

LUCIANE SOBRAL

**PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA
PRIVADA E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2020

LUCIANE SOBRAL

**PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA
PRIVADA E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Prof.^a Dra. Rosalice Fidalgo
Pinheiro

CURITIBA

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANE SOBRAL

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Componentes: Prof. Dr. Marcos Alves da Silva
Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba.

Prof. Dr. Marco Antonio Lima Berberi
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Curitiba, 05 de março de 2020.

*Aos meus alunos (antigos e futuros),
por me apresentarem meu verdadeiro propósito: a docência,
pelas experiências vividas e as que virão.*

AGRADECIMENTOS

O mestrado significou muito mais que uma fase acadêmica em minha vida; representou a experiência mais intensa de conhecimento e autoconhecimento, desafios e superação, crescimento profissional e pessoal que eu vivi até o presente momento. Por isso, inundada de imensa e verdadeira gratidão, é preciso nominar e agradecer àqueles que foram essenciais nesta caminhada.

A começar por Aquele que guiou meus passos, minhas escolhas, me presenteou com bênçãos que eu nem imaginava, me amparou e protegeu nas mais diversas situações, acompanhou todo meu esforço e todas as minhas vitórias: Deus, que se fez presente em suas mais diversas formas e representações, a quem eu sou e sempre serei eternamente grata por tudo.

À minha orientadora professora Rosalice Fidalgo Pinheiro, serei eternamente grata pela segurança transmitida durante a pesquisa e pelo seu exemplo de pessoa, pesquisadora e docente; a cada conversa um ensinamento para a vida e a cada aula maior admiração e respeito. Agradeço ainda pela oportunidade do estágio em docência sob a sua supervisão.

Aos professores Marco Antonio Lima Berberi e Marcos Alves da Silva, pelas considerações na qualificação, por disponibilizarem seu tempo para a leitura do trabalho e, certamente pelos ensinamentos que ainda virão na banca de defesa.

Aos professores Bruno Lorenzetto e Marco Berberi, pelas conversas, orientações e amparo durante o mestrado, especialmente no período de licença da professora Rosalice, foram essenciais para o meu crescimento acadêmico e pessoal.

À CAPES/PROSUP e à Comissão de Bolsas do UniBrasil por permitirem a minha dedicação ao mestrado de modo intenso.

À minha mãe Inês, pela presença constante e diária, pelo apoio, compreensão, cuidado, amor e carinho nos pequenos detalhes, por sempre facilitar tudo e permitir que meus momentos de estudo fossem mais proveitosos.

Ao meu pai Gilberto, por se fazer presente, pelo amor e carinho expressados à sua maneira, pelas orações e incentivos, por não medir esforços para apoiar minhas escolhas e meus estudos.

Ao meu noivo Brunno, pelo suporte, alegria, amparo e amor de sempre, especialmente por encarar essa fase ao meu lado, mesmo que isso significasse o

adiamento de nossos planos pessoais, sendo minha calma em meio à tormenta, meu lugar seguro em meio à tempestade e meu parceiro para todas as horas.

À todos os alunos, alunas e equipe docente do Colégio Estadual São Cristóvão, pela primeira e memorável experiência na docência, que serviu de incentivo para cursar o mestrado.

À Rafaela, Gisele e Rosana, secretárias do PPGD, pela competência e apoio nas questões administrativas; em especial à Rafa, pela companhia constante, almoços e conversas que tornavam os dias mais leves. À Carla, secretária da Graduação em Direito, pelo auxílio sempre prestativo nas demandas das bancas de conclusão de curso e co-orientações.

Aos professores do PPGD, pelas aulas, ensinamentos, avaliações e por serem inspiração enquanto pesquisadores, docentes e pessoas.

Aos professores do curso de Direito do UniBrasil, que me permitiram experimentar as mais diversas atividades da docência: À professora Lígia, pela oportunidade de realizar estágio em docência ao seu lado. Às professoras Lígia e Maria Cecília por terem a mim confiado a função de co-orientadora de pesquisas na área de Direito de Família. Às professoras Maria Cecília e Karla, pela oportunidade de palestrar aos alunos da graduação sobre temas da minha área de pesquisa. Aos professores Laura, Lígia, Maria Cecília, Karla, William, Berberi, Dotta e Hugo, pelo convite para participar como avaliadora em bancas de conclusão de curso.

Aos meus amigos do mestrado Fran, Tina, Ricardo, Kátia e aos demais colegas pelos desabafos e alegrias compartilhados durante essa fase. Ao Élcio pelos vários livros emprestados e à Joyce pelas correções de *abstract*.

Aos meus amigos advogados Valéria, Felipe, Jéssica e Mateus que assumiram minhas questões profissionais e permitiram minha dedicação ao mestrado.

A todos os amigos, familiares e colegas que celebram comigo cada conquista alcançada, meus sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
RESUMEN	ix
INTRODUÇÃO	12
1.A ABSTRAÇÃO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA E AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA E DA PROPRIEDADE: O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO ALTERNATIVA	15
1.1 Da Permanência à Fragilidade dos laços familiares: a abstração da sucessão codificada	16
1.2 Da Perpetuidade à Funcionalização da propriedade: a essencialidade na sucessão hereditária?	27
1.3 O Planejamento Sucessório como alternativa ao engessamento do Direito das Sucessões	32
2. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: UM INSTRUMENTO DE RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?	40
2.1 A Autonomia Privada como “pedra angular do Direito Privado” no Direito das Sucessões: a liberdade de testar.....	41
2.2 A Funcionalização da Autonomia Privada na sucessão hereditária: a intangibilidade da legítima	47
2.3 A Autonomia Negocial no Planejamento Sucessório	52
3. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS	59
3.1 Pressupostos do Planejamento Sucessório.....	59
3.2 Instrumentos para o Planejamento Sucessório	63
3.2.1 Instrumentos com efeitos <i>post mortem</i>	63
3.2.3 Instrumentos com efeitos <i>inter vivos</i>	70
3.3 A Lacuna Legislativa do Planejamento Sucessório	74
4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE OS INTERESSES DO SUCEDIDO E OS INTERESSES DOS SUCESSORES	84
4.1. As Restrições aos Direitos Fundamentais	85
4.1.1 Teoria Interna	88
4.1.2 Teoria Externa	90
4.2 A Intangibilidade da Legítima como limite imanente do Planejamento Sucessório	94
4.3. Os Interesses dos Sucessores como limite externo ao Planejamento Sucessório... ..	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	123

RESUMO

O presente trabalho examina a autonomia privada e sua contribuição ao planejamento sucessório, tem por objetivo verificar as transformações da autonomia privada e compreender os direitos fundamentais envolvidos no planejamento sucessório. Analisa-se as restrições aos direitos fundamentais, por meio das teorias limitadoras interna e externa, as quais refletem na legítima e na igualdade dos sucessores. Utiliza-se do método dedutivo, através da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial para estudo do tema. Dentre os resultados alcançados, destacam-se: a análise da legítima e dos instrumentos do planejamento sucessório no direito brasileiro, a compreensão das limitações aos direitos fundamentais à liberdade de testar e à igualdade dos sucessores, a contraposição dos direitos fundamentais atinentes ao autor da herança, de um lado, e aos interesses dos sucessores, de outro.

Palavras-chaves: Sucessões. Direitos Fundamentais. Planejamento Sucessório. Autonomia Privada.

ABSTRACT

This paper examines private autonomy and its contribution to succession planning, aims to verify the transformations of private autonomy and understand the fundamental rights involved in succession planning. Restrictions on fundamental rights are analyzed by the internal and external limiting theories, which reflect on the legitimacy and equality of successors. The deductive method is used, through doctrinal, legislative and jurisprudential analysis to study the theme. Among the results achieved, the following stand out: the analysis of the legitimacy and the instruments of succession planning in Brazilian law, the understanding of the limitations on fundamental rights to the freedom to test and to the equality of successors, the opposition of fundamental rights pertaining to the author of the inheritance, on one side, and the interests of successors, on the other.

Keywords: Successions. Fundamental rights. Succession Planning. Private Autonomy.

RESUMEN

Este documento examina la autonomía privada y su contribución a la planificación de la sucesión, tiene como objetivo verificar las transformaciones de la autonomía privada y comprender los derechos fundamentales involucrados en la planificación de la sucesión. Las restricciones a los derechos fundamentales se analizan, a través de teorías limitantes internas y externas, que reflejan la legitimidad e igualdad de los sucesores. El método deductivo se utiliza, a través del análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial para estudiar el tema. Entre los resultados alcanzados, destacan: el análisis de la legitimidad y los instrumentos de planificación de la sucesión en la legislación brasileña, la comprensión de las limitaciones a los derechos fundamentales a la libertad de prueba y la igualdad de los sucesores, la oposición de los derechos fundamentales en relación con el autor de la herencia, por un lado, y los intereses de los sucesores, por el otro.

Palavras Llaves: Sucesiones. Derechos fundamentales. Plan de sucesión. Autonomía privada.

LISTA DE TABELAS

Gráfico 1 – Divórcios no Brasil 2008 a 2018 (IBGE)	103
--	-----

INTRODUÇÃO

“Ninguém sabe, na verdade, se por acaso a morte não é o maior de todos os bens para o homem, e, entretanto, todos a temem, como se soubessem, com certeza, que é o maior dos males”¹. A afirmação de Platão em Apologia de Sócrates, retrata que a finitude da vida é sempre um tema sombrio, que costuma ser evitado. Talvez pela incerteza de datas e razões que levarão ao fim da vida de cada ser humano, prefere-se comentar pouco ou quase nada sobre o assunto. Por conseguinte, conversas familiares sobre herança são reprovadas pela maioria das pessoas, algumas vezes, sob o argumento de que abordar o assunto pode significar um “mau agouro em momento de felicidade”², ou ainda, um adiantamento da finitude da vida de algum membro da família.

Mas, ainda que morte não seja um tema comumente escolhido para conversas familiares, é a realidade natural de todo o ser vivo. E, paradoxalmente, a atenção dos civilistas tem se voltado para um modo diverso de exercício da autonomia privada com efeito *post mortem*. Trata-se do planejamento sucessório, que tem como objetivo principal garantir que a vontade do interessado seja efetivamente cumprida após sua morte. Por outro lado, há o direito à herança garantido constitucionalmente aos sucessores. Para garanti-lo, o direito sucessório brasileiro limita o exercício da liberdade de disposição de bens da herança através da denominada legítima, quando o titular do patrimônio possui herdeiros necessários³.

A autonomia privada não significa uma liberdade sem limites, pois seu conceito permite uma intervenção/limitação do Estado, verifica-se que no direito sucessório, além da legítima, a figura do *pacta corvina*, de um lado, que impossibilita um amplo exercício da liberdade patrimonial e, de outro lado, o interesse dos sucessores, baseado no direito fundamental à herança. Há, portanto, uma dicotomia entre a liberdade do titular do patrimônio e o direito à herança dos sucessores.

Ao que tudo indica, o exercício do direito, em especial pela advocacia, foi criando meios para conseguir contornar essas limitações e permitir a liberdade ao

¹ PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Minas Gerais: Virtual Books, 2003, p. 16.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

³ O rol de herdeiros necessários é encontrada no art. 1.845 do Código Civil, são eles: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais. Ainda há discussões sobre a interpretação do companheiro como herdeiro necessário, em virtude da decisão não abrangente do STF no RE 878.694/MG.

autor da herança sem infringir a legislação (legítima). A pesquisa busca compreender o exercício da autonomia privada, pela prática do planejamento sucessório, diante dos direitos fundamentais nele envolvidos.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é responder os seguintes questionamentos: O planejamento sucessório é um instrumento de ressignificação de autonomia privada? Essa autonomia privada excede ou pode exceder os limites impostos pelo legislador no livro das sucessões? Quanto aos direitos fundamentais envolvidos – do autor da herança e dos sucessores, o planejamento sucessório permite o exercício desses direitos ou, ao contrário, os restringe?

A hipótese apresentada é de que o planejamento sucessório é uma tendência da advocacia como forma de possibilitar o exercício da autonomia privada diante de um direito sucessório engessado; acredita-se que a intangibilidade da legítima prejudica o direito fundamental à liberdade de testar do autor da herança, mas ao mesmo tempo garante o direito à herança aos sucessores, especialmente caso estes sejam vulneráveis e dependentes do titular do patrimônio.

Para realizar essa pesquisa, será utilizado o método dedutivo, por meio do qual serão utilizados doutrina, legislação e jurisprudência a fim de buscar conceitos, bases e exemplos práticos para a realização da pesquisa.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: no primeiro capítulo haverá a análise das transformações da família e da propriedade, analisando também o acompanhamento ou não dessas transformações pelo direito sucessório.

No segundo capítulo a autonomia privada será a protagonista do estudo, passando pela análise da liberdade de testar, da legítima e da autonomia negocial no planejamento sucessório; neste último tópico serão demonstrados problemas enfrentados por casais quanto à escolha do regime de bens do casamento ou união estável e as consequências diferentes em caso de rompimento e de morte.

No terceiro capítulo, analisar-se-á as características principais do planejamento sucessório, os instrumentos jurídicos que possibilitam a realização de um planejamento sucessório no ordenamento jurídico pátrio, bem como a legislação existente sobre assunto com breve comparação à legislação de outros países. Abordará ainda o contexto fático-jurídico da inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário.

Por fim, no quarto capítulo, serão abordados os direitos fundamentais presentes na problemática apresentada, as restrições a eles pela análise das teorias

interna e externa a fim de compreender o conflito existente entre a liberdade de testar, a intangibilidade da legítima e o direito à herança, garantido constitucionalmente aos sucessores.

1. A ABSTRAÇÃO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA E AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA E DA PROPRIEDADE: O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO ALTERNATIVA

O termo “sucessão” no âmbito jurídico é derivado do verbo suceder e significa substituir, tomar o lugar do outro⁴. A sucessão corresponde a transferências de bens e direitos em vida, denominada sucessão *inter vivos* ou ainda, quando essa transferência ocorrer após a morte, denomina-se sucessão *causa mortis*. O Direito sucessório é o ramo do direito que estuda a transmissão da propriedade *post mortem*, isto é, “regula a destinação do patrimônio de uma pessoa física ou natural depois de sua morte”⁵.

A morte é relevante ao direito civil porque produz efeitos que não podem ser ignorados, todos de relevância extrema nas relações entre particulares. A morte de uma pessoa interfere na vida de todos os que lhe viviam à volta e, embora a morte tudo resolva, verdade é que muitas situações novas são criadas para ser, enfim, resolvidas pelos e para os sobreviventes.⁶

A sucessão *causa mortis* estudada pelo Direito das Sucessões, divide-se em duas espécies: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A sucessão legítima obedece a ordem da vocação hereditária, disposta pela legislação civil, enquanto a sucessão testamentária segue o disposto em ato de disposição de última vontade (testamento).⁷ O sucessor que recebe a herança deixada pelo falecido em razão de vínculo hereditário é chamado herdeiro, já aquele que recebe patrimônio específico deixado por ocasião de testamento denomina-se legatário.

O ordenamento jurídico brasileiro, através do Código Civil, possui um instituto denominado legítima que “reserva” parte da herança a familiares mais próximos, definidos pela lei como herdeiros necessários, o que demonstra a preocupação do legislador em manter o patrimônio no seio familiar.

Nesse sentido, percebe-se a correlação dos temas: sucessão, propriedade e família, já que com o evento morte, a propriedade é deixada como herança aos sucessores familiares e, apenas tendo o autor da herança deixado testamento é que

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.202.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.205.

o patrimônio pode ser destinado a alguém que não possua laços familiares com o falecido.

Portanto, há no Direito das Sucessões a vinculação da propriedade (patrimônio) e a família, pois “nas sociedades onde não existe direito de propriedade nem interesse na preservação da família, não existe direito das sucessões”⁸.

Nesse mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro afirma que “propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto”.⁹

Ocorre que esse modelo sucessório baseado na legítima é extremamente antigo e permanentemente estático, diferente das alterações apresentadas nos outros ramos do Direito Civil, como é o caso do modelo de família que sofreu forte transformação nos últimos anos e atualmente possui formato, personagens e objetivos completamente diferentes em comparação aos anos anteriores.

1.1 Da Permanência à Fragilidade dos laços familiares: a abstração da sucessão codificada

O Brasil demorou para elaborar suas próprias leis. As Ordenações Filipinas foram uma importação e aplicação de algo pronto, vindo de Portugal. Mesmo após a Independência do Brasil, em 1822, esse sistema permaneceu vigente até que houvesse a organização de um novo Código e, esse tardou. Portugal em 1867 já havia organizado seu próprio Código Civil, no Brasil veio a República, a queda do Império e as Ordenações Filipinas continuavam aqui vigentes, chegaram a completar 314 anos de existência.¹⁰

Apenas no século XX, após anos de tentativas – iniciadas em 1855 por Teixeira de Freitas, cuja missão foi transferida a vários juristas e jurisconsultos; em 1899, Clóvis Beviláqua, professor de legislação comparada da Faculdade de Direito do Recife, foi convidado para a empreitada que, após revisões e discussões, foi o

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5 a 10.

autor do Código Civil Brasileiro promulgado em 1916¹¹, representando a tradição jurídica lusitana e a situação social do país especialmente no direito de família e das sucessões¹². Antônio Chaves entende que Clóvis Beviláqua trouxe ao seu projeto as melhores conquistas legislativas do século XIX, destacando ousadas inovações no campo do Direito de Família, Sucessões e Reais que foram objeto de amplos debates, um deles dizia respeito à incerteza entre incluir ou não o divórcio àquela época no ordenamento jurídico brasileiro.¹³

Por outro lado, Orlando Gomes entende que, na elaboração do projeto não havia um espírito “radical”, semelhante ao contido nas legislações americanas; ao contrário, havia demonstração expressa de “fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país [...] persistente no direito de família e no direito das sucessões”¹⁴, permanecendo “aquele privatismo doméstico¹⁵ que tem marcada influência na organização social do Brasil” e se conecta ao patriarcado e conservantismo¹⁶.

O patriarcado estava presente e pode ser exemplificado no dispositivo que prevê a prevalência da vontade do pai em caso de discordância quanto ao consentimento de pai e mãe para o casamento dos filhos menores de 21 anos; na atribuição ao homem, na qualidade de marido, as decisões referentes às questões conjugais, inclusive em autorizar (ou não) o exercício profissional da esposa¹⁷.

O conservantismo pode ser verificado na adoção da comunhão universal de bens como regime legal e, na impossibilidade de dissolução do casamento válido por vontade das partes¹⁸ – o art. 315 do Código Civil de 1916 (CC/16) elencava três fundamentos para o término da sociedade conjugal: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento e desquite, sendo que este último dependia dos requisitos dispostos no art. 317 CC/16: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria

¹¹ CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 57-105, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456>> Acesso em 10 ago. 2019, p. 57 a 98.

¹² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5 a 13.

¹³ CHAVES, Antônio. Op cit., p. 98.

¹⁴ GOMES, Orlando. Op cit., p. 13.

¹⁵ Por “privatismo doméstico”, interpretando o entendimento de Orlando Gomes, entende-se pelo predomínio do espaço privado sobre o público, que teve influência da organização social do Brasil Colônia.

¹⁶ GOMES, Orlando. Op cit., p. 14.

¹⁷ Ibidem, p. 14 a 16.

¹⁸ Idem.

grave e abandono do lar por dois anos. O parágrafo único do art. 315 CC/16 previa expressamente que o casamento válido se dissolvia apenas com a morte.¹⁹

Clóvis Beviláqua era totalmente contrário à dissolução de vínculo matrimonial, em seu entendimento essa possibilidade faria com que a poligamia fosse instaurada, o que implicaria em questões morais com repercussão na organização social; por isso ele sustentava que a previsão de divórcio no Código Civil de 1916 enfraqueceria os laços da família e implicaria terrivelmente na organização social.²⁰

Na época, valorizava-se o vínculo matrimonial e os numerosos membros das famílias. Quanto maior o número de filhos melhor, pois esses eram vistos como investimentos e assim que atingissem uma idade apta a realização das tarefas domésticas e da produção da agricultura familiar, eram convocados para auxiliar a família. Além disso, os filhos tinham também uma função especial de manter a duração da família, eram uma espécie de “ponte” para a infinitude da genealogia familiar, já que a expectativa de vida era pouca; ou seja, morrer sem filhos era sinônimo do descumprimento de dever de manter a família viva.²¹

Havia, portanto, uma “preocupação pela estabilidade do grupo familiar”, que sob a ótica do Direito Sucessório estava presente em vários aspectos: i) na possibilidade do testador gravar todos os bens com cláusula de inalienabilidade, mesmo os que correspondessem à legítima; ii) no percentual correspondente à metade do patrimônio obrigatoriamente reservado aos herdeiros necessários; iii) na sucessão dos colaterais até o sexto grau, quando não houvesse testamento.²²

Ainda que existam críticas, a criação do Código Civil de 1916 foi um grande passo no Direito Brasileiro. Posteriormente, as transformações sociais do século XX deram vez ao Estatuto da Mulher Casada, à Lei do Divórcio, à emancipação feminina e, em especial, à Constituição Federal de 1988, acontecimentos esses que, aos poucos foram alterando a noção de família.²³

¹⁹ BRASIL, **Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.**

²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis apud GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 58 e 59.

²² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

²³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Seminário Nacional de Dimensões, UNOESC.** Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>>. Acesso em 18 ago. 2018, p. 132.

A Constituição Federal de 1988 trouxe fortes elementos que permitiram alterações, especialmente no âmbito familiar: contendo ampliações de modelos, visando igualdade entre homem e mulher, preocupando-se com a dignidade das pessoas, permitindo que a família evoluísse para uma entidade social e não mais estatal – a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, entre outros exemplos que, sem dúvidas, permitiram que a autonomia privada ganhasse espaço não apenas nas questões patrimoniais, mas também nas extrapatrimoniais que é o caso do Direito das Famílias.²⁴

O Direito de Família acompanhou as transformações da sociedade, percebe-se hoje que o conceito, a existência de estruturas de afeto e poder existentes no âmbito familiar são muito diferentes, fato que segundo Giselda Hironaka, não a torna melhor ou pior em relação ao modelo anterior²⁵.

Com o advento do Código Civil foi permitida maior autonomia individual e a conquista da liberdade.²⁶ A independência econômica da mulher a trouxe para uma posição de organizadora e administradora da estrutura familiar, ao lado do seu parceiro e, não mais submissa a ele. “O divórcio, controle de natalidade, concepção assistida, a reciprocidade alimentar são valores novos que passam a permear o tecido familiar para torná-lo mais arejado [...], mais adaptável às concepções atuais [...]”²⁷, o Direito por sua vez necessitou acompanhar as transformações da sociedade.

A sociedade, ao tempo denominado por Giselda Hironaka como “pós-modernidade”, passou a dar mais valor também ao afeto. Antes disso, algumas alterações já haviam iniciado; na Modernidade (após os anos 50) a própria relação entre pais e filhos – que antes tinha um viés autoritário – teve alterações como a tomada de decisões conjuntas, debatidas igualmente entre eles; na pós modernidade há a presença da família composta por variadas faixas etárias convivendo conjuntamente na mesma casa (pais, filhos, avós), há ainda o prolongamento do

²⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Seminário Nacional de Dimensões, UNOESC**. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>> p. 131-142. Acesso em 18 ago. 2018, p. 132.

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.101, p. 153-167, jan/dez. 2006, p. 154.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.101, p. 153-167, jan/dez. 2006, p. 154.

tempo em que os filhos residem com os pais em relação aos períodos anteriores, fato motivado principalmente por questões econômicas, mas também em virtude do relacionamento saudável e igualitário entre os membros da família que conjuntamente residem.²⁸

Houve o reconhecimento das uniões homoafetivas, as famílias sociafetivas deram origem à multiparentalidade e outras novas formas de pluralismo familiar levaram os doutrinadores a chamá-lo de “direito das famílias”, no plural. Coerente tal variação, já que não há mais espaço no ordenamento jurídico para tratar de família no singular, como se houvesse apenas um modelo correto para sua formação, diante da pluralidade de entidades familiares e composições de famílias diferentes umas das outras, a alteração no termo faz todo o sentido.

Além da noção de pluralidade familiar e retirada do modelo padrão pré-estabelecido de família, as relações interpessoais também passaram por transformações com o passar dos anos. O conservadorismo estabelecido nas famílias também se fazia presente nos namoros, noivados e relacionamentos de modo geral, percebe-se a diferença pelo simples fato de que, nos dias atuais, os relacionamentos amorosos não necessariamente são nomeados e não se vê uma obrigatoriedade das fases (namoro-noivado-casamento-filhos). Aliás, até mesmo antes do reconhecimento da união estável, muitos casais decidiam residir conjuntamente, pouco se importando com os pré-requisitos de namoro, noivado ou com o fato da união estável ainda não produzir efeitos jurídicos, já que buscavam pura e simplesmente satisfazer desejos e realizações pessoais, sem preocupação com as consequências jurídicas. Sabe-se que, nos dias de hoje, há casais que optam pela união estável, sem qualquer formalização, justamente pela ausência de burocracia e sensação de liberdade no relacionamento.

A noção de transformações lineares, apontadas pelas características bem definidas de cada fase e suas alterações é descrita por vários estudiosos e doutrinadores, mas possui controvérsia quando analisada especificamente sob a perspectiva da demografia histórica, que estuda o histórico das famílias. Através dessa análise, há resultados que demonstram que nem sempre havia um modelo padrão de família baseado nas características históricas, em relatos oficiais e

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.101, p. 153-167, jan/dez. 2006, p. 164 e 165.

divulgados, os quais demonstram as famílias elitizadas, que realmente eram vistas pela sociedade; raramente esses estudos trazem um olhar específico das estruturas familiares menosprezadas; dos escravos, por exemplo. Através de informações e pesquisa específica feita por historiadores, há informação de que havia escravos casados entre si e com muitos filhos, há evidências da existência de muitas famílias paralelas, em que um fazendeiro ou comerciante tinha mais de uma família, além dos filhos nascidos de relações “clandestinas” denominados “bastardos”. Verifica-se, através desse olhar, que na realidade não se existia de modo geral uma padronização das relações familiares, mas que as famílias eram submetidas aos modelos padrões e formais, para serem chamadas tradicionais, assim como há nos dias atuais. Entretanto, esses traços históricos que demonstram certa pluralidade, ainda que abafada e sem reconhecimento, não são amplamente divulgados especialmente nos livros jurídicos.²⁹ Por esse motivo, quando nesse estudo, mencionar-se a respeito das alterações e conquistas do ponto de vista familiar, essas dizem respeito aos modelos de famílias que eram formalizados e permitidos, de maneira geral, moral e juridicamente.

O século XXI é marcado por uma ampla e notória mudança nas configurações afetivas, o que anos atrás se considerava uma afronta aos preceitos morais da sociedade (e cuja pluralidade até poderia existir, mas na surdina), hoje é considerado normal, como é o caso dos divórcios, relacionamentos virtuais, relacionamentos abertos, entre outros.³⁰

A respeito dos relacionamentos e de sua formação, segundo a psicanalista Regina Navarro Lins³¹, o amor também sofre alterações com base na sociedade e suas crenças e valores. A partir do surgimento do Cristianismo o amor era dirigido apenas à Deus, no século XII houve a primeira manifestação de amor recíproco, derivado de um relacionamento pessoal; inicialmente chamado amor cortês, mas que não fazia parte dos casamentos, já que correspondia tão somente a satisfação pessoal. No século XVI, marcado pelo Renascimento, as mulheres eram classificadas como santas ou pecadoras. No Iluminismo, séc. XVIII marcado pela razão fez-se pouco-caso da emoção e o amor fora desabonado.

²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.40.

³⁰ LINS, Regina Navarro. **Novas formas de amar**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017, p. 17.

³¹ *Ibidem*, p. 19-26.

Até 1940, a boa esposa era a que cuidava bem dos filhos e realizava os afazeres domésticos, exigia-se dela uma sexualidade contida; já o bom marido era o que trabalhava, não deixava faltar nada em casa e protegia a família. O casal perfeito era “a mulher respeitável e o homem provedor”³².

A partir do século XIX, a sensibilidade começou a aparecer juntamente com o amor romântico que passou a existir nos casamentos. O século XX, marcado pela existência de telefone e automóvel, possibilitou os encontros marcados dos casais e aumentou o interesse de existir amor no casamento. Foi também a partir de 1940 que os casamentos, que antes se realizavam por interesses econômicos e políticos, passaram a ter fundamento na emoção, influenciados por filmes de Hollywood e pelo advento do cinema³³. Os anseios do casal passaram a ser diferentes a partir de 1940, já que havia agora a necessidade de realização afetiva de um amor para a vida toda³⁴.

O amor romântico sai de cena a partir de 1960, com o surgimento dos métodos contraceptivos, movimentos feministas, gays e hippies e da internet, momento que possibilitou a experimentação de novas formas de relacionamentos³⁵.

As formas de relacionamento continuam se reinventando até os dias atuais, ainda que não possuam reconhecimento legal e judicial, como é o caso dos relacionamentos abertos e da poliafetividade, que são exercício da liberdade e autonomia individual.

Relacionamentos que, anteriormente, precisavam durar até a morte, casais que mantinham um casamento sem afeto por conta de questões sociais e culturais hoje não são maioria.

[...] basta visitar as décadas de 1950 e 1960. Se alguém, naquela época dissesse que um tempo depois seria natural as moças não e casarem virgens seria tachado de louco. Diriam que a sociedade não estava preparada para isso. A virgindade era condição para o casamento. O mesmo ocorria com a separação de um casal, que era vista como uma tragédia. Quem poderia admitir que algumas décadas depois ela acabaria se tornando prática tão habitual?³⁶

A família, na visão pluralista, é baseada no afeto e composta por pessoas com projetos de vida comuns, buscando cada vez mais a felicidade; o conceito da família

³² LINS, Regina Navarro. **Novas formas de amar**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017, p. 45.

³³ Ibidem, p. 19-26.

³⁴ Ibidem, p. 45.

³⁵ Ibidem, p. 32.

³⁶ Ibidem, p. 32.

moderna corresponde a “comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independentemente da opção sexual”³⁷. “A pós-modernidade abriu as portas para a possibilidade de constituição mais verdadeira da família e dos relacionamentos afetivos”³⁸.

As relações se transformaram e a vida útil dos relacionamentos foi afetada. Zygmunt Bauman destaca que nos dias atuais, o termo “relacionamento” é deixado de lado e as pessoas são influenciadas a utilizar o termo “conexão”; essa sutil diferença de nomenclatura possui forte significado, já que transforma “parceiros” em “redes”, o sociólogo menciona ainda que “uma ‘rede’ serve de matriz tanto para conectar quando para desconectar [...] as conexões podem ser rompidas, e o são, muito antes que se comece a detestá-las”, mais fácil ainda de romper e desconectar são as relações virtuais, em que basta uma tecla para encerrar a conexão entre duas pessoas³⁹.

A pretensão de manter-se em um casamento até o fim da vida já não é mais tão comum e cede lugar para o relacionamento flexível, temporário e já desestabilizado pela coabitação.⁴⁰ Para Zygmunt Bauman, essa fragilidade não está presente apenas na área de relacionamentos, mas de uma maneira geral, vive-se em uma modernidade líquida⁴¹, imediatista em que em uma analogia a produtos usados, que mesmo em boas condições são descartados como lixos para adquirir novas versões, assim também ocorre com os relacionamentos, os quais o sociólogo entende estarem frágeis e líquidos⁴².

Afinal, a decisão romântica do amor como “até que a morte nos separe” está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde extraía seu vigor e sua valorização.⁴³

³⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

³⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Direito das Famílias: Amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 367.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 12 e 13.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 53 e 54.

⁴¹ Vida líquida é conceituada como vida precária, movida por constantes incertezas. (BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, 2007, p. 7-8).

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Op cit.*, p. 53,54,28.

⁴³ *Ibidem*, p. 19.

Em entrevista com Lígia Baruch de Figueiredo, a mesma expressa sua opinião sobre o conceito de Bauman de relacionamentos líquidos, liberdade e satisfação nos relacionamentos:

Essas ideias do sociólogo Zygmunt Bauman ficaram muito populares, mas, a meu ver, trazem uma visão antiquada dos relacionamentos, trazem uma nostalgia dos tempos antigos, como se antes fosse melhor. Não vejo dessa forma... Para as mulheres heterossexuais e para o público LGBTT de forma geral, os avanços são enormes. Hoje, muitas mulheres podem sair de casamentos abusivos, divorciar-se e encontrar companhia em qualquer idade de acordo com seus critérios de seleção. Outras tantas podem ter um cardápio de opções, vivenciando isso sem depender de seu grupo social para apresentações... Uma vasta experiência relacional e sexual, do mesmo tamanho que antes, só era permitida aos homens. Para o público LGBTT nunca foi tão fácil encontrar parceria. [...] Muitas vezes se confunde duração com satisfação. Hoje, graças à cultura do divórcio, valoriza-se mais a satisfação do que a duração das relações. Eu acho essa mudança muito positiva [...] a velocidade com que tudo acontece [...] faz com que tudo passe com menos dor e menos trauma. Por que sentir saudade do tempo em que se morria de amor, não é mesmo?⁴⁴

Zygmunt Bauman traz a afinidade como um “parentesco qualificado”, ou seja, a escolha que tem por objetivo ser incondicional, irrevogável e indissolúvel como o parentesco mas para tornar esse vínculo semelhante ao de parentesco há necessidade de empenho diário e constante; a afinidade acaba se misturando com o parentesco até se tornar indistinguível sob o ponto de vista da rede de parentesco, isto porque, “a afinidade de uma geração se transforma no parentesco da geração seguinte”. Entretanto, essa escolha, mesmo quando oriunda de casamentos que, embora religiosamente são considerados indissolúveis, trata-se da união de humanos celebrada por humanos e, portanto, pode ser desunida e, em havendo oportunidade, dissolvida.⁴⁵

Destaca ainda o autor que a escolha dos casais de simplesmente viver juntos e deixar a vida levar, sem formalização, solenidades ou juramentos são características do mundo moderno líquido, desprendido dos laços de afinidade, para ele funciona assim: “você pede menos, aceita menos, e assim a hipoteca a resgatar fica menor e o prazo de resgate, menos desestimulante. O futuro parentesco, quer desejado ou temido, não lança sua sombra sobre o ‘viver juntos’.”

⁴⁴ FIGUEIREDO apud LINS, Regina Navarro. **Novas formas de amar**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017, p. 177 e 178.

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 45.

A família sofreu alterações, sejam elas positivas ou negativas e hoje, as relações não são mais tão sólidas e indissolúveis como antigamente. Dentre essas alterações, está a composição das famílias completamente diferente das de antigamente, as quais eram formadas tão somente pelo casamento de homem e mulher, hoje compreendem a pluralidade das famílias; além disso, o afeto passou a ser considerado elemento importante e a felicidade dos membros também, ao que se denomina eudemonismo. Com o surgimento do eudemonismo e sua busca, passou-se a priorizar o indivíduo ao invés dos bens constantes nas relações familiares⁴⁶. A família deixou de ser institucional para ser instrumental, isto é, ao invés de ter a instituição como fim, passou a buscar o meio para promover o desenvolvimento de seus integrantes⁴⁷.

Entretanto, diferente do direito das famílias e dos demais ramos do direito, o direito sucessório não foi sensível às transformações⁴⁸. Ainda assim, sua importância permaneceu, pois apesar da tônica residir no indivíduo e não mais nos bens, era impossível deixá-los de lado, já que por ocasião da morte, é preciso definir o destino do patrimônio. “E, assim, da mesma maneira que ‘vivemos para morrer um dia’, a personalidade vive para ser sucedida após sua morte. Os vivos vêm e vão, mas o crédito patrimonial permanece”⁴⁹.

A fim de dar continuidade ao crédito patrimonial do falecido, está o direito sucessório, ao qual Ana Luíza Maia Nevares critica sua neutralidade:

[...] uma das críticas que é direcionada ao Direito Sucessório é a sua neutralidade, já que, no Brasil, raras vezes a lei estabelece a divisão da herança com base em critérios concretos de proteção da pessoa de cada um dos que integram a família.⁵⁰

O sentido da neutralidade criticado pela autora está na aplicação geral das disposições sucessórias sem analisar a real necessidade de cada membro da família, entretanto, o direito sucessório tem origem legislativa, de modo que se verifica a necessidade de dispor abstratamente sobre possibilidades de aplicação. Por esse

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

⁴⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48.

⁴⁸ Ibidem, p. 41.

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.77.

⁵⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

motivo, prefere-se utilizar o termo abstração do direito sucessório, ao invés de abrir margem para considera-lo neutro, já que ao privilegiar herdeiros necessários em relação aos demais não se pode afirmar sua neutralidade. Em que pese referida consideração, verifica-se adequada a crítica da autora para um olhar voltado às necessidades específicas de cada herdeiro, desde que exista disposição legal expressa que possibilite utilizar da abstração legislativa para a especificidade do caso concreto.

Nesse mesmo sentido a Autora afirma que a legislação precisa prever mecanismos que permitam a transmissão da herança em conformidade com a previsão constitucional:

A disciplina do fenômeno sucessório é tarefa da legislação ordinária, sendo a função do Direito das Sucessões estabelecer o destino das situações jurídicas transmissíveis do autor da herança, conforme os ditames constitucionais, a partir da escolha dos sucessores e da previsão de mecanismos que permitam a liquidação e a partilha da herança.⁵¹

Em sendo o direito sucessório parte do direito civil, e este reflete a estrutura da sociedade, é visível sua importância em atender às exigências da sociedade⁵². Ainda que o direito sucessório não tenha avançado na mesma velocidade dos demais ramos do direito civil como o direito das famílias, tendo o livro das sucessões no Código Civil de 2002 mantido os institutos baseados em situações e famílias que não corresponde às atuais⁵³, é preciso analisar as possibilidades de se utilizar desses institutos para atender aos interesses da sociedade.

No mesmo sentido das transformações quanto aos relacionamentos, as transformações decorrentes da globalização, desenvolvimento tecnológico e solidariedade social trouxeram relevância ao direito sucessório, uma vez que as pessoas passaram a viver mais tempo, ter menos filhos, com bens muitas vezes investidos fora do país, situações que demonstram a necessidade de adaptação do direito sucessório.⁵⁴

⁵¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

⁵² TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

⁵³ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 39.

1.2 Da Perpetuidade à Funcionalização da propriedade: a essencialidade na sucessão hereditária?

Na Idade Média, só eram considerados sujeitos de direito aqueles que tinham posses, os que não possuíam eram escravos e servos da gleba; nesse sentido, autonomia privada, capacidade e personalidade jurídicas tinham vinculação direta à propriedade.⁵⁵

Com o surgimento do capitalismo (entre a Idade Média e a Idade Moderna), os indivíduos perceberam a necessidade de ser ou proprietários de bens (para subsistência) ou prestadores de trabalho (para transformar em capital), então a propriedade surgiu como requisito da universalização do conceito de sujeito jurídico⁵⁶.

A moderna ideia de propriedade continua a ter em sua base a origem histórica do capitalismo⁵⁷, por isso sua concepção está ligada à liberdade do ser humano possuir um bem de seu interesse e as escolhas que esse bem pode implicar economicamente na vida do indivíduo, ou seja, ainda que a escolha pela propriedade implique em uma diminuição de sua condição financeira, há a presença do elemento “poder sobre a coisa”, por assim dizer, ocasionado pela ilimitada liberdade de apropriação e utilização desse bem⁵⁸. O direito sucessório, juntamente com a propriedade foram base da expansão do comércio e dos negócios econômicos⁵⁹.

John Locke contribuiu, nesse mesmo sentido, ao caracterizar a origem da propriedade através da utilização da natureza, como bem comum e destacar que a parte correspondente a cada indivíduo era facilmente reconhecida, pois se tratava da parte que cada um utilizava para si e que seria inútil e desonesto utilizar-se de uma parte maior que o necessário⁶⁰. Portanto, a propriedade era o local de exercício da liberdade e meio indispensável para assegurar o próprio direito à vida, situava-se em local para além do Estado⁶¹. “A condição da vida humana, que requer trabalho e

⁵⁵ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.7,8.

⁵⁶ Ibidem, p.9.

⁵⁷ Ibidem, p.144.

⁵⁸ Ibidem, p.144.

⁵⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

⁶⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p.112.

⁶¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): pensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 81.

materiais com os quais trabalhar, introduz necessariamente a propriedade particular”⁶².

O elemento central do Código Civil Francês que permite a estruturação e definição dos institutos ali contidos baseia-se no fato de que a pessoa passa a ser livre em razão de ser detentora de propriedade⁶³. Nesse sentido ainda, considerando a teoria de Locke, a propriedade vai muito além de simples bens, se incorpora à pessoa (proprietária), por ser fruto do trabalho dessa; assim a primeira propriedade adquirida pela pessoa é o seu próprio corpo (direito natural)⁶⁴, por essa razão há tão enraizada a relação entre propriedade e autonomia privada, que não deixa de representar o direito à liberdade.

As relações econômicas dependiam dos objetos de troca entre os indivíduos, por esse motivo acredita-se que a propriedade privada seja precursora na manifestação da autonomia⁶⁵, referidas relações utilizavam-se do instrumento do contrato para realizar a circulação de riquezas na sociedade.⁶⁶

A propriedade aparece, assim, pela primeira vez, como um direito de todos os homens e afirma-se fundamentalmente como um poder de disposição: ela é, pois, indissociável do contrato. Se não for proprietário de si mesmo, o homem não pode empregar-se ao serviço de outrem, tal como o detentor de bens produtivos, se não dispor deles, os não pode inserir no processo produtivo, utilizando-os, através do trabalho alheio, para produzir bens.⁶⁷

Com o passar do tempo, a autonomia privada – inicialmente vista como instrumento de troca de patrimônio, passa a assumir a função de liberdade econômica.⁶⁸

O direito sucessório e sua relação com a propriedade também teve sua contribuição para expansão da economia:

O direito sucessório foi necessário para fortalecer o poder econômico do cidadão e tornou-se, ao lado da propriedade, base da expansão do comércio

⁶² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 81.

⁶³ Ibidem, p. 82.

⁶⁴ LOCKE, John apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 84.

⁶⁵ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4.

⁶⁶ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.145.

⁶⁷ Ibidem, p.145.

⁶⁸ Ibidem, p. 9,10.

e dos negócios econômicos. Dessa forma, para John Locke, propriedade era relacionada à ideia de criar valor pelo trabalho, o qual podia ser livremente alienado por contrato entre indivíduos iguais. No entanto, a aquisição por força do direito sucessório foi o arquétipo da aquisição sem trabalho e constituía um patrimônio para uma pessoa que não precisou gastar o dinheiro pessoal para receber sua propriedade.⁶⁹

Sílvio Venosa⁷⁰ entende que sucessões foi o ramo com mais modificações do direito moderno, pois no direito clássico o herdeiro substituía o morto em todas as relações jurídicas, sejam elas patrimoniais ou não (como no caso da religião), o sucessor continuava o culto familiar e essa era uma condição obrigatória àquele que se tornava herdeiro e que o direito de propriedade estava vinculado à manutenção do culto familiar, ou seja, voltado à religião das famílias. Giselda Hironaka, no entanto, critica o autor afirmando que não se pode generalizar a ideia de uma propriedade eterna, que se torna o centro da vida e da união da família romana, também se opõe à primeira afirmação por entender que estaria o autor fazendo afirmações de evolução do direito romano para o direito moderno, o que acaba por trazer julgamentos negativos em relação ao passado e supervalorização do presente, ao que a Autora é contra, vez que defende a desnecessidade de comparações que possam provocar afirmações de distanciamento ou atraso em relação ao presente.⁷¹

A morte não é definida ou conceituada pelo Código Civil, tão somente é apresentada como evento que termina a existência da pessoa natural, no art. 6º do Código Civil 2002⁷² e nos mesmos termos no art. 10 do Código Civil de 1916⁷³, os conceitos e interpretação à norma são transmitidos pela doutrina. Apesar disso, sempre existiu no direito sucessório uma preocupação pela estabilidade da propriedade no grupo familiar, visando a conservação do patrimônio, a garantia de futuro aos demais familiares, essa preocupação encontra respaldo na legislação⁷⁴, demonstrando assim a preocupação do legislador com o patrimônio do falecido e não com o evento morte em si.

⁶⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16,17.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.109, 111.

⁷² Ibidem, p.47.

⁷³ BRASIL, **Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art10in

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

Giselda Hironaka afirma que apesar do direito das sucessões brasileiro se relacionar mais com uma classificação contemporânea – e não com a romana ou lusitana clássica, não se abre para o novo, afirma ainda que a mentalidade civilista brasileira é diferente da romana, razão pela qual critica a utilização dos conceitos romanos como apenas uma adaptação à realidade brasileira, entende necessário desenvolver, juridicamente, um conceito para a morte utilizando critérios históricos e filosóficos⁷⁵.

Verificando questões históricas em relação às propriedades transmitidas como herança de geração em geração, percebe-se que na Idade Média o patrimônio era configurado por propriedades (terras) rurais. A partir da Revolução Industrial as origens das riquezas se alteraram⁷⁶; nos dias atuais, o patrimônio é composto não apenas por bens imóveis, mas por bens móveis, valores mobiliários, moedas criptografadas, direitos autorais, perfis, dados em redes sociais⁷⁷, bens digitais⁷⁸, serviços virtuais e contas eletrônicas que, podem ser objeto de inventário⁷⁹. Sendo assim, diante do atual contexto, acredita-se que o termo patrimônio ao invés de propriedade, abrange melhor os bens corpóreos e incorpóreos que podem compor a herança deixada pelo *de cuius*.

A conservação do patrimônio dentro dos laços familiares é assegurada pela ordem de vocação hereditária presente no art. 1829 do Código Civil.

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime

⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31, 95, 96.

⁷⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.89.

⁷⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro? *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 128.

⁷⁸ Por bens digitais patrimoniais entende-se aqueles inseridos na internet, mas de natureza meramente econômica: bitcoins, milhas aéreas etc; Já por bens digitais existenciais tem-se as redes sociais, e-mails, ou seja, bens com natureza privativa, íntima e personalíssima (CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento Sucessório e Testamento Digital: A proteção dinâmica do patrimônio virtual. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 147-148).

⁷⁹ Há projeto de lei nº 8.562/2017, autoria Elizeu Dionízio para incluir dispositivo no livro de Sucessões do Código Civil, sobre herança digital. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 8562/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>) Último acesso: 18/08/2019.

da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
 III - ao cônjuge sobrevivente;
 IV - aos colaterais.⁸⁰

Orlando Gomes destaca, entretanto, que a ordem de vocação hereditária disposta na lei civil apresenta contradição ao estreitar o conceito de família e ir de encontro ao fortalecimento dos familiares com laços de afeto “clã parental” e, por outro lado, alargar o conceito quando permite o direito à herança até os colaterais de sexto grau em caso de ausência de testamento.⁸¹

Os valores da família mudaram, mas não necessariamente para pior [...] o matrimônio se apoia sobre o princípio da igualdade entre os cônjuges, não mais sobre a autoridade do homem; novas leis sustentam a igualdade entre os filhos, como também a evolução do conceito de família, baseiam-se hoje em dia, na afetividade e na solidariedade social. A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições.⁸²

Ana Luiza Maia Nevares concentra-se na importância de permitir o direito à herança aos sucessores, destacando a importância e prevalência do princípio da solidariedade familiar em detrimento da liberdade de testar e, levando em consideração ainda, a função social da propriedade:

É preciso verificar se a neutralidade imposta pelo tratamento unitário conferido aos bens integrantes da herança atende à lógica solidarista prevista na Constituição da República Federativa do Brasil. Isto porque a Constituição tutela a propriedade enquanto esta atende a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII, art. 170, II e III) ...⁸³

A autora destaca a preocupação quanto ao que denomina neutralidade de tratamento entre os herdeiros, ou seja, a forma abstrata e geral que a legislação sucessória prevê a divisão do patrimônio entre os sucessores sem averiguar a necessidade de um em relação a outro. Preocupa-se, ainda, com a função social da propriedade, a qual possui valores patrimoniais e extrapatrimoniais, volta-se à

⁸⁰ BRASIL, Código Civil 2002.

⁸¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

⁸² TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 45-46.

⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

dignidade, à igualdade e a outros princípios constitucionais, para concluir que o destino dado à propriedade recebida por meio de herança interessa ao ordenamento jurídico.⁸⁴

A transmissão da herança ocorre de forma imediata e o princípio da unidade da sucessão define a universalidade da herança, ou seja, compreende o patrimônio como uma unidade, um todo único⁸⁵. Entretanto, devido aos atuais modelos de bens que compõem o patrimônio, nem sempre o princípio da *saisine* será aplicado na prática, uma vez que existem bens que dependem de autorizações de terceiros, como é o caso de valores em contas bancárias, perfis em redes sociais etc.

Portanto, ainda que as regras de transmissão hereditárias se mantenham baseadas em um modelo de família ultrapassado e, com objetivo de manter o patrimônio entre a genealogia familiar, não se pode ignorar a necessidade de se adaptar às novas condições sociais, nem mesmo a observância a princípios constitucionais, dentre eles a solidariedade familiar e a função social da propriedade.

1.3 O Planejamento Sucessório como alternativa ao engessamento do Direito das Sucessões

Diferente de vários outros ramos do direito, até mesmo dentro do direito civil, verifica-se que o Direito das Sucessões não acompanhou a evolução da sociedade brasileira.

Há pouca atenção dispensada pela doutrina no estudo dessa área jurídica, Daniele Chaves Teixeira afirma essa escassez de interesse doutrinário e apresenta uma possível justificativa que diz respeito à dificuldade técnica da área, intensificada pela impossibilidade de imprecisão neste ramo e, em virtude dos problemas das diversas áreas do Direito Civil desencadearem no Direito Sucessório.⁸⁶

Maria Berenice Dias faz outra crítica ao Direito das Sucessões, chamando-o de “desastroso”, em razão da existência de dispositivos do Código Civil com difícil compreensão e ante à falta de razoabilidade atinente aos princípios do Direito de

⁸⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 68.

⁸⁵ Ibidem, p. 53 a 55.

⁸⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 24.

Família. Exemplifica tal fato através do instituto da concorrência sucessória, segundo o qual, afronta o princípio da autonomia da vontade e interfere em questões patrimoniais⁸⁷.

Sobre isso, destaca-se que o regime de bens escolhido por um casal quando do início de um relacionamento, seja união estável ou casamento, pode implicar consequências muitas vezes distintas para o término do relacionamento com o rompimento ou com a morte.

Orlando Gomes destaca o conservadorismo do Código de 1916 através no princípio da indissolubilidade do matrimônio, do regime da comunhão universal de bens e das legítimas.⁸⁸

No Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava o terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, mas não era considerado herdeiro necessário⁸⁹ e, portanto, poderia ser excluído da sucessão por meio de testamento, mas com a vigência do Código Civil de 2002, o cônjuge ocupa o mesmo terceiro lugar (algumas vezes ocupando o “segundo” lugar, diante da possibilidade de concorrência com os descendentes) e a condição de herdeiro necessário, o que reduz a parte disponível da pessoa casada pela metade. Além disso, também foi o cônjuge elevado à condição de herdeiro concorrente, o que retirou a regra da ordem de vocação hereditária como excludente, ou seja, quando há cônjuge, apesar de estar em terceiro lugar na ordem disposta no art. 1.829 do Código Civil, ele “pula para as classes anteriores e fica com parte da herança”. Esse aspecto também possui divergências doutrinárias e decisões das mais variadas formas, o que corrobora com a alegada existência de insegurança jurídica no instituto em questão.⁹⁰

Em dezembro de 2009, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, proferiu voto em caso que discutia a sucessão de cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, referida decisão interpretou o art. 1.829, inciso I do Código Civil.⁹¹

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 389.

⁸⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.

⁸⁹ Sobre a condição de cônjuge como herdeiro necessário e a discussão da inclusão ou não do companheiro em referido rol, vide tópico 3.3.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Art. 1.829 Código Civil: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640,

O artigo mencionado determina a ordem de vocação hereditária para fins de sucessão e, dispõe acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, a exceção é no caso de separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão parcial de bens, em que o autor da herança não tenha deixado bens particulares.

O art. 1.641 do Código Civil, por sua vez, colaciona situações em que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: a existência de causas suspensivas ao casamento, o maior de setenta anos e os que dependerem de suprimento judicial para o casamento.⁹²

Assim sendo, por uma interpretação literal dos dispositivos civis, nos casos de separação de bens em que não há a obrigatoriedade imposta pelo art. 1.641 do Código Civil, há a concorrência dos descendentes com o cônjuge.

Entretanto, na contramão desse entendimento, o caso analisado pelo STJ foi além, veja-se trecho do voto proferido:

Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.⁹³

Após minuciosa análise das correntes doutrinárias existentes no direito de família e sucessões, com reflexões sobre os regimes de bens, as regras de vocação hereditária e a concorrência sucessória, a Ministra Nancy Andrighi argumentou que as partes escolheram o regime da separação convencional, realizaram pacto antenupcial lavrado em escritura pública e exerceram sua autonomia privada quanto à não comunicação dos bens em vida. Além disso, o casamento durou dez meses, o autor da herança adquiriu todo o seu patrimônio antes do casamento e possuía doença incapacitante, nesse sentido, foi decidido que não seria caso de concorrência

parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

⁹² Alteração legislativa quanto à idade de sessenta anos para setenta anos, através da Lei 12.344/2010.

⁹³ STJ. REsp nº 992.749-MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=888680&num_registro=200702295979&data=20100205&formato=PDF Último acesso: 27/07/2019.

sucessória, uma vez que “não se pode ter após a morte o que não se queria em vida”⁹⁴. A decisão foi pela não concorrência hereditária do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, por unanimidade de votos, os ministros acompanharam o voto da relatora.

Posteriormente, o entendimento do STJ sofreu alterações, verifica-se através de duas ementas cujos julgamentos ocorreram em 2015, cuja decisão foi tomada com base na interpretação literal dos dispositivos civis e não prevaleceu a interpretação feita pela Ministra Nancy Andrighi:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC/2002. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. SÚMULA N. 168/STJ.

1. A atual jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002.

2. Tal circunstância atrai, no caso concreto, a incidência do Enunciado n. 168 da Súmula do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.⁹⁵

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.⁹⁶

Em outro caso de discussão de concorrência sucessória de cônjuge sobrevivente com ascendentes, em que a legislação prevê no art. 1.829 do Código

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ STJ. AgRg nos EREsp 1472945/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/2015, DJe 29/06/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019, destacou-se.

⁹⁶ STJ. REsp 1382170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019, destacou-se.

Civil diferentes exceções das contidas no inciso I, o entendimento do STJ foi literal à disposição do Código, de que independentemente do regime de bens do casal, há concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com ascendentes:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO.

1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.

2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento.

3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento.

4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

5 - Recurso improvido.⁹⁷

Assim sendo, visualizou-se na prática os motivos pelos quais o Direito Sucessório é alvo das críticas doutrinárias anteriormente mencionadas. Não obstante o casal ter pactuado em vida sua opção pela não comunicação de seus bens, quando do falecimento de um deles, há a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes ou ascendentes. Percebe-se que, o exercício da autonomia privada concedido quando da escolha do regime de bens antes do casamento ou união estável é “desvirtuado” na sucessão *causa mortis*, ou seja, a realização do pacto antenupcial pelos cônjuges que ignoram as consequências sucessórias pode criar falsas expectativas e até mesmo frustrações na abertura da sucessão⁹⁸, ou ainda que levadas em consideração as consequências sucessórias de determinado regime de bens, essas podem ser objeto de alteração pelo Judiciário como no primeiro caso anteriormente mencionado.

Ainda sobre o regime da separação de bens e suas implicações sucessórias, apesar do art. 1.641 do Código Civil impor o regime de separação obrigatória de bens

⁹⁷ STJ. REsp 954.567/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%C3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019.

⁹⁸ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 26.

aos casamentos em que uma das partes possua mais de 70 anos⁹⁹, a consequência desse regime obrigatório é totalmente desvirtuada do fundamento que a exige, visto que a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Ou seja, apesar da imposição de um regime obrigatório de separação de bens, quando do falecimento de um dos cônjuges, o regime se torna similar à comunhão parcial de bens, com a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento.

Zeno Veloso relatou um caso de um casal idoso, ele divorciado com 71 anos e ela viúva com 60 anos, que tinham independência financeira e não gostariam da comunicação de seus bens, mas em virtude da idade de um deles havia a imposição legal do regime da separação obrigatória de bens que, por força da súmula 377 do STF os bens adquiridos na constância da união seriam comunicados quando do falecimento de um deles. Zeno Veloso, por sua vez, posicionou-se da seguinte forma: “não acho que o enunciado da Súmula seja matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente”¹⁰⁰.

Flávio Tartuce concorda com o posicionamento de Zeno Veloso. Em seu entendimento, há possibilidade de afastar a súmula por convenção das partes, tanto no casamento quanto na união estável, destaca ainda que a doutrina e a jurisprudência estão aplicando o entendimento sumular sem verificar prova de esforço comum dos cônjuges¹⁰¹. Sua argumentação conclusiva traz como fundamento a autonomia privada e a escolha pelo planejamento patrimonial:

Em suma, Mestre Zeno Veloso, sim, podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (art. 1.653 do CC/2002).¹⁰²

⁹⁹ Referido dispositivo, por si só, dá ensejo ao questionamento se a autonomia privada tem prazo de validade, já que o ordenamento jurídico entende que a pessoa não tem capacidade para escolher o regime de bem adequado às suas necessidades.

¹⁰⁰ VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. Publicado no jornal O Liberal, Belém do Pará. Disponível em <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Último acesso: 27/07/2019.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/c4ec3-sumula377_afast.docx. Último acesso em 03 de junho de 2016

¹⁰² Idem.

Em que pese as argumentações de Zeno Veloso e Flávio Tartuce a respeito da possibilidade de, por intermédio do pacto antenupcial, promover o afastamento da súmula 377 do STF, verifica-se no julgado trazido anteriormente¹⁰³ que o STJ entendeu pela nulidade da cláusula constante no pacto antenupcial que tratava da exclusão do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, por força do art. 1.655 do Código Civil.

Nesses termos, ainda que o casal formalize seus interesses por meio de um pacto antenupcial, em razão das divergências existentes no campo sucessório, é possível que, no momento da abertura da sucessão, tal pacto não tenha efetividade jurídica. Sobre os regimes de bens, Ana Nevares afirma:

[...] o que se percebe é uma má sistematização da matéria no inciso I do art. 1.829 do Código Civil, que ao se valer de um critério abstrato, a saber, o regime de bens em si do casamento, gera inúmeras distorções, exatamente porque o critério deveria ser concreto, ou seja, deveria estar baseado no resultado da aplicação das regras do regime de bens no patrimônio do casal, de forma a realmente alcançar uma gradação da tutela sucessória do cônjuge conforme as relações patrimoniais decorrentes do regime de bens.¹⁰⁴

Percebe-se, portanto, que não há segurança jurídica que permita que o casal convencie a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento em pacto antenupcial, já que a certeza de validade de referida cláusula só poderá ser atestada após o falecimento, correndo o risco da vontade das partes anteriormente convencionada ser deixada de lado, prevalecendo a legislação.

Verifica-se, portanto uma dificuldade advinda da área sucessória de exercício da autonomia privada, segundo Daniele Chaves Teixeira:

O Direito Sucessório brasileiro está extremamente engessado, distante das necessidades das famílias contemporâneas e das funções patrimoniais, que devem ser atendidas à luz dos princípios constitucionais, mas que dispõem

¹⁰³ RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. (STJ, REsp 954.567/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCESS%C3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 27 jul. 2019).

¹⁰⁴ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 281.

de poucas alternativas para exercer a própria autonomia. Por isso, o planejamento sucessório é tão necessário na atualidade.¹⁰⁵

Nesse sentido, verifica-se que diante do engessamento do direito sucessório e, visando o exercício da autonomia, o planejamento sucessório surge como o instrumento que promete solucionar as limitações impostas pela lei, de modo legítimo e adequado, o qual utilizará de uma análise de possibilidades para eleger a mais eficiente forma de transferência do patrimônio do sucessor para os sucedidos, garantindo ao autor da herança que sua vontade seja cumprida mesmo depois de sua morte¹⁰⁶.

¹⁰⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 34.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 35.

2. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: UM INSTRUMENTO DE RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?

A autonomia privada tem grande repercussão no Direito Civil, isto porque, é princípio derivado do direito fundamental à liberdade. Ocorre que, devido a essa repercussão, nem sempre seu conceito é utilizado de maneira correta, sem distorções com outros conceitos semelhantes, da mesma forma, nem sempre se verifica a atual contextualização de referido princípio, sua aplicação e finalidade.

Para falar de planejamento sucessório, interessante reflexão de Zygmunt Bauman ao aproximar o amor e a morte quanto à imprevisibilidade desse sentimento e fato natural:

O amor e a morte não têm história própria. São eventos que ocorrem no tempo humano – eventos distintos, não conectados [...] a não ser na visão de instituições ávidas por identificar – (por inventar) – retrospectivamente essas conexões e compreender o incompreensível. Assim, não se pode aprender a amar, tal como não se pode aprender a morrer. E não se pode aprender a arte ilusória – inexistente, embora ardentemente desejada – de evitar suas garras e ficar fora de seu caminho. Chegado o momento, o amor e a morte atacarão – mas não se tem a mínima ideia de quando isso acontecerá. Quando acontecer, vai pegar você desprevenido.¹⁰⁷

Considerando a autonomia privada como um princípio facilitador do exercício da liberdade, verifica-se facilmente sua vinculação ao planejamento sucessório, o qual tem intuito de prevenir e organizar questões de interesse do autor da herança para se efetivar após a sua morte.

No entanto, o direito sucessório possui certas limitações legais às disposições feitas, objeto de inventário futuro, por esse motivo analisa-se o comportamento e as transformações vivenciadas pela autonomia privada e sua função nos planejamentos sucessórios, a fim de compreender se essas transformações trouxeram um novo significado à autonomia privada, em especial, exercida no âmbito do direito sucessório.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 17.

2.1 A Autonomia Privada como “pedra angular do Direito Privado” no Direito das Sucessões: a liberdade de testar

A expressão “autonomia privada” é muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, todavia sua conceituação, segundo Pietro Perlingieri, não é das mais fáceis, já que sua definição exata depende do ordenamento jurídico estudado e da precisa experiência histórica que lhe é exigida.¹⁰⁸

De origem grega, o termo “autos” significa individual, pessoal e “nomia” é o verbo conhecer, administrar.¹⁰⁹ A origem da palavra “autonomia”, isoladamente, remete ao significado de conhecer ou administrar individualmente.

Segundo Luiz Edson Fachin, a autonomia privada possui relação direta com interesses de particulares e atua frente aos espaços em branco deixados pela legislação, isto é, os particulares conseguem exercê-la apenas na ausência de vedação expressa determinada pelo legislador.¹¹⁰

Apesar de seu entendimento a respeito da dificuldade de precisão exata de um conceito, Perlingieri define, como pressuposto de desenvolvimento crítico do conceito e, em termos gerais, que a autonomia privada pode ser considerada “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos [...] livremente assumidos”¹¹¹.

O entendimento majoritário da doutrina é de que “a autonomia privada é a esfera de liberdade reservada para a pessoa exercer direitos e formar relações jurídicas”¹¹².

Pontes de Miranda, por sua vez, critica o termo “autonomia privada”. No seu entendimento, é mais correto denominar “autorregramento da vontade”, isto porque: “a palavra ‘autonomia’ implica a ideia de criação de normas pela própria pessoa [...] e

¹⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹⁰⁹ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.3,4.

¹¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹¹² FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 56.

o vocábulo ‘privada’ limita o campo de atuação da vontade aos atos jurídicos entre particulares, quando, em verdade, está presente em todas as áreas do direito”¹¹³.

Para Luiz Edson Fachin, a autonomia privada é um princípio jurídico e político. Isto porque, a partir de sua utilização são concretizados os efeitos da liberdade individual¹¹⁴.

Ana Prata, por sua vez, atribui relação direta da autonomia privada com a propriedade e estabelece um conceito que depende de elementos históricos¹¹⁵. Em seu entendimento, o conceito de autonomia privada está em constante transformação, “não é atemporal nem imutável”¹¹⁶

Comumente os conceitos de autonomia privada e autonomia de vontade são confundidos. A autonomia privada está ligada ao conceito de manifestações de poder e, estes implicam na validade do direito, isto é, os negócios jurídicos baseados na autonomia privada possuem validade apenas se realizados em conformidade à lei, não sendo possível confrontá-la com a vontade do indivíduo.¹¹⁷

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk relata que a autonomia privada teria sido distorcida de conceitos kantianos como oposição ao liberalismo econômico e que, mesmo que a doutrina brasileira tenha preocupação em distinguir a autonomia privada da autonomia de vontade, a doutrina estrangeira costuma prestigiar a expressão autonomia de vontade, que no Brasil entende-se ultrapassada.¹¹⁸

Na visão de Wilson Steinmetz, a tutela constitucional da autonomia privada pode ser deduzida do direito de propriedade, cujo exercício se concretiza e instrumentaliza por meio do contrato, logo a autonomia privada é princípio fundamental do direito contratual. Além da Constituição da República Federativa do Brasil tutelar a propriedade, ela também tutela a autonomia privada, já que princípio

¹¹³ MIRANDA, Pontes De. **Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo III Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 110-111.

¹¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 58.

¹¹⁵ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.7.

¹¹⁶ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.25.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 56.

¹¹⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): pensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 122-123

fundamental do contrato e esse é instrumento exigível para o exercício da propriedade.¹¹⁹

Deste modo, a autonomia privada possui conceito mais abrangente que a autonomia de vontade, já que aquela contém em sua definição a presença e limitação estatal como requisitos para a realização de negócios jurídicos.

Tendo em vista que o próprio ordenamento regula as limitações da autonomia privada, exigindo requisitos para validade do negócio jurídico, automaticamente, a vontade é reduzida e nem sempre possibilita ao particular o exercício de sua vontade para atender seus interesses. É o que ocorre com o casamento, adoção, testamento, entre outros casos, em que há obrigatoriedade de seguir a disposição legal, sob pena de invalidade ou inexistência do negócio jurídico. A intervenção do Estado na autonomia privada ocorre em intensidades diversas, conforme se trata de contratos, família ou sucessões.¹²⁰

A fim de explicar a autonomia privada no âmbito individual e sua relação com os interesses públicos, Rüger utiliza-se da teoria dos círculos concêntricos de Jellinek¹²¹, considerando a autonomia privada no círculo exterior e a autonomia de vontade no interior. Assim sendo, no círculo externo estariam os sujeitos livres e iguais compartilhando seu espaço de atuação entre si, já no círculo interno estaria o espaço denominado “intangibilidade do sujeito”. Isto é, a autonomia de vontade estaria ligada à esfera íntima e à livre escolha de um modo geral, enquanto a autonomia privada liga-se ao ordenamento jurídico, na possibilidade de criação de normas jurídicas dentro dos limites da lei.¹²²

Para compreender as transformações da autonomia privada, é imprescindível retomar alguns momentos da história e verificar os diferentes olhares a ela, seus elementos e sua ligação com a propriedade.

A partir da junção de voluntarismo, individualismo e liberalismo, a autonomia de vontade surgiu no século XVIII com a noção de liberdade do homem, em sua

¹¹⁹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p. 28

¹²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 61.

¹²¹ Jellinek utilizou a imagem de círculos concêntricos em sua Teoria do Mínimo Ético para representar em um dos círculos o universo jurídico e, no círculo interno o discurso moral. (RÜGGER, 2007, p. 9).

¹²² RÜGGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9 e 10.

essência e a possibilidade de assumir obrigações políticas ou privadas, de acordo com seus interesses”¹²³. Assim, a autonomia de vontade tem ligação com o Estado Liberal, momento em que a vontade, por si só, possibilitava a criação de negócios jurídicos e o Estado não interferia nas relações entre particulares. A autonomia privada, por sua vez, trouxe a necessidade de que a vontade expressada estivesse em conformidade com o ordenamento jurídico e apenas assim haveria a possibilidade de criação (validade) de negócios jurídicos; a autonomia privada pode ser entendida como a autorização permitida ao Estado para gerir atos da vida privada que entender necessários¹²⁴.

Essa passagem foi marcada pelo voluntarismo jurídico, que defendia a propriedade, contrato e a produção capitalista como aspecto natural e o poder político como artificial. Não era permitida a interferência desse (artificial) naquele (natural), ou seja, o poder político era exercido dentro dos limites da produção capitalista realizada pelos homens livres e iguais. Nesse período, a burguesia oitocentista ocupava espaço privilegiado para atuar em relações negociais, sem interferências e de acordo com a vontade dos indivíduos. Posteriormente, o capitalismo surgiu para transformar o valor de uso das coisas para valor de troca, sendo objeto de acordo entre os sujeitos de direito; assim, o homem passou a ser titular de direitos subjetivos e a realizar contratos de cunho econômico: passou-se a analisar a vontade de contratar.¹²⁵

A autonomia privada passou por diversos momentos históricos: 1) feudalismo; 2) reação liberal; 3) Mercantilização do Direito Privado (a autonomia privada já não mais como respeito à liberdade individual, mas como segurança do comércio jurídico); 4) Normativismo positivista.¹²⁶

Luiz Edson Fachin classifica a autonomia privada como “pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio”.¹²⁷ Essa

¹²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.491-507, p. 493.

¹²⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Seminário Nacional de Dimensões, UNOESC**. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>> p. 131-142. Acesso em 18 ago. 2018, p. 133 e 134.

¹²⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.491-507, p. 491,492.

¹²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 58

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54.

compreensão de “pedra angular do Direito Privado” se deu a partir da ruptura do sistema feudal e passagem para o sistema capitalista, o qual privilegia a liberdade do indivíduo, permite ao homem afirmar-se como pessoa, adequando-o ao capitalismo, sendo considerado um princípio fundamental do Direito Privado^{128,129}.

Existente nos contratos como representação da liberdade individual, a autonomia privada passou a ser analisada como o fundamento para o próprio Estado, isto porque, o Estado precisava da figura do contrato para sua justificação.¹³⁰

Verifica-se, portanto que, nas relações patrimoniais a autonomia privada estaria abandonada para dar vez à função social do contrato e da propriedade¹³¹, há quem entenda de maneira oposta: que a autonomia privada é justamente a esfera limitada, em que a lei impõe óbices às escolhas individuais. Portanto, as conclusões a respeito desse abandono ou não são divergentes, já que de acordo com a distinção autonomia privada *versus* autonomia de vontade, o abandono a que os autores se referem seria da autonomia de vontade, para adequar-se ao ordenamento jurídico e às limitações legais, conceito da autonomia privada.

A partir do Estado Liberal houve a “afirmação do individualismo jurídico”¹³². Nesse momento também, a autonomia privada era baseada na igualdade absoluta dos indivíduos, de modo que para evitar perigo de eliminação dos mais fracos pelos mais fortes, viu-se necessária a intervenção estatal por meio da imposição de limites à liberdade.¹³³

Segundo Rolf Madaleno¹³⁴, essa autonomia privada foi expandida no direito privado diante de sua reforma, vez que antes presente apenas no direito contratual.

¹²⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86.

¹²⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.494.

¹³⁰ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.10

¹³¹ Entendimento de FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia de Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

¹³³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

¹³⁴ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 10.

Com relação ao campo de aplicação, verifica-se que de um rol limitado de situações sociais, como a propriedade e o contrato, a autonomia passou a ser princípio reitor de praticamente todas as possíveis formas de relações e situações humanas na sociedade contemporânea. Se por um lado o campo de aplicação da autonomia era limitado, por outro, a força jurídica da vontade se revelava ilimitada, uma vez que essa sofria poucas restrições, tendo em vista que a satisfação dos interesses individuais dos membros do corpo social significava necessariamente a realização do bem comum.¹³⁵

No direito sucessório destaca-se a legítima como a limitação à liberdade individual. Na vigência das Ordenações Filipinas a legítima e, por consequente, a restrição à liberdade de testar já estava presente no Brasil. Na época era denominada “terça”, pois correspondia a 2/3 do patrimônio do *de cuius* em favor tão somente dos filhos legítimos do autor da herança, caso não houvesse menção a ele no testamento e não houvesse declaração de deserdação. Em 1907, por meio do decreto 1.839 conhecido por Lei Feliciano Pena, o percentual correspondente a legítima reduziu para 50% dos bens do autor da herança, valor mantido pelo Código Civil de 1916 e de 2002.¹³⁶

A liberdade de testar sofre limitações visto que, no ordenamento jurídico brasileiro há obrigatoriedade em reservar 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros necessários (se houverem).

Do mesmo teor é o princípio consagrado de 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 do 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 metade.¹³⁷

A regulamentação para esta característica reside no art. 226 da Constituição Federal, em que o Estado tem dever de proteger a família e, caso não fizesse poderia a família do autor da herança ficar desamparada após seu falecimento. Entende-se

¹³⁵ Rüger, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.22.

¹³⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro? In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 130.

¹³⁷ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

que referida atitude estatal não se resume a mero dever moral, mas sob o princípio da solidariedade familiar é um dever que decorre da alteridade¹³⁸.

Todavia, há visivelmente uma tensão entre a liberdade de testar, como fruto da autonomia privada e o direito à herança, derivado do princípio da solidariedade familiar e consolidado na intangibilidade da legítima.¹³⁹

2.2 A Funcionalização da Autonomia Privada na sucessão hereditária: a Intangibilidade da Legítima

A autonomia privada para ser definida depende do momento histórico e do ordenamento jurídico no qual é estudada¹⁴⁰. Há muito tempo, era vista como dogma, seu conceito era vinculado exclusivamente à iniciativa privada e entendia-se que a atividade dos indivíduos era expressão de liberdade.¹⁴¹

Em linhas gerais, os argumentos que justificavam a autonomia privada como dogma diziam respeito à: a) igualdade formal: que garantia a auto-regulamentação a cada indivíduo, a igualdade de tratamento; b) paralelismo das fontes: que defendia a relação jurídica livre estabelecida entre as partes, instrumentalizada por contrato, impossível de extinção ou modificação sem a manifestação de vontade das próprias partes.¹⁴²

O declínio do voluntarismo jurídico traz a noção da existência de limites à autonomia da vontade, que sempre existiram, transformada em autonomia privada¹⁴³

Baseados nesses limites, ambos os argumentos justificadores da autonomia privada como dogma são criticados por Pietro Perlingieri, ao afirmar que a igualdade formal é refutada pela atual legislação que atende os interesses sociais e, faz com que o Estado intervenha para privilegiar a parte mais vulnerável. Da mesma forma, o

¹³⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46.

¹³⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339, 340.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344, 345.

¹⁴³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 493.

argumento do paralelismo das fontes é contraposto nos casos em que as cláusulas pactuadas contrariam a lei e, são automaticamente modificadas por conteúdo legal¹⁴⁴.

Tais limites revelam-se maiores ou menores diante das transformações do Estado, e trazem consigo, ainda, o papel dos direitos fundamentais, proclamado pela Constituição da República, em um Estado Democrático de Direito: o de limites à autonomia privada.¹⁴⁵

A Constituição de 1988 e o Código Civil passaram a exercer diferentes, mas complementares, funções: a Constituição com papel limitador, enquanto que o Código Civil permitia maior autonomia individual. Ou seja, deve-se ao Estado Liberal a conquista da liberdade.¹⁴⁶ É com a conquista do Estado de Direito que os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos e considerados direitos a prestações do Estado, com influência direta na vida privada.¹⁴⁷

A partir da Constituição, a autonomia privada passa a ser considerada autogregamento dos interesses privados, concebida como um direito fundamental nas relações entre Estado e cidadão, por decorrer da tutela da pessoa e sua liberdade.¹⁴⁸

A função social da propriedade, por sua vez, conduz à funcionalização da autonomia privada, de modo que deixa de se falar em dogma ou exceções, os limites à autonomia passam-se a ser internos e expressão direta de seu significado constitucional.¹⁴⁹

O Estado Democrático de Direito, pela Constituição Federal de 1988, passa a reconhecer os direitos fundamentais, visualizados em perspectiva funcional, de tal modo que a posição do Estado em relação à sociedade e à economia é alterada, passando a garantir a realização de direitos fundamentais sociais. Há limites à autonomia privada que visam garantir direitos sociais a serem aplicados inclusive nas relações privadas, vislumbrando-se um reequilíbrio das desigualdades fáticas. A

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344, 345.

¹⁴⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 493.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

¹⁴⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

¹⁴⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 502.

¹⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 280.

autonomia privada desloca-se da igualdade formal para igualdade substancial, sendo reforçada como princípio fundamental do Direito Privado¹⁵⁰.

Sendo assim, a figura da Legítima constituiu limite à autonomia privada, já que objetiva a garantia de direitos sociais.

A legítima era diferente da que hoje existe em nosso ordenamento jurídico. Na sociedade grega e na Roma antiga, o direito sucessório iniciava com o nascimento dos filhos e não na morte dos ascendentes. Assim, quando nascia um filho, o *pater familiae* não tinha possibilidade de dispor do patrimônio, já que parte ficava separada ao filho; apenas em caso de deserção¹⁵¹ é que surgia essa possibilidade de disposição pelo pai da totalidade do patrimônio. A legítima passou a ter os fundamentos semelhantes à atualidade com as Ordenações Filipinas, em que passou a permitir-se a realização de testamento desde que reservassem duas partes da herança aos descendentes ou ascendentes que vivos estivessem; apenas em caso de inexistência dessas classes de herdeiros surgia a possibilidade de disposição da totalidade dos bens¹⁵². A propriedade acabava assumindo função de perpetuar a personalidade para além da vida, já que o pai não poderia deserdar o filho (salvo em condições específicas), portanto a herança é a continuação da vida, seguindo os mesmos moldes da descendência¹⁵³.

No Brasil, a prevalência da sucessão legítima sobre a sucessão testamentária é recente, isto porque no período colonial e imperial, as pessoas tinham o costume de fazer testamentos, independentemente da quantidade de patrimônio, pois o testamento era bem visto e realizado com o intuito de garantir a efetivação da vontade após a morte, tanto com relação ao patrimônio e a distribuição dele, quanto em relação ao funeral e à religiosidade.¹⁵⁴

¹⁵⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 506.

¹⁵¹ Nesta época, não havia requisitos para a deserção, tratava-se de liberalidade do pai. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.205).

¹⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 492.

¹⁵³ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.5.

¹⁵⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91; TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos**

A legítima é uma opção legislativa e, portanto, o Estado exerce certo paternalismo em relação ao patrimônio da sociedade, na justificativa de promover interesses e assegurar bem-estar dos indivíduos¹⁵⁵.

Assim, “a legítima é um modelo de gerenciamento estatal do patrimônio”¹⁵⁶, tendo o legislador uma efetiva estratégia ao evidenciar a vontade presumida, já que a sucessão legítima assumiu regulamentação de possibilitar aos familiares mais próximos o recebimento da herança, familiares esses que certamente seriam beneficiados via testamento.¹⁵⁷

O instituto da legítima possui, no Brasil, ampla aceitação social. Ocorre que essa aceitação representa necessariamente uma limitação à vontade do indivíduo. Embora haja uma facilidade na transmissão por intermédio da vontade presumida, esta poderá não ter sido, a rigor, a vontade absoluta do *de cuius*.¹⁵⁸

Verifica-se, portanto, a vinculação da legítima com fundamento histórico de que o patrimônio deve ficar com os familiares mais próximos, ainda que não seja exatamente essa a vontade do *de cuius*. É nesse sentido de perpetuação da propriedade que há muita discussão a respeito da própria legítima no ordenamento jurídico brasileiro, há autores que questionam a manutenção deste instituto considerando até mesmo que a legítima pode estimular o ócio dos herdeiros de grandes fortunas, dentre outras ponderações como a análise da real função social da legítima.¹⁵⁹

Além disso, não se tem apenas um único modelo de família, padrão e detentor de direitos como havia no passado. Atualmente as famílias possuem variadas formações e, nem sempre o *de cuius* tem interesse que seus bens sofram as

e limites. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121 e LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027).** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 379, v. XXI.

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 33, 34.

¹⁵⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites.** 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 498.

consequências da sucessão legítima, na forma em que a lei presume referida vontade. Nesse sentido, Marco Berberi afirma:

Em síntese, não se pode mais falar em tipificação legal de família; tem-se, realmente, *famílias*. A superação do entendimento que levou à consolidação da família tradicional determina que a proteção familiar, como unidade autônoma, não faz mais sentido. Aquilo que fundava o Direito Sucessório, qual seja, a sucessão patrimonial com o fito de proteger a família como unidade não pode mais prosperar. Uma nova visão sobre o discurso sucessório deve ser lançada.¹⁶⁰

A autonomia familiar possui duas perspectivas, segundo Perlingieri: i) externamente, a perspectiva clássica e, em relação ao Estado baseada em uma liberdade de uma comunidade e, ii) internamente, na família, cujos problemas são resolvidos de forma autônoma entre os seus membros.¹⁶¹

Integram o rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845 do Código Civil: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Significa que, tendo o autor da herança um desses herdeiros, não poderá excluir referida classe por meio de testamento, os herdeiros necessários recebem a parte indisponível da herança, denominada legítima.

O princípio da intangibilidade da legítima representa a principal limitação ao planejamento sucessório. Referida restrição, embora questionada, não pode ser ignorada, a fim de não fraudar a lei ou constituir abuso de direito.¹⁶²

Em razão das transformações pós-modernas, da funcionalização da autonomia privada e, em especial dos diversos formatos das famílias existentes, vê-se necessário ampliar a liberdade de testar, tendo em vista a complexidade dos relacionamentos que se dissolvem e não configuram a família nuclear, tradicional; ao contrário, há neles prevalência da família multifacetada.¹⁶³

¹⁶⁰ BERBERI, Marco Antonio Lima. A arte após a morte do artista: sucessão hereditária e direitos autorais **Tese (Doutorado)** – UFPR. Curitiba, 2018, p. 67. 2018.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 283.

¹⁶² DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 227.

¹⁶³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 197-207.

2.3 A Autonomia Negocial no Planejamento Sucessório

Com o passar dos anos, a autonomia privada sofreu alterações e, atualmente é caracterizada por sua funcionalização, deixando de ser considerada um dogma e, passando a abarcar interesses do Estado Social. A esse novo conceito de autonomia privada, trabalhado anteriormente, Pietro Perlingieri prefere denominar autonomia negocial, com finalidade de atuar na realização de direitos subjetivos, mas também com deveres de solidariedade econômica, social e familiar¹⁶⁴.

Nesse sentido, entende pela necessidade de revisitar o direito sucessório para adequá-lo às normas constitucionais:

Para este fim, o sistema hereditário deve ser revisitado do ponto de vista constitucional, simplificando seu conteúdo de forma decisiva; valorizar a autonomia negocial equilibrando-a com o dever de solidariedade; prestar mais atenção às necessidades da pessoa dentro da família e, conseqüentemente, elaborar critérios mais flexíveis para a individualização dos legitimários, [...] bem como a eventuais comportamentos que, ao mesmo tempo em que não integram as hipóteses de indignidade, representam violações dos deveres mais elementares da solidariedade familiar e, portanto, devem constituir justa causa de deserdação, mesmo para os herdeiros necessários.¹⁶⁵

Como se percebe, sua preocupação, ao tratar de sucessões está mais voltada às questões existenciais que patrimoniais. Já no que se refere ao planejamento sucessório, é senso comum que ele poderia ser utilizado tão somente para fins patrimoniais. Seria possível, então, indagar-se pelo planejamento sucessório como um reflexo do testamento? Ocorre que o testamento também pode abranger disposições de última vontade de natureza extrapatrimonial, como nos casos de reconhecimento de paternidade, eleição de um tutor para o filho, sua utilização para recados de natureza pessoal, dentre outras possibilidades. Poder-se-ia, então, se indagar acerca da utilização daquela figura – o planejamento sucessório – para disciplina de situações não patrimoniais.

Permanecendo a análise de questões existenciais, sabe-se que as escolhas feitas no âmbito individual, sob o ponto de vista familiar (escolha de permanecer

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345, 346.

¹⁶⁵ PERLINGIERI apud NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

sozinho, casar ou viver em união estável), por si só, já são exercício de liberdade, relativo à vida íntima. Ocorre que, em geral, as escolhas relacionadas ao patrimônio implicam em consequências sucessórias. Em virtude disso, é preciso analisar brevemente o exercício de autonomia privada nos relacionamentos amorosos para compreender, posteriormente as implicações sucessórias dessas escolhas e sua vinculação à autonomia negocial.

No momento em que um casal decide casar ou morar junto, há forte envolvimento emocional, de modo que, raras as vezes há diálogo a respeito de questões legais e patrimoniais. Ainda que não sejam tratadas abertamente, referidas questões podem ser refletidas por ao menos um dos parceiros e, se não conversadas no momento antecedente à união, somente serão percebidas na dissolução do relacionamento, seja pelo divórcio, dissolução da união estável ou falecimento de uma das partes^{166,167}.

Planejar é analisar os benefícios e prejuízos, estar atento às possibilidades e riscos que a vida tem e, especialmente, deixar clara e formalizada a vontade dos cônjuges para um eventual rompimento da relação ou falecimento. Através de um planejamento e da formalização do relacionamento, é possível verificar os interesses do casal: mediante a lavratura de um pacto antenupcial, escritura pública de união estável com disposições específicas de interesse das partes, abertura de uma conta bancária conjunta, realização de declaração em conjunto de um único imposto de renda¹⁶⁸, dentre outras formas. Por esse motivo, referido planejamento, antes da união ou casamento, é uma maneira de sinalizar o modo de pensar, a personalidade e expectativas de ordem financeira e patrimonial de cada um dos cônjuges/companheiros.

Ao decidir pela realização do planejamento patrimonial, há liberdade individual que, pode se enquadrar no exercício da autonomia privada familiar, internamente¹⁶⁹, e esta precisa estar de acordo com a autonomia privada externa, no

¹⁶⁶ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108.

¹⁶⁷ A autora faz menção apenas ao casamento, já que seu livro é específico sobre a análise do divórcio. Todavia, questiona-se a possibilidade de incluir a união estável no mesmo raciocínio de referida pesquisa. Razão pela qual, prefere-se denominar “uniões”, genericamente, ao invés de restringir a “casamento” e, quando a pesquisa menciona “divórcio”, prefere-se mencionar à “dissolução do relacionamento”.

¹⁶⁸ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 114.

¹⁶⁹ Segundo definição de Pietro Perlingieri, cf tópico 2.2.

que diz respeito às classificações permitidas pelo Estado e limitações para configuração de uma família com direitos e consequências jurídicas.

Essas limitações legais, por sua vez, podem prejudicar o próprio exercício da autonomia, pois, na visão de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “quanto maior a ingerência do Estado na regulação das relações conjugais, mais significativos os indícios de uma inversão de valores”¹⁷⁰. Para o autor há necessidade de potencialização da autonomia da vontade, a fim de atender aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Há uma imposição de modelo de família fixado pelo Estado, no qual os casais ficam vinculados, situação que, na visão de Marcos Alves da Silva é “arquétipo das codificações oitocentistas com pretensão de regular cada quadrante por mais íntimo que fosse a vida privada”¹⁷¹. Pianovski Ruzyk alerta para a necessidade de cuidado para não reduzir a autonomia privada da família à visão puramente formal e contratualista, ao contrário, que seja uma “liberdade que se manifesta e se constrói no viver”.¹⁷²

Percebe-se, portanto, que há autores que rejeitam modelos de família impostos pelo Estado – crítica esta cuja interpretação pode ser estendida para os modelos de regimes de bens “engessados”, por assim dizer, pelo ordenamento jurídico – e defendem a potencialização da autonomia de vontade pelas partes. Em contraposição a esse entendimento, Rolf Madaleno afirma que a liberdade dos cônjuges está presente na eleição pelos casais de um dentre os regimes de bens dispostos pela lei civil como mais adequado a eles, com a ressalva da imposição do regime obrigatório de bens¹⁷³.

Carlos Pianovski Ruzyk entende que as limitações impostas pela legislação civil não retiram dos casais o exercício da autonomia privada, mas trazem deficiência em sua efetividade:

O exercício de autonomia privada quando as escolhas são restritas ou quando não há escolhas não infirma essa autonomia privada, mas é

¹⁷⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 272.

¹⁷¹ SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 307

¹⁷² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op cit., p. 318.

¹⁷³ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 11.

deficitário em termos de liberdade como efetividade e, nessa medida, também de autodeterminação.¹⁷⁴

Pietro Perlingieri conceitua autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”¹⁷⁵. Referido conceito abrange a proteção e espaço da liberdade individual e reconhece o poder ao privado, atribuído pelo ordenamento jurídico.

No entanto, referido autor entende que o termo mais correto para abranger negócios de natureza patrimonial e extrapatrimonial seria “autonomia negocial”, em sua visão, referida locução abrange tanto interesses de direito público quanto de direito privado e adequa-se melhor à dinâmica atual das relações jurídicas, abrangendo todos os sujeitos jurídicos¹⁷⁶.

Considerando que as escolhas relativas ao ambiente familiar e sucessório são, em sua maioria, patrimoniais e extrapatrimoniais e envolvem manifestação de liberdade tanto do indivíduo (privado) quanto do Estado (público), percebe-se possível a aplicação do entendimento do autor, para se utilizar o conceito de autonomia negocial.

Verifica-se o exercício da autonomia negocial na ótica das relações familiares ao analisar a escolha do regime de bens pelos casais que efetivamente interessam-se em refletir e decidir acerca de seu futuro patrimonial. Uma pesquisa realizada por Erika Haupt classifica e organiza perfis de casais que escolhem por realizar pactos antenupciais. A divisão é feita três grupos: casais de jovens, casais mais velhos e casais com prósperos negócios familiares¹⁷⁷.

No grupo do casais de jovens está: i) o casal “profissional”, que não planeja ter filhos e o foco é o desenvolvimento de suas carreiras – não há desejo de intersecção entre a vida pessoal e profissional; ii) o casal em que um deles arca com

¹⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 272.

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336, 338.

¹⁷⁷ HAUPT apud FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

os custos da formação profissional do outro e, nesse caso, normalmente estabelecem o pagamento de uma espécie de indenização ao cônjuge responsável pelos pagamentos desta despesa, em caso de rompimento; iii) o casal preocupado em não comunicar suas dívidas com a do parceiro ¹⁷⁸.

No grupo dos casais mais velhos, tem-se: i) os casais com filhos já independentes; nesses casos, a escolha apropriada é pelo regime que não haja comunicação de bens nos casos de divórcio, mas em caso de falecimento haja herança para o cônjuge sobrevivente (poderia ser a separação convencional de bens ou separação obrigatória de bens, esta última se cumpridos os requisitos)¹⁷⁹; ii) casais em um segundo casamento, para os quais considera-se prudente que conste no pacto antenupcial um regime misto condicionando a comunicação patrimonial à duração e consistência do relacionamento, além de mencionar a prestação de alimentos, caso necessário¹⁸⁰.

Por fim, o terceiro grupo apresentado pela autora, é composto pelos casais que possuem prósperos negócios familiares ou que tenham expectativa de recebimento de herança de alto valor, nos casos das empresas familiares é comum o desejo de proteger o parente-sócio em detrimento do cônjuge¹⁸¹.

Analisando esse último caso trazido pela autora, verifica-se que muitas vezes o exercício da autonomia negocial pode ser utilizado para beneficiar um familiar em detrimento do cônjuge, ou seja, a noção de vontade presumida estabelecida pelo legislador na sucessão legítima nem sempre é verdadeira. Nesse sentido, verifica-se que, a escolha do regime de bens tem total relação com planejamento sucessório, uma vez que, o regime de bens escolhido terá consequências tanto na dissolução da união em vida, quanto no falecimento de um dos cônjuges ou companheiros.

No sistema jurídico italiano, a família está na dimensão negocial. A jurisprudência considera valores de autodeterminação e negociabilidade, tornando os

¹⁷⁸ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

¹⁷⁹ Dentre os requisitos para o regime de separação obrigatória de bens, conforme artigo 1.640 do Código Civil, está a necessidade de um dos contraentes ser maior de 70 anos ou se o casal depender de suprimento judicial para realizar o casamento.

¹⁸⁰ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

¹⁸¹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

casamentos contratos de gestão das relações familiares, que sob a ótica do sistema evita atritos na vida dos interessados.¹⁸²

No sistema espanhol, há discussões acerca da autonomia exercida na realização de contratos e por ocasião do direito sucessório. Teodora García, destaca que há dois posicionamentos doutrinários a respeito: há quem considere que a autonomia existente na liberdade de testar é a mesma existente na liberdade de contratar e, portanto, o testamento é o reflexo da autonomia de vontade do testador que, dentro da lei, definirá o destino de seus bens; e há os que entendem que autonomia privada e liberdade de testar diferenciam-se entre si, por dois motivos: i) o testador dispõe para depois de sua morte, o que retira o conceito geral de autonomia privada, apesar dele agir com autonomia moral; ii) a liberdade de testar só é reconhecida a pessoas físicas, enquanto a autonomia contratual é exercida mediante contrato a várias entidades com diferentes personalidades jurídicas¹⁸³. A autora, por sua vez, alia-se à segunda corrente, entendendo que autonomia privada tanto no sentido de liberdade contratual quanto no de liberdade de testar são reconhecidas dentro de alguns limites:

Por nuestra parte reconocemos que tanto la autonomía privada en sentido propio (libertad contractual) como la libertad de testar son ejercidas por medio de actos jurídicos y ambas han de ser reconocidas dentro de unos límites. [...] ni su concreta configuración, ni la de sus límites pueden medirse con idénticos parámetros. Cabe señalar, por ejemplo, que mientras el Código civil español recoge expresamente la regla de la autonomía privada en el artículo 1255 CC, no hace otro tanto con la referente a la libertad de testar, o al menos no lo hace con idéntica contundencia, aunque haya reflejos de ella en preceptos como los artículos 763 y 667 CC o en otros semejantes [...]. También es oportuno recordar que en el sistema del Código civil español el testamento es un acto unilateral, de suerte que la sola voluntad de su autor origina los efectos de lacto, mientras que el contrato exige el acuerdo de voluntades. Además, como ya se ha anticipado, al disponer para después de su muerte el testador no se da norma a sí mismo, aunque sí actúa según sus propias normas y tomando en cuenta sus criterios personales, sus valores y sus principios.¹⁸⁴

¹⁸² TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 146-147.

¹⁸³ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p.24-26.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 27-29.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, vem se entendendo pela necessidade de valorização da autonomia negocial equilibrada ao princípio da solidariedade:

Vale ressaltar que se deve ponderar direitos de liberdade e dever de solidariedade, para que a família e seus componentes singularmente considerados não sejam deixados à margem de uma consideração atenta aos perfis econômicos. Para tanto, é necessário revisitar o sistema hereditário em viés constitucional, desmembrando os conteúdos de modo decidido a valorizar a autonomia negocial, equilibrada com o dever da solidariedade.¹⁸⁵

Portanto, a autonomia negocial está presente no planejamento sucessório independentemente das questões que o exercício da liberdade vise atender: sejam questões patrimoniais ou extrapatrimoniais visto que, presente a liberdade do indivíduo (privado) e atendidos os requisitos impostos pelo Estado (público). O que se discute é o efetivo exercício dessa autonomia privada, de forma equilibrada a fim de que os instrumentos de planejamento sucessório possam ser eficazes e atuem na preservação dos direitos fundamentais.

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 60.

3. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: PRESSUPOSTOS E INSTRUMENTOS

Em caráter preventivo o planejamento sucessório visa atender aos interesses do autor da herança¹⁸⁶, que depois de muito batalhar para amealhar seu patrimônio tem o direito de dispor dele de acordo com seus interesses¹⁸⁷.

Corresponde a uma análise e escolha do melhor mecanismo que definirá o destino dos bens do *de cujus*, seja com o intuito de garantir o conforto e segurança para determinado herdeiro ou legatário, seja aliado à preocupação da administração dos bens na sua ausência.¹⁸⁸

É a partir dessa premissa que surge o interesse no planejamento sucessório, pessoas e empresas familiares optam por planejar a transmissão de seus bens, tomando providências que possibilitem o exercício da autonomia privada e previna conflitos posteriores ao falecimento do dono do patrimônio¹⁸⁹.

3.1 Pressupostos do Planejamento Sucessório

A realização de um planejamento sucessório envolve várias áreas do direito, dentre elas: direito das sucessões, de família, empresarial e tributário.¹⁹⁰

Para alguns doutrinadores o planejamento sucessório é considerado “uma ideia inovadora dentro do direito das sucessões em que são indicadas as possibilidades de disposição do patrimônio de forma que garanta a satisfação pessoal e não seja considerada irregular”¹⁹¹. Por outro lado, é importante lembrar que referido planejamento pode ser objeto de transformações legislativas, que implicam em uma readequação do planejamento realizado.¹⁹²

O planejamento sucessório não pode ser confundido como uma maneira fraudulenta ou ilegal de distribuição do patrimônio após a morte, pelo contrário, é um

¹⁸⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 36.

¹⁸⁷ DALL’ASTA, Emanuelen; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Planejamento Sucessório: A vontade além da vida. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n.72, jun./jul.2012, p. 58.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 58.

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 389.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65.

¹⁹¹ DALL’ASTA, Emanuelen; Op cit., p. 58.

¹⁹² TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 37.

instrumento que respeita a lei e a legítima e ao mesmo tempo permite uma redução de custos e tributos que passam a surgir com a sucessão. Diante disso, “o planejamento sucessório permite uma melhor organização tributária, fiscal e administrativa dos bens, afora a circunstância de permitir uma maior autonomia privada na transmissão dos bens”¹⁹³.

Em entrevista, Giselda Hironaka¹⁹⁴ sintetiza afirmando que o planejamento sucessório descomplica a partilha, possibilita a tomada de precauções e preferências pelo dono do patrimônio quanto a condução e destino de seus bens para após seu falecimento, além de reduzir os encargos tributários que incidem sobre a transferência do patrimônio do *de cujus* e, por conta desses benefícios vem aumentando o número de famílias e empresas familiares a realiza-lo:

Se a morte é inexorável, então essas medidas devem ser tomadas com a antecedência possível, de modo sempre muito bem pensado, dentro dos moldes e limites da lei, e sempre com a assistência de advogado, profissional perfeitamente habilitado para a orientação e facção dos procedimentos para tanto colacionados. Uma coisa importante também é sempre certa: o planejamento sucessório, quando bem feito, pode concorrer para minorar custos de transmissão patrimonial post mortem, bem como podem diminuir, sensivelmente o quantum tributário, em certos casos.¹⁹⁵

Rolf Madaleno afirma que o planejamento sucessório é vislumbrado nos casos de transferência de maiores fortunas e na existência de sociedades empresárias¹⁹⁶. Daniele Chaves Teixeira entende de maneira diversa, para ela, acreditar que ele corresponde a uma ferramenta utilizada apenas por detentores de um alto valor patrimonial, é um dos falsos pressupostos do planejamento sucessório. Em seu entendimento, há possibilidade e existência de demanda de pessoas que possuem patrimônio pequeno ou médio¹⁹⁷.

¹⁹³ MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Edição 44, abril/maio 2019, p. 5.

¹⁹⁴ HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: Planejamento Sucessório para as Novas famílias. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.5-7, abril 2014, p. 5.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Edição 44, abril/maio 2019, p. 5.

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 36.

Ainda sobre o perfil de maiores interessados na realização do planejamento sucessório, há quem entenda que, devido ao alto número de divórcios¹⁹⁸ – que pode ser justificado pela liquidez dos relacionamentos, conforme defendido por Zygmunt Bauman¹⁹⁹ – há a formação de famílias recompostas e, nessa composição familiar, há preocupação e interesse na realização de planejamentos sucessórios²⁰⁰, nesse sentido assevera Ana Nevares:

Realmente, diante de pais mais idosos com filhos encaminhados profissionalmente e/ou filhos menores muitas vezes “temporãos”, frutos de novos relacionamentos, filhos comuns com o cônjuge ou companheiro e filhos exclusivos, é crescente o número de pessoas que pretendem organizar a sua sucessão hereditária e não raras vezes os aludidos planejamentos esbarram nos limites impostos pela reserva hereditária e por tudo o que decorre de sua intangibilidade.²⁰¹

Diante das várias críticas ao direito sucessório atual e suas consequências (abrangendo também o direito de família), verifica-se que a escolha pela realização de um planejamento sucessório pode ser motivada pela insegurança jurídica. Como meio do titular do patrimônio compreender todos os efeitos e consequências que suas escolhas implicarão após seu falecimento, e optar pelo instrumento que melhor atenda aos seus interesses.

Como já mencionado anteriormente, há no ordenamento jurídico brasileiro a legítima, que corresponde à parte indisponível no percentual de 50% (cinquenta por cento) da herança, reservada aos herdeiros necessários²⁰², sendo que os outros 50% (cinquenta por cento) correspondem à parte disponível²⁰³ para disposição e destino desse percentual dos bens da forma que melhor convier o autor da herança.

¹⁹⁸ De 1984 a 2014, o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 341,1 mil (NEVARES, Ana). De 2014 a 2018 esse índice foi a 385,2 mil (<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/04/brasileiro-casa-menos-e-separa-se-mais-em-2018-mostra-ibge.ghtml>).

¹⁹⁹ Cf. tópico 1.1.

²⁰⁰ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

²⁰¹ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

²⁰² Por herdeiros necessários entende-se: ascendentes, descendentes e o cônjuge, com base no art. 1.845 do Código Civil. A respeito da inclusão do companheiro como herdeiro necessário, ainda não houve decisão expressa do Supremo Tribunal Federal a respeito.

²⁰³ Disposição prevista no art. 1.789 do Código Civil.

Importante destacar que, referido percentual e a existência de herdeiros necessários são critérios analisados caso o autor da herança deseje se utilizar de algum instrumento de planejamento sucessório, pois diante da intangibilidade da legítima, não há possibilidade de disposição integral dos bens, via instrumentos de planejamento sucessório, sem respeitar a parte indisponível, ou seja, se o sujeito desejar gastar todo o patrimônio em vida, pode fazê-lo. Porém, em caso de utilização de instrumentos de planejamento sucessório, seja o testamento ou outro, não há possibilidade de desrespeito à parte indisponível destinada aos herdeiros necessários.

Por este motivo, quando se trata de autonomia privada no direito sucessório, a primeira possibilidade é exercê-la através da parte disponível. Por outro lado, a depender do instrumento utilizado, o planejamento sucessório pode interferir na sucessão legítima, desde que respeitando as possibilidades e consequências previstas em lei.

As vantagens de realização do planejamento sucessório estão desde a possibilidade de adquirir maior autonomia para o autor da herança, prevenir litígios futuros, acelerar os procedimentos da sucessão, até a economia – pagamento de menos impostos pelos herdeiros, referida economia é possível de ser realizada em conformidade com a lei e os preceitos jurídicos.²⁰⁴

Apesar das vantagens da realização de um planejamento sucessório, há dificuldades em razão da limitação imposta pelo direito sucessório brasileiro e falta de legislação atual e adequada²⁰⁵. Além disso, é alvo de muitas especulações e falsos pressupostos, de que o planejamento sucessório é figura apenas para grandes riquezas e que tem objetivo de fraudar a legislação no que tange ao pagamento de impostos. Ambas as situações estão completamente equivocadas.²⁰⁶

A realização do planejamento sucessório depende de instrumentos contidos na codificação civil que, devidamente organizados, proporcionam as vantagens anteriormente mencionadas.

²⁰⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 67.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 66.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 67.

3.2 Instrumentos para o Planejamento Sucessório

Diante dos vários motivos citados anteriormente, faz-se necessário verificar de que forma concretiza-se um planejamento sucessório, com vista a promover os interesses do dono do patrimônio e autor da herança, respeitando os termos legais e, garantindo segurança jurídica ao planejador, titular do patrimônio.

Os instrumentos utilizados para esse fim podem ser formalizados pelo planejador, em vida, e produzirem efeitos apenas após seu falecimento. Como também, podem produzir efeitos imediatos à liberalidade praticada pelo titular do patrimônio; por este motivo serão analisados referidos instrumentos, separadamente, tomando como base o momento da produção dos efeitos.

3.2.1 Instrumentos com efeitos *post mortem*

Diante do “engessamento” já identificado no direito sucessório brasileiro, especialmente quanto a alguns preceitos de ordem pública, bem como diante da atual insegurança jurídica, derivada da enorme quantidade de conflitos e interpretações divergentes doutrinárias e jurisprudencial, o planejamento sucessório tem como modalidade mais conhecida o testamento. Consiste na disposição de última vontade do testador, composta por uma série de formalidades, dentre elas o respeito à legítima – a autonomia do testador fica restrita aos limites da parte indisponível²⁰⁷.

O fenômeno sucessório permite a distribuição de riqueza aos sucessores a partir do evento morte, em casos de escassez de bens é preciso refletir “em que medida a autonomia privada testamentária pode comprometer a melhor distribuição dos bens”²⁰⁸.

Exige-se que o testador respeite a parte indisponível e, caso deseje gravar os bens com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade deve possuir justa causa para tal (nos termos do art. 1.848, *caput*, do Código Civil), da mesma forma, a legislação não permite a conversão dos bens do acervo hereditário em dinheiro ou outra espécie²⁰⁹.

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 390.

²⁰⁸ NEVARES, Ana Luíza Maia. **A função promocional do testamento**. Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 139-140.

²⁰⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 284.

A impossibilidade de conversão dos bens da herança era regra dentre os anos de 1603 a 1907, apesar de inexistir menção expressa na legislação, são esses os comentários da doutrina. A Lei Feliciano Pena, de 1907, alterou a regra e trouxe expressamente a possibilidade do testador determinar a conversão dos bens da legítima, de modo que Código Civil de 1916 manteve referida disposição legal; possibilitou-se, portanto, a partir de 1907 a possibilidade de conversão dos bens da herança a outras espécies. No entanto, o projeto do Código Civil de 2002 regrediu à regra anterior – da impossibilidade de conversão dos bens da herança –, sem objeto específico de debate no Congresso, uma vez que vinha disposta no mesmo artigo que tratava das cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade e apenas essas últimas foram debatidas pelo Congresso. Assim, sem qualquer discussão específica quanto aos motivos e finalidade de proibir a conversão dos bens pelo testador, o Código Civil de 2002 foi aprovado e desde então resta impossibilitado que o testador realize a conversão da herança em dinheiro ou qualquer espécie diversa.²¹⁰

Referida situação demonstra uma das limitações do testamento, que prejudica a realização de um planejamento sucessório eficiente e eficaz. Segundo Ana Luiza Nevares, liberdade de testar e planejamento sucessório andam juntos:

Diz-se que quanto maior é a liberdade de testar de um ordenamento jurídico, maior será a amplitude possível do planejamento sucessório. Realmente a existência de herdeiros forçados limita a liberdade e, assim, a motivação da reserva hereditária deve realizar valor superior em comparação com a livre manifestação da autonomia privada no âmbito sucessório à luz dos princípios constitucionais.²¹¹

Além da dificuldade enfrentada pelas limitações legais, ainda há certo preconceito que provoca certa desmotivação ou ainda, receio na realização de um testamento. Zeno Veloso justifica que referida situação ocorre devido a aspectos culturais e místicos que fazem as pessoas não comentarem sobre o assunto morte, ou ainda, acreditarem que ao falar do tema, poderiam apressar sua chegada, sendo que a realização do testamento, na maioria das vezes, facilita e evita problemas ocasionados muitas vezes pela sua falta.²¹²

²¹⁰ SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice Dias. (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 499.

²¹¹ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279.

²¹² VELOSO, Zeno. Um novo estilo de testar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.5-7, abril 2014, p. 7.

Como mencionado no tópico 1.2, os bens objeto de herança, nos dias atuais, constituem modalidades diferentes, que inexistiam anteriormente e o testamento pode ser um excelente meio de suprir a ausência de regulamentação expressa na lei sucessória quanto a essas novas espécies de patrimônio. Os bens digitais, por exemplo, vinculados a um servidor ou rede, podem ser objeto de cláusula testamentária, em que o proprietário de referido patrimônio transfere não apenas a remuneração advinda de referidos bens, como também a administração, regras e interesses, já que o testamento tem como finalidade registrar a manifestação de vontade do dono dos bens, seja rede social ou qualquer outro bem. Referido entendimento, entretanto, é alvo de críticas, sob o entendimento de que ainda que autorizado via testamento o acesso de tais bens por outra pessoa, tal situação feriria a privacidade e intimidade do autor da herança²¹³

Por outro lado, verifica-se que a ausência de testamento pode prejudicar os próprios bens objeto da herança, como é o caso dos direitos autorais, quando não assegurada a manifestação de vontade do autor – seja para definir quais herdeiros terão direito aos mesmos, ou para elucidação acerca dos interesses do autor para o armazenamento e administração das obras depois de seu falecimento – podem as obras perderem circulação e publicidade, terem redução em sua valoração e até mesmo se deteriorarem:

[...] a ausência de testamento – pode levar a consequências indesejadas para o patrimônio artístico que o autor construiu com sua própria dedicação e criatividade. O exemplo do incêndio de parte das obras de Hélio Oiticica poderia ter sido evitado se ele deixasse sua vontade expressa sobre o modo como deveriam ser tratadas suas obras, por exemplo, que elas ficassem sob os cuidados de um museu ou de alguma fundação. As obras de Lygia Clark poderiam ser nominadas em testamento (inventário das obras), como deveriam ser expostas e divulgadas, e quem as iria administrar.²¹⁴

Além de questões patrimoniais, é possível que o testamento seja realizado com interesses na concretização de direitos extrapatrimoniais, em se tratando de manifestação de última vontade, não há restrição de que nele constem apenas disposições acerca de bens materiais. É possível ser realizado o reconhecimento de

²¹³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 197-207.

²¹⁴ SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A sucessão dos direitos autorais: O testamento como instrumento para o exercício da autonomia privada. In MORBINI, Francieli K.; SOBRAL, Luciane (Org.) **As Interfaces dos Direitos Fundamentais: estado, democracia e direitos fundamentais**. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 212.

paternidade através do testamento, bem como constar vontades do testador, nas mais variadas áreas da vida:

Tem-se, então, no testamento, uma maneira de [...] serem assegurado a prevalência de sua vontade, após a sua morte, não só em relação às questões de natureza patrimonial, como também àquelas de cunho extrapatrimonial, a fim de evitar consequências diversas de seus interesses, especialmente quanto ao zelo e divulgação das obras [no caso de direitos autorais].²¹⁵

Por sua vez, referido instrumento deixa a desejar quando se refere à eficiência do planejamento sucessório, por ser unilateral e passível de revogação²¹⁶. Da mesma forma, pode ser objeto de discussão posterior ao falecimento, diante da ainda indefinida situação do companheiro e sua lacuna se considerado ou não herdeiro necessário²¹⁷, além da possibilidade de discussão judicial para comprovação de união estável com o testador.²¹⁸

O testamento particular é outro instrumento de planejamento sucessório com efeitos *post mortem*, pode ser realizado de próprio punho ou mediante processo mecânico, desde que cumpridos os requisitos dispostos no art.1.876 do Código Civil²¹⁹, na presença de três testemunhas, que tenham ouvido a leitura do testamento e subscrito. O excesso de detalhes nos requisitos para sua validade, fazem com que seja um instrumento pouco utilizado, a assinatura das testemunhas sem a solenidade da leitura em voz alta pelo testador, por exemplo, torna nulo o testamento. Diferente

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280.

²¹⁷ A respeito da decisão do STF quanto à equiparação de companheiro à cônjuge para fins sucessórios e a discussão se integra o rol de herdeiros necessários, vide tópico 3.3.

²¹⁸ Caso atual no direito brasileiro e repercutido na mídia é do testamento do apresentador Gugu Liberato, em que não contemplava a mãe de seus filhos, tendo deixado a herança para os filhos, sobrinhos e para a mãe do falecido, nomeando tutora para seus filhos, inclusive. A discussão judicial está em relação ao reconhecimento da união estável entre Rose Miriam di Matteo e readequação das cláusulas testamentárias para que a mesma tenha direito à herança, na qualidade de companheira. (VEJA. Gugu Liberato: como foi distribuída no testamento a herança de R\$ 1 bi. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/gugu-liberato-como-foi-distribuida-no-testamento-a-heranca-de-r-1-bi/> Acesso em 10 fev. 202; VIAPIANA, Tábata. Desembargador reduz para US\$ 10 mil pensão da viúva de Gugu. CONJUR, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/desembargador-reduz-us-10-mil-pensao-viuva-gugu>). Acesso em 10 fev. 2020).

²¹⁹ Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. §1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. §2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão. (BRASIL, Código Civil 2002).

de legislações estrangeiras, em que os procedimentos são mais simples e, conseqüentemente há maior utilização²²⁰.

O anteprojeto de alteração da parte de sucessões do Código Civil Brasileiro²²¹ propõe uma diminuição do número de testemunhas para a realização do testamento particular, visa equiparar ao mesmo número exigido pelo testamento público, possibilita ainda, em caso de ausência ou falecimento dessas testemunhas da realização do testamento particular, que o juiz confirme o testamento mediante critérios e prova de veracidade, algo que hoje não é possível. O objetivo dessas alterações é estimular e popularizar o uso do testamento, para isso propõe-se redução de formalidades e utilização de recursos tecnológicos, como o caso de vídeo-testamento, que certamente facilitaria a compreensão da vontade do testador e simplificaria a necessidade de interpretação do testamento. Há ainda, previsão da realização de inventário extrajudicial, mesmo em caso de existência de testamento, o que Mário Delgado entende ser um equívoco²²².

Além do testamento em sua forma pública e privada, existem estipulações em favor de terceiros que podem ser utilizadas como instrumentos de planejamento sucessório, é o caso dos seguros de vida e dos investimentos que integram o sistema de previdência privada (VGBL e PGBL). Nesses instrumentos não há obrigatoriedade de privilegiar herdeiros necessários, nem mesmo necessidade de que o terceiro beneficiado tenha algum vínculo de parentesco com o contratante, ou seja, há liberdade ao autor da herança em contratar o serviço e nomear um terceiro como beneficiário para receber os valores quando de seu falecimento²²³. Verifica-se nesse instrumento um exercício maior da liberdade por parte do titular do patrimônio, no entanto, para a utilização de referido instrumento, há necessidade do pagamento de valores em vida, ou seja, já em vida o titular do patrimônio fica sem acesso aos valores aportados para serem utilizados por seus herdeiros a partir de seu falecimento.

²²⁰ VELOSO, Zeno. Do testamento particular. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 454-455;458-459.

²²¹ Vide tópico 3.3.

²²² DELGADO, Mário Luiz. Um novo estilo de testar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.5-7, abril 2014, p. 9.

²²³ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 284-285.

O seguro de vida, nos termos do art. 794 do Código Civil²²⁴, não é considerado herança e, portanto, o capital segurado é pago independentemente de inventário. Não há incidência de imposto sob a transmissão *causa mortis*, nem mesmo a obrigatoriedade de colação do capital segurado, há entendimento pela necessidade de se colacionar as parcelas pagas para a contratação de referido seguro, já que saíram do patrimônio do *de cujus*²²⁵. Referida necessidade de colação, no entanto, é questionável; já que correspondia a valores gastos em vida pelo autor da herança e, que poderiam ter sido utilizados para qualquer outra finalidade. Entende-se que referidas parcelas não interessam ao direito sucessório e, portanto, que a colação é desnecessária. Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Santa Catarina:

Agravado de Instrumento. Inventário. Decisão que ordena à colação o valor decorrente da indenização de seguro de vida. Capital estipulado que é não concebido como herança, nos precisos termos do art. 794 da lei civil. Dispensa de colação. Eventual insurgência, entre os beneficiários da indenização e o companheiro, que deve ser debatida em ação própria. Decisão reformada.²²⁶

Com relação aos planos de previdência privada, há discussões quanto à classificação da natureza de referidos investimentos, sendo a doutrina e jurisprudência voltados a classificá-los como espécie de seguros, já que inclusive são regulados pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), classificação essa que implica na desnecessidade de inserir referidos valores no inventário, bem como não há incidência do imposto de transmissão *causa mortis*.²²⁷

Ana Luíza Nevares destaca que essa classificação pode ocasionar desigualdades em relação à legítima e aos herdeiros necessários, da mesma forma, entende que referido investimento deveria ser indispensável da colação, cautelas que serviriam para preservar a legítima e evitar possíveis fraudes – já que colocando todos os recursos em um dos modelos de previdência privada e beneficiando determinada

²²⁴ Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito. (BRASIL, Código Civil 2002).

²²⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 285.

²²⁶ TJSC 2ª Câmara de Direito civil - AI: 40300503420198240000 Blumenau, Relator: Jorge Luis Costa Beber, j. 28/11/2019.

²²⁷ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 285.

pessoa, pode ser que algum herdeiro necessário seja prejudicado, o que comprometeria as regras do sistema sucessório.²²⁸

Há ainda a doação com reserva de usufruto, a qual consiste no titular do imóvel conservar para si o usufruto do bem e transferir a nua propriedade em favor dos herdeiros. Em que pese tratar-se de um instrumento que se formaliza em vida, apenas quando o evento morte ocorrer, o domínio é consolidado aos herdeiros, sendo dispensado o inventário²²⁹. Nada impede que a doação seja feita em favor de uma pessoa e a constituição de usufruto seja realizada em favor de outra, mas neste caso o dono do patrimônio estaria desvinculando-se totalmente dele já em vida. Destaca-se que, em caso de doação com reserva de usufruto a herdeiro necessário, ficará configurado adiantamento de legítima e o bem deverá ser levado à colação no momento do falecimento do doador e usufrutuário²³⁰.

Por fim, tem-se o *trust*, instrumento de origem do direito inglês e que tem sido objeto de interesse das famílias romano-germânicas. Trata-se de mecanismo para transmissão de titularidade de patrimônio, para formar um patrimônio especial, em que não se mistura com patrimônio conjugal, ou do espólio, nem é passível de alcance em caso de insolvência ou falência do titular (*trustee*), semelhante a um negócio fiduciário, permite a blindagem do patrimônio para que somente os credores possam ter acesso e administra-lo. Destaca-se por sua versatilidade e possibilidade de utilização para atender variados interesses, inclusive o de garantir (depois do falecimento do responsável) a gestão patrimonial de filhos menores ou vulneráveis, propiciando atendimento às suas necessidades e assegurando uma administração eficaz que preserve os interesses. O Brasil ainda não incorporou o *trust*, mas já conta com interessados e apoiadores a ele.²³¹ A utilização do *trust* no exterior, por sua vez, preocupa os doutrinadores com relação à sonegação fiscal, “há uma linha tênue entre

²²⁸ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 286.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391.

²³⁰ MUCILO, Daniela de Carvalho. O usufruto como instrumento de planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 295-310, p. 307.

²³¹ OLIVA, Milena Donato. Trust. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 367-372; 381.

estratégias de planejamento sucessório e sonegação fiscal”, uma vez que há dever de declaração no Brasil dessa transferência de patrimônio para a criação do *trust*.²³²

3.2.3 Instrumentos com efeitos *inter vivos*

A transmissão da herança ocorre no imediato momento do falecimento, é o que prevê o princípio da *saisine*, do francês “le mort saisit le vif”, que significa “o morto agarra o vivo”²³³. No entanto, há instrumentos de planejamento sucessório que produzem efeito já em vida, visto que são mecanismos legais de transmissão de patrimônio.

No caso de casamento, há possibilidade de realização de escritura pública de pacto antenupcial para constar regime de bens aplicável e promover reconhecimento, criação, modificação e extinção de direitos patrimoniais antes da realização do casamento. Ressalta-se, entretanto, que referidas alternativas não possuem expressa previsão legal e, portanto, necessitam as partes de orientação de advogados especialistas para realização²³⁴.

Ainda que seja uma das opções juridicamente adequadas para disposições patrimoniais e, que sejam devidamente orientados por advogados especialistas, referida escritura – apesar de possibilitar a produção de efeitos decorrentes das disposições nele mencionadas *post mortem* – não garante às partes total segurança jurídica quando do falecimento de um deles. Conforme já decidiu o STJ em 2014, não há como assegurar que referido pacto terá validade após o falecimento:

O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.²³⁵

²³² DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 243.

²³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 317

²³⁴ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 43.

²³⁵ STJ, REsp 1472945 / RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014.

Além da impossibilidade de garantia de efetividade aos pactos antenupciais nos casos de falecimento, outra problemática na elaboração de escrituras públicas antenupciais ou outros pactos cujo conteúdo contemple questões sucessórias é em relação à vedação legal contida no art. 426 do Código Civil²³⁶, que doutrinariamente é denominada de *pacta corvina*. “O direito brasileiro não só veda qualquer contrato sucessório, como também não estabelece nenhuma exceção”²³⁷.

Rolf Madaleno entende que alguns preceitos de ordem pública engessam as relações afetivas e que deveria haver permissão para se alterar o regime de bens cogitando a morte de um dos parceiros, eis que não estaria pactuando sobre herança, mas sobre os bens que o proprietário pode dispor livremente, enquanto vivo²³⁸.

Os motivos doutrinários pelos quais referidos pactos são vedados fundamentam-se na contrariedade aos bons costumes, no fato de envolverem sentimentos imorais, como se na expectativa do falecimento de alguém para obter vantagem patrimonial e por contrariarem a liberdade do autor da herança dispor de sua vontade até seu último momento de vida, a realização de um pacto sucessório restringiria a liberdade de testar²³⁹. No entanto, a permissão de pactos sucessórios possibilitaria maior autonomia ao autor da herança²⁴⁰.

Alguns doutrinadores entendem pela possibilidade de inserir no pacto antenupcial cláusula de renúncia da herança, como entende Rolf Madaleno, justificando que o *pacta corvina* diz respeito à contratação de recebimento da herança, que conforme o entendimento romano poderia atrair a morte antes da hora. Entretanto, a renúncia, em seu entendimento, tem efeito exatamente contrário, já que o renunciante nada receberá, não possui quaisquer motivos para desejar a morte do autor da herança²⁴¹. Apesar disso não há possibilidade em nosso direito sucessório, nem para pactuar sobre herança de pessoa viva, nem para renunciar futura herança (antes do falecimento do *de cuius*).

²³⁶ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. (BRASIL, Código Civil 2002)

²³⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 197.

²³⁸ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 19.

²³⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Op cit., p. 197, 198.

²³⁹ MADALENO, Rolf. Op cit., p. 19.

²⁴⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Op cit., p. 197, 198.

²⁴¹ MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Edição 44, abril/maio 2019, p. 5.

A doação feita pelo autor da herança aos herdeiros necessários de parte do patrimônio é outro instrumento de planejamento sucessório, bem comum e bastante utilizado, quando abrir a sucessão, os bens devem ser trazidos à colação para assegurar a igualdade dos quinhões hereditários, uma vez que existindo herdeiros necessários a doação corresponde à adiantamento de legítima.²⁴² Há discussão, nos casos de doação quanto ao momento em que deve ser calculado o bem²⁴³: se no momento da liberalidade (doação) ou se no momento da abertura da sucessão, isto porque o Código Civil²⁴⁴ e o Código de Processo Civil²⁴⁵ apresentam dispositivos controversos a respeito do tema.

A partilha em vida também é um instrumento de planejamento sucessório com efeitos em vida, trata-se de sucessão antecipada que permite aos herdeiros que usufruam do bem adquirido através da herança, possui relação com a parte disponível em razão do direito dos herdeiros necessários, necessidade de respeito à legítima sob pena de nulidade do ato ou redução dos quinhões hereditários²⁴⁶. O patrimônio é calculado no momento da lavratura da partilha em vida e, verificados alguns requisitos como forma, capacidade e aceitação.²⁴⁷

A partilha em vida está regulamentada no art. 2.018 do Código Civil²⁴⁸ e trata-se da transmissão de bens por ascendentes aos seus herdeiros, mediante

²⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391.

²⁴³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da colação no Código Civil: Proposta para um diálogo com o Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice Dias. (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 331-333.

²⁴⁴ Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao **tempo da liberalidade**. (BRASIL, Código Civil 2002, destacou-se).

²⁴⁵ Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao **tempo da abertura da sucessão**. (BRASIL, Código de Processo Civil 2015, destacou-se).

²⁴⁶ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 288-289.

²⁴⁷ DALL'ASTA, Emanuelen; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Planejamento Sucessório: a vontade além da vida. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 14, n.72, p.57-73, jun./jul.2012, p. 83/84.

²⁴⁸ Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários. (BRASIL, Código Civil 2002).

manifestação de vontades, sem que reste prejudicada a legítima²⁴⁹, caso contrário será considerada nula ou acarretará a redução dos quinhões hereditários em vida, nos termos da redução das disposições testamentárias que ferem a legítima (a consequência exata possui divergência doutrinária e jurisprudencial²⁵⁰). Referidas divergências também quanto à necessidade de trazer esses bens partilhados em vida à colação ou não, situações que provocam insegurança jurídica na escolha desse instrumento para realização do planejamento sucessório. Uma solução seria que todos os herdeiros necessários do autor da herança participassem da partilha em vida e, devidamente dispensados da colação, utilizassem do art. 2.005²⁵¹ e art. 2.006²⁵² do Código Civil para pleitear dispensa pelo instrumento de liberalidade ou por testamento, desta forma, se por ventura houver excesso da legítima, este será atribuído à parte disponível.²⁵³

Destaca-se, por fim, a *holding* familiar instrumento conhecido nos dias atuais, muitas vezes equivocadamente interpretado como o melhor meio de se obter vantagem do ponto de vista tributário. Trata-se de sociedade juridicamente independente e constituída com a finalidade de controlar o patrimônio familiar, pode ser realizada objetivando a sucessão empresarial de negócios familiares ou apenas para facilitar a organização patrimonial familiar após o falecimento de um dos membros. É formada por uma empresa ou um agrupamento de empresas, os herdeiros tornam-se sócios e os bens são integralizados como capital social, sendo necessário o pagamento de impostos decorrentes da sociedade, mas isentando-se o imposto de transmissão *causa mortis*. Isto é, substitui-se o ITCMD pelo ITBI e/ou IR,

²⁴⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 286.

²⁵⁰ Há autores que entendem que o vício na partilha em vida acarreta nulidade do ato, outros que acarretam redução dos bens partilhados em vida, nos termos da redução das disposições testamentárias. Da mesma forma estão os entendimentos dos tribunais, que ora entendem pela anulação já que não há bens a inventariar para demandar ação de inventário; ora entendem pela redução de quinhão hereditário (STJ, REsp 1523552/PR; Apelação Cível TJRJ nº 70038022372 apud NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 289).

²⁵¹ Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário. (BRASIL, Código Civil 2002).

²⁵² Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade. (BRASIL, Código Civil 2002).

²⁵³ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 288-289.

sua tributação pode ser feita pelo lucro real ou presumido, segue as regras do direito empresarial e tributário.²⁵⁴

3.3 A Lacuna Legislativa do Planejamento Sucessório

Nos últimos tempos, especialmente diante da atual fragilidade dos laços familiares, a preocupação em planejar o destino dos bens e direitos após a morte vem ganhando espaço na sociedade.

As relações sociais são caracterizadas por diferentes situações reais do cotidiano, abrangendo valores éticos, econômicos e políticos, quando uma dessas relações sociais é reconhecida e passa a ser regulada pelo direito (seja através das leis que regulamentam o poder estatal ou ainda através do exercício da autonomia entre particulares), transforma-se em uma relação jurídica. Em contrapartida, quando essas situações reais vivenciadas não são disciplinadas pelo ordenamento jurídico, são denominadas relações de fato e, apesar de não apresentarem estrutura jurídica definida, têm importância e significado para o direito^{255,256}.

Verifica-se, portanto, que o planejamento sucessório se enquadra no conceito de relação de fato, já que apesar de inexistir previsão expressa sobre ele, é frequentemente utilizado na prática por advogados que se utilizam de instrumentos previstos em lei para produzir um resultado que não é regulamentado.

As pesquisas comuns sobre planejamento sucessório resumem-se a questões de ordem prática, voltadas à advocacia e, quando teorizadas o são ou pela ótica do direito civil puro, com base nos conceitos e características dos instrumentos de transmissão de propriedade, ou na maioria das vezes, voltadas ao direito empresarial e tributário, visando a isenção ou redução de carga tributária que incidem na sucessão. O planejamento sucessório é uma figura que nasce da prática advocatícia e busca referência normativa.

A situação é agravada pela vedação à realização de pactos sucessórios e pela limitação à liberdade de testar, encontrada na legítima. Embora o planejamento

²⁵⁴ FLEISCHMANN, Simone Tassinari; TREMARIN JUNIOR, Valter. Reflexões sobre *holding* familiar no planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 413-415; 421-423.

²⁵⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 197.

²⁵⁶ Não é o objeto do presente estudo a análise teórica das relações de fato e relações jurídicas, razão pela qual referidos temas não serão aprofundados nesta pesquisa.

sucessório seja uma maneira de assegurar o exercício da autonomia privada para fins de sucessão, há insegurança causada pela ausência de legislação específica sobre ele e, as alterações legislativas referentes aos instrumentos que são utilizados para essa finalidade podem prejudicar planejamentos já realizados ou impossibilitar a produção dos efeitos desejados.

Apesar de não se tratar de alteração legislativa, uma decisão proferida em novembro de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal promoveu alteração na interpretação da lei, ao declarar inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil²⁵⁷. Ao decidir o RE 878.694/MG (atrelado ao RE 646.721/RS), ambos com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”²⁵⁸.

O relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, foi acompanhado do voto dos ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Celso de Mello, Rosa Weber, Luix Fux e Cármen Lúcia. Referida decisão teve como principal fundamento o princípio da igualdade das formas de constituição de família, liberdade e não discriminação. Verifica-se que o olhar dos ministros estava voltado aos casais em união estável sem formalização que, quando da morte de um deles, se davam conta de que a lei não possibilitava ao companheiro o mesmo direito sucessório do cônjuge.

O voto divergente foi proferido pelo ministro Dias Toffoli, acompanhado do voto do ministro Marco Aurélio²⁵⁹, cuja fundamentação baseava-se na autonomia da vontade do casal que optasse pela união estável propositadamente, ou seja, sabendo das distinções dessa escolha em relação ao casamento, a argumentação dos

²⁵⁷ Art. 1.790 do Código Civil: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

²⁵⁸ STF. RE 878.694, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017. Disponível em

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>> Acesso em 01 mar 2019.

²⁵⁹ O Ministro Marco Aurélio era relator do RE 646.721/RS que discutia sobre o mesmo assunto, voltado à sucessão hereditária das uniões homoafetivas.

ministros no voto divergente fora ainda, pela impossibilidade de equiparar regimes familiares que a Constituição prevê distintos.

Por conseguinte, restou reconhecida a repercussão geral pelo STF e firmada a tese de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, para aplicar o art. 1.829 do Código Civil à sucessão do companheiro, nos mesmos termos da sucessão do cônjuge.

Ocorre que, referida decisão nada tratou a respeito do rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845 do Código Civil²⁶⁰, nem mesmo de outros dispositivos em que há referência exclusiva ao cônjuge. Por esse motivo, o Instituto Brasileiro de Direitos de Família – IBDFAM, como *amicus curie* nos Recursos Extraordinários, opôs Embargos de Declaração²⁶¹, que tinha por objetivo sanar a omissão quanto ao alcance da decisão em relação ao rol de herdeiros necessários, para esclarecer se o entendimento do Supremo Tribunal Federal era pela inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Referidos embargos de declaração foram rejeitados por unanimidade, em sessão virtual de 19.10.2018 a 25.10.2018²⁶², sob a justificativa de que o caso dizia respeito tão somente ao art. 1.829 do Código Civil e sua aplicabilidade às uniões estáveis, de modo que o relator ministro Luís Roberto Barroso afirmou inexistir omissão já que outros dispositivos do Código Civil não eram objeto da repercussão geral reconhecida.

Mário Luiz Delgado ressalta que, diante da ausência de manifestação expressa pelo STF do art. 1.845 do Código Civil, em que estabelece o rol de herdeiros necessários, referido artigo é constitucional e não há motivos para realizar suposições

²⁶⁰ Art. 1.845 CC: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL, Código Civil).

²⁶¹ “Diante do acima exposto e para que não reste dúvida sobre a abrangência da decisão dessa Suprema Corte, na direção da coerência e justiça da tese declarada, que igualou, para fins sucessórios, casamento e união estável em efeito que tem como fundamento a solidariedade familiar e, portanto, em aspecto onde não se podem tratar pessoas de forma diversa pelo simples fato de terem eleito entidades familiares diferentes, requer o Suplicante seja sanada a omissão ora invocada, para que seja esclarecido o alcance da tese de repercussão geral, no sentido de mencionar regras e dispositivos legais do regime sucessório do cônjuge que devem ser aplicados ao companheiro, em especial quanto à aplicabilidade do art. 1.845 do Código Civil, que dispõe sobre a reserva hereditária.” (IBDFAM. **Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul 2019).

²⁶² STF. Consulta Processual RE 878694/MG. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

acerca de sua inconstitucionalidade²⁶³, entendendo pela não inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Rolf Madaleno, por sua vez, interpreta a decisão de maneira diversa de Mário Delgado. Em sua análise, já que a decisão incluiu o companheiro no art. 1.829 do Código Civil, entende que “por arrasto” também incluiu como herdeiro necessário, no art. 1.845.²⁶⁴

A discussão sobre a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários não diz respeito tão somente às implicações sucessórias, mas provoca alterações no próprio direito de família, já que ao incluir o companheiro no rol de herdeiros necessários promove-se uma equiparação entre os institutos união estável e casamento. Nesse sentido entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira:

A partir desse julgamento, acabou a liberdade de não casar. Se estou vivendo com alguém, quero fugir das regras rígidas do casamento, busco uma alternativa a ele para constituir minha família e quero escolher que minha herança não vá para minha companheira, não posso mais escolher outro caminho. Com essa decisão, as uniões estáveis tornaram-se um casamento forçado. Esse é o paradoxo desta importante e bem intencionada decisão. Aliás, a regulamentação de união estável é mesmo paradoxal: quanto mais é regulamentada, para aproximá-la do casamento, mais se afasta de sua ideia original, que é exatamente não se submeter a determinadas regras.²⁶⁵

Referida divergência tem ainda, forte impacto no planejamento sucessório, pois para aqueles doutrinadores que entendem pela impossibilidade de interpretação ampliativa da decisão proferida pelo STF, não sendo o companheiro considerado herdeiro necessário, há possibilidade de promover o afastamento desse da herança por meio de testamento²⁶⁶, já que desnecessária a reserva de quota parte a herdeiro não considerado necessário. Por outro lado, os que interpretam a decisão do STF de maneira diversa, ao entenderem o companheiro como herdeiro necessário, estão

²⁶³ DELGADO, Mário Luiz. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Migalhas, 14 nov. 2018. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de)

<[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de)

A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de> Acesso em 02 ago. 2019.

²⁶⁴ MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Edição 44, abril/maio 2019, p. 4.

²⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. *Revista Consultor Jurídico*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

²⁶⁶ XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 191-203, p. 201;

sujeitos à crítica de Rodrigo da Cunha Pereira – no que diz respeito a tratar união estável e casamento como idênticos e retirar as peculiaridades e características próprias de cada um desses institutos – e, portanto, entendem pela impossibilidade de realizar testamento sem considerar a parte do companheiro.

Independentemente das divergências doutrinárias, fato é que a decisão do STF não determinou seus exatos termos e sua extensão, no que diz respeito à sucessão do companheiro, ou seja, não há decisão judicial que o defina como herdeiro necessário, bem como não há disposição legal expressa nesse sentido.

Ainda que seja eventualmente decidido pela sua inclusão ou não no rol de herdeiros necessários, a legítima (e especialmente reservada ao cônjuge) vem sendo objeto de duras críticas no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Os relacionamentos estão mais líquidos, conforme a visão de Zygmunt Bauman, as alterações sociais de formação e manutenção das famílias foram várias; a sucessão foi pensada para as famílias do século XIX. Ainda que provoque certo desconforto social cogitar que o patrimônio não permanecerá na família, Daniele Teixeira questiona: “é justificado permanecer, no século XXI, com um instituto que foi pensado para uma sociedade do século XIX?”²⁶⁷

A necessidade de se reavaliar o instituto da legítima é nítida. Entretanto, o problema não se resume a isso, ele é muito mais profundo. Apesar da significativa transformação pela qual a família passou, o centro da problematização não está na tutela constitucional, que só trouxe ganhos para a família.²⁶⁸

A existência da legítima, abordada no tópico anterior, é objeto de várias críticas doutrinárias, no sentido de que o Estado, na tentativa de proteger o patrimônio para que permanece com a família, acaba por prejudicar a liberdade do proprietário do patrimônio. Além dessas críticas, há outras que derivam das consequências práticas que são vivenciadas pelas regras sucessórias.

A inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários iniciou em 1907, através do Decreto nº 1.839/1907, seguido do Código Civil de 1916, que manteve referido grau ao cônjuge, em 1962 com o Estatuto da Mulher Casada que promoveu

²⁶⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94.

²⁶⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 34

alteração do Código Civil para a inclusão do usufruto vidual (que permitia ao cônjuge sobrevivente usufruto da quarta parte dos bens do falecido enquanto permanecesse viúvo, exceto o casado pelo regime da comunhão universal de bens), para então, o Código Civil de 2002 eleger o cônjuge como herdeiro necessário, ao que tudo indica, para garantir a proteção – em especial à mulher viúva. Ocorre, no entanto, que referida inclusão no rol de herdeiros necessários não foi acertada, de modo que até os dias de hoje muitos doutrinadores são contrários à posição do cônjuge em referido rol, Marcos Alves da Silva entende que, na verdade, o cônjuge é um “herdeiro desnecessário”²⁶⁹.

Por esse motivo, o anteprojeto de alteração do livro V (Direito das Sucessões) do Código Civil Brasileiro, Projeto de Lei 3799/2019, prevê a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários e a possibilidade do autor da herança dispor, via testamento, de um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade²⁷⁰, referida previsão corresponde à alteração do art. 1846 do Código Civil²⁷¹:

Art. 1.846 [...]

§ 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade.

§ 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.²⁷²

Há entendimentos pela retirada ou reforma da legítima nos termos atuais e constituição de uma espécie de reserva especial que proteja tão somente os vulneráveis econômicos (não apenas por meio de disposição testamentária) e, caso

²⁶⁹ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direito Civil Constitucional – **A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.511 a 515.

²⁷⁰ SENADO FEDERAL, Projeto de Lei nº 3799, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498> Acesso em 05 set. 2019.

²⁷¹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, Código Civil).

²⁷² SENADO FEDERAL, Projeto de Lei nº 3799, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498> Acesso em 05 set. 2019.

inexistam na linha sucessória do autor da herança, que seja ampliada a parte disponível ao mesmo.²⁷³

Referida previsão não exclui cônjuge (e companheiro) da sucessão, apenas os retiram da condição de herdeiros necessários, ou seja, o autor da herança/testador poderá beneficiá-los por meio do testamento, devendo estar atento às suas necessidades. Caso não seja beneficiado poderá o cônjuge ou companheiro reivindicar sua quota judicialmente, desde que provada sua necessidade.²⁷⁴

Ao tratar de cônjuge e companheiro, analisa-se o exercício da autonomia privada na escolha do regime de bens, sob a ótica do direito comparado, verifica-se que em 16 países da União Europeia (Bélgica, Bulgária, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Roménia e Eslovénia) há possibilidade de os cônjuges escolherem a lei que regerá seu patrimônio em casos de divórcio ou separação judicial. Tal previsão encontra-se no Regulamento (UE) n° 1259/2010, também chamado Regulamento Roma III, sendo que dele destacam-se alguns trechos traduzidos:²⁷⁵

(16) Os cônjuges deverão ter a possibilidade de escolher como lei aplicável ao divórcio ou separação judicial a lei de um país com o qual tenham especial conexão ou a lei do foro. A lei escolhida pelos cônjuges deverá respeitar os direitos fundamentais reconhecidos pelos Tratados e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(17) Antes de escolherem a lei aplicável, é importante que os cônjuges tenham acesso a informações actualizadas sobre os aspectos essenciais, quer da lei nacional e da legislação da União, quer dos processos em matéria de divórcio e separação judicial. Para garantir o acesso a informações adequadas de qualidade, a Comissão procede regularmente à sua actualização no sítio internet destinado ao público criado pela Decisão 2001/470/CE do Conselho.

(18) A escolha esclarecida de ambos os cônjuges constitui um princípio essencial do presente regulamento. Cada cônjuge deverá saber exactamente quais são as consequências jurídicas e sociais da escolha da lei aplicável. A possibilidade de escolher de comum acordo a lei aplicável não deverá prejudicar os direitos e a igualdade de oportunidades dos cônjuges. A este respeito, os tribunais dos Estados-Membros participantes deverão estar conscientes da importância da escolha esclarecida de ambos os cônjuges no que diz respeito às consequências jurídicas do acordo de escolha de lei.

²⁷³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar.2017, p. 88 e 90.

²⁷⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro? *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 135.

²⁷⁵ Regulamento (UE) n. ° 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32010R1259> Acesso: 30/07/2016.

Com relação ao direito sucessório, na Alemanha é possível a realização de pactos sucessórios e contratos de renúncia de direitos sucessórios, diferente do que ocorre no Brasil por força do instituto da *pacta corvina*²⁷⁶.

A regra de impossibilidade de realizar contrato de herança futura também está presente na Bélgica, Holanda, França, Itália e Espanha, considerando que na França, apesar da restrição acima exposta, em 2006 houve inclusão de exceção permitindo a realização de pacto sucessório nos termos do pacto antenupcial, denominado *institution contractuelle*. Do mesmo modo a Bélgica em 2003 com *instituton contractuelle/contractuele erfstelling e donation-partage* e, na Itália o único pacto sucessório permitido, em caráter de exceção é o *patto de famiglia*²⁷⁷.

Nos Estados Unidos não há legítima e a liberdade de testar é praticamente absoluta, ainda assim, em razão de despesas e facilidade, é muito comum utilizar-se dos *will-substitutes* para transferir bens sem a necessidade de inventário²⁷⁸.

Dessa forma, na perspectiva do Direito Comparado, podemos identificar três sistemas quanto à legislação relativa à reserva hereditária destinada a familiares do autor da herança: **a)** uma reserva rígida em relação à proporção da herança e àqueles que são os herdeiros necessários; **b)** uma reserva hereditária mais dúctil, porque se configura em um direito de crédito contra a herança e **c)** inexistência de uma reserva hereditária *a priori*, havendo, assim, ampla liberdade de testar do autor da herança, embora determinados parentes próximos possam reclamar proteção sucessória uma vez desamparados diante das disposições testamentárias.²⁷⁹

Destaca-se que referida discussão apesar de ter se iniciado no Brasil com o Código Civil de 2002, já tem sido objeto de debate na União Europeia há quarenta anos e, com diferentes posicionamentos. A Alemanha defende uma proteção aos filhos e ao cônjuge ao recebimento da herança. Na França, verifica-se que, devido ao aumento da média de vida humana, os descendentes que no século XIX eram herdeiros aos 14 anos, hoje o são com 50 ou 60 anos, ou seja, os herdeiros recebem patrimônio de seus antecessores em momento que possuem independência financeira e, portanto, não há na maioria dos casos necessidade como existia no

²⁷⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 197.

²⁷⁷ Ibidem, p. 197-207.

²⁷⁸ Ibidem, p. 207-209.

²⁷⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

princípio. No mesmo sentido é na Espanha, em que em 1900 a expectativa de vida era de 35 anos e, em 2004 essa passou para 77,4 anos aos homens e 84 anos às mulheres. Outra crítica realizada é a de que a proteção da família pode vir por outros meios, não sendo a legítima ou, o direito sucessório o único mecanismo para tal. Uma solução fornecida por autoras espanholas²⁸⁰ é de “pular uma geração” ou limitar a legítima apenas para os casos de incapacidade, ou seja, considerar a possibilidade de – exemplificativamente – legitimar os netos do autor da herança, antes dos filhos.²⁸¹ O posicionamento da limitação da legítima apenas para os casos de incapacidade se amolda ao entendimento de Ana Luíza Nevares²⁸².

Basicamente, os argumentos favoráveis à legítima dizem respeito à aceitação social, solidariedade familiar e proteção da família, com principal intuito de evitar injustiças ou abusos. Os contrários, baseiam-se nos argumentos: i) da perpetuação do direito de propriedade após a morte; ii) desrespeito à autonomia privada do autor da herança; iii) possibilidade de proteção à família de outras formas; iv) transmissão de bens sem esforço; v) liberdade do patrimônio em vida e restrição para casos de falecimento do autor da herança; vi) necessidade de verificação da função da legítima na atualidade.²⁸³

Além de posicionamentos a respeito da legítima, também há na doutrina manifestação contrária à vedação de pactos sucessórios:

Além da problemática da legítima em si, já exposta, diante do dilema ora em debate, pondera-se sobre a rigidez do art. 426 do Código Civil, quanto à proibição de que seja objeto de contrato herança de pessoa viva. Os pactos sucessórios podem ser constitutivos, quando uma pessoa, com ou sem prestação correspectiva, atribui ao outro contratante ou a um terceiro, *post mortem*, todos ou parte de seus próprios bens, bem como dispositivos e renunciativos, através dos quais são atribuídos ou são renunciados direitos que derivam de uma sucessão ainda não aberta.²⁸⁴

²⁸⁰ ARROYO I AMAYUELAS, Esther; ANDERSON, Mirian apud TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 100.

²⁸¹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94-102.

²⁸² NEVARES, Ana Luíza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁸³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Op cit., p. 101-102.

²⁸⁴ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 290.

Verifica-se, portanto, que o planejamento sucessório não possui legislação específica que regulamente todos os institutos, procedimentos e regras em conjunto, motivo pela qual há certas divergências de posicionamento doutrinário e jurisprudencial em razão da amplitude de interpretação dos dispositivos legais que versam sobre cada instrumento de planejamento sucessório. Situação esta que causa incerteza e insegurança jurídica, já que todos os efeitos do planejamento sucessório são visíveis e concretos apenas com o falecimento do autor da herança.

Ainda que o planejamento sucessório tenha vantagens, sua realização pode implicar em restrições aos direitos fundamentais dos sucessores e promover discussões, as quais, conseqüentemente, podem prejudicar a efetividade de referido planejamento e contrariar a manifestação de vontade expressada pelo titular do patrimônio. Nesse sentido, se faz importante analisar a contraposição entre os interesses do sucessor e os do sucedido.

4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE OS INTERESSES DO SUCEDIDO E OS INTERESSES DOS SUCESSORES

Os Direitos fundamentais possuem vinculação inerente à Constituição e ao Estado de Direito, objetivando a concretização dos valores da liberdade, igualdade e justiça e do princípio da dignidade humana.²⁸⁵ Nesse sentido, explica Jorge Reis Novais:

O direito fundamental, como *um todo*, quando perspectivado do ponto de vista dos titulares do direito, é esse conjunto ou feixe de posições de vantagem juridicamente tuteladas susceptíveis de referência ao mesmo direito fundamental [...] mas é também, quando se tem a intervenção do Estado, a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental.²⁸⁶

A concretização da liberdade de distribuição do patrimônio após o falecimento do titular é uma das principais finalidades do planejamento sucessório. Ocorre que, além da liberdade há ainda os valores da igualdade e da justiça que, também merecem ser analisados quando se trata da herança, sendo esse último também um direito fundamental.

Isto porque, há herdeiros que dependem do patrimônio de seu sucessor, da mesma forma, entende-se que a manutenção do patrimônio no seio familiar e sua divisão igualitária entre os sucessores da mesma linha merece ser realizada, atendendo aos princípios da igualdade e da solidariedade familiar.

O princípio da igualdade costuma ser invocado judicialmente para justificar a necessidade de alteração de disposições testamentárias que tratam de parte disponível do patrimônio em favor de familiares específicos do *de cujus*. Questiona-se até que ponto é necessário relativizar a liberdade de testar para prevalecer a igualdade aos familiares do autor da herança.

Nesse sentido, verifica-se de um lado a existência de interesses de sucessores e, de outro, interesses de sucedidos, acompanhados de princípios constitucionais e fundamentos que podem advogar para cada um dos lados, os quais merecem ser analisados sob o estudo dos direitos fundamentais.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46.

²⁸⁶NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003, p. 55

4.1. As Restrições aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são classificados em três gerações. Os direitos fundamentais de Primeira Geração exigem um direito negativo (não agir do Estado), os de Segunda Geração exigem a prestação estatal e os de Terceira Geração consistem em direitos difusos.²⁸⁷

Os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, de modo que precisam de limitações, uma vez que se fossem ilimitados haveria um desequilíbrio e um direito fundamental afetaria outro, especialmente em se tratando do direito à liberdade.²⁸⁸

O direito fundamental à liberdade, por sua vez, corresponde à Primeira Geração, tem por titular o indivíduo e pressupõe uma ausência de ação estatal. Jairo Schäfer retoma o contexto do Estado Absolutista para pontuar que os principais objetivos dos direitos eram proteger o cidadão em relação ao Estado e a “liberdade afigura-se como pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais”²⁸⁹, por isso através do contrato social houve a separação das estruturas sociais (sociedade civil e poder público) sob o entendimento de que o Estado não poderia intervir nas relações privadas, somente mediante autorização legal.²⁹⁰

Nesse sentido, Michael Sandel com fundamento na ideia utilitarista, traz a afirmação que a liberdade de uma pessoa pode sofrer interferência governamental tão somente nos casos em que os atos praticados atinjam ou devam explicações à sociedade; não sendo esse o caso, o governo não deve impor crenças ou determinar a melhor maneira de viver a cada cidadão, não deve intervir na liberdade e independência individual que é absoluta e adquirida por direito, “no que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano”.²⁹¹

²⁸⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 23

²⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 131 e 127.

²⁸⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 31.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ SANDEL, Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 54.

Konrad Hesse entende que a liberdade não consiste, nos dias atuais, apenas em uma “liberação da intervenção estatal”, mas em uma tarefa de cuidado e segurança social por parte do Estado.²⁹²

Segundo Carlos Pianovski, a liberdade pode ser caracterizada como positiva ou negativa, e essa caracterização é fundamental para a compreensão da autonomia privada. Por liberdade positiva entende-se aquela derivada de escolhas pessoais e particulares de cada indivíduo, já a liberdade negativa relaciona-se a limitações estatais, ou seja, é a liberdade exercida nos limites das escolhas pessoais e as restrições impostas pelo Estado.²⁹³

Além da liberdade, a vida e a propriedade também são direitos fundamentais de primeira geração e são tutelados pelo direito individual.²⁹⁴

O direito protegido – denominado âmbito de proteção – e a intervenção estatal fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais, o qual pode ser amplo ou restrito.²⁹⁵

O suporte fático restrito é defendido por Friedrich Müller, através de sua teoria do alcance material, a qual indica que toda restrição a direitos fundamentais precisa respeitar a estrutura normativa, ou seja, os limites materiais impostos aos direitos fundamentais necessitam de extensão material-normativa do âmbito normativo, que corresponde a existência de regras específicas e descritas normativamente que limitem os direitos fundamentais.²⁹⁶ Há precisa delimitação da amplitude de cada um dos direitos fundamentais de forma bem específica, por meio da norma.²⁹⁷ No mesmo modelo de suporte fático restrito está a teoria da generalidade objetiva ou formal, de Smend, que propõe uma exclusão definitiva de proteção de direito fundamental, sem a necessidade de realizar sopesamentos, tão somente com a difícil tarefa de delimitar

²⁹² HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

²⁹³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 24 a 31.

²⁹⁴ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 35.

²⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 71.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 309-311.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 86-88.

adequadamente o âmbito de proteção do direito fundamental²⁹⁸. Trata-se de “exclusões *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”.²⁹⁹

Já o suporte fático amplo, corresponde a “condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental”³⁰⁰, de modo que “dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não”³⁰¹. Existem dois âmbitos de proteção: um dos casos potenciais e outro dos casos reais, quando um princípio de direito fundamental for relevante, trata-se de um caso potencial de direitos fundamentais, independentemente da existência de outros princípios colidentes, livre de dúvidas e consensual. Nesse âmbito forma-se a base dos verdadeiros problemas de direitos fundamentais e sua argumentação do âmbito dos casos reais – em que há dúvida e polêmica. Referidos âmbitos não possuem caráter fechado ou definitivo, uma vez que há possibilidade de alteração de um âmbito para outro.³⁰²

Sobre as restrições aos direitos fundamentais e suas teorias, afirma Paulo Ricardo Schier:

Afinal, os direitos fundamentais nascem como espécie de limite (e legitimação) da atuação estatal, o que justifica a sua originária verticalidade. A separação dos poderes protege os cidadãos contra o abuso na atuação material do Estado e na atuação normativa. Esta é a lógica do Estado de Direito. O Poder Legislativo não pode, livremente, negar a Constituição. É por isso que a restrição de direitos fundamentais possui limites materiais e formais, internos e externos. É igualmente por isso que não existe cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciarium benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações.³⁰³

Verifica-se, portanto, que o suporte fático amplo abarca princípios, enquanto o suporte fático restrito relaciona-se a regras. Das teorias que compõem o suporte fático, pretende-se analisar a teoria interna e a teoria externa, destacando-se desde logo que, apesar da teoria interna possuir premissas semelhantes ao suporte fático

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 317-319.

²⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 109.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ Idem.

³⁰² ALEXY, Robert. Op cit., p. 321-329.

³⁰³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005, p. 119,120.

restrito e a teoria externa ao suporte fático amplo, não necessariamente essa ligação entre premissas semelhantes é necessária e frequente, uma vez que por suporte fático entende-se as condutas excluídas ou não do âmbito de proteção, já as teorias tratam da relação entre direito e restrição ou limitação.³⁰⁴

4.1.1 Teoria Interna

A teoria interna liga-se à noção de suporte fático restrito. Tem como principal característica, a máxima de Planiol e Ripert, do direito francês “o direito cessa onde o abuso começa”, ou seja, a definição de limites internos ao próprio direito é que caracteriza a teoria interna, não há nenhuma influência externa, não se fala em colisões ou sopesamentos, por esse motivo, as regras fazem parte da estrutura da teoria interna.³⁰⁵

Para a teoria interna, não há diferença entre o direito fundamental analisado e seus limites, uma vez que conceituado referido direito, a definição dos limites está nele atrelada, verifica-se a existência do direito com um determinado conteúdo e, as restrições a esse direito dá lugar aos limites, por isso menciona-se essa teoria como dos limites imanentes³⁰⁶, os quais, não se confundem com restrições a direitos fundamentais, já que a teoria interna se utiliza de limites previamente existentes ao direito, enquanto que as restrições a direitos fundamentais são constituídas pelas colisões. Na perspectiva da teoria interna, quando se conceitua um direito, na verdade já está se definindo são os seus limites³⁰⁷.

Virgílio Afonso da Silva destaca que a dificuldade da teoria interna está justamente em definir o que é protegido, dentro dos limites imanentes, dificuldade esta que entende estar presente em todas as teorias do suporte fático restrito.³⁰⁸

Afim de responder esse problema, Peter Häberle cria a teoria institucional dos direitos fundamentais, a qual, inicialmente o faz rejeitar o conceito de liberdade que gera uma imagem do legislador como inimigo dos direitos fundamentais, para esclarecer que nem toda intervenção estatal na liberdade individual significa uma

³⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 158.

³⁰⁵ Ibidem, p. 128, 129.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277/278.

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit., p. 131-132.

³⁰⁸ Ibidem, p. 133.

restrição; por isso Häberle empresta a teoria da instituição de Hauriou para defender, sob o ponto de vista institucional, que o conceito de liberdade contempla a liberdade regulada e delimitada pelo direito, deixando de lado a individualidade que prescinde o conceito, rejeitando ainda a máxima de que liberdade contempla tudo o que não é proibido pelo direito.³⁰⁹

Portanto, para a teoria interna, o âmbito de proteção e a intervenção estatal (representada pela figura do legislador) são trabalhados como um único conceito. O legislador tem a função de regulamentar, definir, delimitar, conceituar o conteúdo dos direitos. Para evitar que o legislador cometa algum abuso ao regulamentar um direito, estabelece-se a diferença entre regulamentação e restrição.

A restrição corresponde a intervenção no conteúdo das liberdades fundamentais, enquanto a regulamentação corresponde a intervenção na forma de exercício dessas liberdades.³¹⁰ Portanto, para o legislador, a regulamentação é legítima enquanto a restrição é proibida; o legislador pode restringir apenas, em alguns casos, a eficácia plena das normas constitucionais.³¹¹

Portanto, ao tratar da teoria interna, tem-se a possibilidade de regulamentação e a declaração de limites pelo legislador, aos direitos constitucionais. É o caso do que ocorre, por exemplo, com a liberdade de testar que é limitada pela própria legislação em casos que o testador possua herdeiros necessários, nos seguintes termos:

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.³¹²

Há limitação na própria norma que possibilita a realização do testamento, ao estipular um limite na forma como essa liberdade de testar pode ser exercida, qual seja, a impossibilidade de incluir a legítima no testamento:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

³⁰⁹ HÄBERLE, Peter. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, p. 152 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 133-136.

³¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 100.

³¹¹ Ibidem, p. 213.

³¹² BRASIL, Código Civil 2002.

§ 1 º-A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.³¹³

Por isso, a legítima corresponde a um limite imanente à liberdade de testar, contida no próprio direito e imposta, razão pela qual se enquadra nas características da teoria interna.

4.1.2 Teoria Externa

Enquanto para a teoria interna há apenas um único objeto: o direito, pois os limites são considerados imanentes a ele, para a teoria externa há dois objetos: o direito em si, e as suas restrições³¹⁴. A teoria externa admite a possibilidade de existirem direitos sem restrições, uma vez que não existe relação entre a teoria externa e a obrigatoriedade de restrição, a exigência da teoria externa está em conciliar os direitos individuais e interesses coletivos³¹⁵. No entanto, em havendo restrições, essas são analisadas por ocasião das colisões entre direitos fundamentais³¹⁶.

A diferença entre limites imanentes e restrições é que colisões constituem novas restrições a direitos fundamentais, enquanto os limites imanentes declaram os limites previamente existentes; é o caso por exemplo da proibição de sacrifícios humanos em rituais religiosos: não há restrição à liberdade de religião, mas sim um limite imanente dessa liberdade.³¹⁷

Tem-se na teoria externa a concepção, separadamente, do direito e sua restrição, de modo que relacionadas surge o direito não restringido ou o direito restringido.³¹⁸

Os direitos fundamentais não são ilimitados ou absolutos, vez que caso o fossem, impossibilitariam o exercício por outro particular de outro direito fundamental,

³¹³ BRASIL, Código Civil 2002.

³¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 138.

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

³¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit., p. 138.

³¹⁷ Ibidem, p. 132 e 133.

³¹⁸ ALEXY, Robert. Op cit., p. 277.

de modo que a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é essencial para a própria efetividade desses direitos, por esse motivo eles são restringíveis.³¹⁹

As restrições são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental³²⁰, que não têm influência no conteúdo do direito; elas apenas podem ser utilizadas para restringir seu exercício, caso em que há colisão entre princípios, em que um cede em favor de outro.³²¹

Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais. Por conseguinte, nesse modelo vale a teoria externa [...]³²².

Há forte relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios, esses são mandamentos de otimização e, *prima facie* são ilimitados, as restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais podem causar colisão de princípios, há necessidade de um sopesamento para solução.³²³

O princípio da proporcionalidade se coloca como contraponto (limite) à restrição dos direitos fundamentais, já que havendo restrição, há necessidade de exame de proporcionalidade³²⁴, o qual possui três subregras: i) adequação; ii) necessidade; iii) proporcionalidade em sentido estrito.³²⁵ A adequação corresponde a verificação se a relação entre a medida restritiva do direito fundamental possibilita o alcance da finalidade pretendida. A necessidade está relacionada à análise do meio escolhido para atingir a finalidade, se é um meio menos prejudicial ou gravoso ao direito fundamental. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito aos meios elegidos e a razoável relação com o resultado pretendido.³²⁶

Quando ocorre a colisão de princípios (entre o princípio constitucional atingido e o princípio constitucional que o restringe), não é o princípio “restringidor”, por si só,

³¹⁹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p.30.

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

³²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 138.

³²² ALEXY, Robert. Op cit., p. 277.

³²³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit., p. 138-140.

³²⁴ STEINMETZ, Wilson. Op cit., p.30.

³²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit., p. 138.

³²⁶ STEINMETZ, Wilson. Op cit., p.39 a 41.

que estabelece não-liberdades aos indivíduos, mas as regras que serão resultado do sopesamento entre referidos princípios.³²⁷

O princípio da autonomia privada não consta expressamente na Constituição Federal³²⁸, mas implicitamente quando versa sobre a tutela da pessoa e a sua liberdade. Por se falar em liberdade, essa e a autonomia privada são conceitos que se relacionam, isto porque a livre manifestação de vontade corresponde a um exercício de liberdade³²⁹.

A respeito da ponderação entre os princípios constitucionais, Jairo Schäfer afirma:

Há, em verdade, a incidência de diversos princípios constitucionais, entre os quais o da autonomia das vontades privadas, o qual convive harmonicamente com os demais princípios constitucionais, sendo necessária a ponderação concreta entre todos os princípios constitucionais em jogo, considerando-se as circunstâncias jurídicas, sociais e econômicas. Dessa ponderação é que se poderá extrair a extensão da aplicação, no caso concreto, da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, preservando-se o conjunto sistêmico constitucional.³³⁰

Wilson Steimetz defende a tese de que o exame de proporcionalidade também é aplicável diretamente aos atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Afirma que referida tese não é original, já que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares já vem ganhando espaço. Embora não haja consenso quanto ao exame de proporcionalidade aplicado aos atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais, há quem entenda que a proporcionalidade só se aplica às restrições estatais.³³¹

Diferente das Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha e Rússia, a Constituição Brasileira não faz referência expressa à autonomia privada ou à

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 284.

³²⁸ A autora em seu texto faz a referência à Constituição Portuguesa, no entanto, referida análise aplica-se de maneira semelhante à Constituição Brasileira.

³²⁹ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.75 a 77.

³³⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 38.

³³¹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p.14/15.

liberdade contratual, mas possui fundamento constitucional e necessita de proteção.³³²

No Brasil, a autonomia privada tem suas premissas no direito de liberdade (art. 5º, caput CRFB), princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput CRFB), direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII CRFB), direito de propriedade (art. 5º, caput, e inciso XXII), direito de herança (art. 5º, XXX, CRFB), direito de convenção ou de acordo coletivo (art. 7º, XXVI CRFB), princípio o da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226 caput e §§ 1º-4º CRFB);

Sobre a proteção constitucional da autonomia privada, Wilson Steinmetz entende:

Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados têm um conteúdo básico atributivo de direito de autodeterminação e de autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida (tutelada).³³³

Continuando seu raciocínio, Wilson Steinmetz afirma que em sendo a autonomia privada protegida pela Constituição da República, aos casos em que houver restrições a direitos fundamentais originados pela autonomia privada, deve ser aplicada a solução por meio das colisões de direitos fundamentais em sentido amplo “direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido”, hipótese da teoria da eficácia mediata.³³⁴

Nesse sentido, a autonomia privada, que já vem sofrendo transformações no decorrer dos anos, passa a ser valorizada a partir do momento em que o princípio da autonomia privada é considerado como possibilitador da restrição de direitos fundamentais. Especialmente quando se trata do direito sucessório, cuja discussão sobre o Autor da herança e as limitações da legítima têm nos dias atuais maior repercussão³³⁵.

³³² STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p.27.

³³³ Ibidem, p.27/28.

³³⁴ Ibidem, p. 29.

³³⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p. 168.

Muitas vezes, as possíveis restrições a direitos fundamentais são resolvidas por meio de regras contidas na legislação infraconstitucional, as quais proíbem condutas e/ou autorizam ação estatal para restringir a proteção que um direito fundamental *prima facie* garantia³³⁶, são consideradas restrições a direitos fundamentais apenas as normas que estejam em conformidade com o texto constitucional, caso contrário não se está diante de uma restrição.³³⁷

Essas regras são criadas, muitas vezes, por já ter o legislador verificado a colisão entre princípios, como é o exemplo da liberdade de imprensa e a proteção à criança e ao adolescente, que levaram o legislador a criar dispositivo no Estatuto da Criança e do Adolescente exigindo programas apropriados a elas nos horários propensos a sua utilização. Apesar de não entender equivocada essa forma de interpretação, Virgílio entende que esse tipo de conclusão leva a ignorar a função da regra no ordenamento jurídico. E, ainda, quando não há regra que discipline a colisão entre dois princípios e, não tendo sido objeto de ponderação pelo legislador, cabe ao Judiciário tal função, quando inexistentes fundamentos específicos na legislação infraconstitucional.³³⁸

4.2 A Intangibilidade da legítima como limite imanente do Planejamento Sucessório

Diante da impossibilidade de interpretação absoluta dos direitos apresentados pela Constituição e do impedimento de nela conter restrição expressa de direitos, os limites imanentes surgiram como meio de contornar tais situações, isto porque os limites já estão contidos no próprio direito, internamente, e não há que se falar em restrição. Na realidade, não há um método específico para determinar os limites imanentes, a percepção está voltada à impressão desses limites para o senso comum.³³⁹

³³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010, p. 141 a 143.

³³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

³³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit., p. 141 a 143.

³³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58, 59, 51.

As teorias dos limites imanentes refutam a existência do conflito normativo, e, uma vez inexistindo conflito, rejeitam também a utilização da ponderação³⁴⁰. Não há em referidas teorias menção a qualquer método capaz de esclarecer quais direitos são considerados dentro ou fora dos limites.³⁴¹

Para analisar a existência de referidos limites no direito sucessório, verifica-se a definição clássica de testamento como um “negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual, alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos”³⁴². Destaca-se que, ao conceituar o testamento, Pontes de Miranda afirma que a liberdade do testador é exercida nos “limites da lei”, em referência à legítima.

A legítima, em que pese não constar expressamente no texto constitucional, se faz presente nas menções ao direito à herança (artigo 5º, XXX, CR), à livre iniciativa (artigo 1º, IV, CR), à propriedade (artigo 5º, XXII, CR), à proteção à família (artigo 226, CR) e à solidariedade (artigo 3º, I, CR), ou seja, a liberdade de testar conta com limites imanentes no Código Civil – impostos ao testador e contidos internamente na mesma norma que concede referido direito.

A legítima, portanto, concretiza no Direito Sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I da Carta Magna, na medida em que preconiza uma distribuição compulsória de bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar diante da morte de um deles.³⁴³

No art. 1.789 do Código Civil que dispõe “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”³⁴⁴; portanto, a liberdade de testar é limitada pela reserva da legítima e, apenas na falta de herdeiros necessários, referida liberdade será plena.

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 66.

³⁴¹ Ibidem, p. 69.

³⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral**. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

³⁴³ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

³⁴⁴ BRASIL, Código Civil 2002.

[...] restringir³⁴⁵ em parte a livre disposição testamentária do autor da herança – está em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, de garantia da propriedade privada e de livre iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, 5º, inciso XXII e 1º, inciso IV, da Constituição da República.³⁴⁶

O principal argumento que sustenta tal limitação baseia-se na garantia da proteção patrimonial aos parentes mais próximos do autor da herança³⁴⁷. “A limitação à liberdade de testar do autor da herança salta aos olhos como intervenção estatal protetiva de vulneráveis”³⁴⁸.

Na perspectiva do Direito Comparado, verifica-se na Inglaterra, a chamada Provisão para a família e seus dependentes, prevista pelo Ato de 1975 prevê uma interferência da Corte para análise e fixação, quando necessário, de uma provisão financeira aos familiares (filhos – legítimos e os tratados como filhos – , dependentes, cônjuges, companheiros, ex cônjuges e ex companheiros – esses últimos desde que alheios a novos relacionamentos). A Corte analisa se esses necessitados foram beneficiados pelo testamento ou pela sucessão legítima e, em sendo negativo, analisa vários critérios para decidir pelo deferimento da provisão ou não, são eles: i) recursos e necessidades das partes (requerentes e autor da herança); ii) eventuais obrigações do falecido em relação ao requerente ou a outro beneficiário da herança; iii) tamanho e natureza da herança; iv) deficiências do requerente e de outros beneficiários da herança; v) questões relativas à conduta do requerente ou de outras pessoas que sejam consideradas relevantes. Também é assim na Irlanda do Norte, Nova Zelândia e Austrália.³⁴⁹

Referida previsão legal, permite que a Corte limite a liberdade de testar, depois do falecimento do autor da herança, por entender que é o momento adequado de interferir na disposição dos bens, ou seja, após a abertura da sucessão verifica-se

³⁴⁵ Como nesta pesquisa entende-se que a legítima assume função de limite imanente, prefere-se interpretar e substituir o termo “restringir” por “limitar”.

³⁴⁶ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

³⁴⁷ A respeito da intangibilidade da legítima, críticas e considerações, vide tópico 2.2.

³⁴⁸ SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 509-525, p. 516.

³⁴⁹ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

a forma de disposição dos bens feita de forma livre via testamento, pelo seu titular e, a Corte decide se interfere ou não no decidido pelo autor da herança.³⁵⁰

Nesses casos, verifica-se intervenção muito forte aos direitos fundamentais, especialmente na liberdade do testador, já que a Corte interfere diretamente nas disposições testamentárias e determina a divisão da herança aos familiares que ela entender que estão desamparados, reduzindo os beneficiados no testamento ou até mesmo decidindo pela ordem de sucessão legítima.

No Brasil, a legítima atua como limite imanente, por isso a limitação à liberdade do testador é anterior à abertura da sucessão, através da regra que impõe a necessidade de reserva de cinquenta por cento do patrimônio do sucedido aos herdeiros necessários.

Além do Brasil, a França e a Bélgica também adotam a reserva da herança para os herdeiros necessários, a diferença é apenas quanto ao percentual da legítima e ao rol de herdeiros necessários. Já na Alemanha, a reserva é feita em relação a um direito de crédito e não especificamente a uma porção da herança, o que permite que o autor da herança disponha da integralidade do seu patrimônio através de testamento, e apenas se não houver previsão em testamento que beneficie o herdeiro necessário, esse terá direito de crédito.³⁵¹

Percebe-se, portanto, que a existência da legítima não é característica apenas do sistema legal brasileiro, referida preocupação está presente no Direito Ocidental como um todo, mesmo nos países em que há ampla liberdade de testar. A reserva hereditária visa a proteção patrimonial aos parentes próximos do falecido quando há presunção de dependência e vínculos estreitos com o autor da herança e, portanto, propicia o fortalecimento da unidade familiar, situações que, na visão de Ana Luiza Nevares estão em consonância com os princípios constitucionais de proteção à família, garantia da propriedade privada e livre iniciativa.³⁵²

Além disso, entende-se que a legítima é um mecanismo de distribuição de recursos daquele que provia as necessidades da família (o autor da herança)³⁵³, recursos estes que, segundo Pietro Perlingieri, em que pese corresponderem a

³⁵⁰ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem.

³⁵³ Idem.

questões patrimoniais, quando instrumentos de uma vida digna, pautada no desenvolvimento e na liberdade das pessoas, passam a ser considerados valores³⁵⁴.

Daniele Teixeira, sobre a legítima, afirma:

A doutrina majoritária brasileira defende o instituto da legítima. Acredita-se que, por meio dele, consiga-se conciliar a liberdade testamentária e a assistência familiar, ambas sob a legalidade e a tutela constitucional.³⁵⁵

Sobre a liberdade de testar limitada pela legítima, Washington de Barros Monteiro é favorável à referida limitação, por entender que a propriedade como elemento individual e a família como elemento social são elementos nos quais o direito hereditário se apoia. Entende ainda, que a ampla liberdade de testar daria margem ao indivíduo, na qualidade de testador, praticar atos de egoísmo e cegueira.³⁵⁶

Há, no entanto, entendimentos contrários à manutenção da legítima nos dias atuais, que defendem sua inutilidade ante a atual realidade biológica, social-econômica e jurídica da sociedade, que é caracterizada pela longevidade dos membros e pela existência de novas técnicas de proteção como seguridade social e contrato de seguro³⁵⁷. Giselda Hironaka vai além, e argumenta que a manutenção da legítima na atualidade pode desestimular o trabalho e patrocinar o ócio improdutivo³⁵⁸.

Ainda que sejam apresentadas críticas à legítima, sabe-se que somente a lei tem possibilidade de alterar a sua intangibilidade. Em existindo herdeiros necessários – sucessores do autor da herança, aos quais é reservada a legítima –, o autor da herança não possui qualquer ferramenta apta a retirar o privilegio desses herdeiros, salvo hipóteses específicas que autorizam a deserdação dos herdeiros³⁵⁹.

³⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: uma Introdução ao Direito Civil Constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32.

³⁵⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94-95.

³⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

³⁵⁷ NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 280.

³⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 499.

³⁵⁹ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 226.

Nesse sentido, verifica-se a utilização do planejamento sucessório como possibilidade de o dono do patrimônio articular o destino de seus bens após seu falecimento, nele, além de planejar o destino de seu patrimônio após a morte, também poderá realizar a distribuição do patrimônio e das responsabilidades de administração para cada herdeiro, o que irá garantir maior segurança de que sua vontade será cumprida quando vir a faltar.

No entanto, o planejamento sucessório muitas vezes esbarra na figura da legítima, que possui outros dispositivos do Código Civil que garantem sua preservação, mantendo a limitação imanente anteriormente mencionada. É o caso da tentativa de realizar doação do patrimônio que seria de direito dos herdeiros necessários, como forma de se esquivar da obrigatoriedade da legítima: vedado expressamente pela legislação civil, pois o art. 549 do Código Civil considera nula a doação que exceder a parte disponível.³⁶⁰

Também não há possibilidade de utilização de contratos ou pactos sucessórios para disposições acerca da herança, nem mesmo para disposições e acordos entre os sucessores, ante a vedação do art. 426 do Código Civil³⁶¹, o que torna a liberdade do proprietário ainda mais restrita.³⁶²

O art. 1.848 §1º do Código Civil também proíbe a conversão dos bens da legítima em dinheiro, dispositivo este que prejudica o planejamento sucessório, uma vez que, caso não houvesse referida vedação, poderia o testador se valer do art. 2.014 do Código Civil para indicar os bens e valores dos quinhões hereditários e deliberar acerca da partilha, deixando os bens aos herdeiros que já possuem contato com os mesmos (negócios, especialmente) e, deixando a previsão de que os herdeiros que não teriam interesse em prosseguir com a atividade empresarial, recebessem em dinheiro a parte deles, por exemplo³⁶³.

Percebe-se, portanto, que o planejamento sucessório surge como instrumento de prevenção ou minimização de litígios futuros que usualmente ocorrem quando da

³⁶⁰ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 227; BRASIL, Código Civil 2002.

³⁶¹ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. (BRASIL, Código Civil 2002).

³⁶² NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294, p. 283.

³⁶³ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

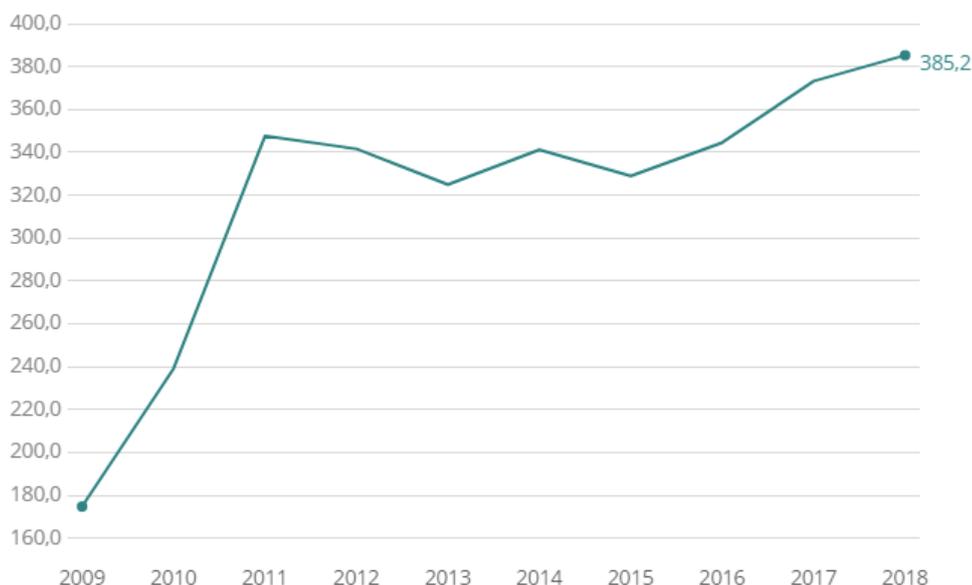
abertura da sucessão³⁶⁴, pode ser muito útil nas atuais relações familiares, caracterizada pela liquidez dos relacionamentos que decorrem em divórcios.

Nas últimas três décadas (de 1984 a 2014), o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 341,1 mil, com a taxa geral de divórcios passando de 0,44 por mil habitantes na faixa das pessoas com 20 anos ou mais de idade, em 1984, para 2,41 por mil habitantes em 2014 (<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>).³⁶⁵

Em 2018, o índice de divórcios chegou em 385,2 mil, conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE):

Divórcios

Números de divórcios concedidos em 1ª instância - em mil



Fonte: IBGE

Gráfico 1 – Divórcios no Brasil (IBGE 2018)³⁶⁶

³⁶⁴ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 221.

³⁶⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

³⁶⁶ BÔAS, Bruno Villas. Brasileiro casa menos e separa-se mais em 2018. **Valor Econômico – Rio**. Reportagem de 04/12/2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/04/brasileiro-casa-menos-e-separa-se-mais-em-2018-mostra-ibge.ghtml>> Acesso em 08 jan. 2019.

Constata-se que, quanto maior o número de divórcios, mais surgem as famílias recompostas, as quais são constituídas por filhos de relacionamentos anteriores convivendo com filhos comuns da nova união ou, com um dos genitores e um padrasto/madrasta. Nestes casos, são diversos os interesses que precisam ser levados em consideração para que seja possível alinhar os interesses sucessórios³⁶⁷. Diante destas complexidades ressalta-se a figura do planejamento sucessório.

O planejamento sucessório, entretanto, pode ser erroneamente utilizado para fins ilícitos, tais como a fraude a credores e à Fazenda Pública, a qual é credora do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) ou até mesmo com intuito de fraudar a legítima e favorecer um herdeiro em prejuízo de outro. Por este motivo, há mecanismos de proteção à legítima, regidos com base no princípio da intangibilidade da legítima que acabam por limitar o planejamento sucessório³⁶⁸.

Referidas limitações materializam-se na possibilidade de: redução das disposições testamentárias, no instituto da colação e na redução das doações inoficiosas³⁶⁹. A redução das disposições testamentárias diz respeito à análise e redução proporcional das quotas testamentárias que excederem a legítima em favor de determinado herdeiro, cuja regulamentação está prevista no art. 1.967 §§1º e 2º do Código Civil³⁷⁰. Da mesma forma é nula a doação da parte que exceder ao que o doador poderia dispor, nos termos do art. 549 do Código Civil³⁷¹. Quanto à colação, esta corresponde à obrigatoriedade de trazer à tona, todas as doações feitas pelo autor da herança em vida aos herdeiros, a fim de realizar conferência de valores e proporcionalidade da parte da legítima que cabe a cada um deles, uma vez que toda doação realizada é presumida como adiantamento da legítima, salvo se

³⁶⁷ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

³⁶⁸ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 222 a 227.

³⁶⁹ Ibidem, p. 227.

³⁷⁰ Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente. (BRASIL, Código Civil 2002).

³⁷¹ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL, Código Civil 2002).

expressamente realizada ressalva de que o bem doado corresponde à parte disponível do doador³⁷².

A legítima possui variadas funções e, é objeto de críticas e elogios. Dentre os elogios estão: a ampla aceitação social, a garantia de patrimônio aos descendentes que corresponde a obrigação natural e é resultado da copropriedade familiar, a prevenção de possíveis abusos e injustiças, fomento da unidade familiar, solidariedade familiar, entre outros.³⁷³

Com relação às críticas estão: a propriedade que se perpetua após a morte, o fracionamento do patrimônio, a transformação da família que hoje faz a legítima perder o sentido, a incoerência do dono do bem ter liberdade total para dispor dos bens em vida e sua restrição às transferências *mortis causa*, a complexidade das relações familiares atuais, a necessidade de verificação da real função da legítima nos dias atuais, entre outros.³⁷⁴

Percebe-se, portanto, que a legítima é considerada limite imanente ao planejamento sucessório e que, o fato dela ser intangível possui consequências positivas e negativas ao ordenamento jurídico, uma vez que apesar dela não permitir ampla liberdade de disposição do patrimônio que será objeto de sucessão, também evita possíveis fraudes e divisão desigual ou injusta do patrimônio.

Muito embora se reconheçam essas consequências, acredita-se que sua análise como limite imanente não responde, por si só, à problemática da dicotomia existente entre a liberdade de testar e o direito à herança dos sucessores, já que a imposição da legítima contraria o princípio da liberdade que, em vida, é permitido ao dono do patrimônio, uma vez que pode se desfazer da totalidade do patrimônio e extinguir qualquer herança a ser recebida por seus herdeiros. Sobre os limites e a liberdade do titular do patrimônio, Daniel Sarmiento afirma:

Cumpra apenas verificar como se dá esta vinculação e traçar seus limites, decorrentes da proteção à autonomia privada, para conjurar o perigo de, a

³⁷² DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 228 e 229.

³⁷³ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 101.

³⁷⁴ Ibidem, p. 102.

pretexto de proteção dos direitos humanos, acabar-se asfixiando a liberdade pessoal.³⁷⁵

Nesse sentido, a análise dos interesses dos sucessores constitui importante apuração para possibilitar sua comparação à liberdade do dono do patrimônio e futuro autor da herança.

Sobre a efetividade da liberdade de testar, aplica-se o raciocínio de Daniel Sarmiento:

[...] é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las.³⁷⁶

Considerando a intangibilidade da legítima, bem como a vedação à realização de pactos sucessórios ou ainda a elaboração de contratos tendo herança como objeto, verifica-se que, de certo modo, há a ausência de condições que permitam a efetivação do direito fundamental à liberdade e à propriedade (do titular do patrimônio e interessado na realização do planejamento sucessório).

Todavia, diante da funcionalização da autonomia privada, verifica-se que o exercício da liberdade individual não está presente tão somente na questão contratual, patrimonial, mas também pode ser exercida de diferentes formas que, não necessariamente são limitadas pela legítima.

É o caso, por exemplo, da possibilidade de disposições extrapatrimoniais por meio de testamento, ou ainda, da utilização de instrumentos do planejamento sucessório que não sofrem com essa limitação imanente, como o seguro de vida.

Assim sendo, ainda que a liberdade de testar não seja absoluta, há meios de se utilizar do planejamento sucessório para garantir os interesses do autor da herança, mesmo que com certa insegurança, por conta da ausência de legislação específica sobre o tema. Importa saber, de outro lado, até que ponto os interesses dos sucessores podem ser atendidos por meio do planejamento sucessório.

³⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Apud TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 55.

³⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 174 (versão digital, não paginado).

4.3. Os Interesses dos Sucessores como limite externo ao Planejamento Sucessório

A legítima atua como limite imanente do planejamento sucessório, ou seja, constitui limite interno à própria liberdade de testar, visto que a norma que permite a liberdade de testar já limita a mesma ao percentual de cinquenta por cento da parte disponível.

Considerando a ressignificação da autonomia privada e, considerando que ela é exercida por meio do planejamento sucessório, verifica-se a ressignificação também do planejamento sucessório. Ainda que se busque maior autonomia por meio do planejamento, há uma limitação implícita, além da legítima, silenciosamente construída pela jurisprudência, no que se refere à liberdade testamentária.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como consequência o reconhecimento da eficácia irradiante, significa que os valores dos direitos fundamentais alcançam o ordenamento jurídico como um todo, exigindo que as demais leis, no momento de sua aplicação, sejam reanalisadas sob a ótica constitucional, especialmente em atendimento à dignidade humana, igualdade e justiça social.³⁷⁷

Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como “concessões” estatais e nem tampouco podem ser vistos como um “resto” de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais “nobres”, quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica.³⁷⁸

Os direitos fundamentais, por sua vez, ditam valores jurídicos objetivos ou decisões de valor ao Direito Privado, dentre esses valores está a autonomia privada, a qual abre um debate entre teorias monistas e dualistas.³⁷⁹

Para a teoria da eficácia imediata, que integra o debate monista, os direitos fundamentais atuam como direitos subjetivos constitucionais, não restringem sua eficácia ao plano estatal, com oponibilidade *erga omnes*. Referida teoria é fundamento para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que os direitos fundamentais

³⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, fls. 149 (versão digital, não paginado).

³⁷⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.18, p. 114-128, jun. 2005, p. 120.

³⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p.60.

visam a proteção dos indivíduos nas relações entre si, não restringindo a liberdade individual perante o Estado.

Para as teorias dualistas, as normas de valor dos direitos fundamentais poderiam influenciar as relações particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, ainda que essas cláusulas transpassassem o conteúdo das normas constitucionais, para manter o espírito do Direito Privado. Um exemplo que José Carlos Vieira de Andrade traz é do tratamento discriminatório em uma disposição testamentária, situação que o mesmo entende que só seria possível a invalidade do testamento se atentasse contra os bons costumes, interpretação essa segundo os entendimentos do direito privado.³⁸⁰

Em regra, o testador tem liberdade para realizar as disposições que bem entender quanto à parte disponível (cinquenta por cento restante), como é o caso da elaboração de testamento. Entretanto, há situações na jurisdição brasileira em que se discute a interferência nas cláusulas testamentárias, em virtude da interpretação das disposições. É o caso do REsp 203137/PR:

DIREITO CIVIL SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO ³⁸¹.

Em referido julgado, o testador deixou a parte disponível de seus bens destinada aos bisnetos, mas fez menção a eles no testamento como “filhos legítimos do neto”, incluindo os ainda não nascidos. A discussão do caso se deu em virtude de existir um filho “legítimo” do neto, por ter sido concebido na constância do casamento e, por ocasião de uma relação de concubinato, outro filho estar à caminho, vez que sua concubina estaria grávida à época da abertura da sucessão; corroborado ainda com o fato de o testamento ter sido escrito na vigência do Código Civil de 1916 e o falecimento ocorrido antes da promulgação da Constituição da República, época em

³⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 278.

³⁸¹ STJ. REsp 203137-PR [1999/0009548-0], Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 01/02/2020.

que não havia igualdade de filiação e, os filhos eram classificados como legítimos ou ilegítimos, a depender da relação matrimonial ou não existente entre os genitores.

O debate do caso levava em consideração a liberdade de testar de um lado e a discriminação à filiação havida fora do casamento, de outro; a sentença havia entendido pelo direito à herança tão somente do bisneto nascido da relação matrimonial. O Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença, interpretando a expressão “filhos legítimos” por “filhos verdadeiros”, em sede de Recurso Especial, o voto do relator se deu pela necessidade de interferência na disposição testamentária, acompanhado do voto vista; houve voto divergente que defendia a liberdade de escolha individual do testador para eleger qualquer pessoa para ser beneficiada com a parte disponível de seus bens, destacando inclusive a possibilidade de eleição de apenas um dos bisnetos para receber a totalidade da parte disponível, entretanto referido entendimento obteve apenas dois votos. Por maioria de votos, decidiu-se que a justificativa da escolha contida no testamento demonstrava a discriminação entre os bisnetos e, dependia de alteração a fim de adequar-se às normas constitucionais, que entendem pela igualdade de filiação, de modo que fora negado provimento ao Recurso Especial, para manutenção da decisão do Tribunal de Justiça quanto à interpretação de “filhos legítimos” como “filhos verdadeiros”.³⁸²

Outro caso semelhante ocorreu em julho de 2018 em Guaxupé/Minas Gerais, em que a avó deixou testamento em que contemplava com a parte disponível suas seis netas, deixando duas de fora (da parte disponível), a demanda que visava analisar discriminação com as duas netas teve decisão judicial³⁸³ para interferir nas disposições testamentárias realizadas pela avó e por entender que existia discriminação com duas das netas não beneficiadas no testamento.

As disposições testamentárias que violam preceitos constitucionais, sejam estabelecendo condições ilícitas, ilegais ou imorais para o recebimento da herança, bem como violando a moral e liberdade individual (política, civil e religiosa) – como exemplo cláusula que condiciona o celibato perpétuo ou a adesão a determinada

³⁸² STJ. REsp 2013137-PR (1999/0009548-0), Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em 01/02/2020.

³⁸³ FURQUIM, Milton Biagioni. Juiz de Direito de Guaxupé, Minas Gerais, Autos nº 0058435-49, Sentença disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>> e <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>> Acesso em 01/02/2020.

religião para recebimento da herança, não podem ser consideradas. No entanto, Ana Luiza Maia Nevares critica o posicionamento adotado em referidos casos: de considerar a condição como não escrita e preservar a disposição testamentária, quando legalmente a solução seria a invalidade da disposição testamentária.³⁸⁴

Independentemente da solução apresentada, verifica-se que em ambas as decisões, houve debate entre a liberdade de testar e a discriminação, de modo que foram analisadas restrições às normas constitucionais para a solução do caso, já que levado em consideração não apenas a legítima como limite imanente, mas também as disposições constitucionais da igualdade e proibição da discriminação, em especial da vedação de distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

Nesse sentido, verifica-se a diferença entre as teorias internas, que trabalham com limitações aos direitos fundamentais e as teorias externas, com restrições e, dependentes de sopesamentos e análise de proporcionalidade. E, em ambos os casos, as decisões tomadas valeram-se dos interesses dos sucessores, deixando de lado a manifestação de vontade expressada pelo dono do patrimônio por meio da realização do testamento.

As teorias diretas, por sua vez, defendiam sua aplicação com base em cada direito fundamental específico e sua vinculação ao comportamento dos particulares. O princípio da igualdade reconhecia como limite a liberdade individual, preocupando-se com a proteção dos indivíduos contra os poderes sociais e, ao mesmo tempo, sem intenção de negar a liberdade negocial aos indivíduos. “O princípio da igualdade valeria também para as relações entre particulares, mas não poderia prejudicar intoleravelmente a liberdade (por exemplo, a liberdade de testar ou de contratar)”³⁸⁵.

José Carlos Vieira de Andrade defende a espontaneidade individual, dispensando a rigidez de uma igualdade. Nessa linha, o Direito Civil possibilita o exercício da liberdade de doar, testar, contratar, sem a necessidade de condicionar essa vontade com base em racionalidade, a exceção das cláusulas testamentárias

³⁸⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 222 e 223.

³⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 278, 279.

que condicionam o recebimento do legado a situações desarrazoadas e que restrinjam direitos individuais do sucessor³⁸⁶.

Há ainda, a teoria dos deveres de proteção, que define a proteção do Estado aos direitos fundamentais através do direito privado. A teoria da eficácia mediata/direta dos direitos fundamentais é criticada pela ineficiência e insustentabilidade; a tese dualista, por sua vez, recusa a aplicação direta dos direitos fundamentais; a teoria da eficácia imediata estabelece uma colisão de direitos fundamentais contraposto entre si, cujo resultado será de restrição de um dos direitos, referida decisão deve ser tomada pelo juiz.³⁸⁷ A teoria integradora de Alexy sustenta três níveis de construção: i) efeito mediato perante terceiros; ii) teoria dos deveres de proteção; iii) teoria da eficácia imediata com adaptações; todos os níveis convergem com as ideias da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.³⁸⁸

O autor afirma ainda seu posicionamento contrário à prevalência do princípio da igualdade em detrimento da liberdade individual, entendendo absurdo e insuportável: “A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente desse princípio”, a exceção a seu entendimento inclusive para fins sucessórios, é em casos de discriminação. Nesses casos, defende a restrição da liberdade e a imposição pelo legislador de obrigações específicas de igualdade³⁸⁹.

“Assim, por exemplo, poderá [...] artigo 2232º do Código Civil³⁹⁰ [Português] ser interpretado no sentido de serem contrárias à lei disposições testamentárias que sejam comprovadamente discriminatórias”.³⁹¹

Sobre a discriminação no Direito Privado, Rosalice Fidalgo Pinheiro relata diferença entre o Direito brasileiro e o europeu e identifica uma lacuna no ordenamento brasileiro, isto porque, na Europa há proteção direta e expressa no Direito Privado, enquanto no Brasil essa proteção é decorrente da Constituição da República, art. 5º,

³⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 294-295.

³⁸⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

³⁸⁸ Ibidem, p. 77-80.

³⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op cit., p. 295-296.

³⁹⁰ Artigo 2232º (Condições contrárias à lei). Consideram-se contrárias à lei a condição de residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de os não partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes. (PORTUGAL, Código Civil 1977. Decreto-Lei n.º 47344).

³⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op cit., p. 296.

caput, e art. 3º, IV. Essa proibição contida através do princípio da igualdade disposta na norma constitucional possui eficácia imediata nas relações interprivadas. A autora conclui que a proteção contra discriminação nos contratos regidos pelo Direito brasileiro é mitigada e que referida proteção é uma exigência da autonomia privada, enquanto a igualdade é requisito para o exercício da liberdade.³⁹²

Nesse mesmo sentido, a doutrina espanhola entende que a liberdade de testar pode discriminar o princípio da igualdade e, que há necessidade de comprovar que os motivos que levaram o testador a escolher um legatário não são discriminatórios ou legítimos:

*[...] la libertad de testar significa la libertad de discriminar, y a mayor libertad de testar mayor libertad de discriminar. En efecto, la libertad de testar consiste en poder elegir cómo distribuir la riqueza acumulada en vida y a quién, tratando desigualmente a los hijos salvo el límite infranqueable de la legítima, en el supuesto, claro está, de que ellos sean los escogidos como beneficiarios. El reparto igualitario es el propio de la sucesión intestada, en tanto que es la ley quien designa a los sucesores y la ley sí que no puede establecer desigualdades. Ahora bien, los motivos por los cuales el testador decide discriminar no son inocuos. Sucede lo mismo que con los contratos: soy libre de contratar con quien quiera, pero si me baso en motivos raciales o religiosos puedo estar lesionando derechos fundamentales de aquellos con quienes he decidido no contratar, aparte de que el derecho de la Unión Europea impide discriminar por razones de sexo. El testador, pues, puede discriminar a sus descendientes en el momento de ordenar su sucesión, pero habrá que atender a las razones de esa discriminación y comprobar si se trata de motivos lícitos o ilícitos o contrarios a las buenas costumbres.*³⁹³

Teodora García destaca que a liberdade do testador está limitada ao princípio de não discriminação e, que caso tenha disposição discriminatória, a mesma será nula, motivo pelo qual o testador deve levar em consideração os bons costumes antes de impor condições ao recebimento da herança pelos sucessores³⁹⁴. Além disso, menciona a necessidade de ponderação de princípios diante da colisão a direitos fundamentais, por ocasião da sucessão:

En definitiva, si la cuestión se ha de resolver en términos de principios, como sucede en muchos supuestos de colisión de derechos fundamentales, se trata de una cuestión de ponderación y de límites que, en el caso concreto, derivará en la prevalencia de aquel de los derechos en liza que “pese” más, sabiendo como sabemos y hemos ya recordado aquí, que el peso de la

³⁹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de Discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, nº18, p. 52-81, jul./set.2014, p. 78 e 79.

³⁹³ ALOY, Antoni Vaquer. Libertad de testar y condiciones testamentarias. InDret: **Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, 2015, fls. 24 (não paginado).

³⁹⁴ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. **La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 32 e 40.

libertad del disponente es, en el caso de las liberalidades mortis causa, muy alto; más alto, desde luego, que en los supuestos donde esté en liza la libertad contractual de cada parte, pues en estos últimos la de uno puede estar, y normalmente lo estará, limitada por la del otro; en cambio, en el caso de la libertad de testar el destinatario de la atribución ni está amparado por un derecho de libertad análogo (como no sea el de decidir si la acepta o si no la acepta), ni tiene derecho a ella antes de que el causante fallezca. ³⁹⁵

Ana Luiza Maia Nevares realiza uma ponderação entre a autonomia privada do testador e o interesse dos herdeiros facultativos:

[...]na ponderação entre a autonomia privada do testador, calcada nos valores constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, e os legítimos interesses dos sucessores legais, baseados na essencialidade do bem integrante do acervo hereditário para a concretização de sua dignidade, a tendência é prevalecer a solidariedade e não a liberdade, já que será a solidariedade, realizada pela restrição da autonomia privada do testador, que garantirá na maioria dos casos a dignidade da pessoa humana [...]³⁹⁶

Referido trecho faz *jus* ao título do livro do qual foi retirado, denominado “função promocional do testamento”, em que a autora busca atrelar a restrição da autonomia privada ao princípio da dignidade humana, ou seja, em seu entendimento, o duelo entre a liberdade do testador que possa prejudicar a dignidade da família, no sentido de deixar os herdeiros passando necessidades financeiras por falta de patrimônio é vencido pela dignidade da pessoa humana ainda que isso restrinja liberdades; agora se nesse duelo a dignidade da pessoa humana não fizer parte, não há o que se falar em restrição da liberdade de testar.

O direito à herança estava implícito no direito de propriedade até 1988, ocasião em que passou a constar expressamente na Constituição da República, mais precisamente no rol de direitos e garantias individuais, o que demonstra sua importância e impossibilidade de sua retirada ou redução do ordenamento brasileiro³⁹⁷.

Não há no ordenamento jurídico nenhuma norma expressa que delimite a extensão do direito à herança, nem mesmo se em uma situação de choque entre os interesses do sucessor e do sucedido qual deve prevalecer, por esse motivo, utiliza-

³⁹⁵ GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. La libertad de testar: **El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014

³⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

³⁹⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 61.

se das teorias externas, com base na análise e ponderação de princípios e normas envolvidas antes de se propor uma solução.

O direito dos herdeiros passa a existir com a abertura da sucessão, ocorrido o falecimento do dono do patrimônio, ocasião em que, pelo princípio da *saisine*, os herdeiros passam a ser possuidores dos bens e, quando concluída a partilha serão proprietários do correspondente a sua quota parte. Verifica-se que, muitas vezes, há equívoco entre a expectativa de direito do herdeiro e o direito propriamente dito, que no caso da sucessão, vem apenas com o falecimento. É possível verificar tal equívoco no acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, em que o Autor ingressou com ação cautelar de arrolamento em face de seu pai biológico, reconhecido mediante anterior ação autônoma de investigação de paternidade, alegando que teria notícia de que os bens estariam sendo dilapidados em favor dos outros filhos, o que prejudicaria o direito de herança do Requerente. Referida demanda fora extinta em Primeiro Grau, por falta de condições de ação, especificamente por falta de interesse processual, sob a decisão de que o Réu teria plenos direitos de gerir seu patrimônio da maneira que bem lhe aprouver, sem interferência dos herdeiros, os quais tem apenas expectativa de direito. O Autor recorreu da decisão, ao que o Tribunal de Justiça manifestou –se negando provimento e mantendo a sentença, conforme ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE RECONHECEU A AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR, EXTINGUINDO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PEDIDO ACAUTELATÓRIO QUE ESTÁ AMPARADO NA GARANTIA DE UM EVENTUAL DIREITO SUCESSÓRIO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA PRESENTE MEDIDA, DISPOSTOS NOS ARTS. 300, E 301 DO CPC. *CAPUT* IMPOSSIBILIDADE DE SALVAGUARDAR BENS DE HERANÇA DE PESSOA VIVA, SEGUNDO A NORMA INSERTA NO ART. 426, DO CC. PARTILHA PELO ASCENDENTE POR ATO ENTRE VIVOS, RESSALVADO O DIREITO A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, QUE É AUTORIZADA PELO ART. 2018 DO CC. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PRETENSÃO, DIANTE DA EXIGÊNCIA DE DEVIDO LASTRO PROBATÓRIO PARA EVIDENCIAR A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À LEGÍTIMA. INOCORRÊNCIA DE RISCO À EFETIVIDADE DO PROCESSO, POIS OS ARTS. 544, 2002 E 2003 DO CC PRESCREVEM QUE A DOAÇÃO REALIZADA PELOS PAIS A UMA PARTE DE SEUS DESCENDENTES, IMPLICARÁ EM ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA, DE FORMA QUE, NA OCASIÃO DA COLAÇÃO, OS QUINHÕES SERÃO IGUALADOS, RETORNANDO AO MONTE PARTÍVEL DOS BENS OBJETO DE LIBERALIDADES PELO AUTOR DA HERANÇA, RESULTANDO NA APURAÇÃO EQUITATIVA DO QUINHÃO RELATIVO

AOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO.³⁹⁸

Em resposta ao caso anteriormente mencionado, há precedente do STJ³⁹⁹ que entende pela possibilidade de ação de redução de doação inoficiosa mesmo antes do falecimento do dono do patrimônio. Apesar de referido entendimento não estar pacificado entre os doutrinadores⁴⁰⁰, verifica-se mais plausível esta última solução do que a adotada pela parte autora no caso acima mencionado, já que arrolamento de bens é modalidade do inventário e, este só pode ser aberto com o falecimento do dono do patrimônio.

Esclarece-se, portanto, que os sucessores possuem mera expectativa de direito em relação à herança até o falecimento do sucedido, bem como, o autor da herança tem liberdade para dispor, em vida, integralmente do patrimônio e da maneira que preferir, inclusive, desfazendo-se dele por completo. A limitação sucessória está presente ao assegurar a proteção à legítima (limite imanente mencionado em tópico anterior), o que não impede de o dono do patrimônio, por exemplo, vender todos os seus bens e utilizar-se da receita para viajar, deixando os herdeiros sem qualquer possibilidade de recebimento da herança. Giselda Hironaka frisa: “os herdeiros não podem se sentir donos do patrimônio daquele que sucederão enquanto ele não tiver falecido”.⁴⁰¹

Ana Nevares explica que, o direito de propriedade é garantido constitucionalmente ao testador, na medida em que a lei possibilita que ele teste parte de seus bens, atendendo ao contido no inciso XXII do art. 5º da Constituição.⁴⁰²

A dificuldade muitas vezes está na interpretação do testamento quando surgem situações posteriores à realização do testamento ou até mesmo após o falecimento do testador, envolvendo o sucessor herdeiro/legatário e que abrem

³⁹⁸ TJPR, Apelação Cível Autos nº. 0045377-38.2017.8.16.0014, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Anderson Ricardo Fogaça, j. 13.06.2018.

³⁹⁹ STJ, REsp 7.879/SP, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, j. 24/02/1994, DJ 20/06/1994.

⁴⁰⁰ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246, p. 228.

⁴⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 495.

⁴⁰² NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

margem para questionamento da real vontade do testador, se supostamente seria alterada caso tivesse conhecimento do ocorrido após seu falecimento, ou se, não teve tempo de alterar alguma disposição testamentária que perdeu o sentido⁴⁰³. Apesar de se tratar de meras especulações, há um famoso caso americano cujo debate contornou essas questões.

O caso *Riggs vs. Palmer* ocorrido em Nova Iorque, em 1882, ficou muito conhecido pela atitude tomada por um herdeiro que, tomado pela ambição praticou crime para acelerar o recebimento da herança. Referido caso é um exemplo também, da aplicação das regras de restrições aos direitos fundamentais, anteriormente trabalhadas.⁴⁰⁴

Elmer sabia da existência de testamento em seu favor e assassinou por envenenamento o avô, uma vez que este havia se casado e poderia alterar o testamento. A lei de sucessões de Nova Iorque, entretanto, não continha previsão para tal fato, de modo que não havia um limite imaneente que pudesse ser utilizado para proibir Elmer a receber os bens do testamento, além de cumprir a pena relativa ao crime cometido⁴⁰⁵.

A discussão ocorreu em torno de eleger a melhor decisão ao caso: se permitir que o sucessor recebesse o patrimônio objeto do testamento ou se, em razão do crime cometido, ele deveria perder esse direito; o advogado de Elmer argumentava quanto ao testamento existente em que expressamente destinava os bens do falecido ao seu cliente e na inexistência de qualquer cláusula legislativa que limitasse ou restringisse o exercício de referido direito por Elmer, da mesma forma afirmava que promover alteração do testamento significaria substituir o direito por convicções morais do magistrado.⁴⁰⁶

⁴⁰³ É o caso, por exemplo de quem elege determinadas pessoas como legatárias e essas falecem antes do testador, sem que o mesmo faça a devida alteração no testamento. Ex: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO DE ACRESCEER. HERDEIROS TESTAMENTÁRIOS. QUOTA PREDETERMINADA. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO. HERDEIROS COLATERAIS. ARTS. 1.829, IV, 1.840, 1.906, 1.941 E 1.944 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SOBRINHOS. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. EXCEÇÃO LEGAL. CONCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUINHÃO HEREDITÁRIO. TÍTULOS SUCESSÓRIOS DISTINTOS. COMPATIBILIDADE. ART. 1.808, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. (STJ, Resp. 1674162-MG, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 16/10/2018).

⁴⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20.

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 21 e 22.

Dworkin traz importante reflexão sobre as incertezas e suposições a respeito dos vários incidentes que comumente surgem após o falecimento do testador e que eventualmente poderia ser motivo de alteração da vontade do mesmo. Analisando o caso *Riggs vs Palmer*, se houvesse possibilidade de premeditar a situação, como no caso do avô de Elmer que, se soubesse que o neto lhe envenenaria talvez pudesse ter elegido outra pessoa como sucessora, mas essa reflexão é cheia de presunções, pois da mesma forma, poderia ser que mesmo se pudesse prever o assassinato, ainda assim fosse da vontade do avô que Elmer recebesse a herança.⁴⁰⁷

O juiz Gray votou favoravelmente a Elmer, por entender que não havia outra possibilidade de interpretação da legislação, já que não havia nenhuma norma expressa que regulamentasse a impossibilidade do assassino do testador de receber herança. Da mesma forma, Elmer já havia recebido a punição pelo crime cometido, a perda da herança implicaria em uma punição adicional por seu crime. Por outro lado, o juiz Earl entendeu pela necessidade de analisar a legislação com base nas reais intenções do legislador, já que é impossível que o legislador tenha em mente todas as consequências que a lei possa ocasionar, de modo que, utilizando-se do princípio da real intenção do legislador e em respeito ao princípio de que ninguém pode se beneficiar com seu próprio erro. Os outros quatro juízes seguiram o entendimento do juiz Earl, e Elmer não recebeu a herança⁴⁰⁸.

O caso *Riggs vs Palmer* traz um exemplo prático da inexistência de resposta pronta e com base na legislação e a necessidade de ponderar princípios e argumentos que defendem diferentes posições para se chegar à melhor resposta. Dworkin atribui ao juiz Hércules a referência de melhor julgador, que adota a decisão correta, baseada no conjunto de regras, princípios e padrões morais seus e da sociedade⁴⁰⁹.

Ao tratar de planejamento sucessório, tem-se da mesma forma, duas posições opostas que, a depender do caso necessitam de ponderação de princípios para se chegar a uma conclusão.

Assim, ao se falar de intangibilidade da legítima, verificou-se decisões que interferiram no testamento, mesmo tratando da parte disponível, para assegurar a igualdade de netos do autor da herança, de modo que prevaleceram os interesses do

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 23.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 22 a 25.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 203.

sucessor em detrimento do testador, que visava a efetivação da autonomia privada, uma vez que se planejou para que após seu falecimento apenas dois netos tivessem direito à parte disponível de seu patrimônio, parte essa que o mesmo poderia dispor para qualquer pessoa, inclusive instituição, ONG etc.

Argumenta-se que a legítima dos herdeiros necessários concilia no Direito Sucessório a autonomia privada quanto às disposições *causa mortis* e a proteção da família, garantindo aos familiares mais próximos do autor da herança uma proteção de cunho patrimonial por ocasião da abertura da sucessão.⁴¹⁰

Dentre os direitos fundamentais atrelados ao direito sucessório, estão: a liberdade de testar, o direito à herança, a igualdade e a solidariedade familiar.

A liberdade de testar (e a possibilidade do dono do patrimônio dele usufruir integralmente em vida) em conflito com o direito à herança especialmente quando se trata de sucessores que são dependentes economicamente do *de cujus*.

O direito fundamental à Igualdade que precisa ser analisado do ponto de vista da possibilidade de todo e qualquer indivíduo realizar um planejamento sucessório, em virtude dos custos com consultoria jurídica e a ausência desse serviço disponibilizado em defensorias públicas ou núcleos de prática jurídica, além da igualdade entre os herdeiros que serão agraciados com o patrimônio.

Hoje, em tempos de individualização do patrimônio de cada pessoa, os motivos que outrora justificaram a legítima não mais persistem no sistema, e, em grande medida, essa categoria jurídica foi mantida por mero hábito e tradição, o que não causa grande surpresa, pois o direito é, em geral, uma ciência tradicionalista e conservadora [...]⁴¹¹

As colisões de princípios se resolvem com base na análise do caso concreto e no peso relativo a cada um dos princípios analisados, um princípio cede ao outro, mas o princípio que prevalece (precede) em um caso não necessariamente

⁴¹⁰ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

⁴¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 495.

prevalecerá em outro, já que não há uma hierarquia ou ordem de princípios. Dworkin trabalha essa questão de pesos diferentes dos princípios em cada caso concreto.⁴¹²

Diante da colisão entre princípios constitucionais que restringem a liberdade de testar e o direito à herança, Ana Luiza Maia Nevares propõe cinco diretrizes⁴¹³ para uma flexibilização da reserva hereditária: i) prioridade na legítima aos vulneráveis, correspondendo aos filhos dependentes (até 23 anos de idade ou até 25 anos se cursando ensino superior), idosos e deficientes, aos quais seriam herdeiros necessários com direito a uma reserva rígida correspondente a determinada porção da herança; ii) os demais herdeiros necessários (cônjuge, companheiro, filhos maiores e ascendentes) teriam direito a herança conforme a ordem de vocação hereditária se não houver testamento, mas o testador possui direito de formalizar testamento retirando deles e repassando a outra pessoa a herança, sem qualquer limitação ou objeção; em caso desses herdeiros após o falecimento do autor da herança estarem desamparados, poderiam pleitear ao juiz cota hereditária até o limite que teriam direito na sucessão legítima, o juiz terá, por sua vez, critérios pré-determinados na lei para analisar o pleito, tais como a necessidade dos herdeiros, o patrimônio que compõe a herança e a conduta do requerente em relação aos cuidados para com o autor da herança; iii) possibilidade de conversão da herança em dinheiro, mediante alteração do art. 1848, §1º do Código Civil e possibilidade do testador se valer do art. 2.014 do Código Civil para determinar os bens, quinhões e valores em espécie a cada herdeiro, o que evitaria disputas e litígios dos herdeiros por determinado bem; iv) possibilidade do autor da herança utilizar-se do testamento para promover a deserdação seja por desamparo, falta de cumprimento dos deveres da solidariedade familiar ou abandono de genitor idoso; v) extensão do direito real de habitação aos filhos menores do falecido, pais idosos e dependentes, para permitir que os herdeiros exerçam referido direito em conjunto até haver condição de adquirirem outra moradia ou até realizar novo casamento ou união estável.⁴¹⁴

⁴¹² STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53, p.34.

⁴¹³ Referida previsão impede que o autor desampare os reais necessitados da herança, principal preocupação da Autora.

⁴¹⁴ NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

O Código Civil de 2002 não foi utilizado para atualização e melhorias dos institutos do direito sucessório existentes no Código Civil de 1916, caso o fosse, certamente a legislação seria mais coerente com a sociedade contemporânea.⁴¹⁵

Giselda Hironaka, por sua vez, manifesta posicionamento contrário aos interesses dos sucessores, voltando-se exclusivamente à liberdade do titular do patrimônio:

Então, a preservação da legítima é um imperativo necessário à concretização da solidariedade familiar? Minha resposta, aprioristicamente, é negativa. E a decisão quanto ao endereçamento de seus bens para depois de sua morte seria uma decisão que deveria caber apenas ao autor da herança e mais ninguém.⁴¹⁶

Quanto ao argumento que defende que a figura da legítima tem fundamento na função social da propriedade e na continuidade do patrimônio familiar, Giselda Hironaka entende incabível tais posicionamentos, isto porque a função social da propriedade é atingida com base na atividade socialmente relevante nela exercida e não de acordo com o seu titular. Da mesma forma, não acredita que a propriedade destinada obrigatoriamente aos herdeiros necessários supra as condições necessárias para a sobrevivência desses; por fim acredita na possibilidade de um sucessor testamentário fazer cumprir melhor a função social da propriedade se comparado a um herdeiro necessário, argumento que utiliza para cogitar certa inversão da lógica da função social da propriedade argumentada na figura da legítima. Giselda entende ainda que, não há obrigação de uma pessoa sustentar seus parentes, ainda mais após a morte, com exceção daqueles credores de prestação alimentícia: menores, jovens em formação universitária, idosos, enfermos, carentes etc.⁴¹⁷

Paulo Lôbo entende que a aplicação dos princípios e regras do direito sucessório deve privilegiar o direito do herdeiro e não presumir a vontade do autor da herança. Segundo ele, a vontade do testador deve ser considerada desde que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e não contrarie os princípios

⁴¹⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 28.

⁴¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-501, p. 497.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 498.

constitucionais, em especial o da função do testamento⁴¹⁸. A ponderação de interesses revela que não há uma liberdade testamentária qualitativa absoluta em face das qualidades pessoais do sucessor⁴¹⁹. Com fundamento na teoria externa é possível dar um passo à frente na composição das restrições ao direito fundamental à liberdade de testar. Não se trata tão somente de proteger abstratamente a família, como se depreende da intangibilidade da legítima, mas de proteger a pessoa e a relação de essencialidade que ela estabelece com os bens. Eis que se rompe com a intangibilidade última da sucessão hereditária - o direito de propriedade – deslocando seu foco do sucedido para a pessoa do sucessor.

Nesse mesmo sentido, Pietro Perlingieri define a despatrimonialização do direito civil, a qual surge para atribuir à tutela do homem uma justificativa, suporte e desenvolvimento da pessoa, ao afirmar que “[...] é necessário reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa [...]”⁴²⁰

Há na legislação sucessória regras descombinadas entre si, que provocam vazios que vão além de lacunas, preveem situações que ficam à mercê das decisões judiciais e, portanto, provocam insegurança, já que muitas vezes há disparidade de decisões em casos semelhantes entre si, essas ocasionadas pela falha na legislação, em especial no instituto da concorrência sucessória⁴²¹.

Sobre os interesses dos sucessores, a própria teoria externa compreende a necessidade de ponderação de princípios conflitantes, a fim de que, em atendimento ao princípio da proporcionalidade, eleja-se o melhor princípio – capaz de tomar a melhor decisão. No entanto, essa análise individual causa uma insegurança jurídica capaz de reduzir o interesse e a efetividade do planejamento sucessório. Nesse mesmo sentido é o entendimento da doutrinadora espanhola Teodora García, que defende a ponderação judicial como alternativa para se eleger qual princípio deve

⁴¹⁸ LÔBO, Paulo. **Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>> Acesso em 05 mar. 2019.

⁴¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento. Tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

⁴²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

⁴²¹ HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: Planejamento Sucessório para as Novas famílias. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.5-7, abril 2014, p. 5.

prevalecer, mesmo que essa situação ofereça risco à segurança jurídica e à liberdade individual⁴²².

Ainda que a legislação sucessória apresente falhas e lacunas e, ainda que o Poder Judiciário não garanta a segurança jurídica desejada, verifica-se uma real necessidade de serem trabalhados e aperfeiçoados os instrumentos de planejamento sucessório já existentes com intuito de oferecer ao titular do patrimônio que seus interesses sejam efetivamente atendidos mesmo após a sua morte.

As restrições impostas à liberdade de testar, conforme verificadas, correspondem em sua maioria, à necessidade de efetivação de outros direitos e princípios constitucionais tão importantes quanto a liberdade. Deste modo, ao que tudo indica, a execução de um planejamento sucessório que efetive a liberdade do titular do patrimônio e que, ao mesmo tempo não desampare ou discrimine os sucessores que têm direito à herança, tem grande chance de ser satisfatório e efetivo, além de atender ambos os interesses: dos sucessores e do sucedido.

⁴²² GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. **La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014, p. 40.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade sofreu com as transformações sociais no decorrer dos anos. Interligada a ela, transformaram-se também as relações familiares e as questões sucessórias, marcada pelas raras exceções de dissolução do vínculo familiar e conjugal. Neste período havia motivos para a perpetuidade da propriedade dentro do seio familiar.

Não é a mesma realidade vivenciada nos dias atuais, cujo panorama é da fragilidade de vínculos familiares, marcada por relacionamentos líquidos e a manutenção de uma legislação sucessória desalinhada com a realidade social.

A autonomia privada grita por ressignificação, a intangibilidade da legítima e a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário engessam ainda mais o direito das sucessões, o que impossibilita o livre exercício da autonomia privada. Há livre possibilidade de, em vida dispor onerosamente do patrimônio, mas após o falecimento há obrigatoriedade de que metade de todos os bens sejam destinados a familiares específicos, denominados herdeiros necessários.

O planejamento sucessório surge em resposta à essa impossibilidade de exercício da autonomia privada e, visando a segurança do dono do patrimônio que consegue prever os efeitos que recairão sobre o seu patrimônio após seu falecimento, com fiel obediência a preceitos legais que possibilitam ainda certa redução da carga tributária. Dentre os instrumentos utilizados para realização do planejamento sucessório estão: o testamento, a doação, a partilha em vida, as previdências privadas, seguro de vida, *trust*, entre outros.

Verifica-se, no entanto, que há alguns direitos fundamentais restringidos, ou ao menos limitados, mesmo com a realização do planejamento sucessório e, para compreender essa relação, analisou-se as teorias das restrições aos direitos fundamentais, as quais se dividem em teoria interna e teoria externa. A teoria interna baseia-se em limitações imanentes, já contidas em um mesmo direito, enquanto a teoria externa divide o direito e suas restrições de modo separado, fazendo-se necessário muitas vezes analisar separadamente os princípios colidentes que norteiam as restrições, por meio do sopesamento e proporcionalidade.

A partir da análise de referidas teorias, percebe-se a legítima e sua intangibilidade como limite imanente do planejamento sucessório, isto porque o mesmo direito que concede a liberdade de testar, já limita seu exercício a metade do

patrimônio caso haja herdeiros necessários. Enquanto a teoria externa pode ser verificada quando se questionam os interesses dos sucessores, com base no direito à herança de um lado, o direito ao patrimônio e à autonomia privada do autor da herança de outro, há princípios a serem sopesados como a solidariedade familiar, proteção à família, igualdade, liberdade.

Nesse sentido, verificou-se que há na doutrina divisão de posicionamentos, daqueles que defendem o direito aos herdeiros de estarem protegidos por meio da legítima e de outros que interpretam a legítima como instituto totalmente arcaico e desnecessário, até prejudicial nos dias atuais. Giselda Hironaka destaca que a manutenção da legítima prejudica não apenas o autor da herança com a impossibilidade de realizar um planejamento sucessório sem limitações ou restrições, mas também aos próprios herdeiros que em alguns casos são estimulados ao ócio. Ana Nevares ressalta a solidariedade familiar e a obrigatoriedade de manutenção do vínculo e dos cuidados (em relação aos herdeiros necessários) após o falecimento do titular do patrimônio, já que referido momento é marcado pela necessidade dos sucessores, em sua maioria das vezes.

Apesar de diferentes posicionamentos, os mesmos se alinham quando se afirma que a legítima poderia ter um ajuste no ordenamento jurídico brasileiro, que seria melhor utilizada quando destinada a casos específicos de vulnerabilidade e possibilitasse maior exercício da liberdade quando inexistentes sucessores vulneráveis.

Outra questão trazida fora a de que o cônjuge na qualidade de herdeiro necessário (e ainda pendente a discussão se o companheiro é ou não considerado por equiparação herdeiro necessário, por força da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil), trouxe mais desacertos e deixou o ordenamento sucessório mais engessado ainda, uma vez que os regimes de bens estabelecidos em vida, não possuem as mesmas consequências quando em morte, justamente em razão do cônjuge ter o privilégio de estar no rol de herdeiros necessários, ao que Marcos Alves da Silva relata que corresponde a herdeiro (des)necessário.

Da mesma forma, ainda que ocorra o reajuste da legítima e a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários – questões já trazidas no projeto de lei que pretende alterar a parte sucessória do Código Civil Brasileiro –, verifica-se em vários casos concretos a interferência do Judiciário nas disposições testamentárias, ainda que em casos específicos de testamento realizado com utilização apenas da parte

disponível: por se entender discriminatório aos demais herdeiros da mesma classe, como por exemplo aos netos e bisnetos que não foram contemplados no testamento. Referida situação fere totalmente a segurança jurídica e, torna desnecessário todo o estudo do planejamento sucessório, uma vez que contraria dispositivos legais e restringe ainda mais uma liberdade já limitada pela legítima.

Portanto, o direito sucessório necessita de ajustes para melhor atender aos interesses da sociedade atual, especialmente no que tange à efetividade na realização de um planejamento sucessório que possibilite a segurança jurídica de sua fiel execução e garanta proteção aos sucessores, sem desrespeitar a liberdade e autonomia privada exercida pelo titular do patrimônio. Ao que se percebe, além da evolução da lei sucessória, é preciso que o Judiciário se alinhe com objetivo de interferir o mínimo possível na manifestação de vontade expressada pelo autor da herança através dos meios de planejamento sucessório.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, São Paulo: Malheiros, 2008; título original *Theorie der Grundrechte*, 627 p.
- ALOY, Antoni Vaquer. Libertad de testar y condiciones testamentarias. InDret: **Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, 2015, fls. 24 (não paginado).
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 714p.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo W. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271-297.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 356 p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, 190 p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BERBERI, Marco Antonio Lima. A arte após a morte do artista: sucessão hereditária e direitos autorais Tese (Doutorado) – UFPR. Curitiba, 2018, 169 p.
- BÔAS, Bruno Villas. Brasileiro casa menos e separa-se mais em 2018. **Valor Econômico – Rio**. Reportagem de 04/12/2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/04/brasileiro-casa-menos-e-separa-se-mais-em-2018-mostra-ibge.ghtml>> Acesso em 08 jan. 2019.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar.2017
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Seminário Nacional de Dimensões**, UNOESC. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>> p. 131-142. Acesso em 18 ago. 2018, p. 134.
- BRASIL, **Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art10in>

BRASIL, **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 8562/2017. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>> Acesso em 18 ago. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento Sucessório e Testamento Digital: A proteção dinâmica do patrimônio virtual. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 141-158

CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 57-105, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456>> Acesso em 10 ago. 2019.

DALL'ASTA, Emanuelen; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Planejamento Sucessório: A vontade além da vida. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n.72, jun./jul.2012, p. 57-73; p. 58.

DELGADO, Mário Luiz. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. **Migalhas**, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>> Acesso em 02 ago. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. Um novo estilo de testar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.8-8, abril 2014.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no Planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 221-246.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 492 p.

ENGELMANN, W.; VON HOHENDORFF, R.; TRINDADE DOS SANTOS, P. J. O caso Riggs vs. Palmer como um “modelo” adequado para decidir sobre os direitos fundamentais no panorama da constitucionalização do direito no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 18, n. 2, p. 321-346, 31 ago. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas**. Curitiba, Educa, Scientia et Labor, 1988.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia de Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 114.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari; TREMARIN JUNIOR, Valter. Reflexões sobre *holding* familiar no planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p.413-433.

FURQUIM, Milton Biagioni. Juiz de Direito de Guaxupé, Minas Gerais, Autos nº 0058435-49, Sentença disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>>. Acesso em 01 jan.2020.

GARCÍA, Teodora F. Torres; RUBIO, María Paz García. **La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones**. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid, 2014.

GAYA, Karyna Saraiva Leão. Planejamento Sucessório: Uma Saudável Preocupação com o Futuro. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 14, n.72, p.57-73, jun./jul.2012.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, 171 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.101, p. 153-167, jan/dez. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 447p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Herdeiros Legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da Liberdade de Testar e proteção dos vulneráveis. In TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, p. 491-501, 2019.

HIRONAKA, Giselda. Planejar é preciso: Planejamento Sucessório para as Novas famílias. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.5-7, abril 2014

IBDFAM. Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 379, v. XXI.

LINS, Regina Navarro. **Novas formas de amar**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>> Acesso em 29 jun. 2019.

LÔBO, Paulo. **Saisine e Liberdade de Testar: A Experiência Brasileira**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>> Acesso em 05 mar. 2019.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2001, 319 p.

MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012.

MADALENO, ROLF. Desconsideração da personalidade jurídica no direito das sucessões. In TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 257-276.

MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Edição 44, abril/maio 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Direito das Famílias: Amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MIRANDA, Pontes De. **Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo III Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 110-111.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral**. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 731 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 6, 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 371 p.

MUCILO, Daniela de Carvalho. O usufruto como instrumento de planejamento sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 295-310

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

NEVARES, Ana Luíza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? In **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, v. 25, p.77-94, jan/fev.2018.

NEVARES, Ana Luíza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 279-294.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003

OLIVA, Milena Donato. Trust. In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 367-382.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. **Revista Consultor Jurídico**, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 1161 p.

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

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de Discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 8, nº18, p. 52-81, jul./set.2014.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.491-507.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, 165p.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Minas Gerais: Virtual Books, 2003.

PORTUGAL, Código Civil 1977. Decreto-Lei n.º 47344. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>> Acesso em 10 fev. 2020.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32010R1259> Último acesso: 30/07/2016.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 458p (versão digital).

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149 (versão digital, não paginado).

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005.

SENADO FEDERAL, **Projeto de Lei nº 3799, de 2019**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>> Acesso em 05 set. 2019.

SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: herdeiro desnecessário. In RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direito Civil Constitucional – **A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 509-525

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

SIMÃO, José Fernando. É possível converter os bens da legítima em dinheiro? In PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice Dias. (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 483-502.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. A sucessão dos direitos autorais: O testamento como instrumento para o exercício da autonomia privada. In MORBINI, Francieli K.; SOBRAL, Luciane (Org.) **As Interfaces dos Direitos Fundamentais: estado, democracia e direitos fundamentais**. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 199-214.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11-53.

STF. RE 878.694, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>> Acesso em 01 mar 2019.

STJ. REsp 2013137-PR [1999/0009548-0], Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900095480&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Último acesso: 01/02/2020.

STJ. REsp nº 992.749-MS. Relatora: Ministra Nancy Angrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=888680&num_registro=200702295979&data=20100205&formato=PDF Último acesso: 27/07/2019.

STJ. AgRg nos EREsp 1472945/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/2015, DJe 29/06/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%C3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019.)

STJ. REsp 1.472.945/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=1472945&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019.)

STJ. REsp 1382170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%C3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019.

STJ, Resp. 1674162-MG, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 16/10/2018.

STJ, REsp 7.879/SP, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Terceira Turma, j. 24/02/1994, DJ 20/06/1994

STJ. REsp 954.567/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SUCCESS%C3O+ADJ+C%D4NJUGE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Último acesso: 27/07/2019.

TARTUCE, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial.** Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/c4ec3-sumula377_afast.docx. Último acesso em 03 de junho de 2016

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções Prévias do Direito das Sucessões: Sociedade, Funcionalização e Planejamento Sucessório. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** Belo Horizonte, Fórum, 2019. p. 23-40.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: pressupostos e limites.** 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz Sentido a Permanência do Princípio da Intangibilidade da Legítima no Ordenamento Jurídico

Brasileiro? *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 125-139.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da colação no Código Civil: Proposta para um diálogo com o Código de Processo Civil. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira; DIAS, Maria Berenice Dias. (Org.). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 327-346.

TJPR, Apelação Cível Autos nº. 0045377-38.2017.8.16.0014, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Anderson Ricardo Fogaça, j. 13.06.2018.

TJSC 2ª Câmara de Direito civil - AI: 40300503420198240000 Blumenau, Relator: Jorge Luis Costa Beber, j. 28/11/2019. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/793469734/agravo-de-instrumento-ai-40300503420198240000-blumenau-4030050-3420198240000/inteiro-teor-793469758?ref=serp>>

VEJA. Gugu Liberato: como foi distribuída no testamento a herança de R\$ 1 bi. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/brasil/gugu-liberato-como-foi-distribuida-no-testamento-a-heranca-de-r-1-bi/>> Acesso em 10 fev. 2020.

VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. Publicado no jornal O Liberal, Belém do Pará. Disponível em <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Último acesso: 27/07/2019.

VELOSO, Zeno. Do testamento particular. *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 453-465.

VELOSO, Zeno. Um novo estilo de testar. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, ed. 10, p.8-9, abril 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003

VIAPIANA, Tábata. Desembargador reduz para US\$ 10 mil pensão da viúva de Gugu. **CONJUR**, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/desembargador-reduz-us-10-mil-pensao-viuva-gugu>>. Acesso em 10 fev. 2020.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? *In* TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 191-203.