade da lei, e passam a adquirir densificação concreta à luz dos fatos específicos de cada sucessão. Reconhecendo a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.14), o intérprete notará que a expressão “patrimônio sucessível” engloba na terceira década do século XXI bens impensáveis para normas originalmente pensadas no século XIX. Admitindo que o positivismo legal clássico deve ser substituído pelo personalismo e que a justiça deve prevalecer sobre a letra do texto legal (PERLNGIERI, 2008a, p.54), o hermeneuta perceberá o quanto é sem sentido, com a excessiva valorização da regra da coexistência estampada no art. 1798 do Código de 2002, privar um filho dos seus direitos sucessórios exclusivamente por ter sido concebido por meio de reprodução assistida após a morte do genitor. Valendo-se de critérios hermenêuticos inovadores, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação (PERLNGIERI, 2008b, p.03-04), o aplicador da norma sucessória perceberá que a declaração de nulidade de um testamento por vício formal, notadamente nos casos em que se pode demonstrar por outros meios a autenticidade e a veracidade da manifestação de última vontade, é medida desproporcional para os fins aos quais se destina o formalismo testamentário.

Luiz Edson Fachin (2015, p.145) aponta que a diferenciada hermenêutica, presente na dimensão prospectiva da constitucionalização do direito civil, tem um potencial transformador e emancipatório, cuja maior contribuição “pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto”. Desse modo, na permanente tensão dialética entre a norma e o fato, resulta-se na constante reinvenção e renovação do direito. Em relação à herança, tais constatações se relacionam diretamente com a função expressiva do direito das sucessões. Segundo a teoria da função expressiva do direito, não apenas as concepções sociais influenciam as normas jurídicas, mas a recíproca também é verdadeira. De acordo com Cass R. Sunstein (1996, p.2024), a função expressiva do direito consiste em a norma jurídica passar determinada mensagem, em vez de diretamente controlar comportamentos. As atitudes que as pessoas tomam e as crenças que elas desenvolvem muitas vezes são decorrentes daquilo que a lei diz; dessa

forma, da função expressiva do direito decorrem os efeitos das normas jurídicas nas normas sociais prevalentes. Assim, muitas vezes a mensagem passada pela lei é pensada como uma forma de dar novos direcionamentos às normas sociais (SUNSTEIN, 1996, p.2051). Em decorrência da função expressiva do direito, as preferências pessoais são afetadas pelas normas jurídicas existentes. Ilustrando o fenômeno, determinada visão social a respeito do aborto ou do consumo de certas drogas certamente é influenciada pelo fato de, naquela jurisdição, tais práticas serem permitidas ou criminalizadas. Gary E. Spitko (1999, p.1099-1101) trouxe para o direito das sucessões a noção de função expressiva do direito, ressaltando as mudanças nas normas culturais que podem ser provocadas pelo direito hereditário. Segundo o mencionado autor, o direito tem um grande potencial de ensinar ou reforçar valores; aqueles sujeitos que sentem os efeitos das normas jurídicas, em si mesmos ou nos outros, acabam aprendendo a quem o ordenamento jurídico respeita e quem ele ignora, bem como quem recebe da lei privilégios ou desvantagens. Conforme Spitko, as normas jurídicas sobre sucessão *ab intestato* não apenas refletem, mas também ajudam a moldar e a manter as normas sociais sobre família. A título ilustrativo, Spitko conclui especificamente afirmando que, com a extensão de direitos hereditários em favor de parceiros do mesmo sexo, o direito das sucessões pode contribuir para a mudança de como a sociedade enxerga os homossexuais e as lésbicas, além da forma como essas pessoas enxergam a si mesmas. Em se tratando de Brasil, em um cenário no qual a legislação infraconstitucional permanece presa às amarras do civilismo oitocentista, a hermenêutica sucessória desempenha papel emancipatório significativo sob uma perspectiva da função expressiva: apesar de a lei não dizer isso, quando o Judiciário reconhece que alguém é herdeiro do seu parceiro de mesmo sexo, a mensagem passada à sociedade é que ali há um vínculo merecedor de reconhecimento.

Proposta sustentada por Luiz Edson Fachin (2015, p.121) para o avanço da dimensão prospectiva do direito civil é “a hipótese de um direito jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais, nos princípios como norma vinculante”; na busca da solução correta para os casos concretos, encontra-se na balança o desafio entre justiça e segurança jurídica, almeja-se que o juiz permaneça atento à vedação do retrocesso, aos mandados de otimização e aos imperativos de tutela. Surge aqui novamente a im-

peratividade de superação definitiva da racionalidade codificadora – que afirma um Código dotado de verdade absoluta, um dogma a ser seguido e jamais questionado, um direito ideal e racional, isento de transformações, pretensamente científico (FACHIN, 2015, p.149). Desse modo, a proposta consiste na elaboração dialética de princípios hábeis a concretizar a dignidade da pessoa humana no plano de suas relações privadas. Luiz Edson Fachin (2015, p.171-173) exemplifica a sua proposta com alguns princípios, como o do acesso, o da não discriminação, o da solidariedade, o da equidade substancial, o da inserção social, o do primado de deveres e interesses de ordem pública, o da unidade do sistema jurídico, o da preponderância eficaz, o da garantia das situações jurídicas adquiridas e, por fim, o da informação; segundo o referido autor, “esse elenco contém somente um rol não hierarquizado de formulações que podem contribuir com a segurança jurídica material das relações interprivadas”. É perfeitamente possível verificar a aplicação dos mencionados princípios ao fenômeno sucessório – que tem essência eminentemente relacional (KREICZER-LEVY, 2012, p.506) –, de modo a concretizar a constitucionalização da herança. Para os fins a que se propõe o presente estudo, e por limitações de espaço, na sequência serão suscitadas reflexões sobre 03 dos referidos princípios.

Uma sucessão *causa mortis* governada pelo princípio do acesso demanda uma reformulação do acesso ao *status* de sujeito do fenômeno sucessório, bem como do acesso aos bens da vida que são transmitidos postumamente, levando em consideração, de um lado, o problema supramencionado da concentração de riquezas e, de outro lado, que o acesso à herança é internacionalmente reconhecido como mecanismo de empoderamento econômico e social, especialmente das mulheres, e de combate à pobreza, especialmente em relação a grupos vulneráveis (UN, 2005, p.66; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). Também se deve pensar no direito das sucessões à luz do acesso à justiça, tanto em sentido formal quanto em sentido substancial; isso envolve a estruturação de mecanismos que revertam a notória morosidade na prestação jurisdicional sucessória, cuja demora compromete significativamente o exercício do direito fundamental estampado no art. 5º, XXX da Constituição.

A herança orientada pelo princípio da não discriminação determina que o intérprete negue merecimento de tutela a disposições consti-

tucionais discriminatórias e odiosas. Também proíbe qualquer tentativa de atribuição de direitos sucessórios mais benéficos a homens do que a mulheres – seja formalmente, seja substancialmente, ou seja, quando a aplicação da norma se revelar na prática desfavorável majoritariamente às mulheres. É o caso, ilustrativamente, do abandono do cônjuge ou companheiro em situação de enfermidade, situação em que na maioria absoluta das vezes são os homens abandonando suas esposas ou companheiras doentes. Inexiste atualmente uma norma específica autorizando a deserção entre cônjuges nessas circunstâncias – apesar de o vazio se aplicar igualmente a qualquer casal, são as mulheres abandonadas que vivem na realidade o ônus dessa situação, e são os homens que acabam recendo herança daquela pessoa que eles abandonaram. O princípio da não discriminação também proíbe que sejam invisibilizadas e marginalizadas, em matéria hereditária, aquelas opções de vida e de relacionamento que fogem à tradicional lógica heteronormativa. Disso decorre em primeiro lugar que esses vínculos, embora não tradicionais, devem ser reconhecidos como sucessoriamente relevantes; e, em segundo lugar, que a eles sejam aplicadas normas de vocação hereditária que atendam satisfatoriamente às suas estruturas e dinâmicas, e não apenas que seja utilizada uma vocação hereditária que, pensada para um modelo específico de família, pode se mostrar insuficiente para famílias estruturalmente distintas.

Um direito das sucessões conformado pelo princípio da solidariedade deve se atentar à quádrupla dimensão dele decorrente – coexistencial, familiar, social e intergeracional. Ele deve se atentar à responsabilidade coexistencial entre os sujeitos do fenômeno sucessório – seja entre o sucedido e o sucessor, seja em relação aos sucessores entre si. O sucedido e o sucessor não exercem papéis antagônicos, mas de complementaridade para o sucesso do projeto sucessório; do mesmo modo, os sucessores devem colaborar para o desfecho célere e adequado da formalização da transmissão hereditária. Tal tema reclama maior aprofundamento no estudo da incidência da boa-fé sobre o direito das sucessões, o que aqui não se faz por limitação de espaço. Do mesmo modo, tendo o constituinte brasileiro optado pela família como base da sociedade, o direito das sucessões deve se atentar para a herança funcionalizada à proteção e à promoção da personalidade dos familiares do *de cujus*. (Ressalte-se que aqui não se usa uma concepção engessada de família.) Disso decorre que os constantes

clamores pela abolição da sucessão forçada ou por sua redução a hipóteses restritas – clamores estes embasados numa visão aparentemente saudosa do voluntarismo oitocentista, que excessivamente prestigia a autonomia privada testamentária – parecem severamente anacrônicos. Por fim, considerando os efeitos da herança para o aumento das desigualdades sociais – que se tornam cada vez mais perversos geração após geração, em razão das consequências da agregação –, o direito das sucessões deve pensar o que a transmissão póstuma de riqueza gera de benefícios e de prejuízos para o presente e para o futuro, para que de tal reflexão se obtenham o sentido, o alcance e os limites dos direitos sucessórios.

6. CONCLUSÃO

No presente artigo, estudou-se a constitucionalização do direito das sucessões. Em primeiro lugar, descreveu-se a transição do direito civil oitocentista para o direito civil-constitucional. Observou-se que este último decorre do processo de constitucionalização de todo o ordenamento, com a admissão da força irradiante das normas constitucionais, superando-se a *summa divisio* entre o direito público e o direito privado. Assim, compreendeu-se que, em um paradigma neoconstitucionalista, a constituição tem supremacia, no sentido de se encontrar no ápice do sistema normativo, servindo de parâmetro formal e material para todas as normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Nesse contexto, notou-se que a concepção tradicional, que via no Código Civil o centro do sistema de direito privado, resta superada pela ideia de que também as relações entre particulares passam a sofrer a influência das normas constitucionais. Percebeu-se ainda que tal transição representa a superação de um direito civil patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações. Em um direito privado constitucionalizado, os institutos civilistas clássicos são reconstruídos à luz da tábua axiológica constitucional, de modo a proteger e promover a pessoa humana e a realizar o projeto de sociedade previsto na Constituição. Depreendeu-se ainda que a constitucionalização do direito civil engloba uma tríplice dimensão, qual seja, a formal, a material e a prospectiva.

Conceituou-se que a dimensão formal da constitucionalização do direito civil significa a positivação (não necessariamente expressa) de institutos clássicos de direito privado na Constituição e na legislação infra-

constitucional. Observou-se que o art. 5º, XXX do texto constitucional expressamente garante à herança. Inferiu-se que se trata de direito fundamental, dotado da natureza de cláusula pétrea, que engloba uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, com diversas consequências para a conformação da atuação dos poderes públicos. Argumentou-se que se trata de direito titularizado tanto pelo sucessor (direito a deixar herança) quanto pelo sucedido (direito a receber herança). Depreendeu-se que a herança presente na Constituição deve conformar a interpretação da sucessão *causa mortis* infraconstitucional, jamais devendo se adotar o caminho hermenêutico contrário. Observando-se o Código Civil de 2002, concluiu-se que se tratou de uma resposta insatisfatória à constitucionalização do direito das sucessões. Percebeu-se que o direito sucessório codificado permanece patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações. Por outro lado, notou-se que na legislação especial há normas com potencial de concretizar a constitucionalização da herança, como a lei do alvará e a lei que autoriza em alguns casos a realização do inventário extrajudicial.

Definiu-se que a dimensão substancial da constitucionalização do direito das sucessões se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos, que se irradia sobre todo o ordenamento, em especial sobre as normas infraconstitucionais que versam sobre a herança, notadamente aquelas previstas no Código Civil. Estabeleceu-se que a sucessão *causa mortis* deve ser repensada à luz dos fundamentos e objetivos constitucionais, em especial a proteção à dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a eliminação da discriminação etc. De tais premissas, deduziu-se que à herança deve ser reconhecida uma função social, inclusive para compatibilizá-la, enquanto mecanismo comprovadamente relacionado com a concentração de riqueza, com o restante da tábua axiológica constitucional. Do mesmo modo, inferiu-se que a regra rígida, universal e abstrata de reserva de 50% do patrimônio hereditário em benefício dos herdeiros necessários tanto contraria uma renovada hermenêutica constitucional quanto pode acabar sendo disfuncional quando tal fração for pequena demais ou grande demais para os fins a que se destina. Percebeu-se que também as disposições dos testamentos devem passar por um juízo de merecimento de tutela à luz da Constituição, não merecendo cumprimento aquelas manifestações

de última vontade que contrariem princípios constitucionais, como por exemplo aquelas cláusulas testamentárias fundadas em discriminação de gênero ou de raça. Semelhantemente, notou-se que a aplicação acrítica da rígida ordem de vocação hereditária – e dos seus princípios orientadores, especificamente o da preferência de classes e o da preferência de graus dentro de cada classe – pode resultar em situações concretas nas quais acabam preteridas pessoas cuja proteção é expressamente ordenada pela Constituição, como os ascendentes idosos. Também se discutiu a importância da discricionariedade judicial em matéria sucessória para garantir o respeito da norma sucessória a diversos princípios constitucionais, como por exemplo o da isonomia entre entidades familiares (em especial para reconhecer aqueles vínculos hereditariamente relevantes que são invisibilizados pela lei) ou da isonomia material entre os sucessores (notadamente para proteger aqueles herdeiros em situação de excepcional necessidade).

Conceituou-se a dimensão prospectiva da constitucionalização do direito privado como aquela que se funda na constante reconstrução de conceitos e institutos jurídicos, decorrente da força criativa dos fatos sociais. Partindo da observada insuficiência da legislação hereditária infra-constitucional, em especial do Código Civil, para atender às demandas impostas pela tábua axiológica constitucional, depreendeu-se o acentuado papel do intérprete para reconstruir, à luz da Constituição Federal e dos fatos sociais que transformam substancialmente a sucessão *causa mortis*, os significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática sucessória. Defendeu-se que devem ser criticamente reconstruídas, à luz da tábua axiológica constitucional, as concepções de herança, de sucedido e de sucessor. Notou-se a possibilidade aberta por essa dimensão prospectiva de até mesmo contrariar o sentido originalmente dado pelo legislador para determinados conceitos jurídicos, se a aplicação daquela ideia inicial contrariar os princípios constitucionais vigentes; ilustrou-se tal ideia como o caso da família legitimada a suceder, que atualmente engloba modelos não tradicionais, a exemplo das uniões entre pessoas do mesmo sexo, tradicionalmente excluídas da lei em sentido estrito mas incluídas na proteção sucessória pela via interpretativa. Nesse mesmo sentido, observou-se o potencial emancipatório da hermenêutica; em relação à função expressiva do direito das sucessões – a influência da norma he-

reditária sobre a percepção social –, quando o intérprete atribui herança a determinadas pessoas invisibilizadas pela lei, acaba também por modificar a forma como tais sujeitos são socialmente percebidos. Por fim, sustentou-se a superação da racionalidade codificadora e da sua pretensão de completude, argumentando-se a favor de um direito das sucessões eminentemente jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais, mais apto a fornecer a resposta adequada para cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição, 4ª tiragem. Tradução da 5ª edição alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. **Michigan Law Review**, n. 89, 1990.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **O papel do sistema de heranças na desigualdade brasileira**. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/entities/publication/49ec4946-5f44-45dd-ae67-88f35b-0bebc9>. Acesso em 04 de setembro de 2025.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 44, out/dez 2010.

DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005.

EVANGELISTA, Daniel Farina de Souza Coelho. **Herança, desigualdade e tributação: transferências intergeracionais de riqueza, imposto sobre herança e economia política**. TCC (Bacharelado em Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Antheia Aquino. Heranças: sua forte influência na perpetuidade das desigualdades, o sentido de sua tributação na teoria liberal igualitária e a persistente má vontade do legislador brasileiro para tributá-las. **Revista de direito internacional econômico**, v. 17, n. 2, 2022.

HALLIDAY, Daniel. **Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath**. Oxford, England: Oxford University Press, 2018.

HENRY, Orly. If you will it, it is no dream: balancing public policy and testamentary freedom. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, vol.6, n.1, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família**. 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999.

KORNSTEIN, Daniel J. Inheritance: a Constitutional Right. **Rutgers Law Review**, vol. 36, 1984.

KREICZER-LEVY, Shelly. Religiously inspired gender-boas disinheritance – what’s law got to do with it. **Creighton Law Review**, vol. 43, 2010.

KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, vol.46, n.3, 2012.

LISCOW, Zachary. Reducing inequality on the cheap: when legal rule design should incorporate equity as well as efficiency. **The Yale Law Journal**, n.123, 2014.

LISCOW, Zachary. Is efficiency biased? **The University of Chicago Law Review**, n.85, 2018.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; PEREIRA, Jacqueline Lopes. A sucessão dos colaterais e o direito das famílias contemporâneo. **Revista brasileira de direito civil**, v. 32, n. 4, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, vol.19, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.

MOTA, Ana Catarina de Marinheiro. **Sucessão de bens digitais: a admissibilidade da herança digital**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, 2022.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The Myth of Ownership: Taxes and Justice**. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. O fim da hierarquia familiar? As novas interpretações para o direito das sucessões a partir da redefinição dos conceitos de família e seu impacto na codificação civil. **Revista de direito de família e sucessões**, v. 5, n. 1, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 11 jun. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances, t.4: las sucesiones**. Traducción española por Mario Diaz Cruz.

Habana: Cultural, 1933.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Regugnetti. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.9, n.25, 1979.

RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.17, n.113, out.2015/jan. 2016.

READ, Harlan Eugene. **The Abolition of Inheritance**. New York: The MacMillan Company, 1918.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 37, n. 1, 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **Civilistica.com**, a. 10, n. 1, 2021.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões, volume 7**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Cosmira; FRANCO, Waldir. Herança digital: a (im)possibilidade da transmissão dos bens digitais. **Revista ibero-americana de humanidades, ciências e educação – REASE**, v. 9, n. 5, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. – 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares**. 2021. Disponível em: <https://www.schreiber.adv.br/downloads/familias-simultaneas.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2025.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD-**

Civil, v. 10, out/dez 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. **Arizona Law Review**, vol. 41, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, vol.144, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n.28/29, jul/dez. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro 2000.

UN MILLENNIUM PROJECT. **Report to the UN Secretary-General. Investing in development: a practical plan to achieve the Millennium Development Goals**. 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTSR/Resources/MainReportComplete-lowres%5B1%5D.pdf>. Acesso em 11 jun. 2019.

'Notas de fim'

1 A este respeito, menciona-se Daniel Sarmento (2008 p.105), que sucintamente afirma: "Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de 'Notas de fim'

1 A este respeito, menciona-se Daniel Sarmento (2008 p.105), que sucintamente afirma: "Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política".

2 Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, recomenda-se o artigo "A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança" (RIBEIRO, 2021).

3 Como Luiz Edson Fachin (2015, p.44-47) observa, o Brasil teve duas codificações dentro e fora do seu tempo. O Código de 1916 foi um produto do século XIX, enquanto o Código de 2002 foi produto de um pensamento sistematizado na década de 1970 "de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988". A codificação de 2002 manteve substancialmente a estrutura da anterior, além de preservar a sua proposição de completude e os seus limites conceituais decorrentes da racionalidade codificada-ra.

4 "Ao lado da debilidade na densificação do projeto constitucional, o evento da vigência em 2003 do Código Civil brasileiro se alinha, em boa parte, com a presentificação do pretérito e sem grandes contributos à realidade efetiva do programa constitucional. Seria, de qualquer modo, demandar mesmo excessivamente à codificação. Se o Código Civil brasileiro não foi uma resposta contra o valor jurídico da constitucionalização, e realmente não se pode atribuir esse alvo à codificação, também não se transformou, ele mesmo, em extraordinário instrumento de realização constitucional, eis que seu ideário foi moldado sob outra ordem" (FACHIN, 2015, p.75).

5 Será visto na sequência que já havia, fora do Código, legislação editada especificamente para atender à mencionada demanda.

6 "Neste caso, o Direito foi cientificamente concebido na busca pela regulamentação dos fatos sociais por estruturas transpessoais, naquilo que se denominou de Estado, e que elaboraria leis abstratas para prever e orientar as pessoas segundo um juízo de dever ser das condutas humanas. Os fatos redesenhados em conceitos se tornam gerais e abstratos compondo as leis, e, do estudo destas, inaugurar-se-ia, pois, uma nova ciência, que desvinculou fato e norma, tomando esta por objeto. Eis aí uma notável cisão." (FACHIN, 2015, p.40).

7 Artigo 18, § 2º do Decreto-lei 3.438 de 1941.

8 Artigo 611 do Código de Processo Civil de 2015.

9 Semelhantemente, Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.312) afirma que a funcionalização outorga um feixe unificado de direitos, deveres, poderes e faculdades ao titular de um direito, para que este seja regularmente exercido em conformidade com sua finalidade social. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p.317) relaciona a ideia de interesse social à noção de "distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres".

10 A solidariedade familiar, por sua vez, decorre especialmente (a) do dever geral constitucional de solidariedade; (b) da solidariedade intergeracional; e (c) de a família

ser a base constitucional da sociedade.

11 Uma disposição testamentária nesse sentido não parece impossível no contexto de acentuado “conservadorismo nos costumes” pelo qual passam determinados setores da sociedade brasileira.

12 Código Civil de 2002, Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

13 Constituição Federal de 1988, art. 227, caput.

14 Constituição Federal de 1988, art. 229, primeira parte.

15 Constituição Federal de 1988, art. 229, segunda parte.

16 Constituição Federal de 1988, art. 230, caput.

17 Ilustrativamente, quando dois irmãos dividem a residência, mantém uma economia conjunta e um vínculo de dependência – financeira ou emocional – entre si. Se um deles morrer deixando filhos, toda aquela relação de afeto, cuidado e manutenção econômica é invisibilizada, sendo irrelevante hereditariamente à luz das regras codificadas.