

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**

**LUCIANA COSTA POLI**

**TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA**

**GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Luciana Costa Poli; Tereza Cristina Monteiro Mafra - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-424-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

<sup>1</sup> Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Família. 3. Sucessão. 4. Afeto. 5. Casamento. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

---

### **Apresentação**

No Grupo de Trabalho de de Direito de Família e Sucessões, do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Brasília-DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, foram apresentados dezoito artigos, resultado de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação do país, tendo sido intensamente debatidos pelos autores, participantes e coordenadoras.

Os trabalhos contemplaram uma pluralidade temática, com diversas abordagens metodológicas e doutrinárias, pautando-se pela interdisciplinaridade e pela análise crítica e atual da jurisprudência.

O leitor encontrará um instigante conjunto de textos que abrangem perspectivas teóricas e práticas proporcionando, além disso, a identificação de questões polêmicas e inovadoras no Direito de Família e das Sucessões, tais como: a relevância do afeto como valor jurídico, impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na invalidade do casamento; aspectos principiológicos, constitucionais e infraconstitucionais, com amparo em literatura estrangeira da família, seja no tocante à sua formação, seja quanto à sua dissolução; variadas abordagens sobre guarda, alienação parental e alimentos; questões afetas à partilha de bens e planejamento familiar, sucessório e societário, dentre outros assuntos.

Por fim, devem ser rendidas nossas homenagens ao CONPEDI e a todos os autores que integram a presente obra, pela relevância e empenho dedicados à pesquisa acadêmica, cuja leitura certamente há de ser enriquecedora.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## **EFEITOS SUCESSÓRIOS DAS RELAÇÕES DE AFETO: A BUSCA POR ISONOMIA NAS FAMÍLIAS**

### **SUCCESSION EFFECTS OF AFFECTIVE RELATIONSHIPS: THE SEARCH FOR ISONOMY IN THE FAMILY**

**Amanda De Oliveira Laffitte**

#### **Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo fomentar a reflexão sobre a necessidade de revisão do direito das sucessões, em especial da sucessão legal, de modo que haja igualdade material, e não apenas igualdade formal, na tutela dos membros da família. A importância da revisão reside no fato de que, embora o direito das sucessões possua íntima relação com o instituto da família, as mudanças ocorridas na família não foram acompanhadas pelo fenômeno sucessório. Por consequência, dentro da família é possível verificar situações em que a igualdade material não é garantida aos herdeiros e a solidariedade familiar não é alcançada.

**Palavras-chave:** Sucessão mortis causa, Família contemporânea, Isonomia, Direito à herança, Revisão das regras sucessórias

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this paper is to encourage reflection on the need to review inheritance law, especially legal succession, so that there is material equality, and not just formal equality, in the custody of family members. The importance of the revision lies in the fact that, although the inheritance law has an intimate relation with the family institute, the changes occurred in the family were not accompanied by the succession phenomenon. Consequently, within the family it is possible to verify situations in which material equality is not guaranteed to heirs and family solidarity is not achieved.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Succession mortis causa, Contemporary family, Isonomy, Right to inheritance, Review of succession laws

## 1. INTRODUÇÃO

O direito das sucessões possui íntima relação com os institutos da propriedade, do contrato (autonomia privada) e da família. Assim, embora possua autonomia científica em relação aos demais ramos do direito civil, segundo a lição de Michel Grimaldi, deve refletir a evolução ocorrida nesses ramos a fim de evitar inconsistência e, por consequência, ineficácia (GRIMALDI, 1992, p. 09).

Ou seja, uma vez que a sucessão *mortis causa* está assentada na propriedade, no contrato (autonomia privada) e na família, as mudanças pelas quais passam esses institutos devem repercutir diretamente na dinâmica do direito das sucessões.

Especificamente em relação ao instituto da família, o estreito relacionamento com o direito das sucessões se revela no ajustamento da ordem de vocação hereditária. Essa, que é estabelecida na sucessão legal, coloca-se como regra no Brasil em virtude da sucessão historicamente representar um sistema de proteção da família, apesar de ter origem e se desenvolver como consequência lógica do direito de propriedade.

Ocorre que, não obstante o esboço da família ter passado por diversas mudanças e conquanto no direito brasileiro se vislumbre avanço notável na tutela das relações de afeto a partir da Constituição Federal de 1988, não houve suficiente revisão das regras sucessórias. A ordem de vocação hereditária da sucessão legal prevista no Código Civil de 2002 não permite alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família para além do sentido meramente formal, enquanto a sucessão testamentária se sujeita a restrições de todas as ordens.

Nesse cenário, o presente trabalho, antes de pretender esgotar o tema, ao contrário, deseja fomentar a reflexão sobre a necessidade de revisão do direito das sucessões, em especial da sucessão legal, de modo que haja igualdade material, e não apenas igualdade formal, na tutela dos membros da família.

Para tanto, foi dividido em três partes. A primeira parte cuidará de abordar as linhas gerais do direito das sucessões, enquanto a segunda parte cuidará de analisar as transformações da concepção de família. Por fim, a terceira parte se dedicará ao estudo dos efeitos sucessórios das relações de afeto a partir da análise dos princípios da intangibilidade da legítima e da unidade da sucessão. O objetivo é verificar se as transformações na

concepção de família repercutiram no fenômeno sucessório. Após esse desenvolvimento serão apresentadas as conclusões encontradas.

## 2. LINHAS GERAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito das sucessões regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte. Através da transmissão da herança, que é o conjunto de bens, direitos e deveres patrimoniais em que o falecido era sujeito ativo ou passivo, há troca de um dos titulares das relações jurídicas que ele integrava.

O momento da transmissão da herança é o da morte, ainda que presumida nos termos da lei (CC/2002, artigos 6º e 7º), pois as relações jurídicas não podem ficar privadas de um titular. Assim, a transmissão da herança, no plano jurídico, ocorre automaticamente e sem formalidade, com fundamento no princípio da *saisine*, ainda que, no plano fático, a morte seja desconhecida pelos sucessores (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 37).

No Brasil, o direito à herança é assegurado por determinação constitucional (CF/1988, artigo 5º, inciso XXX). Trata-se de um direito individual que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais. A previsão é inovação no direito brasileiro, inexistindo referência semelhante nos textos constitucionais anteriores. O intuito da previsão do direito à herança é evitar que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a conseqüente apropriação pelo Estado dos bens do falecido, que poderá ocorrer somente na ausência de sucessores (herança vacante). Diante dela, cumpre à legislação infraconstitucional disciplinar o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais. (NEVARES, 2015, p. 18-19).

A sucessão *mortis causa* poderá se dar através da sucessão testamentária e/ou por meio da sucessão legítima (CC/2002, artigo 1.786). A sucessão testamentária resulta de ato de última vontade do falecido. Nela, o herdeiro é aquele indicado no testamento como sucessor. De outro lado, a sucessão legítima, também denominada sucessão legal ou *ab intestato* (sem testamento), se dá em observância à ordem de vocação hereditária prevista na legislação. Nela, o herdeiro é aquele indicado na lei como sucessor.

Nas palavras de José Luiz Gavião de Almeida, na sucessão legal “é a lei, no caso o Código Civil, quem disciplina a forma da transmissão, os beneficiários dela e o montante do patrimônio que deve ser deferido a cada contemplado” (ALMEIDA, 2003, p. 22).

Esse regime de conciliação entre a sucessão testamentária e a sucessão legal é adotado no Brasil em virtude da influência do direito romano-germânico. Isso porque, em determinadas civilizações, somente devido a vínculo de sangue poderia haver herança, nunca em virtude de declaração de vontade do falecido, enquanto em outras civilizações, admitia-se a mais ampla liberdade na divisão dos bens para após a morte, reconhecendo a autonomia do testador.

Segundo lição de Arnaldo Wald, a escolha pela conciliação decorre da tentativa de atender, ao mesmo tempo, aos interesses da família e à liberdade do testador, reconhecendo a ele a faculdade de testar, desde que sem prejuízo da destinação de uma fração dos bens a certos parentes (WALD, 1991, p. 01).

Nos termos da legislação infraconstitucional, a herança se transmite aos herdeiros previstos na ordem de vocação hereditária na ausência de declaração de vontade do falecido, quanto aos bens que não forem compreendidos em testamento, e quando esse caducar ou for julgado nulo (CC/2002, artigo 1.788). Porém, havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), o testador só poderá dispor da metade da herança (CC/2002, artigos 1.789 e 1.845). Trata-se do instituto da reserva hereditária, que tem como fundamento o princípio da intangibilidade da legítima.

A respeito da legítima, Rolf Madaleno discorre que

esta legítima está fixada na metade do valor da herança deixada, já separada eventual meação conjugal. Esta porção indisponível é intangível à vontade do *de cuius* e narra a história de sua origem, que teria sido instituída no interesse de manter a estabilidade e o equilíbrio familiar, sobre uma porção patrimonial subtraída do capricho do homem. A outra metade é denominada de porção disponível, porque dela o autor da herança poderá dispor em vida como bem desejar e em proveito de quem bem entender, através de doação ou de testamento, instrumentos próprios para estas liberalidades patrimoniais. (MADALENO, 1999, p. 116).

Os herdeiros necessários somente poderão ser privados da herança legítima nas hipóteses específicas de indignidade e deserção, estabelecidas de forma taxativa na lei. Em relação a eles, a legítima é inatingível, “não podendo ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária” (NEVARES, 2015, p. 21).

A partir disso é possível afirmar, portanto, que existem três tipos de herança: a herança testamentária, baseada na vontade do testador; a herança legítima, baseada nas disposições legais de caráter supletivo aplicáveis na falta de declaração de vontade do testador ou no caso de nulidade, anulação ou caducidade do testamento; e a herança necessária,

obedecendo a um princípio de ordem pública, que se impõe mesmo quando contraria as determinações testamentárias. (WALD, 1991, p. 13-14).

Por sua vez, os fundamentos da sucessão hereditária têm sido os mais discutidos.

A corrente mais antiga aponta que o fundamento da sucessão é de ordem cultural e também religiosa, pois o sucessor passava a ocupar o lugar do *pater familias* falecido, dele herdando o poder sobre o núcleo familiar e as obrigações religiosas, como forma de manter poderosa a família e impedindo a divisão de sua fortuna entre os demais filhos. Distinta corrente entende que o fundamento da sucessão é a busca por uma espécie de continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes a descendentes. Com o tempo essa corrente foi enriquecida com novos objetivos, como a afeição e unidade familiar, atualizando e humanizando o tema. Outra corrente também bastante difundida é a que busca demonstrar que o fundamento da sucessão, além de permitir a continuidade patrimonial, mais que isso, é fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família. (HIRONAKA, 2014, p. 333-334).

A sucessão hereditária, assim, variou de conformidade com as diversas épocas históricas e as mudanças ocorridas nos meios sociais, principalmente na família. No Brasil, a ordem de vocação na sucessão legal sofreu diferentes inclusões, exclusões e preferências decorrentes de valores morais, políticos, religiosos e afetivos (LÔBO, 2014, p. 72-73).

Foram esses valores que determinaram, no passado, por exemplo, a exclusão dos filhos adulterinos da sucessão legal e a preterição dos cônjuges em relação aos parentes colaterais distantes. As antigas regras sucessórias, seja por motivos religiosos, seja no anseio de fortalecer a família, não levavam em consideração o sentimento de isonomia entre parentes em igualdade de grau nem dos parentes em relação ao cônjuge (RODRIGUES, 2002, p. 05).

Na época de vigência das ordenações portuguesas, a ordem de vocação hereditária era composta pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau de consanguinidade, pelo cônjuge sobrevivente e pela Fazenda Pública. Com a edição da Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907), o cônjuge foi alçado à terceira posição e os colaterais foram limitados até o sexto grau de consanguinidade. Essa ordem foi mantida pelo Código Civil de 1916.

Note-se que a ordem de vocação hereditária estabelecida até esse momento era feita por etapas que não se interpenetravam e que não admitiam concorrência, inexistindo qualquer espécie de coordenação entre herdeiros de classes diferentes (HIRONAKA, 2014, p. 358).

Posteriormente, os colaterais foram limitados até o quarto grau de consanguinidade (Decreto nº 9.641/1946). Com a edição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), o cônjuge sobrevivente passou a concorrer com os filhos adulterinos.

O Código Civil de 2002 adotou a ordem de vocação hereditária vigente, composta pelos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais até o quarto grau de consanguinidade (CC/2002, artigo 1.829). A sucessão do companheiro sobrevivente foi regulada de modo específico pela legislação (CC/2002, artigo 1.790)<sup>1</sup>.

As principais diferenças trazidas pelo Código Civil de 2002 são quatro.

A primeira é que, em virtude do princípio da igualdade sucessória, que decorre de uma concepção abstrata de igualdade, o sucessor do mesmo grau recebe quota igual da herança, em qualquer circunstância. Não há análise da natureza dos bens ou das qualidades pessoais dos sucessores.

A segunda é que a legislação passa a estabelecer uma coordenação preferencial entre os chamados para herdar. O cônjuge e o companheiro supérstites passam a concorrer com os herdeiros das outras ordens sem que, com isso, a ordem vocatória estabelecida pelo legislador seja desvirtuada (HIRONAKA, 2014, p. 359).

A terceira é que passa a existir na sucessão o chamado direito de representação, em que a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse (CC/2002, artigo 1.851). Por fim, a quarta é que ao cônjuge é atribuído o direito real de habitação, independentemente do regime de bens, de eventual meação e dos direitos sucessórios (CC/2002, artigo 1.831).

Destarte, é a família que fornece os critérios para escolha dos herdeiros na sucessão legal, seja ela necessária ou não. No Brasil, o esboço de família passou por diversas mudanças.

---

<sup>1</sup> Não obstante o tratamento específico dispensado ao companheiro sobrevivente, no dia 10 de maio de 2017, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 878694 e o Recurso Extraordinário nº 646721, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge sobreviventes na sucessão legal, consolidando a seguinte tese jurídica em ambos os recursos para aplicação a casos semelhantes: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”. O voto condutor do Ministro Roberto Barroso ressaltou que o artigo pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso. A decisão foi celebrada pela doutrina brasileira pela esperança que instaura em relação ao fenômeno sucessório. Entretanto, nem todas as questões envolvendo o companheiro sobrevivente foram resolvidas. Por exemplo, permanece a discussão se o testador poderá afastar os direitos sucessórios do companheiro sobrevivente ou não, tendo em vista que ele não consta no rol de herdeiros necessários do artigo 1.845 do Código Civil de 2002.

### **3. TRANSFORMAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR**

A história da família é longa, não linear e feita de sucessivas rupturas, uma vez que a sociedade procura acondicionar a forma de família às suas necessidades. Para ilustrar as mudanças pelas quais a família passou a partir do século XX, a historiadora Michelle Perrot criou a expressão da família como nó ou como ninho.

Para ela, não havendo respeito à autonomia dos seus membros, a experiência de vida em família pode se tornar um verdadeiro nó. Trata-se da família nuclear, heterossexual, monógama e patriarcal que herdamos do século XIX. Essa família celebrada, santificada e fortalecida era protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar. O Estado pouco intervinha. A família era secreta, fechada, exclusiva e normativa (PERROT, 1993, p. 76-78).

Entretanto, havendo cuidado mútuo, respeito à autonomia dos seus membros e diálogo, a experiência de vida em família pode se torna um ninho. A casa se torna um centro de existência, oferecendo, em um mundo duro, abrigo e proteção.

Assim, as mudanças pelas quais a família passou não decorrem de uma recusa da família em si, mas sim do modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. O que se deseja é a conciliação entre a solidariedade familiar e a autonomia dos seus membros e a conservação da fraternidade, da ajuda mútua, dos laços de afeto e do amor. Com isso, novos modelos de família são esboçados, “mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo” (PERROT, 1993, p. 81).

No Brasil, a família tradicional, incorporada pelo Código Civil de 1916 e também denominada de transpessoal, era aquela exclusivamente calcada no matrimônio, que representava sua origem e fim. Caracterizava-se por ser patriarcal, indissolúvel, monogâmica, heterossexual e hierarquizada.

A concepção transpessoal de família envolve uma família com fim em si mesma, cercada de mecanismos jurídicos que privilegiam a sua conservação, justificando, desse modo, a indissolubilidade do vínculo consolidado pelo casamento, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo homem, a discriminação dos filhos não matrimoniais e a inserção da ideia de culpa.

Ocorre que esse modelo carregado de rigidez e com pretensão de completude se tornou insuficiente em face de todos os problemas da realidade social (LÔBO, 2011, p. 69) e a força normativa dos fatos passa a moldar a família contemporânea, também denominada de eudemonista, cuja concepção envolve uma família que existe para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002, p. 13).

A Constituição Federal de 1988 consolidou a ruptura com a família tradicional que, em seu modelo contemporâneo, deixa de ter como fundamento a conjugalidade e passa a ter como fundamentos a prevalência do afeto e a garantia do estado de filiação. A constituição da família não exige mais o casamento, sendo ela colocada como base de uma sociedade que se define como democrática, caminhando passos em busca do estabelecimento da igualdade, da garantia da liberdade e da imposição da solidariedade. (MORAES, 2005, p. 619).

A família contemporânea pressupõe, assim, a existência de uma pluralidade de estruturas para além das expressamente previstas no artigo 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988 como modos de constituição de família (casamento, união estável e agrupamento monoparental). Conforme lição de Paulo Lôbo, o rol trazido no texto constitucional não é taxativo, existindo a possibilidade de extensão do nome família e de sua eficácia jurídica para outros arranjos afetivos que se apresentam na realidade social (LÔBO, 2011, p. 81-82).

As estruturas familiares, expressas ou não no texto constitucional, possuem igual dignidade, não se admitindo que nenhuma apresente legitimidade superior. Pietro Perlingieri discorre que “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras” (PERLINGIERI, 2002, p. 244).

As funções de cuidado, respeito e educação das crianças, assim como a solidariedade e a mútua assistência entre os seus membros, devem ser desenvolvidas igualmente nas diferentes estruturas (MORAES, 2013, p. 589). Desse modo, não cabe à legislação decidir de que forma deve se dar a constituição da família. Pelo contrário, cabe a ele reconhecer as estruturas familiares que transcendem o rol constitucional (uniões homoafetivas, famílias simultâneas, famílias recompostas, famílias anaparentais, por exemplo) e fornecer a elas eficácia jurídica.

A família contemporânea também pressupõe o protagonismo dos filhos, ficando proibida qualquer designação discriminatória em virtude da origem (CF/1988, artigo 227, §6º e CC/2002, artigo 1.596). Nessa família, portanto, não há que se falar em filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adulterina, tal como era indispensável na família tradicional. (LÔBO, 2011, p. 216).

Além disso, é dissolúvel. Aos membros da família contemporânea é garantido o planejamento familiar, sem imposição estatal (CC/2002, artigo 1.513). Há, assim, liberdade de constituir, manter e extinguir estrutura familiar. (FACHIN, 2003, p. 308). E essa liberdade é condição básica para a realização de sua função instrumental.

Note-se que as transformações realçam a afetividade como conteúdo do conceito de família. Nesse cenário, por exemplo, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que trata da violência doméstica, compreende a família como a comunidade formada por indivíduos que são, ou se consideram, aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (artigo 5º, inciso II). Também a Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), define por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (artigo 25).

É possível apontar que são princípios reitores da família contemporânea, com Maria Berenice Dias, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade e respeito à diferença. Esse último decorre da ideia de que é necessário que haja uma igualdade material na família, em virtude das desigualdades que existem entre seus membros, e não uma mera igualdade formal. Também os princípios do pluralismo de entidades familiares, da solidariedade familiar e da proteção integral das crianças, adolescentes, jovens e idosos, sendo que esse último é consagrado pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e consolidado pelas Leis nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Além desses, os princípios da proibição ao retrocesso legal e da afetividade (DIAS, 2015, p. 65). Esse último funciona como alicerce para a construção e manutenção das relações de família (PEREIRA, 2012, p. 260-261).

Destarte, a toda evidência, é certo que a família contemporânea deve ser irradiada ao direito sucessório. Somente assim é que o fenômeno sucessório estará em consonância com os valores constitucionais.

#### 4. EFEITOS SUCESSÓRIOS DAS RELAÇÕES DE AFETO: A BUSCA POR ISONOMIA NAS FAMÍLIAS

A fórmula latina *amor primim descendit, deinde ascendit* (o amor primeiro desce, depois sobe) é utilizada para exprimir a preocupação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o primeiro grupo chamado a herdar, “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”. Por idêntica razão é que a lei determina a chamada dos ascendentes para herdar apenas na hipótese de não haver descendentes. (HIRONAKA, 2014, p. 359).

Portanto, é certo que, além de garantir relações jurídicas na hipótese de falecimento de uma das partes, conferindo segurança jurídica, o direito das sucessões busca conjugar também o princípio da solidariedade familiar. Por este motivo é que a ordem de vocação hereditária da sucessão legal tem variado, de uma legislação para outra, atendendo à importância das relações afetivas e à escala de valores vigentes (WALD, 1991, p. 45). Por sua vez, a liberdade de testar é limitada com o intuito de proteger os demais membros da família do falecido.

Veja-se que, embora parte da doutrina aponte que o legislador ao estabelecer a ordem de vocação hereditária se funda na vontade presumida do falecido, essa concepção deve ser abandonada, porquanto apoiada em premissas individualistas. Deve ser abandonada também a concepção de que a ordem de vocação hereditária se funda em um interesse superior da família, como instituição merecedora de tutela por si mesma, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou a família como instrumento ao desenvolvimento dos seus membros. Assim, de melhor precisão técnica afirmar que ela se funda na família contemporânea. Somente assim se torna possível afirmar que, ao definir a ordem de vocação na sucessão legal, o legislador deve expressar o modelo que a sociedade entende como adequado e justo, não podendo ser resultante de uma opção arbitrária do legislador. (NEVARES, 2015, p. 44).

No cenário contemporâneo, entretanto, as mudanças pelas quais passaram e passam os institutos da propriedade, do contrato (autonomia privada) e da família não foram acompanhadas pelo direito sucessório.

Conforme lição de José de Oliveira Ascensão, o direito sucessório representa um domínio abandonado, sofrendo de uma paragem que indicia uma crise. Isso porque, embora a função do direito sucessório seja a de servir a continuidade através das gerações, a sucessão acaba por não significar continuidade, mas sim ruptura. Diante da ausência de adequação da lei, as soluções mais simples não são facilitadas. Por consequência, em torno da herança, surgem dramas familiares e bloqueios ao próprio fluir das relações patrimoniais. (ASCENSÃO, 1996, p. 06).

Notadamente em relação ao instituto da família, ainda que a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil de 2002 enumere como sucessores os parentes teoricamente mais próximos do falecido, além do cônjuge e do companheiro sobreviventes, numa ordem de preferência em que os mais próximos eliminam os mais remotos, por ser fruto de um projeto da década de 1970, o distanciamento entre as regras sucessórias e a realidade social persiste.

Assim, embora seja possível sustentar que o direito sucessório se democratizou ao assegurar participação igualitária dos filhos independentemente da origem; ao limitar o número de colaterais que podem suceder; e ao estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes (CC/2002, artigo 1.832), não logra sorte em resolver as diversas inconsistências que o preenchem. Por consequência, tanto entre as diferentes estruturas familiares como dentro de cada família é possível verificar situações em que a igualdade material não é garantida aos herdeiros e a solidariedade familiar não é alcançada. Nesse estudo iremos nos ater à busca por isonomia nas famílias.

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras de direito sucessório têm como princípios reitores o princípio da intangibilidade da legítima e o princípio da unidade da sucessão. Conforme será demonstrado, em virtude deles, o fenômeno sucessório permanece preso à família tradicional, dificultando, conseqüentemente, a busca por isonomia nas famílias.

O princípio da intangibilidade da legítima encontra seu fundamento entre a plena liberdade de testar e a proteção da família. É fundamento do instituto da reserva hereditária, que não pode ser diminuída na essência ou no seu valor por nenhuma cláusula testamentária. (NEVARES, 2015, p. 25-26).

No Brasil, a legítima dos herdeiros necessários (parte indisponível da herança) corresponde, no mínimo, à metade do valor do patrimônio pertencente ao falecido (não

alcança o que ele alienou onerosamente, mediante compra e venda, dação em pagamento, permuta ou cessão) (LÔBO, 2014, p. 77). Havendo descendentes, eles herdam necessariamente metade dos bens deixados. Não havendo descendentes, os ascendentes herdam necessariamente essa metade. Se não há descendentes ou ascendentes, a sucessão é do cônjuge ou do companheiro sobrevivente. Ademais, se há descendentes ou ascendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente com eles concorrem.

Por sua vez, o princípio da unidade da sucessão encontra seus fundamentos nos artigos 91 e 1.791 do Código Civil de 2002. O primeiro prescreve que “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”, enquanto o segundo indica que “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

É especialmente em virtude desse caráter intangível, universal e indivisível que o direito das sucessões não reflete a evolução ocorrida no instituto da família; que as regras de sucessão hereditária não foram revisadas para atender, de forma plena, a família contemporânea, entendida como uma família que existe para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros.

A sucessão legal prevista no Código Civil de 2002 não permite alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família para além do sentido meramente formal. Conquanto a ordem de vocação hereditária estabelecida possua ampla aceitação social, ao impedir a análise das qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o falecido no seio da convivência familiar, garante tão somente uma igualdade formal entre os herdeiros, que recebem pelo simples fato de pertencerem à estrutura familiar da qual fazia parte o autor da herança. (NEVARES, 2015, p. 31).

Assim, ainda que haja uma pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança entre os herdeiros legítimos, em decorrência de idade ou deficiência, essas suas qualidades pessoais não serão avaliadas para a transmissão da herança. Não se busca a constatação das desigualdades entre os herdeiros legítimos, tampouco se busca mecanismos de compensação para que a todos seja atribuída a mesma possibilidade de direitos.

Ocorre que, conforme lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, a vulnerabilidade é justificativa “para a existência de normas que determinam tratamento desigual entre pessoas a fim de proteger aquela mais frágil”. E nesse sentido, exemplificam que, “dentre os herdeiros, pode haver pessoas maiores, capazes, com condições

laborais, talvez até mesmo com mais posses do que o falecido. Mas, também, podem ser vulneráveis econômicos, tais como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência que não possam se sustentar”. (BORGES; DANTAS, 2017, p. 83).

Além disso, a natureza e a origem dos bens também não são consideradas para a transmissão da herança.

Embora o próprio surgimento do instituto da legítima estar relacionado com uma ideia de igualdade abstrata (com o objetivo de abolição do sistema de primogenitura) (LÔBO, 2014, p. 76), não há como se olvidar que os princípios reitores da família contemporânea devem informar a interpretação do ordenamento jurídico nas questões que a envolvam, tanto no âmbito existencial como no âmbito patrimonial. Incumbe também às regras sucessórias efetivar os princípios da igualdade e respeito à diferença; da proteção integral das crianças, adolescentes, jovens e idosos; e da afetividade.

A respeito, Euclides Benedito de Oliveira aponta que é necessário incentivar

uma reengenharia do sistema sucessório legítimo para que se estabeleça tratamento igualitário aos componentes da entidade familiar na ordem da vocação hereditária, em indispensável operacionalização dos princípios constitucionais de proteção à família e de respeito à dignidade da pessoa humana, como garantia de seu direito à herança. (OLIVEIRA, 2005, p. 12)

Destarte, a sucessão legal também precisa ter como fundamentos as qualidades específicas do herdeiro e como eram as relações afetivas dele com o autor da herança. O caráter intangível, universal e indivisível do direito das sucessões precisa se compatibilizar com a família contemporânea, de modo que aquele herdeiro vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança, em decorrência de idade ou deficiência, seja tutelado de forma isonômica em relação aos demais herdeiros.

Um exemplo de exceção ao princípio da unidade da sucessão que já existiu no ordenamento jurídico brasileiro visando a tutela de herdeiro vulnerável era a hipótese do artigo 1.611, §3º, do Código Civil de 1916, incluído pela Lei nº 10.500/2000. O dispositivo garantia ao filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho, na falta do pai ou da mãe, o direito real de habitação quanto ao imóvel que era destinado à residência da família. Tratava-se de dispositivo que conferia direito sucessório em atenção à pessoa do herdeiro, entretanto, não foi reproduzido no Código Civil de 2002. O direito real de habitação

é conferido apenas ao cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, e ao companheiro sobreviventes (CC/2002, artigo 1.831)<sup>2</sup>.

Além de a sucessão legal não alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família contemporânea, a sucessão testamentária se sujeita a restrições de todas as ordens. Veja-se que é com o objetivo de garantir a inviolabilidade do direito à herança é que o princípio da intangibilidade da legítima prevalece sob a autonomia privada na disposição patrimonial.

Ainda que seja permitido ao testador estabelecer cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, dele é exigida a demonstração de justa causa e as cláusulas estão sujeitas à apreciação do Poder Judiciário (CC/2002, artigo 1.848). A autonomia do testador é ampla apenas quando não há herdeiros necessários.

A lei impõe à sucessão testamentária requisitos e formalidades substanciais que, não sendo atendidas, resultarão na nulidade total ou parcial do testamento e, conseqüentemente, ao impedimento de suas finalidades (LÔBO, 2014, p. 190). A observância das formalidades “tem por fim assegurar a livre e consciente manifestação de vontade do testador, atestar a veracidade das disposições de última vontade e fornecer aos interessados um título eficaz para obter o reconhecimento de seus direitos” (GOMES, 2015, p. 93).

Assim, ainda que diante de herdeiros necessários maiores, capazes e aptos de promover o próprio sustento, a liberdade de testar é limitada.

Ocorre que, conforme mencionam Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, as restrições à sucessão testamentária não se justificam em cenários em que não haja uma pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança entre os herdeiros necessários, em decorrência de idade ou deficiência, tendo em vista que “apenas deve ser limitada na medida da realização de uma função social ou para assegurar condições existenciais” (BORGES; DANTAS, 2017, p. 89-90).

Também na sucessão testamentária a atenção deve estar voltada para as pessoas envolvidas no fenômeno sucessório e para o autor da herança e testador, e não para a

---

<sup>2</sup> Embora silente quanto ao companheiro sobrevivente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que ele tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, tendo em vista que o Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei nº 9.278/1996 a respeito, devendo prevalecer o princípio da especialidade. A título exemplificativo, os julgados proferidos nos Recursos Especiais nº 1156744/MG, 1220838/PR e 821660/DF.

transmissão da herança em si e para as suas regras técnicas e neutras. A autonomia privada que se expressa nas disposições testamentárias tem fundamento tanto na esfera patrimonial como na esfera existencial do testador. O testamento, como instrumento da autonomia privada, deve ser compreendido como um espaço de promoção e desenvolvimento da pessoa e da solidariedade familiar. (NEVARES, 2009, p. 328-329).

Destarte, a sucessão testamentária reforça a necessidade de revisão do caráter intangível, universal e indivisível do direito das sucessões, de modo que os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988 e as mudanças pelas quais passaram e passam os institutos do direito civil repercutam diretamente no fenômeno sucessório.

## **5. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, conclui-se que:

1. O direito das sucessões possui íntima relação com os institutos da propriedade, do contrato (autonomia privada) e da família. Desse modo, as transformações pelas quais passam esses institutos devem repercutir diretamente na dinâmica do fenômeno sucessório.

2. No Brasil, o direito à herança é assegurado por determinação constitucional (CF/1988, artigo 5º, inciso XXX). Trata-se de um direito individual que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais. Em virtude disso, cumpre à legislação infraconstitucional disciplinar o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais.

3. O esboço de família passou por diversas mudanças. A Constituição Federal de 1988 consolidou a ruptura com a família tradicional que, em seu modelo contemporâneo, deixa de ter como fundamento a conjugalidade e passa a ter como fundamentos a prevalência do afeto e a garantia do estado de filiação. A família contemporânea é aquela que existe para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros, devendo ser irradiada ao direito sucessório.

4. Não obstante, as mudanças na família não foram acompanhadas pelo direito sucessório. Ainda que seja possível sustentar que o direito sucessório se democratizou ao assegurar participação igualitária dos filhos independentemente da origem; ao limitar o número de colaterais que podem suceder; e ao estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, não logra sorte em resolver as diversas inconsistências que o preenchem. Por consequência, dentro da família é possível verificar

situações em que a igualdade material não é garantida aos herdeiros e a solidariedade familiar não é alcançada.

5. No ordenamento jurídico brasileiro, as regras de direito sucessório têm como princípios reitores o princípio da intangibilidade da legítima e o princípio da unidade da sucessão, sendo que é especialmente em virtude do caráter intangível, universal e indivisível que esses princípios inauguram no direito das sucessões que ele não reflete a evolução ocorrida no instituto da família.

6. A sucessão legal precisa ter como fundamento também as qualidades específicas do herdeiro, as relações afetivas dele com o autor da herança e a natureza dos bens transmitidos. O caráter intangível, universal e indivisível do direito das sucessões precisa se compatibilizar com a família contemporânea, de modo que aquele herdeiro vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança, em decorrência de idade ou deficiência, seja tutelado de forma isonômica em relação aos demais herdeiros.

7. A sucessão testamentária também deve estar voltada para as pessoas envolvidas no fenômeno sucessório e para o autor da herança e testador, e não para a transmissão da herança em si e para as suas regras técnicas e neutras. O testamento, como instrumento da autonomia privada, deve ser compreendido como um espaço de promoção e desenvolvimento da pessoa e da solidariedade familiar.

8. Enfim, somente com a análise das qualidades específicas do herdeiro, das relações afetivas dele com o autor da herança e da natureza dos bens transmitidos é que as mudanças pelas quais passaram e passam os institutos do direito civil, notadamente a família, repercutirão diretamente no fenômeno sucessório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856.** v. XVIII. Álvaro Villaça de Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O herdeiro legítimo.** Conferência proferida em 6 de Dezembro de 1996 durante o Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovido pela Ordem dos Advogados (Porto). Disponível em: < <https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf> >

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. **Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos.** In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. v. 11. jan.-mar. – Belo Horizonte: 2017, p. 73-91.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 5ª ed. atual. e rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 16ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRIMALDI, Michel. **Successions.** 2ª ed. – Paris: Éditions Litec, 1992.

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

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Sucessões.** 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos.** 2ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A família democrática.** In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 613-640.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas**. In: Revista Pensar. v. 18. – Fortaleza: Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2013, p. 587-628.

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

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

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

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. – Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Reflexões para o futuro. In: *Veja 25 anos*. São Paulo: Editora Abril, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 7. 25ª ed. rev. e atual. por Zeno Veloso – São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnold. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1991.