

O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?

André Luiz Arnt RAMOS*

Marcos Jorge CATALAN**

RESUMO: A revisitação de artigo outrora publicado no quadragésimo quarto número da RTDC serviu como lente nesta tentativa de aferir a atualidade de algumas das idiosincrasias que impregnam o modelo de sucessão forçada vigente, desde sempre, no Brasil. O mapa que ela ajudou a decodificar sugere transitar por alguns dos limites e possibilidades de sua crítica – de crítica, ratifique-se, à sucessão imposta pelo Direito pátrio –, ao permitir identificar a absurda impertinência das eleições feitas pela codificação civil vigente, mormente, quando o olhar atento dirigido ao seu interior permite ver, com clareza, o atrito provocado pelo contato das velhas escolhas dogmáticas com a epistemologia que informa o Direito Civil renovado pelo contato com ares contemporâneos e com questões que não importam apenas à Sociologia ou à Estatística. Ao final, assumindo perspectiva que busca ser crítica, são alinhavados alguns apontamentos ensaísticos no horizonte das possibilidades do Direito Civil brasileiro, notas que reforçam a necessidade – talvez, a imperiosidade – de repensar a sucessão forçada no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão legítima; liberdade; dignidade humana; direito civil contemporâneo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Revisitando alguns dos porquês do modelo sucessório brasileiro; – 3. A realidade (jurídica e socioeconômica) brasileira em breves lustros; – 4. Elementos para uma revisão do modelo sucessório brasileiro: à guisa de conclusão; – Referências.

TITLE: *The Perpetual Return: A Critique of Brazilian Succession Law*

ABSTRACT: *The following article revisits and reassesses a research paper published in the forty fourth number of the extinct Quarterly Journal of Brazilian Civil Law (RTDC), as a means to scrutinizing forced succession in Brazil, idiosyncratic and outdated as it presents itself. The map thus outlined suggests facing the limits and possibilities of its critique – a critique, may it be clear, of the Brazilian Law of Successions –, by pointing out the absurd impertinence of choices made by Legislators and drafters of the Civil Code in force. This survey demonstrates that a careful look to the Code's interior gears reveals that they grind due to incompatibilities between traditional scholarship dogmas and the epistemology that contemporarily informs and renews Civil Law with matters relevant, among other disciplines, to Sociology and Statistics. In conclusion, brief annotations are presented as to the myriad of possibilities ahead of Brazilian Civil Law. These closing remarks reiterate the urgent need to rethink forced succession in Brazil.*

KEYWORDS: *Forced succession; freedom; human dignity; contemporary civil law.*

* Doutorando e Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador visitante junto ao Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Internacional Privado. Membro do Grupo de Pesquisas Virada de Copérnico. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná. Professor da Universidade Positivo. Advogado em Curitiba. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8649041100567511>. E-mail: a.arntamos@gmail.com.

** Pós-Doutor pela *Facultat de Dret, Universitat de Barcelona*. Doutor *summa cum laude* em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Coordenador adjunto e Professor no Mestrado em Direito e Sociedade da Unilassale e professor da Unisinos. Pesquisador visitante no IUAV (Veneza, Itália). Professor Visitante na *Facultad de Derecho, Universidad de la Republica*, Uruguai. E-mail: marcoscatalan@uol.com.br.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Reconsidering the rasion d'être of Brazilian Succession Law; – 3. Brazilian (legal and socioeconomical) reality: a brief sketch; – 4. Some reasons to reconsider the Brazilian succession model; – List of references.

1. Introdução

A proteção da família – abstrata, transpessoal e concebida como estrutura socialmente relevante – e a manutenção da propriedade privada em seu seio figuram como propósitos que, tradicionalmente, norteiam o Direito Sucessório¹, persistindo, mesmo diante da manifesta constitucionalização do Direito Civil e de transformações sensíveis que tocam a realidade socioeconômica das pessoas em geral, não apenas dos brasileiros: hoje, e cada vez mais, observa-se o crescimento da expectativa de vida da população², de modo que – sem embargo do crescente, embora, talvez, ainda incipiente acesso a mecanismos de preservação patrimonial destinados (ou não) à realização de interesses existenciais –, se herda tarde, ao termo da execução do projeto de vida do sucessor.

Ano	Expectativa de vida ao nascer			Diferencial entre os sexos em anos
	Total	Homem	Mulher	
1940	45,5	42,9	48,3	5,4
1950	48,0	45,3	50,8	5,6
1960	52,5	49,7	55,5	5,9
1970	57,6	54,6	60,8	6,2
1980	62,5	59,6	65,7	6,1
1991	66,9	63,2	70,9	7,8
2000	69,8	66,0	73,9	7,9
2010	73,9	70,2	77,6	7,4
2015	75,5	71,9	79,1	7,2

Tabela 1 - Expectativa de vida ao nascer - Brasil - 1940/2015³

¹ BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBDC*, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 74. “O Direito das Sucessões brasileiro foi construído sobre duplo fundamento: o direito de propriedade e a proteção à família. Do ponto de vista patrimonial, tem *status* de direito fundamental, conforme art. 5º, XXX, da Constituição Federal. Por seu turno, a proteção à família, como causa justificadora do direito à herança, encontra base na norma ordinária que estipula o rol de herdeiros com base nas relações de parentesco e conjugalidade”.

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015*: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. 7. Disponível na Internet via: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf>. Última consulta em 21.02.2018. “No processo de transição demográfica brasileira destaca-se que, desde o século XIX até meados da década de 1940, o Brasil caracterizou-se pela prevalência de altas taxas de natalidade e de mortalidade, principalmente a mortalidade nos primeiros anos de vida. A partir desse período, com a incorporação às políticas de saúde pública dos avanços da medicina, particularmente os antibióticos recém-descobertos no combate às enfermidades infectocontagiosas e, importados no pós-guerra, o país experimentou uma primeira fase de sua transição demográfica, caracterizada pelo início da queda das taxas de mortalidade”.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015*: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. 8. Disponível na Internet via: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf>. Última consulta em 21.02.2018.

A vida de ricos e pobres mudou. O Direito – sobretudo o Direito Civil – esmera-se para acompanhar tais mudanças; as Sucessões, ao que parece, teimam em se refugiar em uma espécie de espelho invertido da Terra do Nunca⁴.

Nessa ordem de ideias, importa revisitar a questão de *a que(m) serve o Direito Sucessório*, outrora trabalhada em 2010, no texto *Direito das Sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira*, publicado no quadragésimo quarto número da saudosa Revista Trimestral de Direito Civil, buscando, inicialmente, passar em revista as idiossincrasias do modelo de sucessão forçada, historicamente vigente no Brasil, para depois e, em breves lustros, sinalizar limites e possibilidades de sua crítica. Isso, sempre e evidentemente, à luz da tríplice constituição do governo jurídico das relações interprivadas – inclusive da Sucessão –, com ênfase nas dimensões substancial e prospectiva do fenômeno⁵.

Antecipe-se, enfim, que a presente investigação, vertida em termos prescritivos (não se pretende descritiva), se propõe a escrutinar a (im)pertinência do modelo brasileiro de sucessão forçada, um modelo alocado, hodiernamente, em cenários compostos a partir da sobreposição de elementos capturados nas páginas dos diários que narram a História do Direito Civil contemporâneo a outros empiricamente recortados nos álbuns que retratam uma pequena parte do dia a dia do povo que habita o território simbolicamente tingido de verde e amarelo. Sucessivamente, assumindo perspectiva pretensa e intencionalmente crítica, o texto busca alinhar alguns apontamentos ensaísticos relativamente às perspectivas que, no limite da atuação da literatura especializada⁶, acabam por ser desenhados em um dos muitos horizontes de possibilidades da comunidade jurídica brasileira.

⁴ Na obra de J. M. Barrie, a Terra do Nunca é um lugar remoto, dentre cujos habitantes alguns nunca envelhecem – o exemplo mais notável é Peter Pan, que se recusava a crescer (cf. BARRIE, J. M. *Peter and Wendy*. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gutenberg.org/files/16/16-h/16-h.htm>>. Divulgado em 25.06.2008. Última consulta em 18.02.2018). O *espelho invertido* a que se fez referência está na peculiar tendência do Direito Sucessório Brasileiro em se manter velho, apesar dos fatores descortinados ao longo do texto.

⁵ A promulgação da Constituição de 1988, mais que representar o advento de um renovado Direito Constitucional Positivo (a integrar a *constituição formal* do Direito Civil), fundou toda uma principiologia axiológica (conformadora da *constituição substancial*) e franqueou espaço à atividade hermenêutica centrada na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações entre particulares, à vista não só das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força confessadamente jurígena dos fatos (*constituição prospectiva*). Cf., para mais autorizada explanação: FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, *passim*.

⁶ Está-se a referir à atuação da literatura jurídica no desbravamento dos pouco iluminados confins do Direito Sucessório, mediante, sobretudo, o questionamento de seus dogmas fundantes, como a intocabilidade da legítima. Na vanguarda dessas investigações, estão autores como Carlos Eduardo Pianoski Ruzyk, Eroulths Cortiano Junior, Luiz Edson Fachin, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e tantos outros cujos trabalhos informam o desenrolar do presente trabalho.

2. Revisitando alguns dos porquês do modelo sucessório brasileiro

O escrutínio das raízes históricas e sociológicas do Código Civil de 1916, em larga medida retumbantes também no Código de 2002, denuncia especial ranço conservador na disciplina jurídica formal das relações familiares, fortemente timbradas pelo privatismo doméstico⁷. Alinhavadas à genética religiosa, política, psicológica e familiar das regras de sucessão *mortis causa*⁸, perdem força e sentido nos contextos moderno e contemporâneo, influenciadas pela percepção de que os mortos não são mais enterrados em casa, não há mais um chefe da família imposto pela tradição, o patrimônio foi dissociado do espírito e, ainda, a arquitetura das famílias hodiernas revela-se deveras distinta do único modelo formalmente existente em um passado não tão distante⁹.

É curioso perceber que, paradoxalmente, muito embora o Direito de Família tenha perpassado viragens substantivas que importaram sua transfiguração em *Direito das Famílias*, as Sucessões tardam em romper as amarras patriarcais legadas pelo Código de 1916 e nesse campo:

[a] preocupação pela estabilidade do grupo familiar ostenta-se em traços berrantes. Para facilitar a conservação do patrimônio formado pelo chefe da família e atender à preocupação, muito difundida, de garantir o futuro dos filhos, preservando-os da adversidade ou prevenindo-lhes a estroinice, [...] [o Código] opõe-se [...] ao princípio da livre circulação dos bens, um dos postulados básicos da ordem econômica e social que disciplina no plano das relações privadas. Do mesmo teor é o princípio consagrado da limitação à liberdade de testar, pelo qual metade do acervo hereditário deve pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Nesse particular, o cuidado com a prole resultante de matrimônio apura-se a ponto de determinar importante alteração quantitativa da legítima. O Código não se satisfaz com a terça; exige que a reserva seja de metade¹⁰.

⁷ GOMES, O. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Marins Fontes, 2006. p. 14. É o que sustenta Gomes: “O Código incorpora certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar. (...) Na sua elaboração, enfim, jamais se ausenta aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil”.

⁸ CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *RTDC*, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010. p. 137. Foi dito, em 2010: “A gênese do direito das sucessões parece estar ancorada em quatro principais vertentes: (a) religiosa – os mortos eram cultuados em seus túmulos, escavados em suas antigas moradias; (b) política – em Roma o herdeiro assume a função de chefe do clã familiar; (c) psicológica – por meio da transmissão do patrimônio mantém-se uma aura de imortalidade; e (d) familiar – a manutenção do lar mantém coesos os laços que atam a família”.

⁹ CATALAN, M. *Direito das sucessões: por que e para quem?...*, p. 137-138.

¹⁰ GOMES, O. *Raízes históricas e sociológicas...*, p. 17.

Esse viés, advindo ainda de tempos prévios ao Código de 1916¹¹, denota o enfeixamento de duplo propósito para a Sucessão: a proteção de dada acepção de família – a família transpessoal, ancorada no matrimônio – e a preservação da propriedade privada em seu seio¹².

No dizer de Bevilacqua, trata-se da conjugação, pela via da sucessão legítima, de elementos com matizes individual¹³, familiar¹⁴ e social¹⁵, sendo que,

[t]raduzindo o acordo destes três elementos, o direito sucessório é garantido, nas legislações dos povos cultos, à família e ao Estado, sem ser desconhecida a parte da autonomia indispensável ao homem, para que sejam uma força apreciável na mecânica social. E, assim organizada, a sucessão legítima é um fomento dos sentimentos de pundonor e dignidade, pelo cumprimento de nobre dever, qual é o de trabalhar pelo bem-estar da família; é um fator de consolidação da sociedade doméstica, pelo sentimento de solidariedade que

¹¹ PINTO, A. J. G. *Tractado regular e pratico de testamento e sucessões*. Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1877. p. 3. Ilustrativamente, colaciona-se o parecer de Gouvêa Pinto: “É o verdadeiro e mais bello fundamento do direito de sucessão a perpetuidade do homem na família, e pela família na espécie”, de forma que “seria até imperfeita a sociedade ou governo se nelle não houvesse um meio de transmitir a propriedade da geração presente para a geração futura”.

¹² de WAAL, M. J. A Comparative Overview. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007. p. 2. Diferente não é a lição de Marius de Waal: “Sua função econômica [do Direito Sucessório] – regular a transferência de patrimônio após a morte de uma pessoa – é sustentada pelo princípio da liberdade de testar, o qual dispõe que o sujeito pode, dentro de certos limites, decidir quanto à distribuição de sua propriedade após a morte. A função social do Direito das Sucessões se associa particularmente à manutenção e proteção da família como unidade social. (...) [I]sso explica por que o Direito Sucessório é influenciado por tendências sociais respeitantes à família”. Tradução livre. No original: “*Its economic function – to regulate the transfer of wealth upon a person’s death – is supported by the principle of freedom of testation that holds that a person may, within certain limits, decide on the distribution of his property upon death. The social function of the law of succession is associated particularly with the maintenance and protection of family as a social unit. (...) [T]his explains why the law of succession is influenced by social trends affecting the family*”.

¹³ BEVILAQUA, C. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68. “O elemento individual é, psicologicamente, esse sentimento de afeição, fortemente radicado na família e, particularmente entre progenitores e progênie; juridicamente, é o princípio da autonomia, que deve ser atribuído a cada homem dentro das normas da lei; é o mesmo direito de propriedade que autoriza a disposição dos bens, segundo a vontade do proprietário. Da combinação destas duas orientações, resulta a canalização da vontade na direção do efeito, a submissão da autonomia aos interesses da família”.

¹⁴ BEVILAQUA, C. *Direito das sucessões...*, p. 68. “O elemento familiar procede do fato de ter sido no grêmio da família que o homem trabalhou; de ter sido nas afeições da família que ele hauriu estímulos para afadigar-se na conquista de sua fortuna, sem que o desalento o tolhesse, ainda mesmo naqueles momentos em que o corpo vergava quebrado pelo cansaço; de ter sido na família que lhe facilitaram a aquisição dos bens. O marido adquire pelo trabalho; a mulher conserva pela economia sensata; e os filhos, sabendo que em secundar o labor de seus progenitores, ao mesmo tempo, cumprem um dever de gratidão e se esforçam em proveito próprio, constituem-se auxiliares prestimosos para a criação e consolidação do patrimônio da família. Acrescente-se o sedimento deixado na alma humana, por um longo passado de comunhão no grêmio da família primitiva, sedimento que se traduz por uma predisposição favorável à distribuição do patrimônio entre os próximos parentes, e ter-se-á reconhecido o poder deste elemento familiar”.

¹⁵ BEVILAQUA, C. *Direito das sucessões...*, p. 69. “O elemento social é a expressão do fato de que, da organização social, o indivíduo recebe a garantia de seus interesses; e de que no meio social, desenvolve as múltiplas formas de sua atividade em consonância como modo de ser do grupo político, a que pertence, e com o qual se sente solidário em muitas relações da vida”.

desenvolve entre os seus membros; é propulsor econômico além disso, e escola de moral prática¹⁶.

Sucedo, contudo, que, na incessante travessia dos tempos de que fala Giselda Hironaka¹⁷, esse duplo *telos* do Direito Sucessório se desfez tal qual a névoa que ao repousar delicadamente sobre uma planície, não pode evitar o movimento impulsionado pelo sol ao amanhecer. É dizer: o ocaso do matrimônio como modelo primacial de organização familiar e a correlata consagração de um sem número de moldes delineadores da vida familiar e, ainda, a igualdade de gênero e de filiação de qualquer origem, entre outras importantes viragens havidas no Direito brasileiro, forçam o reconhecimento de que este “não mais tutela a família ensimesmada, mas a pessoa, que pode (ou não) se inserir em um agrupamento familiar”¹⁸.

Ademais, “na contemporaneidade, assiste-se a um afrouxamento dos laços familiares, caracterizado por filhos que logo se afastam da casa paterna e pouco fruem dos bens da família”¹⁹, um diagnóstico, aliás, que quase nada destoa daquele efetuado em 2010, ocasião na qual se afirmou ser necessário

questionar nesse momento que família pretende-se perpetuar, haja vista que na contemporaneidade, [a ideia de família] tem passado por profunda mudança e [ela] não mais pode ser vista como simples comunidade de produção. Hoje se encontra lastreada no afeto [melhor, na afetividade]. As relações são muito mais instáveis que outrora e as famílias assumem configurações geométricas distintas daquelas existentes no passado²⁰.

Daí decorre que “a primeira finalidade do modelo da sucessão forçada [*rectius*: do modelo sucessório brasileiro de modo geral], portanto, resta obsoleta. A tutela da pessoa – a promoção de suas potencialidades individuais – pressupõe respeito a sua liberdade existencial [...] e patrimonial”²¹. Assim, o vetusto projeto da preservação da família institucional, mediante manutenção da propriedade privada no seio familiar cai

¹⁶ BEVILAQUA, C. *Direito das sucessões...*, p. 69.

¹⁷ HIRONAKA, G. M. F. N. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *RFDUSP*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006.

¹⁸ ARNT RAMOS, A. L., CORTIANO JUNIOR, E. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *REJUS-UNIVEL*, n. 4, p. 41-73, maio 2015. p. 50.

¹⁹ PIANOVSKI RUZYK, C. E.; PINHEIRO, R. F. O direito de família na constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões. In: CONRADO, M. M.; PINHEIRO, R. F. (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 431

²⁰ CATALAN, M. *Direito das sucessões: por que e para quem?...*, p. 140-141.

²¹ ARNT RAMOS, A. L., CORTIANO JUNIOR, E. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro..., p. 51.

por terra. A própria semântica da *sucessão legítima*, aliás, mostra-se avessa ao contexto que a circunda, vez que remete à *família legítima*²², sintagma sabidamente repudiado pela comunidade jurídica brasileira, sob o pálio das normativas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a vida familiar, consoante sinaliza Maria Celina Bodin de Moraes:

Famílias democratizadas nada mais são do que famílias em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada. Para a concretização desse processo, o que mais cumpre ressaltar é a sua pluralidade: o fenômeno familiar não é mais unitário, tendo deixado o casamento de servir de referência única do grupo familiar. Como se viu, depois de 1988, foram expressamente admitidas entidades diversas e a Constituição reconheceu, em rol exemplificativo, estruturas diferenciadas de relacionamentos familiares, de modo que outras entidades se tornaram possíveis e até mesmo desejáveis²³.

Fosse pouco, a lição de Silva Marques, gizada há mais de um século, preserva, integralmente, sua pungência, reforçando a percepção de que a sucessão legítima carece, hodiernamente, de sustentação, haja vista o fato de que a perspectiva de herdar pelo simples fato de ser herdeiro legítimo ou necessário “produz males em vez de benefício”, pois, usualmente, alenta o ócio dos sucessores reais ou potenciais²⁴. Eis, aqui e então, mais um aspecto a ser contabilizado na reapreciação crítica da pertinência do modelo de Direito Sucessório brasileiro, alinhavado a partir de sua justificativa pelo viés da família e da correlata necessidade de funcionalizá-la à tutela de cada um dos seus.

E as coisas não são diferentes no que diz respeito à propriedade privada, malgrado seja célebre e marcante a frase de Washington de Barros Monteiro, segundo a qual “sem herança, incompleto se tornaria o direito de propriedade”²⁵: o alardeado pretexto de proteger e preservar o direito de propriedade se faz mediante gravíssima restrição à

²² CARBONERA, S. M. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: BEZERRA DE MENEZES, J. e MATOS, A. C. H. (Orgs). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36-37. A propósito da família legítima, interessa o relato de Carbonera: “o referido Código [Civil de 1916], em nome da busca de segurança jurídica, compreenda aqui como previsibilidade de resultados, promoveu a descrição pormenorizada de todos os aspectos formativos e caracterizadores das relações jurídicas familiares. O desenho traçado revelou um modelo de família legítima, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e transpessoal, fundada em um vínculo matrimonial indissolúvel, na indissociabilidade entre a relação conjugal e a paterno-filial, com papéis familiares inflexíveis e com destaque à proteção da consanguinidade na filiação. (...) Em um sentido mais amplo, o binômio legitimidade/ilegitimidade determinava de que forma as relações e os papéis a elas deferidos seriam preenchidos e desempenhados. Assim sendo, a regulamentação jurídica dos papéis atribuídos às pessoas dependia, sobretudo, ‘da função que, em abstrato, o próprio sistema define’”.

²³ BODIN DE MORAES, M. C. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013. p. 593.

²⁴ SILVA MARQUES. *Princípios de sucessões*. Rio de Janeiro: Benjamin de Águila, 1915. p. 60.

²⁵ MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.

faculdade de disposição sobre a coisa, certamente, o mais distintivo dos poderes dominiais, desprezando que

as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver são próprias da [titularidade dominial] e a sua relativização está relacionada com a necessidade de se atribuir uma função social e orientar as condutas pela boa fé [embora], limitar esse direito pela imposição do obrigatório repasse de metade da herança a herdeiros legítimos não revela nenhuma função social, [longe disso], invade, em excesso, o núcleo do direito de propriedade²⁶,

ao mesmo tempo em que se revela impregnada pelo critério formalista de que *tal é o prescrito pela lei*, passando ao largo de reflexões deontológicas e de verificações empíricas. Vale dizer: sem prejuízo de denotar uma deferência exclusiva à autoridade²⁷ do legislador e de suas – nem sempre claras – razões, a justificação da sucessão forçada pela via da defesa da propriedade carece de demonstração empírica e acusa grave descompasso com os vieses antiformalistas que marcam a Teoria do Direito ao menos desde a metade do século XX²⁸. Argumento débil, cuja inconsistência se põe integralmente a desnudo quando apreciado em conjugação com a finalidade de preservação da família, vez que, conforme esmiuçado anteriormente, “a proteção da família distancia-se do conceito de núcleo de produção e acumulação de patrimônio

²⁶ BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos..., p. 87.

²⁷ A própria acepção tradicional e monolítica de *autoridade* é alvo de objeções diversas, a exemplo da posição de RAZ, J. El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. Trad. Paula Gaido. *DOXA*, v. 29, p. 141-175, 2006. *passim*. Noutro viés, mas relativamente à mesma questão, embora com menos ênfase à semântica da *autoridade* à pragmática da força das decisões jurídicas, Wroblévski registra que “as decisões vinculantes *ex auctoritate* seriam melhor justificadas se fossem aceitas não apenas por causa da sua autoridade, mas por conta das razões formuladas em sua justificação, isto é: sua racionalidade é que deveria ser vinculante”. Tradução livre. No original: “*the decisions binding ex auctoritate would be best justified if they were accepted not only because of their authority but because of the reasons formulated in their justification, that is, it should be their rationality that binds*” (WROBLÉVSKI, J. *The judicial application of the law*. Dordrecht: Kluwer, 1992. p. 255).

²⁸ Cite-se, por exemplo, o problema da *penumbra*, amplamente trabalhado por Hart (depois, por Ross, Schauer, Dworkin, MacCormick, Nino e tantos outros): “Se uma penumbra de incerteza envolve toda norma jurídica, então sua aplicação a casos específicos na zona de penumbra não podem ser uma questão de dedução lógica, pelo que o raciocínio dedutivo, que, por longo tempo, foi considerado como o mais perfeito dos raciocínios humanos, não pode servir de modelo para a atuação de juízes, ou bem qualquer pessoal, na aplicação de normas gerais a casos particulares. Nesta área, as pessoas não podem viver apenas pela dedução. Por consequência, se os argumentos e decisões jurídicos de questões cinzentas devem ser racionais, então sua racionalidade deve estar em algo diverso de uma relação lógica a premissas”. Tradução livre. No original: “*If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone. And it follows that if legal arguments and legal decisions of penumbral questions are to be rational, their rationality must lie in something other than a logical relation to premises*” (HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 64).

para ser vista como ambiente de realização pessoal e de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros”²⁹.

Nesse mesmo viés, há quem advogue, ainda, a sustentação do modelo sucessório brasileiro na textualidade do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, regra que dispõe ser “garantido o direito de herança”³⁰, embora não pareça ser essa a resposta mais adequada, visto tratar-se não de um direito público subjetivo – sindicável, portanto – à herança ou à determinada porção do patrimônio do sucedido, pelo simples fato de haver relação biológica ou afetiva³¹, mas, propriamente, de uma garantia e de um direito de defesa, de limite à atuação do Estado, no sentido de algo que não pode ser suprimido pelos poderes constituídos.

Esse é, aliás, o sentido que se dá ao semelhante artigo 14 da Lei Fundamental de Bonn³², à cuja hermenêutica se costuma remeter em busca de paralelos e contrastes com a interpretação constitucional brasileira. É o que revela o parecer de Epping, em seu clássico comentário e em leitura referendada pelo Tribunal Constitucional Alemão: o “art. 14 GG é um direito fundamental com duas eficácias estritamente separáveis. De um lado, funciona como garantia; de outro, como um direito de defesa individual”³³.

O direito à herança no ordenamento jurídico brasileiro é direito fundamental, previsto expressamente no art. 5º, XXX. Esta [regra] resguarda o direito das pessoas em face do poder público, não se permitindo sua extinção, como já ocorreu, ainda que por curto

²⁹ BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos..., p. 75.

³⁰ OLIVEIRA, Euclides. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

³¹ O parecer de Sonnekus acena exatamente nesse sentido: “A regra da conhecida parábola do Novo Testamento, segundo a qual o filho pode, mesmo durante a vida de seu pai, reclamar a sua parte do patrimônio paterno (...) perdeu totalmente seu significado. Não há razão pela qual qualquer pessoa deva ter a prerrogativa de syndicar parte do patrimônio de outra apenas com arrimo em seu nascimento”. Tradução livre. No original: “The norm of the well-known parable from the New Testament, according to which the younger son could, even while his father was alive, claim ‘his part’ of the estate (...) has today lost all significance. There is no reason why anybody should be entitled to lay claim to the estate of another merely by birthright” (SONNEKUS, J. C. Freedom of testation and the ageing testator. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007, p. 84). A passagem é pertinente porque o próprio *sentido* de família se despega da perspectiva da consanguinidade e da conservação do modelo familiar tradicional, conforme enaltece Calderón: “A afetividade passou a prevalecer sobre os critérios econômicos, políticos, religiosos [sic], sociais, de interesse do grupo familiar, enfim, preponderou sobre os demais fatores que influenciavam os vínculos familiares até então. O critério afetivo que figurava como coadjuvante no período da família clássica foi alçado à protagonista na família contemporânea, tanto para as suas relações de conjugalidade, como para as suas relações de parentalidade” (CALDERÓN, R. L. *Principio da afetividade do direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159).

³² Diz a *Grundgesetz*, na primeira parte do dispositivo em referência: “São garantidos os direitos de propriedade e de herança. Seus conteúdo e limite serão definidos em Lei”. Tradução livre. No original: “Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt”.

³³ EPPING, V. *Grundrechte*. Hannover: Springer, 2004. p. 158. Tradução livre. No original: “Art. 14 GG ist somit ein Grundrecht mit zwei – streng zu trennenden – Grundrechtswirkungen. Einerseits wirkt es als Einrichtungsgarantie, andererseits als individuelles Abwehrrecht”.

período, em alguns países socialistas. Mas sua fundamentalidade não significa a indispensabilidade da [legítima]³⁴.

Sem prejuízo dessa incorreção inicial do raciocínio ora posto em questão, a tutela prioritária da pessoa – aliás, uma das grandes marcas do constitucionalismo democrático contemporâneo³⁵ – desafia a pertinência de se falar em definições restritivas *in abstracto* quanto à sucessão *mortis causa*. E nem poderia ser diferente, dada a tônica que recai sobre a proteção de seres que hão de ser histórica e concretamente situados, sem prejuízo da necessidade de assegurar, também, a igualdade em perspectiva formal³⁶.

Destarte, se, antes, talvez, tenha sido pertinente indagar “se em sede sucessória, as regras hoje existentes na codificação são as mais adequadas, se é que não podem ser afastadas a partir da análise dos preceitos contidos na Constituição Federal”³⁷, hoje, parece o caso de perguntar por que se continua diante do mesmíssimo horizonte normativo? Melhor: que explica o desinteresse da comunidade jurídica em geral pelo tema, dada a sensibilidade dos tópicos que se articulam na intersecção de direitos fundamentais, família(s) e propriedade privada?

3. A realidade (jurídica e socioeconômica) brasileira em breves lustros

Anton Menger, em *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, difundido no mundo latino pela tradução espanhola de Adolfo Posada, intitulada *El Derecho Civil y los Pobres*, endereçava, no alvorecer do século XX e na iminência da aprovação do

³⁴ BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos..., p. 86.

³⁵ A passagem *do sujeito à pessoa* implica “dizer que a noção abstrata de sujeito de direito, construída pela Modernidade como categoria unitária e generalista, na qual todos se encaixariam indistintamente, vem sendo gradativamente substituída pela tutela da pessoa, compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. Na própria produção legislativa, a proteção ao sujeito de direito (...) cede passagem à proteção (...) aos diferentes personagens em que se fragmenta, na realidade concreta, o outrora monolítico sujeito de direito” (SCHREIBER, A. e NEVARES, A. L. M. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, G. *et al.* *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 39). No mesmo sentido: “Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil” (FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 207).

³⁶ Reflexão interessante pode ser encontrada em TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G., BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e ALMEIDA, V. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19.

³⁷ CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem?..., p. 138.

então projeto de Código Civil para o Império Alemão, o problema dos *deserdados*, anotando que:

como sou um dos poucos juristas alemães que representa os interesses das classes populares desapossadas no âmbito do Direito, tomei como meu dever ser porta-voz dos *deserdados* frente a este importante assunto nacional [o projeto de Código Civil então em discussão, que viria a ser aprovado em 1896, para entrar em vigor em 1900]³⁸.

As críticas do autor aos múltiplos vieses do então nascente BGB são bastante conhecidas e não cabe, aqui, enfrentá-las. O que importa – e chama atenção – é que, ao escancarar sua postura defensiva e o desafio que impregna qualquer tentativa de lutar por aqueles que esbarrariam nos umbrais do Direito Civil³⁹ que então se sistematizava, o professor de Viena empregou *signo* caro à crítica que, em 2010, se fez ao Direito Sucessório brasileiro: *deserdados*. Os desapossados, consoante lapidado no texto original, ou pobres, nos termos da tradução espanhola, menoscabados pela acusada postura patrimonialista do Código, recebem tal designação por integrarem a massa de sujeitos aos quais não tocavam *todos os direitos* contemplados pelo BGB projetado, percepção que ganha especial densidade, evidentemente, no plano sucessório, cujas regras seriam, para aquele nicho social, absurdamente desprovidas de sentido⁴⁰. Considerações análogas e vertidas nos mesmos termos foram transpostas ao contexto latino-americano, ainda em 1993, por meio da pena de Silvio Meira, para quem, a leitura das

estatísticas populacionais de países como o Brasil, o Chile e o Peru, [permite] verifica[r] que a grande massa humana que lavora nos campos ou vegeta nos subúrbios das maiores cidades, não dispõe de bens, nem tem condições de garantir obrigações, ou de pleitear sucessões. Vivem à margem da vida e da história. No entanto, fornecem braços para o trabalho industrial e agrícola e para a guerra, constituem fatores de criação de riquezas, são, em última análise, uma poderosa força social que não participa do banquete da vida.

³⁸ MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. 4^a ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908. p. 2. Tradução livre. No original: “Da ich nun zu den wenigen deutschen Juristen gehöre, welche auf dem Gebiete des Rechts das Interesse der besitzlosen Volksklassen vertreten, so habe ich es für meine Pflicht gehalten, in dieser wichtigen Nationalangelegenheit die Stimme der Enterbten zu führen”.

³⁹ A expressão é de Lorenzetti, que inicia sua defesa da acepção de Direito Civil como um direito de acesso com a seguinte consideração: “Existe um umbral de entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo. Estas exclusões permaneciam ocultas sob nossos esquemas mentais: é a forma como se vê que impede a visão. Trata-se de condicionamentos epistemológicos que impedem apreciar o que é evidente, e quando mudam, outras evidências surgem” (LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do direito privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 87).

⁴⁰ MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen...*, p. 53.

Analfabetos em sua maioria, as gerações se sucedem dentro do mesmo quadro terrível de necessidades. As crianças, como expressam os versos do poeta Hugo Von Hoffmannsthal, já *nascem com os olhos fundos*. Para que servem, então, os Códigos Civis? Aplicam-se a uma minoria, aquela que possui patrimônio a administrar, a negociar e a transferir *post-mortem*, quer por via legítima, quer por via testamentária. [...] Os deserdados da sociedade, os *Enterbten* a que se refere Anton Menger, continuam à margem da vida⁴¹.

A mesma linha se seguiu em 2010, quando da publicação do texto que ora se revisita:

A pesquisa realizada permitiu constatar que o mapa da exclusão no país possui entre 25 e 50 milhões de miseráveis, informações ratificadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social que relata que a bolsa família beneficia, hoje, mais de 11 milhões de famílias. Paralelamente, estudos realizados na década de 80 do século passado demonstram que 45% das terras brasileiras – em extensão – estão concentradas em poder de menos de 1% do universo de proprietários rurais, enquanto a soma da metade das propriedades – em números – existentes no país não ultrapassava 2.5% do território brasileiro. [...] Acrescente-se que a disciplina jurídica do século XIX ditada pela burguesia – detentora do poder político gravitou em torno de seus principais interesses: manutenção da liberdade e preservação da propriedade. Esse direito – e é preciso aceitar tal fato histórico – foi construído para solucionar os problemas cotidianos daqueles que vivem dentro dos limites da redoma criada pela classe dominante. As paredes vítreas impedem enxergar aqueles que estão do lado de fora⁴².

As dimensões da pobreza e da exclusão continuam expressivas no Brasil. É certo, no entanto, que ocorreu alteração radical no cenário socioeconômico nacional⁴³, percepção corroborada pela análise dos dados anualmente publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ratificados na edição de 2016 da *Síntese dos Indicadores Sociais*⁴⁴, apesar das igualmente perceptíveis sístoles e diástoles inerentes às oscilações econômicas havidas, particularmente, em tempos recessivos⁴⁵.

Transformações socioeconômicas acompanhadas e retroalimentadas pela mudança sensível nos perfis do Direito Civil contemporâneo e que parecem ter sido absorvidas por importante setor da vanguarda do pensamento jurídico pátrio que busca entender seu progressivo – e, aparentemente, irreversível – processo de constitucionalização. Na

⁴¹ MEIRA, S. Os códigos civis e a felicidade dos povos. *RIL*, v. 30, n. 117, p. 397-418, jan./mar. 1993. p. 399.

⁴² CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem?..., p. 135-136.

⁴³ Seja facultado remeter a CATALAN, M. Defendam Jerusalém! O rolezinho e a fragmentação do direito nos tribunais brasileiros. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. RABDCONST*, v. 9, n. 16, p. 71-84, jan./jun. 2017. p. 76.

⁴⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese dos indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. *passim*.

⁴⁵ PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

literatura jurídica, nos Tribunais e, de certo modo, também no Legislativo, ganharam força preocupações com grupos vulneráveis e com a promoção da dignidade das pessoas em geral, em face de circunstâncias de indignidade⁴⁶. Um trabalho de Sísifo, sem dúvida. A propósito:

[O] despertar dos civilistas para o fato de que a centralidade do Direito Civil migrou para a Constituição produz a tomada de consciência para a releitura de seus institutos fundamentais à luz [da Constituição], sobretudo o da dignidade da pessoa concretamente situada – esta é, afinal, a grande tônica das democracias constitucionais da segunda metade do século XX [...]. Via de consequência, a ênfase na autonomia do sujeito em abstrato, própria do legado do sistema oitocentista, cede espaço à promoção dos interesses da pessoa humana. Vale dizer: para além do advento de um renovado Direito Constitucional Positivo (a integrar a constituição formal do Direito Civil), ganham força a principiologia de índole constitucional (conformadora da constituição substancial) e a atividade hermenêutica centrada na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações interprivadas, à vista não só das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força confessadamente jurígena dos fatos (constituição – *rectius*: constitucionalização – prospectiva)⁴⁷.

Nesse contexto, o governo jurídico dos contratos, da propriedade e das famílias não é mais aquele apregoado nas codificações decimonônicas, atribuindo-se ênfase cada vez menor à estrutura e a cada dia maior à função desempenhada pelos institutos fundamentais de Direito Civil. “As portas foram compelidas a se abrir [*sic*], registrando-se até em doutrina que foi *forçosa a identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade*”⁴⁸. É dizer, em paráfrase da famosa passagem de Fachin, quem contrata não contrata apenas o que contrata com quem contrata; também passa a contratar com quem antes não contratava⁴⁹. A mesma dinâmica se vê em relação aos demais institutos do Direito Civil, bem assim à aquisição de novos hábitos e oportunidades, abertos por esse delongado processo emancipatório, que “facultou a milhões de brasileiros [...] a possibilidade de experimentarem alguns dos *néctares e manjares* com os quais sonharam [e, por longa data], sem que pudessem, entretanto, prová-los”⁵⁰. Se é assim, todo esse universo de pessoas – cada vez menos deserdadas, no sentido mengeriano – acumulará algum patrimônio e este

⁴⁶ REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do bolsa família: autonomia, dinheiro e cidadania*. São Paulo: Unesp, 2013.

⁴⁷ ARNT RAMOS, A. L. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *RBDC*, v. 11, p. 17-35, jan./maio 2017. p. 25-26.

⁴⁸ FACHIN, L. E. *Direito civil: sentidos, transformações e fim...*, p. 63.

⁴⁹ FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁵⁰ CATALAN, M. *Defendam Jerusalém...*, p. 77.

será transmitido a seus herdeiros pela via sucessória. A Sucessão, contudo, permaneceu encastelada em sua inexplicável assepsia⁵¹. É, mais que nunca, tempo de mudar.

4. Elementos para uma revisão do modelo sucessório brasileiro: à guisa de conclusão

O Direito das Sucessões brasileiro, como consabido e tangenciado nas linhas precedentes, articula-se em duas frentes: uma limitada, embora prioritária liberdade de testar, a qual alcança, atualmente, cinquenta por cento do patrimônio disponível da pessoa, e um conjunto de regras de sucessão forçada, os quais remetem à porção sobressalente, a reservatória, ainda chamada *legítima*, assegurada aos herdeiros necessários⁵².

O estudo alinhavado no início da década propôs o repensar do modelo sucessório brasileiro a partir da ideia de patrimônio mínimo⁵³, em viés (re)distributivo da riqueza, com ênfase no rechaço da possibilidade de que “o discurso proprietário e individualista [fosse] mantido em detrimento de milhões de brasileiros que sequer têm o que comer”⁵⁴. A mudança no cenário socioeconômico nacional, bem assim o amadurecimento da questão, com sensível incremento nas discussões que lhe dizem respeito, na literatura jurídica, viabiliza a realocação – *não o abandono* – das possibilidades outrora aventadas, sem que se percam de vista seus fundamentos e objetivos, inclusive quanto à assepsia de patrimônio mínimo⁵⁵, especialmente aos vulneráveis.

Os enunciados normativos consagradores do modelo brasileiro de sucessão – leia-se, sucessão forçada –, tanto em perspectiva quantitativa, respeitante ao equacionamento

⁵¹ TEPEDINO, G. Prefácio. In: NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1. “Talvez em razão da ingente dificuldade teórica que suscita ou da aparente rigidez atemporal de sua dogmática, o direito sucessório (...) saiu de cena nas últimas décadas, tornando-se praticamente olvidado da reconstrução do direito civil brasileiro”.

⁵² BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos...*, p. 83. “Com o falecimento de uma pessoa, a lei transmite seu patrimônio, geralmente, a seus parentes sobreviventes. O Código Civil brasileiro, presumindo quem seriam as pessoas escolhidas pelo autor da herança, elegeu, obrigatoriamente, os seus descendentes, em primeira classe, conjuntamente com o cônjuge; em segunda classe, seus ascendentes, também em concorrência com o cônjuge; em terceira classe, o cônjuge, isoladamente. Esses são os herdeiros necessários ou legitimários, a quem o testador não poderá deixar menos do que a metade de seu patrimônio, chamada de legítima ou reserva legitimária. Portanto, a liberdade de testar só terá por objeto a outra metade do patrimônio do *de cuius*, a quota disponível”.

⁵³ CATALAN, M. *Direito das sucessões: por que e para quem?...*, p. 142. “Qualquer proposta visando a rever as regras que orientam a transmissão causa mortis dos bens deixados pelo autor da herança deve necessariamente observar algumas premissas, dentre elas, o respeito ao patrimônio mínimo, construção deveras relevante quando da análise de questões ligadas à manutenção de padrões basilares de condição de vida”.

⁵⁴ CATALAN, M. *Direito das sucessões: por que e para quem?...*, p. 147.

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 303-311.

entre porções disponível e indisponível do patrimônio da pessoa, quanto em sua dimensão qualitativa e que tangencia a permanência ou a derrocada do modelo, à vista da decadência de suas razões de existir, comportam cuidadosa reconsideração.

A um, porque seus propósitos se revelam manifestamente defasados diante do revolver o chão linguístico sobre o qual fora assentado o modelo de família que, historicamente, prestigia, com a gravidade da restrição imposta à propriedade sob o pretexto de preservá-la, uma estrutura familiar abstrata, que não mais tem primazia na contemporaneidade e que despreza – diante do aumento na expectativa média de vida do brasileiro e da difusão de mecanismos previdenciários e securitários – o fato de que, hodiernamente, se herda cada vez mais tarde. Assim, se for o caso de preservar a sucessão forçada, imperioso restabelecer seus fundamentos e seus canais de escoamento.

A dois, pela razão segundo a qual o direito fundamental à herança não implica garantia da reservatória, em qualquer proporção. Vale dizer: o regramento desta se dá, integralmente, por iniciativa do legislador ordinário, conforme enuncia Ana Luiza Maia Nevares: “uma lei que determine a extinção da quota necessária será antissocial, mas não inconstitucional, já que [...] não há na Constituição [...] qualquer garantia ao direito dos herdeiros necessários”⁵⁶. Destarte, sequer a fundamentalidade do direito à herança, ao menos no alcance que este parece ter, basta à justificação da pertinência da sucessão forçada. Aliás, é de se questionar o caráter antissocial da hipotética aniquilação da reservatória: pelo que se viu, ela é que se afigura antissocial, na medida em que contraria a disciplina constitucional – e a infraconstitucional – das famílias brasileiras, rendendo homenagens ao privatismo doméstico, há muito rechaçado.

A três – e em complemento ao porquê de ser a reservatória antissocial, e não sua extinção –: a cota necessária estabelece restrição em abstrato a direitos fundamentais e dificulta o controle de situações que ponham em risco a subsistência dos herdeiros vulneráveis, pois a observância ao número mágico estabelecido pela Lei como critério formal e quantitativo tem o condão de pôr a termo debates sobre restrições posteriores à liberdade de testar. Tanto é assim que Ana Nevares, em sua tese doutoral, dedica-se a afastar a tendencial prevalência da análise puramente quantitativa, mediante defesa

⁵⁶ NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 169-170.

rigorosa da possibilidade de restrição *a posteriori* do exercício da liberdade testamentária, via controle de merecimento de tutela⁵⁷.

O propósito protetivo, revestido de verniz paternalista-autoritário⁵⁸, da reservatória, via de consequência, não só é insustentável, como também pode arriscar a proteção dos herdeiros vulneráveis, negando-se a si mesmo, portanto, irremediavelmente. Destarte, a imposição de limites abstratos à liberdade de testar, pela via da intangibilidade da reservatória não faz nenhum sentido. Se antes poderia ser factível dizer que o Direito Sucessório servia aos ricos em detrimento dos pobres, hoje é certo que serve a ninguém.

Tendo como pano de fundo de um Direito Civil que assume “o sentido de promotor da autonomia da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade na vida-em-relação com outras pessoas [...], no prisma da coexistencialidade”⁵⁹ e que busca abrir e conservar “espaços de liberdades, com vistas a viabilizar que [...] tenha condições de, por si mesma, inserir-se no mundo normativo conforme a maneira de viver que [...] eleja, segundo suas próprias concepções de bem”⁶⁰, a alternativa que se apresenta parece consistir na tutela prioritária da liberdade de testar, evidentemente, sem prejuízo do regime legal supletivo da sucessão *ab intestato*, não necessariamente, como posto na codificação. Desse modo, a pessoa que queira dispor de seu patrimônio com eficácia *post-mortem* do modo que melhor lhe convier tem assegurado amplo espaço de liberdade negativa e positiva, em vez de ser sujeita à limitação abstrata e injustificada. O exercício desta liberdade, contudo, obedecerá a controle e eventual restrição em concreto, caso implique restrição à liberdade substancial de herdeiros – sobretudo os vulneráveis –, impondo-lhes privações de qualquer sorte. Assegura-se, assim, o

⁵⁷ NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento...*, *passim*.

⁵⁸ É paternalista-autoritária qualquer política que vise à imposição de determinadas escolhas a certo(s) universo(s) de agentes, sob o pretexto de garantir-lhes bem-estar e/ou preservá-los de efeitos deletérios de más escolhas (desde a perspectiva do formulador da política). No outro espectro das opções paternalistas, há a vertente libertária, que não envolve coerção (THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. *Libertarian paternalism. The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, may 2003. p. 175), de modo que se afigura pela finalidade de influenciar as escolhas das partes afetadas, segundo critérios de mensuração tão objetivos quanto possível, mas sem impedir, coativamente, a tomada de escolhas diferentes.

⁵⁹ ARNT RAMOS, A. L. *Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades...*, p. 28.

⁶⁰ ARNT RAMOS, A. L. *Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades...*, p. 28.

patrimônio mínimo à viabilização de conjuntos capacitatórios dos sucessores, em viés verdadeiramente solidarista⁶¹.

Enfim, é possível afirmar, ainda, que a possibilidade de controle concreto do exercício da liberdade testamentária ou das distorções geradas pela sucessão *ab intestato* é ventilada por importantes setores da literatura especializada⁶², em nome da promoção da dignidade e (ou) da *liberdade substancial*⁶³ de eventuais desamparados. Essa via, decerto defensável à luz de referenciais contemporâneos, não prescinde sequer, para alcançar máxima consistência e amplo alcance, de ruptura com o modelo vigente, mediante afirmação *in abstracto* de ampla liberdade testamentária, conforme sustentado nas linhas precedentes.

REFERÊNCIAS

ARNT RAMOS, A. L. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *RBDC*, v. 11, p. 17-35, jan./maio 2017

ARNT RAMOS, A. L., CORTIANO JUNIOR, E. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *REJUS-UNIVEL*, n. 4, p. 41-73, maio 2015

BARRIE, J. M. *Peter and Wendy*. [online]. Disponível na Internet via: <<https://www.gutenberg.org/files/16/16-h/16-h.htm>>. Divulgado em 25.06.2008. Última consulta em 18.02.2018

BEVILAQUA, C. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978

BODIN DE MORAES, M. C. A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013

BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBDC*, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017

CALDERÓN, R. L. *Princípio da afetividade do direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

⁶¹ PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional dos contratos, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 199. Nesse ponto, importa rememorar o parecer de Pianovski Ruzyk, acerca da função dos institutos fundamentais de Direito Civil: “É daí que pode emergir a função como liberdade(s), a (re)definir um sentido possível da função dos institutos jurídicos do Direito Civil: sendo eles vinculados à intersubjetividade travada entre particulares, podem ser eles instrumentos de exercício e de promoção da(s) liberdade(s), assim compreendidas como possibilidades de autoconstituição intersubjetiva – o que pode importar, inclusive, a responsabilidade recíproca entre os indivíduos pela liberdade dos outros. Essas possibilidades se inserem na rede complexa da sociedade, com suas convergências e seus conflitos, mas não se confundem nem com ‘o’ interesse coletivo sem face (ou que recebe a face que aquele que exerce o poder político pretende a ele impor) nem com particulares atomizados, que excluem o indivíduo da rede social”.

⁶² *E.g.*: “Parte-se da hipótese de que o Direito Sucessório não deve promover a transmissão da herança, indiferentemente, a pessoas aptas a garantirem, economicamente, uma vida digna, quando há pessoas vulneráveis economicamente, ou seja, pessoas com dependência econômica do *de cuius* ou que, dentro os herdeiros legítimos, não possam prover pelo próprio sustento” (BORGES, R. C. B. e DANTAS, R. L. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos...*, p. 74). No mesmo sentido: NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. *passim*.

⁶³ Para uma explicação do sentido de liberdade substancial, v. SEN, A. *Development as freedom*. Nova Iorque: Alfred Knopf, 2000. *passim*.

- CARBONERA, S. M. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: BEZERRA DE MENEZES, J. e MATOS, A. C. H. (Orgs). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013
- CATALAN, M. Defendam Jerusalém! O rolezinho e a fragmentação do direito nos tribunais brasileiros. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. RABDCONST*, v. 9, n. 16, p. 71-84, jan./jun. 2017
- CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *RTDC*, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010
- EPPING, V. *Grundrechte*. Hannover: Springer, 2004
- FACHIN, L. E. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015
- FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- GOMES, O. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983
- HIRONAKA, G. M. F. N. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *RFDUSP*, v. 101, p. 153-167, jan./dez. 2006
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese dos indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. 7. Disponível na Internet via: < ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf >. Última consulta em 21.02.2018
- LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do direito privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998
- MEIRA, S. Os códigos civis e a felicidade dos povos. *RIL*, v. 30, n. 117, p. 397-418, jan./mar. 1993
- MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. 4ª ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908
- MONTEIRO, W. B. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009
- NIETZSCHE, F. W. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2009
- OLIVEIRA, Euclides. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005
- PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional dos contratos, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011
- PIANOVSKI RUZYK, C. E.; PINHEIRO, R. F. O direito de família na constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões. In: CONRADO, M. M.; PINHEIRO, R. F. (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009
- PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015
- PINTO, A. J. G. *Tractado regular e pratico de testamento e sucessões*. Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1877

RAZ, J. El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. Trad. Paula Gaido. *DOXA*, v. 29, p. 141-175, 2006

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do bolsa família: autonomia, dinheiro e cidadania*. São Paulo: Unesp, 2013

SCHREIBER, A. e NEVARES, A. L. M. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, G. *et al. O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SEN, A. *Development as freedom*. Nova Iorque: Alfred Knopf, 2000

SILVA MARQUES. *Princípios de sucessões*. Rio de Janeiro: Benjamin de Águila, 1915

SONNEKUS, J. C. Freedom of testation and the ageing testator. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007

TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G., BROCHADO TEIXEIRA, A. C. e ALMEIDA, V. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016

TEPEDINO, G. Prefácio. In: NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, may 2003

de WAAL, M. J. A Comparative Overview. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007

WROBLÉVSKI, J. *The judicial application of the law*. Dodrecht: Kluwer, 1992

civilistica.com

Recebido em: 25.02.2019

Publicação a convite.

Como citar: RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-eterno-retorno/>>. Data de acesso.