



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**EDUARDO ESTRELA GOMES**

**O FIM DA LEGÍTIMA: A APLICAÇÃO DA AFETIVIDADE JURÍDICA NAS  
RELAÇÕES SUCESSÓRIAS**

**JOÃO PESSOA  
2020**

**EDUARDO ESTRELA GOMES**

**O FIM DA LEGÍTIMA: A APLICAÇÃO DA AFETIVIDADE JURÍDICA NAS  
RELAÇÕES SUCESSÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Raquel Moraes de Lima

**JOÃO PESSOA  
2020**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

G633f Gomes, Eduardo Estrela.

O fim da legítima: a aplicação da afetividade jurídica nas relações sucessórias / Eduardo Estrela Gomes. - João Pessoa, 2020.

70 f.

Orientação: Raquel Moraes de Lima.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito das Sucessões. 2. Sucessão Legítima. 3. Afetividade Jurídica. I. Lima, Raquel Moraes de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

**EDUARDO ESTRELA GOMES**

**O FIM DA LEGÍTIMA: A APLICAÇÃO DA AFETIVIDADE JURÍDICA NAS  
RELAÇÕES SUCESSÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Raquel Moraes de Lima

**DATA DA APROVAÇÃO: 4 DE DEZEMBRO DE 2020**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> RAQUEL MORAES DE LIMA  
(ORIENTADORA)**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> MARÍLIA MARQUES RÊGO VILHENA  
(AVALIADORA)**

**Prof. Dr. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS  
(AVALIADOR)**

Dedico este trabalho ao tempo, que a tudo vê e tudo comanda.

## **AGRADECIMENTOS**

Ainda que seja um tradicional clichê, não poderia deixar de agradecer em primeiro lugar aos meus pais, sem os quais eu jamais conseguiria ter chegado até aqui. Como muitas vezes repeti durante a escrita dessa monografia, e inspirado pelas palavras que sempre ouvi quando criança, a maior herança que um pai poderia deixar aos seus filhos é a educação. Jamais conseguirei expressar em palavras a gratidão pelos anos de apoio, de compreensão e principalmente de ensinamentos, que sempre carregarei comigo.

Agradeço, ainda, minha excepcional orientadora, sem a qual esse trabalho provavelmente jamais teria saído da introdução. Professora Raquel, um exemplo de compromisso e vocação para a docência, muito obrigado por todo o suporte durante esses difíceis meses, principalmente pela compreensão e pelas conversas encorajadoras. Nesse mesmo agradecimento embarco os amigos que fiz durante o processo de orientação, que se revelaram grandes companheiros e incentivadores, além dos professores que me acompanharam durante todo o processo de formação, em especial o professor Robson Antão, que me oportunizou conhecer a extensão universitária e os desafios das pessoas com deficiência, a professora Marília Marques, que contribuiu imensamente na minha experiência como monitor, e a professora Giorgia Petrucce, que me fez criar interesse pelo estudo do Direito.

Ato contínuo, não poderia deixar de mencionar os integrantes do grupo que acompanhei durante toda a jornada de graduação: Amanda Lopes, George Germoglio, Giovanna Dias, José Bezerra, Lucas Bernardo, Luiz Carlos, Márcio Timotheo, Maria Luiza, Marília Nunes, Nathália Lins, Sophia Germoglio e Stephany Leitão, meu eterno agradecimento por todas as risadas, brigas e aprendizados; olhando para trás, vejo que com vocês tudo isso ficou mais fácil.

Por falar em amizades, Anna, Lucas, Pedro, André e Fernanda, muito obrigado por me acompanharem durante essa jornada. Chegar em João Pessoa, pouco conhecendo da cidade e das pessoas que aqui encontraria, jamais foi um fardo perto de vocês. Tive a sorte de encontrar em lugares inusitados amizades que carregarei para toda a minha vida. Estendo esse agradecimento aos demais amigos

que aqui conquistei, tendo a certeza de que todos participaram igualmente no meu processo de formação como pessoa e como profissional.

Por último, mas não menos importante, agradeço imensamente à minha família, especialmente meu irmão Heitor Estrela e minhas primas, Carol e Beatriz Estrela, que em muito colaboraram durante essa jornada. Estendo esse agradecimento, ainda, ao meu melhor amigo e companheiro, Moab Pessoa, tendo a certeza de que as palavras que aqui escrevo jamais conseguirão mensurar minha gratidão por todo o apoio que, sem contraprestação, me forneceu.

"O homem esquece mais facilmente a morte do pai do que a perda do patrimônio." (Nicolau Maquiavel)

## RESUMO

O conceito de família não é mais o mesmo. As barreiras intransponíveis de uma legislação engessada e datada acentuam a necessidade da revisão de institutos que remetem aos mais longínquos antepassados jurídicos do ordenamento brasileiro. O Direito das Sucessões, na qualidade de Direito de Família "post mortem", não parece acompanhar as inovações jurídicas proporcionadas pela mudança paradigmática do Direito Civil-Constitucional. A afetividade jurídica surge justamente como um mecanismo de atualização jurisprudencial do Direito de Família, reformando e reestruturando aquilo que se entende por afeto e solidariedade familiar. Na perspectiva das mudanças suportadas na seara familiar, questiona-se acerca da real efetividade dos institutos consagrados no Direito das Sucessões, a exemplo da sucessão legítima. A legítima, atualmente, constitui-se enquanto uma garantia imutável, que favorece as relações biológicas, matrimoniais e registrais em detrimento dos vínculos afetivos, salvaguardando o acervo patrimonial do "de cuius" aos parentes coroados como necessários. O grave tolhimento à garantia fundamental de livre disposição dos bens, além da ingerência provocada na organização familiar, não encontra qualquer respaldo ou fundamento jurídico relevante, apontando a legítima enquanto uma imposição que, não mais suprimindo os anseios sociais e a complexidade familiar, é totalmente inócua. A substituição de um importante instituto, que não só provocaria mudanças significativas no Direito Sucessório, como também na própria visão de família e de solidariedade familiar, deve ser acompanhada de um pormenorizado estudo das consequências jurídico-sociais de sua extinção, além da proposição de um modelo que se apresente, conquanto justo, também viável. Dessa forma, o objetivo do presente trabalho monográfico é apresentar, qualitativamente, os pontos de reforma necessários à substituição da sucessão legítima, além de delimitar um novo modelo capaz de suprir o emergente anseio social. Para tanto, foi feito o uso do método de abordagem hipotético-dedutivo, vez que partiu-se de um problema (necessidade de atualização do Direito das Sucessões), oferecendo uma solução provisória (afetividade jurídica), passando por uma série de críticas e testagens para eliminar os erros da conjectura inicial, tal como na dialética. Como técnicas de pesquisa

utilizou-se a bibliográfica, através da análise da doutrina especializada, como também a documental, pelo estudo da jurisprudência nacional e internacional. Por fim, concluiu-se que a aplicação da afetividade jurídica, ainda que encontre robustos obstáculos em sua efetivação, se revela como uma solução extremamente eficiente à defasagem do Direito das Sucessões, já sendo utilizada enquanto substituta ao datado modelo de vocação hereditária previsto na legislação nacional. O fim da legítima é uma realidade evidente, vez que não mais reflete a realidade social e as complexas configurações familiares modernas.

**Palavras-chave:** Direito das Sucessões. Sucessão Legítima. Afetividade Jurídica.

## ABSTRACT

The concept of family is no longer the same. The insurmountable barriers of a cast and dated legislation accentuate the need to revise institutes that refer to the most distant legal ancestors of the Brazilian system. Succession Law, as "post mortem" Family Law, does not seem to accompany the legal innovations brought about by the paradigmatic change in Civil-Constitutional Law. Legal affectivity arises precisely as a mechanism for updating the jurisprudence of Family Law, reforming and restructuring what is meant by family affection and solidarity. In view of the changes supported in the family sector, questions are raised about the real effectiveness of the institutes enshrined in Succession Law, such as legitimate succession. Legitimate, today, constitutes itself as an immutable guarantee, which favors biological, matrimonial and registration relations to the detriment of affective bonds, safeguarding the patrimonial collection of "de cuius" to crowned relatives as necessary. The serious hindrance to the fundamental guarantee of free disposal of assets, in addition to the interference caused in the family organization, do not find any support or relevant legal basis, pointing to the legitimate as an imposition that, no longer meeting social concerns and family complexity, is totally innocuous. The replacement of an important institute, which would not only cause significant changes in Succession Law, but also in the family and family solidarity vision itself, must be accompanied by a detailed study of the legal and social consequences of its extinction, in addition to the proposition of a model that presents itself, while fair, also viable. Thus, the objective of the present monographic work is to present, qualitatively, the reform points necessary to replace legitimate succession, in addition to delimiting a new model capable of meeting the emerging social yearning. For that, the hypothetical-deductive approach was used, since it started with a problem (need to update the Succession Law), offering a provisional solution (legal affectivity), going through a series of criticisms and tests to eliminate the errors of the initial conjecture, as in dialectics. As research techniques, the bibliography was used, through the analysis of specialized doctrine, and also the documental, by the study of national and international jurisprudence. Finally, it was concluded that the application of legal affectivity, even though it encounters robust application obstacles, proves to be an

extremely efficient solution to the gap in Succession Law, already being used as a substitute for the dated model of hereditary vocation provided for the national legislation. The end of the legitimate is an evident reality, since it no longer reflects the social reality and the complex modern family configurations.

**Keywords:** Succession Law. Legitimate Succession. Legal Affectivity.

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
2	<b>RELAÇÕES SUCESSÓRIAS</b> .....	15
2.1	CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA: PROPRIEDADE PRIVADA, ESTADO E SUCESSÃO .....	15
2.2	SUCESSÃO E HERANÇA: DISTINÇÕES ETIMOLÓGICAS ENTRE DIREITO DAS SUCESSÕES E DIREITO HEREDITÁRIO .....	20
2.3	A SUCESSÃO LEGÍTIMA .....	23
2.3.1	<b>Incompatibilidade da legítima com a complexidade social contemporânea</b> .....	27
2.3.2	<b>Liberdade de testar: reflexões acerca da autonomia da vontade do "de cujus"</b> .....	31
3	<b>AFETIVIDADE JURÍDICA</b> .....	34
3.1	PRINCÍPIO OU VALOR JURÍDICO? .....	34
3.2	CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA: O MOISACO DE ENTIDADES FAMILIARES.....	38
3.3	AMOR, AFETO E SOCIOAFETIVIDADE .....	43
4	<b>APLICAÇÃO DA AFETIVIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS</b> .....	46
4.1	VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E AFETIVIDADE JURÍDICA .....	46
4.1.1	<b>O fim da legítima</b> .....	51
4.2	BARREIRAS LEGAIS E A LEGE FERENDA .....	55
4.2.1	<b>O direito constitucional à herança: garantia ou conservadorismo?</b> .....	55
4.2.2	<b>Lege ferenda: mudanças necessárias ao reconhecimento da afetividade jurídica no Direito das Sucessões</b> .....	58
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	61
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## 1 INTRODUÇÃO

O fim da legítima. Uma simples oração, que poderia facilmente ser finalizada com um ponto de interrogação, tendo em vista o complexo caminho a ser trilhado na direção da superação de um instituto que remonta aos mais caros antepassados jurídicos do ordenamento brasileiro. A sucessão legítima, que se manifesta através da legítima, propala o *animus* do legislador em festejar a família biologizada, matrimonial e registral; revela ainda uma duvidosa supressão às garantias que se propõe a defender: a propriedade privada, através da livre disposições dos bens, e à entidade familiar, que embora engessada pelo Direito, não encontra limites na legislação, se revelando muito mais complexa e divergente daquilo que o legislador abarcou na redação do Código Civil de 2002.

Qualquer ordenamento jurídico que tenha a pretensão de abarcar a realidade fática de milhões de jurisdicionados restará frustrado, vez que, ainda que consiga liquidar os anseios sociais durante um determinado período, jamais terá êxito em antecipar as grosseiras mudanças típicas da vida em sociedade. Nesse sentido, releva-se extremamente necessária uma revisão sistemática da legislação, realizada não só pelo Poder Legislativo, mas como também pelos próprios intérpretes do Direito. A superação de antigos paradigmas, que não mais refletem o atual modelo de sociedade e de moralidade, encontra robusto amparo na doutrina (peça *avant garde*) e na jurisprudência (peça reformadora), revelando mudanças que permeiam diversos campos do Direito, a exemplo do Direito de Família.

A doutrina costuma conceituar o Direito das Sucessões como um Direito de Família *post mortem*, ainda que sejam tratados como ramos indiscutivelmente heterônomos. Como definir sucessão sem que se defina família? Primordialmente, a sucessão nasce como um ato litúrgico de continuidade do legado do *de cuius*, compreendendo como suceder o ato da prole tomar o lugar de seu genitor. O conceito de família, à época da criação da sucessão, configurado pelo vínculo biológico entre pai e filho e pelo culto ao *animus domini* patriarcal, não mais se assemelha com o conceito de família hoje vivenciado pela sociedade. Esse reconhecimento paulatinamente ganhou espaço no Direito de Família, em especial pela pressão social e pelos desafios na aplicação de normas que não pareciam se encaixar com os novos modelos e configurações familiares.

O Direito das Sucessões estacionou, enquanto o Direito de Família ganhou novas e complexas nuances diante da necessidade de modificação paradigmática daquilo que se entendia por família. A afetividade jurídica, construção teórica que se prestou, sobremaneira, a preencher uma extensa lacuna deixada pelo legislador, surge para dirimir conflitos muito além daquilo que o ordenamento era capaz de abarcar, nascendo justamente da tensão entre a realidade social e um conjunto normativo extremamente desatualizado.

Na mesma via em que o Direito de Família era frequentemente inovado pela jurisprudência, com o reconhecimento da multiparentalidade e anaparentalidade, da união homoafetiva, das indenizações por abandono afetivo, dos vínculos familiares por afetividade e até mesmo de diversos julgados que concediam o direito de habitação e de sucessão aos companheiros em detrimento de cônjuges separados, o Direito das Sucessões – em especial a ordem de vocação hereditária – não alcançou esses novos patamares. Tendo como últimas mudanças paradigmáticas a Constituição Federal de 1988, com a equiparação dos filhos concebidos dentro e fora do matrimônio, e o importante julgado do STJ que reconheceu a equiparação sucessória entre cônjuges e companheiros, o ordenamento sucessório apresentou enorme incoerência ao novo modelo civil-constitucional.

O mais questionado instituto sucessório, como denuncia o próprio título do presente trabalho, é a sucessão legítima, propalada pela ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil. A sucessão legítima apresenta duas faces: taxativa, quando define a exata ordem preferencial de sucessão, e a impositiva, quando reserva obrigatoriamente uma parte do acervo patrimonial do *de cuius* aos herdeiros que declara como legitimados. Ambas as faces são inócuas.

Em sua faceta taxativa, procura supor a vontade do *de cuius*, se substituindo a ele na disposição de seus bens. Instaura que os bens, por vontade presumida, deverão ser deixados ao conjunto de familiares que a legislação julga como merecedores, ou ainda, próximos ao falecido. Mesmo quando por expressa autonomia privada, insurgindo-se contra a ordem em lei estabelecida, o *de cuius* deixa testamento, a sucessão legítima encontra nova forma de tolher sua vontade: estabelece, através da segunda faceta, a impositiva, a penalidade de que não poderá dispor de metade dos bens que conquistou em vida.

Entre os muitos questionamentos que lançam bases ao presente trabalho, o principal deles, e portanto, o problema a ser analisado durante seu decurso, é de como substituir um instituto que transpassa a linha do tempo, refletindo uma garantia familiar inata, que se manifesta no abandono dos pais pelos filhos, ou dos filhos pelos pais, ou até mesmo entre cônjuges, sendo amparado pela certeza de que estarão resguardados por uma robusta parcela do acervo patrimonial deixado pelo *de cuius*, simplesmente por força de uma imposição legal que não mais encontra respaldo nos valores morais e sociais modernos.

Nesta senda, pretende-se encontrar um novo modelo de sucessão, capaz de substituir a sucessão legítima de maneira eficiente, levando em consideração os desafios na proposição de uma nova realidade social, vez que alterar o Direito das Sucessões sem um prévio debate sociológico encontra barreira intransponível numa cultura solidificada desde os primórdios da cultura jurídica. Partindo do pressuposto de que os desafios enfrentados no campo do Direito de Família, correlato ao Direito Sucessório, foram facilmente sanados com a elevação de uma norma *prima facie*, o princípio da afetividade, ao status de paradigma normativo, aplicar-se-á a mesma lógica ao ramo das sucessões, buscando mensurar não só as limitações da afetividade jurídica neste campo, como também sua superioridade ao *status quo*.

Com o claro objetivo de estabelecer um liame entre a afetividade jurídica e o Direito das Sucessões, o método utilizado será o hipotético-dedutivo, vez que a conjectura criada em torno do princípio da afetividade baseia-se na hipótese de que a sucessão legítima possa ser substituída pelo novo paradigma civil-constitucional, assim como ocorreu e ocorre no Direito de Família. A aplicação da afetividade jurídica no campo do Direito Sucessório nasce de uma problematização, que ao ser analisada e observada diante das mudanças sociais e jurisprudenciais, lança bases à hipótese apresentada, a ser testada durante o transcrever do presente trabalho, com o objetivo de alcançar uma resposta satisfatória ao problemático conjunto de normas do Direito das Sucessões do Brasil.

Como mecanismos de obtenção dos conteúdos necessários ao deslinde da pesquisa, utilizar-se-ão as técnicas bibliográfica, em especial os tomos doutrinários de Direito Civil e os artigos científicos que tencionam a reforma da legítima, e documental, analisando os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no campo do Direito de Família e Direito das Sucessões.

Para alcançar sua finalidade, o presente trabalho monográfico encontra-se estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo trará a conceituação de sucessão, herança e legítima, termos fundamentais para a compreensão dos institutos desatualizados do Direito Sucessório, bem como será proposta uma distinção etimológica entre Direito das Sucessões e Direito Hereditário, tendo em vista o peso lexical do termo "hereditário", que em muito se associa ao atual modelo preceituado pela ordem de vocação hereditária. Por conseguinte, tendo destrinchado as conceituações e perspectivas históricas, será demonstrada a inconformidade da legítima com os complexos modelos de família da modernidade, bem como as críticas doutrinárias ao instituto e à restrição ao livre direito de testar.

No segundo capítulo, ainda delimitando os termos relevantes e erguendo pontes necessárias ao alcance do objetivo perseguido, revelar-se-á a construção teórica do conceito de afetividade, bem como a discussão a respeito de sua natureza jurídica: princípio ou valor. Ato contínuo, uma curta perspectiva histórica pretende demonstrar a aplicação desse importante paradigma nas mudanças do Direito de Família, bem como, ainda que se revele uma tarefa extremamente complexa, delimitar superficialmente o alcance da afetividade jurídica. Por fim, tendo em vista o recente reconhecimento da socioafetividade enquanto valor jurídico, será evidenciada a distinção entre amor, afeto e socioafetividade.

No último capítulo, que procura unir os conceitos do Direito das Sucessões, como o direito à herança e a legítima, e os conceitos do Direito de Família, como a afetividade jurídica e a socioafetividade, será proposto um novo modelo de sucessão, pautado na solidariedade familiar e na autonomia privada, levando em consideração as limitações e peculiaridades de cada modelo familiar. Nesse ponto, evidencia-se que ao legislador não incumbe a tarefa de delimitar o conceito de família ou de sucessão, mas tão somente de regulamentá-lo, sob o gravoso risco de exercer sobre o jurisdicionado uma perigosa discriminação normativa.

Encerrada a investigação, pretende-se encontrar a resposta final ao questionamento (ou afirmação) contida nas primeiras linhas do presente introito. A adoção de um novo modelo sucessório não necessariamente será capaz de responder aos problemas e anseios da população, mas claramente fará cessar a injusta destinação dos bens do *de cuius*, amparada por uma ordem de vocação hereditária que presume, de maneira falha, seus vínculos afetivos. Estabelecido um

parâmetro de mudança, sendo ele a afetividade jurídica ou não, ainda subsiste um questionamento, com o qual foi iniciado o presente trabalho. O fim da legítima?

## 2 RELAÇÕES SUCESSÓRIAS

Morte, substantivo feminino cuja definição lexical corresponde à cessação completa da vida e/ou da existência. Nos dizeres populares, "Para morrer, basta estar vivo"<sup>1</sup>. Embora ainda seja considerada socialmente um tabu, em especial pelo caráter irreversível e irremediável, a máxima que afirma que a morte tudo apaga, *mors omnia solvit*, não se aplica ao Direito.

Na realidade, diversos institutos do Direito Civil (brasileiro e internacional) versam justamente sobre a tutela de bens jurídicos *post mortem*: o corpo morto, a memória do *de cuius*, e, especialmente, seu acervo patrimonial, razão pela qual se instaura a relação sucessória. Sob o prisma legal, a morte, *lato sensu*, é um fenômeno jurídico apto a gerar repercussões na esfera normativa.

Neste capítulo, pretende-se esmiuçar o conceito e o histórico das sucessões e do Direito Sucessório (ou seria hereditário?), as intempéries da existência da sucessão legítima, e, não obstante, demonstrar a incompatibilidade deste instituto com as complexas mudanças sociais contemporâneas.

### 2.1 CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA: PROPRIEDADE PRIVADA, ESTADO E SUCESSÃO

No encaço da mais especializada doutrina, faz-se mister, de pronto, buscar a definição de sucessão e de Direito Sucessório. Em seu tomo dedicado ao Direito das Sucessões, Tartuce (2020, p. 21) preleciona que sucessão significa transmissão, o que pode decorrer de ato *inter vivos* ou *mortis causa*. A transmissão que interessa ao Direito Sucessório, e, conseqüentemente, ao presente trabalho, é a que opera *mortis causa*, ou seja, a que decorre da morte natural do indivíduo, uma vez que o sistema jurídico brasileiro não conhece o instituto da "morte civil".

Seguindo as lições de Tartuce (2020), "a palavra sucessão não é específica do direito hereditário [...] Quando a sucessão opera entre pessoas vivas chama-se *inter vivos*, que será sempre a título singular, como ocorre na cessão de crédito e na transferência de bens". Ante o exposto, não há qualquer divergência acerca do

---

<sup>1</sup>Ditado popular, autor desconhecido.

objeto do Direito Sucessório, tendo em vista que a transmissão *inter vivos* cabe à diferentes ramos do Direito, como o das obrigações.

É preciso lembrar que a ideia de suceder significa "substituir", ou seja, "tomar o lugar". E suceder patrimonialmente é assumir o lugar que, outrora, era daquele que não convive entre nós. Logo, sendo a morte a única certeza da vida, toda vez que alguém, que possua algum bem como próprio, vem a falecer, há de se descobrir quem seria o novo titular da coisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 46).

Nesse sentido, a sucessão que importa ao Direito Sucessório, não obstante ser *mortis causa*, também possui como fito a manutenção da propriedade privada, buscando novo titular ao bem deixado. O ato de suceder, não obstante ser intrínseco à cultura familiar e à liturgia religiosa, perpetua o patrimônio enquanto cerne das relações biológicas, vez que os bens adquiridos em vida devem, sobremaneira, constituir o núcleo do "rito de passagem". Não se sucedem as honras e méritos, mas tão somente os bens, que, na perspectiva do capitalismo e da meritocracia, são estritamente relacionados com os primeiros.

A propriedade privada, enquanto fundamento e garantia de inúmeros sistemas jurídicos, é um instituto "umbilicalmente conectado, senão simbiótico" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 41) com o Direito Sucessório. A sucessão, nesse caso, é uma projeção *post mortem* da propriedade privada.

A Constituição Federal<sup>2</sup>, em seu artigo 5º, disciplina como direitos fundamentais a propriedade privada e o direito à herança, evidenciando ainda mais o respaldo normativo da afirmação anterior. Dessa forma, não é possível se falar em sucessão e Direito Sucessório numa sociedade onde a propriedade privada não seja um princípio norteador, visto que não seria concebível a sucessão de bens cuja titularidade fosse coletiva.

Diante do exposto, é possível delimitar o conceito de sucessão dentro do Direito Sucessório: trata-se de transmissão necessariamente *mortis causa*, com o intuito de buscar o novo titular dos bens deixados pelo *de cuius*, sob a primazia da propriedade privada e de sua manutenção, por novo titular. O conceito de sucessão,

---

<sup>2</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]XXII - é garantido o direito de propriedade;[...]XXX - é garantido o direito de herança."

ainda que amplo, não abrange a etimologia do Direito Sucessório, *strictu sensu*, enquanto ramo específico do Direito Civil que tutela as relações de sucessão.

Tartuce (2020, p. 23) define o Direito das Sucessões como "o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido".

Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 40) compreendem o Direito das Sucessões como "o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte. É justamente a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil". Já Paulo Lôbo (2020, p. 15) define o Direito das Sucessões como "ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade".

Relevantes são os apontamentos traçados pela doutrina especializada, em especial a reflexão de Tartuce (2020) acerca da presunção da vontade do falecido, quando da inexistência de sua disposição de última vontade; Gagliano e Pamplona (2019) também fomentam o debate ao revelar o verdadeiro foco do Direito das Sucessões, que é justamente a modificação da titularidade de bens; por conseguinte, Lôbo (2020) adiciona o termo "valores" em sua definição, revelando um caráter familiar à relação sucessória, de continuidade e perpetuação da família.

A concepção de família, que será melhor abordada capítulo subsequente, encontra respaldo no Direito Sucessório, e vice-versa. A continuidade do núcleo familiar é simbiote à sucessão, visto que uma justifica a existência da outra, conforme se demonstrará na análise histórica que segue.

Conforme pondera Pereira (2019), a sucessão sequer era cogitado no Direito. A inexistência da propriedade privada não criava margem à sucessão, visto que a morte não alterava o status jurídico do patrimônio coletivo. O surgimento da sucessão é correlato ao surgimento do caráter privado da propriedade.

Com o caráter *familiae* da propriedade, desenvolveu-se a ideia de continuação (sucessão) do novo chefe do grupo nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto. A ideia de sucessão somente veio a ganhar corpo com a propriedade individual. E é necessariamente correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios, e lhe oferecesse o banquete fúnebre (PEREIRA, 2019, p. 12).

O autor prossegue, demonstrando que a sucessão, antes de possuir o viés econômico contemporâneo, tinha como fundamento a religiosidade. "Os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como meio de continuar na descendência a religião dos antepassados" (PEREIRA, 2019, p. 12).

A cultura da sucessão, conforme pontuam Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 46), "trata-se de uma cultura de tempos imemoriais, que apenas foi modificada (e, sem dúvida, profundamente aperfeiçoada) com o decurso da areia da ampulheta da vida". A sucessão ganha, sobretudo, um caráter de continuação da vida (que sugere uma continuidade patrimonial), passando do viés religioso ao econômico.

E esta "apropriação" poder-se-ia dar, na barbárie, pela força de quem mata o antigo titular ou, na tradição de uma cultura civilizada, em favor de quem "continua a obra do falecido", pelos laços de família (herança legítima) ou pela própria indicação de quem já se foi, mediante um testamento. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 46).

Nas palavras de Pereira (2019, p. 13), "O desejo de segurança inspira a acumulação de haveres; a proteção da prole sugere a sua transmissão". Dessa forma, paulatinamente o instituto da sucessão e, conseqüentemente, o Direito das Sucessões, ganhou força e novas nuances.

Na Roma Antiga, como pontuam Gagliano e Pamplona Filho (2019), a sucessão variava em função dos herdeiros: os responsáveis pela manutenção do culto eram necessariamente obrigados a adquirir os bens e responsabilidades deixadas, enquanto os demais poderiam praticar o ato da *additio*<sup>3</sup>, caso desejassem adquirir os bens deixados. Outrossim, na Idade Média, a primazia da propriedade e a relevância das relações senhor-suserano moldaram a sucessão, tornando-a uma

---

<sup>3</sup>O ato de aceitar ou declinar a percepção dos bens herdados, prática que não coexiste no ordenamento jurídico brasileiro face à adoção do modelo da *saisine*.

"renovação de votos", apta a perpetuar a subordinação do detentor da terra em função de seu senhor. O preceito de continuidade familiar ganha uma nova nuance, baseada na continuidade das obrigações de uma família em relação ao soberano (outrora, o senhor feudal; atualmente, o Estado).

Um grande marco no Direito Sucessório, servindo como paradigma, na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2019), foi o *Droit de Saisine*, característica que atravessou a modernidade e chegou aos tempos contemporâneos. Nas palavras de Lôbo (2014, p. 5), "o *droit de saisine*, ou simplesmente *saisine*, opera por força de lei, relativizando o efeito da aceitação posterior". Diferente da tradição romana, onde a sucessão restava prejudicada até o momento da aceitação, na experiência da *saisine*, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>4</sup>, a aceitação é automática.

No Direito contemporâneo, a propriedade, agora individual, possui o fito de dar segurança os membros do grupo familiar, não através do pertencimento, mas pela garantia de sua extensão numa eventual sucessão, patronado pelo princípio da solidariedade. "Visa, então, à transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária" (PEREIRA, 2019, p. 14).

No curso destas Instituições já tivemos ensejo de assinalar o influxo que as tendências sociais, políticas e econômicas de um povo, em cada época, se faz sentir no seu direito de família e no seu direito de propriedade. As mesmas influências notam-se no das sucessões, que, por disciplinar a transmissão dos bens na órbita familiar, recebeu a sintética e feliz caracterização que lhe deu Lacerda de Almeida, de "regime da propriedade na família". (PEREIRA, 2019, p. 13).

Como se demonstrou no sintético panorama histórico apresentado, família, Estado (em suas diferentes formas, o termo aqui utilizado de forma atécnica) e propriedade privada moldaram e continuam moldando as relações sucessórias. O ponto central, e motivo da robusta explanação *supra*, repousa na experiência de sucessão, histórica e jurídica. O Direito das Sucessões, muitas vezes, acaba sendo chamado de "Direito Hereditário", termo que não corresponde completamente ao seu

---

<sup>4</sup>O modelo da *saisine* é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pela leitura do Código Civil de 2002: "Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

verdadeiro significado. Hereditário, via de regra, denota uma continuidade familiar (e aqui se enquadra a família basilar clássica, moldada pelo curso histórico), uma hereditariedade centrada na descendência biológica, e não social.

A transmissão *mortis causa*, como se define o termo "sucessão", não necessariamente deriva de uma relação hereditária. A continuidade de bens, de projeto familiar ou empresarial, não necessariamente possui um vínculo biológico. Sobre o tema, Rolf Madaleno (2020) inicia uma importante reflexão acerca da sucessão em sociedades empresárias. O autor aponta que nem sempre os interesses do *de cuius* e da sociedade empresária estarão alinhados com o dos sucessores legítimos (herdeiros), minando uma antiga justificativa que sustenta a "sucessão hereditária", que seria a continuidade.

No intuito de esclarecer essa problemática, analisar-se-á de forma mais aprofundada as distinções entre herança e sucessão e, conseqüentemente, propor uma diferenciação entre os termos Direito das Sucessões e Direito Hereditário, reiteradamente usados como sinônimos em boa parte da doutrina especializada, algo que não parece adequado. Outrossim, na perspectiva histórica, resta evidente um descompasso entre os termos, que merece correção não só no viés doutrinário, mas também no *animus* normativo dos legisladores.

## 2.2 SUCESSÃO E HERANÇA: DISTINÇÕES ETIMOLÓGICAS ENTRE DIREITO DAS SUCESSÕES E DIREITO HEREDITÁRIO

Antes do aprofundamento na discussão acerca da distinção etimológica entre Direito das Sucessões e Direito Hereditário, é salutar que se traga à baila o entendimento de Madaleno (2020), que salienta que sucessão e herança não são termos sinônimos. No seu viés objetivo, herança é o patrimônio do *de cuius*, que em nada se confunde com o acervo hereditário. Essa distinção decorre da possibilidade de que o acervo hereditário deixado seja formado apenas por passivos, tornando-o insuscetível de divisão igualitária, algo como uma universalidade de direito. Noutra senda, quando o termo sucessão é empregado em seu sentido subjetivo, aí sim poderá ser tido como sinônimo de herança, vez que fará expressa referência ao direito de suceder, representando a massa de bens e encargos.

Ao definir herança, Madaleno (2020, p. 255) preleciona que "é o patrimônio deixado pelo sucedido, representado por um conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa que faleceu, tornando-se com o seu óbito autor de uma herança que será transmitida para seus herdeiros".

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona (2019, p. 48) definem herança como, sinteticamente, "o patrimônio deixado pelo falecido", sendo o patrimônio "a representação econômica da pessoa". Os autores ainda salientam que o patrimônio inclui também os bens incorpóreos e toda a gama de relações jurídicas transmissíveis, como os direitos e obrigações de crédito, por exemplo.

Os termos tidos como sinônimos, na realidade, apenas ganham o mesmo significado quando da "abertura da sucessão"; o patrimônio finalmente se torna herança, em razão das normativas que integram a esfera jurídica das sucessões. No Direito brasileiro, conforme se demonstrará, a sucessão é automática, em obediência ao que dispõe o art. 1.784 do Código Civil<sup>5</sup>, dispondo que, aberta a sucessão, transfere-se o patrimônio de logo para os seus herdeiros.

Nesse sentido, o Direito das Sucessões brasileiro, nesse sentido, é um Direito Hereditário. A herança, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é a transmissão (sucessão) do patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros legítimos, obedecida a ordem de vocação hereditária.

Por conta disso, a sucessão causa mortis se dá por direito próprio quando o chamado à sucessão é o herdeiro mais próximo em grau de parentesco, conforme a ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil, ou por representação, se com aquele herdeiro mais próximo também concorrem herdeiros de grau de parentesco mais distante, como seria a herança do pai dos primeiros e avô dos últimos, que se fazem representar na herança pela premissão de seu próprio genitor, igualmente filho do sucedido. (MADALENO, 2020, p. 258).

Não obstante, coexiste no ordenamento jurídico brasileiro outra forma de sucessão, a sucessão testamentária. Nos ensinamentos de Tartuce (2020, p. 31) "a sucessão testamentária tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da

---

<sup>5</sup>Código Civil Brasileiro de 2002. "Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários."

autonomia privada do autor da herança". No entanto, frise-se que o autor assevera que, no Brasil, não há uma tradição testamentária, em razão da primazia da legítima.

Didaticamente, percebe-se a existência de dois modelos que coexistem (ainda que um tendo maior relevância que o outro). Enquanto a sucessão legítima decorre de lei e busca presumir a vontade do *de cujus* ao enunciar uma ordem de vocação hereditária, a sucessão testamentária decorre de um ato voluntário, persistindo em função da autonomia da vontade do falecido.

O ordenamento jurídico brasileiro, como adiantado nos parágrafos *supra*, decidiu privilegiar a sucessão legítima, vez que, ainda que tenha deixado testamento, o falecido não poderá dispor da integralidade de seus bens (o instituto da legítima será destrinchado em tópico posterior). Tartuce (2020, p. 9) salienta que "o nosso direito se afasta do direito romano, que não admitia a coexistência das duas espécies de sucessão", e também aponta que caso o testador nomeasse um herdeiro para metade de seus bens, a outra metade não caberia aos herdeiros legítimos, e sim ao herdeiro testamentado.

A decisão do legislador brasileiro em instituir um modelo híbrido de sucessão, admitindo tanto a sucessão legítima quanto a sucessão testamentária, é, *per si*, uma inovação jurídica. O problema, em verdade, reside na predileção de um modelo em detrimento do outro, tornando a sucessão testamentária pouco coerente com o cerne de seu significado: a autonomia da vontade do *de cujus*.

Nesta senda, o art. 1.788 do Código Civil, caso o testamento venha a caducar<sup>6</sup> ou seja julgado nulo, a sucessão testamentária será substituída pela sucessão legítima. Tartuce (2020) assevera que o dispositivo anteriormente mencionado é criticado por grande parte da doutrina, em função de não fazer menção à nulidade relativa e ao fenômeno da ruptura do testamento; destarte, esse ponto demonstra mais uma vez a predileção de um instituto em detrimento do outro, tornando a sucessão legítima majoritária.

A sucessão legítima, ao seguir a vocação hereditária estabelecida por lei, privilegia incontestavelmente os indivíduos que possuem vínculos biológicos com o *de cujus*, posicionamento que vem encontrando renovação com o reconhecimento

---

<sup>6</sup>O testamento restará inutilizado, em função de sua caducidade, quando não for capaz de produzir seus efeitos legais em detrimento de fato superveniente (independe da vontade do testador), onde o herdeiro instituído por testamento reste impedido de receber a herança, ou o legado fique sem objeto.

da legitimidade de sucessão dos companheiros e filhos socioafetivos<sup>7</sup>. Nesse ponto, devemos nos concentrar na distinção (dada a devida vênua aos brilhantes doutrinadores suscitados durante a explanação que não concordam com a diferenciação) entre Direito das Sucessões e Direito Hereditário.

Lexicalmente, hereditário possui um significado de transmissão dos ascendentes aos descendentes, como, por exemplo, uma doença hereditária que é transmitida pelas gerações de uma determinada família, e/ou uma característica física hereditária que perdura, ou até mesmo pula, gerações completas.

O conceito de sucessão, como até então apontado, não necessariamente deverá advir de uma relação hereditária. Isto posto, ressalta-se que o Direito das Sucessões tem evoluído, inclusive com legislações internacionais extremamente atualizadas, no sentido de apresentar uma sucessão baseada na autonomia da vontade do *de cuius*, privilegiando as relações de afetividade em detrimento das relações consanguíneas, tão caras ao ordenamento jurídico atual.

Em suma, quando o termo "Direito Hereditário" é utilizado no sentido de fazer referência ao vínculo biológico existente entre as partes, é atécnico, pois não reflete as mudanças contemporâneas que reconhecem o vínculo socioafetivo como parâmetro de legitimidade para que o indivíduo se configure entre os herdeiros. No entanto, quando o termo "hereditário" é utilizado para fazer referência à herança, como uma transmissão (sucessão), apresenta uma melhor significação, ainda que a nomenclatura "Direito das Sucessões" traduza melhor esse instituto.

Mesmo com a apresentação dessa alternativa na nomenclatura, é evidente que o Direito das Sucessões brasileiro ainda privilegia a sucessão legítima, que corrobora com um modelo voltado à hereditariedade. Para melhor compreender as implicações dessa afirmação, merece importante destaque o estudo aprofundado do instituto da sucessão legítima, tal qual suas implicações normativas.

### 2.3 A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Numa perspectiva histórica, a sucessão legítima remonta à codificações milenares, existindo relatos de disposições sobre herança e deserdação até mesmo

---

<sup>7</sup>A explanação acerca da socioafetividade e suas inovações jurídicas será realizada em tópico próprio.

no Código de Hamurabi, datado de 2000 a.C (MADALENO, 2020). No encaixe da tradição jurídica brasileira, com enorme influência do Direito Romano, encontra-se nesse sistema a existência de diversos institutos que perpetuam na contemporaneidade, como a própria distinção de sucessão legítima (*ab intestado*) e sucessão testamentária (*testatio mentis*, testemunho da vontade). O nascimento da vocação hereditária também encontra raízes nas codificações romanas, assim como os princípios norteadores do Direito Sucessório: continuidade da família, perpetuação do legado *de cuius*, proteção consanguínea, dentre outros.

Ainda fazendo referência ao importante antepassado jurídico do ordenamento brasileiro, Madaleno (2020) pontua que no Direito Romano os herdeiros eram *sui iuris*, pois se faziam herdeiros por direito próprio, vez que a sucessão era concretizada pelo nascimento (filiação biológica), e não pelo falecimento. Com a morte do *de cuius*, os herdeiros adquiriam propriedade daquilo que já possuíam, potencialmente, durante a vida de seus primogênitos.

Na tradição romana primordial, a sucessão legítima e a sucessão testamentária não poderiam coexistir, vez que a última só poderia se concretizar diante da inexistência de herdeiros necessários. No entanto, essa restrição não perdura aos dias atuais, vez que, como anteriormente pontuado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a coexistência da sucessão legítima e da sucessão testamentária (nos limites da parcela destinada aos herdeiros legítimos). Em relação à cultura jurídica romana, essa proibição de coexistência evidencia uma grande preocupação em assegurar a perpetuação do rito familiar, o culto dos antepassados e a propriedade familiar coletiva, sendo esta última a origem da legítima hereditária.

Os testamentos eram realizados, em conformidade com a Lei das Doze Tábuas, perante comícios formados por romanos, e tratava-se justamente da adoção de um herdeiro para dar continuidade ao rito familiar. Dessa forma, "predominava entre os autores a teoria de que a sucessão hereditária romana era um sistema de transmissão *mortis causa*, a título universal, e o herdeiro não precisava ser designado em testamento" (MADALENO, 2020, p. 259).

Com a chegada da tradição jurídica romana tardia, alguns eventos passaram a criar novas nuances à sucessão legítima, em especial as Novelas 118 e 127 do imperador Justiniano, que sistematizou a sucessão legítima baseada unicamente no parentesco natural ou consanguíneo. A verdadeira mudança surgiu na segunda

metade do Império Romano, como pontua Lôbo (2020), onde a sucessão testamentária passou a se tornar preferencial<sup>8</sup>, o que deu ensejo à limitação da liberdade testamentária, que perdurou até os dias de hoje.

Outro importante paradigma na perspectiva histórica da sucessão legítima é emprestado pela tradição germânica, como a mera expectativa de sucessão (já que os povos germânicos não cultuavam a entidade familiar na proporção romana) e não mais a existência de herdeiros *sui iuris*. Não obstante, num primeiro momento, a sucessão legítima era a única possível, em virtude da restrita transmissão baseada em vínculos consanguíneos<sup>9</sup>, não sendo possibilitada a sucessão testamentária.

O testamento, na tradição germânica, remonta à influência do cristianismo, que, conforme assevera Madaleno (2020, p. 262), "respeitava a vontade do defunto, pois considerava o cumprimento da última vontade como um dever moral". Outrossim, por influência do Direito Canônico, a tradição de deixar testamento perante um intermediário foi criada, surgindo a figura do testamenteiro. Uma importante influência germânica perdura em nosso ordenamento jurídico atual, visto que a coexistência da sucessão legítima e da sucessão testamentária decorre dessa tradição jurídica, fundada nos anseios do cristianismo.

Nos aproximando da tradição brasileira, Lôbo (2020, p. 76), afirma que no direito luso-brasileiro, em especial na legislação de 1754, a tradição romana tardia (da sucessão testamentária preferencial) foi substituída em razão dos abusos e injustiças provocados; dessa forma, em conformidade com o que se entendia ético, e senda pautada na moral vigente, a sucessão legítima prevaleceu.

Embora alguns doutrinadores asseverem que seria insensato dizer que no ordenamento jurídico brasileiro a sucessão legítima possui prevalência em detrimento da testamentária, Lôbo (2020, p. 76) afirma que o Código Civil de 2002 teve "nítida preferência pela sucessão legítima, apesar da manutenção de vários institutos da sucessão testamentária que caírem em desuso, em homenagem à tradição". A assertiva do autor encontra respaldo tanto no texto legislativo quanto na doutrina, vez que, apesar da maioria esmagadora dos processos sucessórios se

---

<sup>8</sup>A sucessão testamentária preferencial, que teve grande importância na segunda metade do Império Romano, foi marcada uma excessiva liberalidade testamentária do chefe da família, que culminou em diversos abusos e cláusulas extravagantes.

<sup>9</sup>A prevalência do tronco familiar masculino em detrimento do feminino remonta à característica romana, onde o filho primogênito apto a suceder as funções do chefe da família deveria necessariamente ser um homem.

efetivarem pela via legítima, diversos artigos, livros – na doutrina –, e diversos artigos na legislação civilista fazem menção à sucessão testamentária.

Tratando acerca da conceituação, Madaleno (2020, p. 263), define a legítima como "uma reserva patrimonial de cunho familiar", e continua (2020, p. 266), "representa no direito sucessório uma porção dos direitos hereditários, à qual a lei atribui especial reserva, [...] constituindo-se a legítima em uma expectativa dos herdeiros necessários". Dessa forma, entende-se por legítima o quinhão (parcela cabível) destinado aos herdeiros necessários, que possuem tão somente a expectativa de percepção desses bens, e não um direito potestativo.

O Direito brasileiro, ao confrontar o instituto da legítima, inicialmente estabeleceu um montante de dois terços de todo o acervo patrimonial do *de cuius*, de acordo com as Ordenações do Reino (MADALENO, 2020, p. 266). Com o advento da Lei 1.839 de 1907, e posteriormente com a manutenção dessa porcentagem pelos Códigos Civis de 1916 e 2002, o montante da legítima passou a constituir metade do acervo patrimonial do *de cuius*, reservado aos herdeiros necessários, que são, nas palavras de Madaleno (2020, p. 336), "aqueles a quem a lei assegura uma parcela do patrimônio do falecido[...] nem todos os herdeiros legítimos são herdeiros necessários, mas, com efeito, os herdeiros necessários são herdeiros legítimos[...]". Isto posto, os herdeiros legítimos (como os herdeiros colaterais) não obrigatoriamente serão herdeiros necessários, vez que poderão existir herdeiros cuja preferência na vocação hereditária seja anterior e prioritária.

Numa divisão extremamente didática, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 43) dividem as modalidades de sucessão em três. O sistema da liberdade testamentária, o sistema da concentração absoluta ou obrigatória e o sistema da divisão necessária. No primeiro, o autor da herança possui plena liberdade de dispor de seus bens, não se admitindo a interferência de terceiros ou do Estado; no segundo, antônimo ao anterior, os bens seriam deixados ao herdeiro primogênito, algo como a sucessão romana do culto familiar; no terceiro e último modelo, a disponibilidade dos bens seria relativa, com a reserva de quotas aos herdeiros considerados necessários pelo ordenamento jurídico vigente.

Dentro da classificação proposta pelos doutrinadores, é forçoso que se enquadre o sistema brasileiro dentro da categoria "divisão necessária", visto que,

embora a disposição de bens de forma voluntária seja possível, é limitada por um sistema de vocação hereditária, que possui herdeiros com quotas intransponíveis.

Tendo ultrapassado a perspectiva histórica e a conceituação da sucessão legítima e da legítima (enquanto reserva patrimonial destinada aos herdeiros necessários), passemos a analisar o instituto frente às mudanças sociais atuais.

### 2.3.1 Incompatibilidade da legítima com a complexidade social contemporânea

Seguindo o ensinamento de Lôbo (2020, p. 76) "ao definir o conteúdo da sucessão legítima, o legislador pretendeu expressar com maior fidelidade o modelo que a sociedade entende como adequado e justo", percebe-se que esse instituto encontrou respaldo na ética e moral vigentes à época em que a sucessão ocorre, tratando-se de uma presunção da vontade do *de cuius* baseada numa percepção de quem ele deveria proteger. Como visto, a legítima, enquanto instituto, encontra berço nas mais remotas tradições jurídicas, tendo sido perpetuada pelas Ordenações do Reino e posteriormente pelos Códigos Civis de 1916 e 2002, sem qualquer alteração ou atualização de seu conteúdo.

Conforme aponta Madaleno (2020, p. 267), é "certo que a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos assegura uma parte do patrimônio às pessoas presumidamente caras ao autor da herança", todos assegurando que a legítima, mais do que uma forma de dar continuidade à propriedade privada, reflete um anseio pela proteção da família basilar, consanguínea e padronizada.

A flexibilização da legítima surge juntamente com o reconhecimento dos companheiros (em equiparação aos cônjuges) como herdeiros necessários, a partir do Tema de Repercussão Geral 809<sup>10</sup> do Supremo Tribunal Federal, julgado em 10 de maio de 2017. A tese fixada pela corte foi a da inconstitucionalidade da distinção do regime sucessório entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790<sup>11</sup> do

---

<sup>10</sup>RE 878.694/MG e RE 646.721/RS

<sup>11</sup>Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) 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.

Código Civil de 2002, devendo o regime sucessório do artigo 1.829<sup>12</sup> do CC/2002 ser aplicado tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável.

Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 45) demonstram dúvida a respeito da eficácia social da legítima, vez que "na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência". Como se observa, a legítima, que outrora encontrava embasamento na "solidariedade familiar e na proteção da família" (MADALENO, 2020, p. 350), deixa de servir ao seu real intuito.

A pluralidade de famílias, sua diversidade de formas, configurações, número e profundidade, são fatores que hoje gritam às portas do ordenamento jurídico brasileiro, penetrando e desafiando os institutos milenares do Direito de Família e do Direito das Sucessões, que, como visto, encontram enorme respaldo em tradições jurídicas de tempos remotos, como o Direito Romano. Nesse sentido, a própria doutrina aponta incompatibilidade entre legítima e os tempos atuais:

Essa restrição ao direito do testador, como dito, se já encontrou justificativa em sociedade antigas, em que a maior riqueza de uma família era a fundiária, não se explica mais nos dias que correm. Pelo contrário. A preservação da legítima culmina por suscitar, como dito, discórdias e desavenças familiares, impedindo, ademais, o de cujus de dispor do seu patrimônio amealhado como bem entendesse (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 45).

Outro ponto de embate, que demonstra a ineficiência da legítima perante os tempos atuais, é sustentado por Madaleno (2020, p. 350), que diz que "a sociedade vem evoluindo juntamente com o aumento da expectativa de vida das pessoas, aliado ao incremento significativo das famílias reconstituídas e um sem-número de câmbios econômicos". Fica perceptível que o instituto da legítima, como se configura hoje, não corresponde aos anseios sociais e às mudanças bruscas nas constituições familiares, tampouco reflete o desejo, ora presumido, do falecido.

---

<sup>12</sup>Ordem de vocação hereditária, analisada em capítulo próprio.

O Direito das Sucessões deve conciliar a liberdade de dispor com a necessária proteção da família, e uma das maneiras de realizar essa conciliação é revisitar o sistema das legítimas, cuja rígida pauta ordenada por lei, desde os mais primórdios tempos de codificação no Brasil, em realidade não produz nenhum efetivo equilíbrio de direitos que não seja o da determinação de que todos os descendentes devem ser destinatários dos mesmos direitos, e que todos eles devem receber a mesma quota hereditária. (MADALENO, 2020, p. 350).

Não obstante, é perceptível a estagnação do Direito das Sucessões em comparação ao Direito de Família, vez que o reconhecimento de diferentes modelos familiares e da socioafetividade tornam este último extremamente atualizado, refletindo as recentes mudanças sociais. Essa percepção demonstra que o Direito, enquanto mecanismo de controle social e de normatização do comportamento humano, deveria estar sempre em harmonia com as mudanças e complexidades sociais, não só num nicho, mas em todas as suas áreas de abrangência. Parece haver, portanto, um descaso do legislador na atualização das normas sucessórias, como se a sociedade e o conceito de família estivessem estacionados no tempo, sem qualquer alteração ou modernização de suas dinâmicas.

[...] se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos da sua vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, em nosso sentir, significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que **o direcionamento do seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade**. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 45, grifo nosso).

No mesmo encalço, Madaleno (2020, p. 351) pondera que "na realidade dos fatos que na família de hoje predomina o distanciamento e que os filhos não assumem seus encargos com pais vulneráveis", e prossegue ao afirmar que "a legítima não pode encontrar sua base apenas nos vínculos de parentesco". O autor claramente reitera os argumentos outrora expostos, vez que o Direito das Sucessões não necessariamente decorre da hereditariedade; a legítima, nestes termos, é incompatível com a atual percepção do Direito Sucessório.

A doutrina afirma que a legítima teria como fundamento a proteção da família, mas proteger a família é dar aos filhos condições para que possam, quando adultos, trabalhar como pessoas honradas e úteis à sociedade, e portanto, nada mais devem e precisam exigir de seus pais (MADALENO, 2020, p. 352). A herança, no

entendimento do autor, reverbera na educação e nas condições dadas em vida, em nada tendo relação com o acervo patrimonial distribuído *post mortem*.

Não obstante, em resposta ao argumento de que a legítima estaria atrelada à construção do patrimônio familiar, observa-se frequente a quantidade de filhos de um primeiro casamento que não possuem qualquer vínculo com a criação do patrimônio (muitas vezes construído com a ajuda de filhos posteriores, até mesmo socioafetivos) sendo englobados pela legítima, ainda que não tenham contribuído em nada para a construção daquele patrimônio familiar, sob qualquer aspecto.

[...] a legítima se mostra igualmente obsoleta diante da atual realidade de que a primitiva e estática sociedade agrária, difundida ao tempo da edição do Código Civil brasileiro de 1916, passou com o transcurso do tempo para uma sociedade urbana e dinâmica, saindo da família ampla para uma família nuclear, e de um patrimônio familiar, quase sempre herdado, para um patrimônio conquistado pelo esforço pessoal de quem construiu sua própria riqueza[...] (MADALENO, 2020, p. 352).

Por fim, cumpre esclarecer que a incompatibilidade da legítima não reside apenas na elevada distorção do instituto em detrimento da complexidade social, mas também não reflete corretamente princípios constitucionais basilares. Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 46), ao fazer referência ao direito constitucional de propriedade, afirmam que "é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa" e prosseguem, dizendo que "tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada". Isto posto, a legítima é também incompatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial o direito de propriedade.

Se o que justifica o benefício patrimonial *post mortem* é o vínculo afetivo que une o testador aos seus herdeiros, nada impediria que aquele beneficiasse os últimos por testamento, de acordo com a sua livre manifestação de vontade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 46).

Ante ao exposto, e adiantando que uma discussão específica quanto à legítima e ao princípio da afetividade será realizada em momento posterior, será discutida a liberdade de testar, exteriorizada enquanto livre manifestação de vontade do *de cuius*, conceito caro ao Estado Democrático de Direito.

### 2.3.2 Liberdade de testar: reflexões acerca da autonomia da vontade do "de cujus"

De acordo com Lôbo (2020), o testador somente exerce sua total liberdade de testar na hipótese em que não existam herdeiros necessários. A existência de herdeiros necessários confina a autonomia da vontade do *de cujus* à parte disponível, tornando intransponível — como restou demonstrado em toda a fundamentação *supra* — a quota destinada legalmente aos herdeiros legítimos.

A autonomia da vontade, ou a liberdade existencial (exteriorizada pela autonomia privada existencial), como salienta Castro (2017), poderá "gerar consequências em esferas jurídicas distintas, cujas repercussões vão além da pessoa, causando implicações diretas na vida de terceiros". Como se percebe, a autonomia da vontade de um indivíduo não necessariamente confina seus reflexos, muito pelo contrário, somente é percebida quando reflete na vida de terceiros.

Embora as consequências dos atos de livre vontade de um indivíduo sejam repercutidas na coletividade, a liberdade existencial é preceito caríssimo ao Estado Democrático de Direito. Segundo Castro (2017), a limitação dessa liberdade só deverá incidir em situações excepcionais, quando persistirem motivos robustos o suficiente para tolher as manifestações da autonomia privada.

Na legalidade constitucional, o ponto de partida, a premissa inafastável para qualquer investigação sobre a realização dos interesses existenciais deve ser a liberdade para escolher os rumos da própria vida. Todavia, como qualquer outro ato de liberdade, a autonomia existencial pode sofrer limitações, no entanto elas só devem incidir excepcionalmente e apenas quando presentes requisitos que comprovem concretamente a necessidade de tal restrição. Por tal razão, a autonomia existencial só admite limites externos e não se volta à realização de interesses alheios aos do seu titular (CASTRO, 2017, p. 102).

Nas palavras de Fernandes Júnior (2014, p. 40), há quem defenda o direito ilimitado de testar, sem qualquer espécie de reserva; aponta que essa doutrina foi arduamente defendida por Le Play, na França, e quase foi aprovada no Brasil, com um projeto<sup>13</sup> que transitou pelo Congresso Nacional, porém foi rejeitado pela

---

<sup>13</sup>Projeto proposto junto ao Código Civil de 1916.

Câmara dos Deputados. Nesse ponto, percebe-se que o termo "direito ilimitado de testar" não corresponde ao verdadeiro significado de liberdade existencial.

Como se observou, e diante das anotações de Castro (2017), a autonomia existencial pode — e deve — ser tolhida diante da existência de motivos concretos para tal. A liberdade "ilimitada" encontra barreira junto aos princípios constitucionais, ao *jus cogens* do Direito Internacional e à legislação pátria, todos procurando ponderar a liberdade individual junto aos demais preceitos basilares de nossa civilização. Isto posto, não poderia o *de cuius* testar em afronta às garantias fundamentais, nem em oposição aos ditames legais.

Por outro lado, a vontade do de cuius não pode resultar de "actos discriminatórios". O art. 13.º, n.º 1, da CRP e art. 7.º, da DUDH, consagram o princípio da igualdade. De acordo com os preceitos indicados "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". O n.º 2, do art. 13.º, vem dizer que "ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito em razão de ascendência, sexo, raça, língua, condição social, orientação sexual, etc.". Da presente norma resulta que o de cuius, ao tomar a decisão de dispor do seu patrimônio para um ou outro herdeiro, não pode tomar essa decisão através de actos discriminatórios (negativos) (FERNANDES JÚNIOR, 2014, p. 37).

O argumento reiterado dos defensores da legítima reside justamente no temor de que cláusulas injustas e discriminatórias sejam incluídas na sucessão testamentária; ora, como se demonstrou, o ato de testar, enquanto reflexo da autonomia privada, não é de todo ilimitado. Nesse ponto, concorda Fernandes Júnior (2014, p. 40), ao afirmar que a sucessão deverá conciliar "por um lado, o direito de propriedade (elemento individual) atribuído ao autor da sucessão, podendo este dispor do seu patrimônio; e por outro, concilia também a família (elemento social), não podendo haver discriminação em relação aos herdeiros".

Conforme afirma Lima (2019, p. 3), "a legítima não mais se justifica e representa uma violação à autodeterminação dos indivíduos e ao seu direito de propriedade, pois os seus fundamentos originais se perderam no transcorrer da história". O autor faz duras críticas à debilidade do Direito das Sucessões brasileiro, afirmando que a legítima confronta as garantias fundamentais da liberdade e da propriedade sob o pretexto de proteção à família.

[...] o instituto da legítima resiste incólume e confronta direitos e garantias fundamentais de liberdade e de propriedade à pretexto de proteção à família. Ignora, nesse contexto, a evolução social, o desenvolvimento da seguridade social, o aumento da expectativa de vida das pessoas e o dever de prestar alimentos, que deve suprir as necessidades básicas do alimentado e não a perpetuação do patrimônio como pretende a legítima em prol dos herdeiros necessários (LIMA, 2019, p. 4).

Embora a tradição jurídica sucessória do Brasil seja majoritariamente legítima, com poucos casos onde o uso da ferramenta testamental é utilizado, não se pode afirmar que isso se dê em razão das limitações impostas pela legislação. Oliveira Filho (2018) pontua que, diante da existência de um testamento, resta claro que a vontade do *de cuius* não condizia com a vocação hereditária expressa em nosso Código Civil. O autor questiona qual a necessidade, e com quais fundamentais, a autonomia privada do testador é tolhida neste cenário.

Somos livres para escolher os rumos das nossas vidas? Há limites para a liberdade de existir? Pode o Estado determinar os caminhos para o projeto de livre desenvolvimento pessoal? Esses questionamentos, de vocação claramente filosófica, ganharam espaço na teoria civilista contemporânea e ocupam atualmente o centro de um intenso debate sobre quais são os limites que podem ser legitimamente impostos à liberdade extrapatrimonial em um ambiente de legalidade democrática (CASTRO, 2017, p. 99).

O debate acerca da autonomia privada é hoje um grande destaque e ponto de convergência teórica no Direito Civil. Por um lado, percebe-se uma enorme preocupação com a perpetuação e manutenção do núcleo familiar, e do outro uma necessidade de atualização das normas sucessórias à realidade social.

No mais, faz-se mister frisar que o direito sucessório não possui como função garantir a sobrevivência dos membros de um núcleo familiar; o Direito das Sucessões é um mecanismo jurídico que busca regular as relações de sucessão *post mortem*. A liberdade de testar, ainda que não possa ser de todo ilimitada, deve resguardar ao indivíduo suas garantias fundamentais de liberdade e propriedade.

Em suma, a legítima se revela uma grave limitação à autonomia da vontade do *de cuius*, não encontrando qualquer fundamento que seja capaz de perpetuá-la aos moldes atuais. Ato contínuo, tendo compreendido a defasagem do Direito das Sucessões ante ao complexo panorama atual, faz-se necessário discutir alternativas capazes de sanar a grave desatualização das normas sucessórias brasileiras.

### 3 AFETIVIDADE JURÍDICA

Por muito tempo se discutiu se o afeto é um mero sentimento, estranho ao Direito, ou um princípio/valor jurídico apto a repercutir na esfera judicial. Nos ensinamentos de Leite (2019), é extremamente danoso ao sistema jurídico confundir amor e afeto. "Se fosse amor, sua aferição necessitaria de um longo e inócuo trabalho de investigação da alma humana", e conclui, "[...] haveria mais um risco, findo o amor, logo, equivocadamente, findo o afeto, os vínculos jurídicos deste decorrente, podem ser desfeitos". Afeto, enquanto sinônimo de amor, é um sentimento, um *animus*, alheio ao crivo do Judiciário; outrossim, o afeto objetivo, jurídico, capaz de ser aferido através da análise fática, é importante parte do Direito, não obstante se revelar o principal paradigma do Direito de Família.

Nesses termos, o afeto jurídico – diferente do amor – não se revela como antônimo ao ódio, vez que a ele se integra. O ódio é uma representação do afeto, do convívio, do vínculo. A ausência de afeto jurídico, seu verdadeiro antônimo, é o abandono, a indiferença, a inexistência de vínculos. Não se pune um pai que odeia internamente sua prole (ressalvado os casos de agressão), mas se pune um pai que abandona afetivamente seu filho, tolhendo seus direitos básicos: vida, saúde, educação, esporte, lazer, e tantos outros.

No presente capítulo, restará delimitado o conceito de afetividade em seu sentido jurídica, também será realizado um aprofundamento acerca da aplicação da afetividade na jurisprudência brasileira, além da categorização doutrinária de afeto. Não obstante, ainda se delineará uma resposta provisória ao importante imbróglio acerca do caráter principiológico da afetividade, buscando entender os argumentos contra e a favor de considerar a afetividade uma norma *prima facie*.

#### 3.1 PRINCÍPIO OU VALOR JURÍDICO?

Em sua atemporal doutrina, Robert Alexy (2002) delimita a teoria dos direitos fundamentais com base na tipologia de "normas jurídicas", tratando como suas espécies as regras e os princípios. Nesse sentido, o autor elenca que as normas de direito fundamental podem ser separadas em dois núcleos: as normas diretamente vinculadas ao texto constitucional e as normas a ele adscritas. O segundo núcleo,

como ressalta o doutrinador, é o resultado de uma interpretação do *animus* constitucional, tratando-se, em verdade, de um "mandado – ou mandamento – de otimização", uma norma que indica que algo seja realizado com base em seu axioma fático-jurídico, na maior medida do possível.

Mesmo diante de robustas críticas ao modelo sugerido por Alexy, ainda é crível enxergá-lo como um marco na teoria jurídica, inaugurando mecanismos utilizados até mesmo nos mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, como a ponderação de princípios fundamentais, tão cara ao Direito Constitucional. Quando diante de regras conflitantes, pelo menos uma delas é declarada inválida, ou se institui uma cláusula de exceção entre elas; outrossim, quando diante de princípios conflitantes, um deles deve ceder frente ao outro, conforme a dimensão de peso entre os princípios envolvidos e tendo em vista a "lei de colisão".

Nesse ponto, cumpre salientar que o movimento neoconstitucionalista, como observado na doutrina de Robert Alexy, conferiu o *status* de norma aos princípios, se desfazendo dos ensinamentos da doutrina tradicional, que delineavam diversas distinções entre normas e princípios, definindo-os como cânones de interpretação, ou simplesmente categorizando-os como valores jurídicos. Em sua obra, Ávila (2011), salienta que "cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não podendo sequer conceder uma sem a outra, e a outra sem a uma", demonstrando a elevação dos princípios enquanto normas deontológicas, e não simplesmente recursos axiológicos do sistema jurídico.

Voltando ao cerne do presente trabalho, é necessário que se esclareça um ponto de extrema controvérsia na doutrina civilista: a afetividade é um princípio ou um valor jurídico? Como explanado, os princípios são uma espécie de norma, refletindo um "dever ser", e não somente um juízo de valor exprimido pela sociedade. Os valores, jurídicos ou não, são elaborados no seio das relações interpessoais, exprimindo o que é "moralmente aceito" ou "imoral" pela sociedade em um determinado lapso temporal. Os valores jurídicos são mutáveis, instáveis e, sobretudo, não possuem um caráter deontológico, refletindo o senso comum.

Em síntese, os princípios comungam e indicam o que é devido, exprimindo seu caráter, como dito, deontológico; são, em verdade, espécies de normas que vinculam o aplicador do direito (ou intérprete) à sua função otimizadora, constituindo-se enquanto mandamento adscrito. Em contrapartida, os valores não refletem um

"dever ser", mas sim um "é melhor ser", indicando os anseios e aspirações da sociedade e exprimindo uma ideologia moralista, não vinculante ao intérprete.

Tendo delineado, brevemente, a distinção entre princípios e valores, deve-se responder ao questionamento anteriormente apresentado. Como o próprio título do presente ensaio denuncia, consideramos a afetividade, para efeitos de conceituação, enquanto um princípio do Direito de Família, amparado e adscrito ao texto constitucional. Esse é o entendimento majoritário da jurisprudência nacional, citando aqui julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal: ADPF 132/RJ, que reconheceu as uniões homoafetivas enquanto entidades familiares; STF-RE 878694, que impôs a equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros; e o Tema de Repercussão Geral 622, que admitiu a possibilidade jurídica da multiparentalidade enquanto entidade familiar.

Não obstante, robusta parcela da doutrina elenca a afetividade enquanto princípio, como os reiteradamente citados autores Gagliano e Pamplona Filho (2019), prelecionando que a afetividade é um princípio especial (peculiar) ao Direito de Família, inclusive salientando que o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade, responsável pelas maiores e mais significativas mudanças no paradigma de amor, família e Direito. Destarte, os autores acompanham o entendimento de Roberto Alexy, no sentido de compreender os princípios enquanto normas de otimização, aptas a vincular o intérprete do Direito.

Mesmo diante do majoritário entendimento da jurisprudência e da doutrina, é de salutar relevância que se evidencie essa diferenciação do princípio da afetividade *versus* valor jurídico afetividade, em respeito à dialética científica. *Ab initio*, reiteram-se os principais pontos de divergência entre valor jurídico e princípio: o primeiro possui caráter axiológico, e o segundo deontológico (não obstante também possuir um viés axiológico); o primeiro é reflexo da moral social, e o segundo é norma jurídica *prima facie*; o primeiro não vincula o intérprete da lei, o segundo sim.

Pois bem. A afetividade, como se observa das mais recentes decisões judiciais, apresenta um caráter deontológico; a união homoafetiva é reconhecida enquanto uma entidade familiar não pelo reflexo moral da sociedade, mas pelo vínculo jurídico do princípio da afetividade, norteador e balizador das relações familiares. A equiparação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros não reflete a moral da sociedade – extremamente conservadora e pautada nos valores

matrimoniais –, e sim um *animus* constitucional voltado à afetividade. Como se percebe, a afetividade emana deontologia, em muito se afastando do caráter estritamente axiológico pertencente aos valores, inclusive indo na maioria das vezes de encontro ao *status quo* da moral social brasileira.

Ante ao exposto no parágrafo anterior, chegamos ao segundo ponto: o caráter normativo da afetividade. De fato, a afetividade norteia as decisões judiciais que tangenciam as relações familiares, no entanto, não se adstringe em figurar como axioma interpretativo. O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a afetividade nas normas protetivas da criança e do adolescente, explicitamente; o artigo 4º do diploma legal mencionado declara como dever da família e do Estado a "convivência familiar e comunitária". O Código Civil, em seu artigo 1.583, §2º, inciso I, elenca como fator para atribuição da guarda unilateral o "afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar", novamente demonstrando e explicitando a existência da afetividade enquanto não só um "valor jurídico", mas enquanto um instituto e princípio que permeia todas as esferas do Direito de Família.

Por último, devemos ainda ressaltar o caráter vinculativo do princípio da afetividade, concretizando-o enquanto norma *prima facie* do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, reiteramos os julgados do Supremo Tribunal Federal, que lançaram bases à obediência, vinculante, das demais esferas do Poder Judiciário em detrimento do princípio da afetividade. Percebe-se que, mais do que nunca, as decisões judiciais (de primeiro e de segundo grau) levam em consideração a adequação de suas fundamentações ao princípio da afetividade, erigido ao patamar de norte interpretativo e norma primeira do Direito de Família, como apontado por Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 97).

Com a devida vênia aos que enxergam a afetividade enquanto valor jurídico, entendemos pelo seu caráter normativo (e, portanto, deontológico), melhor conceituado enquanto princípio específico do Direito de Família, que emana do texto constitucional, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal. Por fim, e encerrando a controvérsia levantada neste tópico, salienta-se que independentemente da conceituação enquanto princípio ou valor da jurídico, a afetividade assume o posto de principal paradigma de mudança das relações jurídico-familiares, tendo principal destaque na área delimitada no presente trabalho,

que pretende atualizar o Direito das Sucessões frente ao constante movimento jurisprudencial e doutrinário do Direito de Família.

### 3.2 CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA: O MOISACO DE ENTIDADES FAMILIARES

O conceito e a perspectiva histórica do princípio da afetividade caminham lado a lado com um processo de transição paradigmática, "pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes" (CALDERÓN, 2020, p. 2). Mais do que nunca, o Direito passa por um doloroso processo de colisão com a realidade social: de um lado a perspectiva legalista do Direito brasileiro, do outro o fervoroso mosaico de entidades familiares, fruto de novas uniões, de separações, de infinitas recombinações e de múltiplas configurações (ou a ausência delas, como o caso da anaparentalidade).

Seguindo o ideal de completude do ordenamento, caríssimo ao positivismo jurídico, e não se curvando às alterações paradigmáticas – que exigiriam do legislador e da legislação inovações extremamente específicas – surge uma importante ferramenta hermenêutica: a afetividade. Como salienta Calderón (2020), a afetividade emerge justamente do conflito entre o discurso jurídico formal e as relações familiares modernas, consistindo na incorporação da doutrina do direito civil-constitucional enquanto mecanismo da repersonalização do Direito Civil.

Os aportes advindos com a constitucionalização do direito privado e os novos ares trazidos pelos debates metodológicos sobre a forma de realização do Direito na contemporaneidade influenciaram fortemente a cultura jurídica brasileira das últimas décadas. Ao mesmo tempo o movimento de repersonalização do direito civil sustentou que a pessoa concreta deve ser o centro das suas preocupações. Na esteira disso emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais (CALDERÓN, 2020, p. 2).

Fazendo uma releitura do que explica o autor, não é difícil perceber que a afetividade, assim como anteriormente asseverado, surgiu como uma resposta ao

alto grau de deficiência da legislação nacional em detrimento das mudanças sociais. Através de um "termo em branco", foi possível realizar a releitura do Código Civil à luz do que implicitamente reproduz a Constituição Federal. Antes do aprofundamento nas implicações da utilização desse mecanismo na repaginação do Direito de Família, é necessário que se faça menção à evolução histórica da legislação brasileira acerca do conceito de afetividade e entidade familiar.

O Código Civil de 1916, ainda extremamente conservador ao "definir" entidade familiar, utilizava o conceito de família legítima e reconhecia os vínculos familiares estritamente conectados com os elos matrimoniais, biológicos e registrais. Explicando o uso de aspas ao utilizar o termo definir, deve-se fazer referências aos autores Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 99), que pontuam que "ao legislador incumbe apenas o reconhecimento do ente familiar, mas não a sua conceituação técnica delimitativa, excludente de outros agrupamentos não standardizados, pois se assim o fosse, estar-se-ia consagrando uma odiosa discriminação normativa [...]", dessa forma, ao Código Civil de 1916 – e a qualquer outro – não incumbe a definição de entidade familiar.

Na total contramão das codificações anteriores, e inaugurando uma nova perspectiva sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 iniciou o reconhecimento legal da afetividade. Pela leitura do artigo 226 da Constituição, logo em seu *caput*, percebe-se a importância da entidade familiar, quando o constituinte decidiu elevá-la ao patamar de "base da sociedade", com "especial proteção do Estado"; ato contínuo, o §4º do referido dispositivo reconhece de logo uma nova configuração familiar, não abrangida pelo *códex* anterior, onde a entidade familiar é encabeçada por apenas um dos genitores. Destarte, é salutar que se observe os parágrafos 3º e 7º do artigo supramencionado, vez que capazes de gerar discussões profundas.

De pronto, ressalta-se que o parágrafo 3º do art. 226, e também o artigo 1.723 do Código Civil, receberam nova interpretação conforme a Constituição, através do entendimento firmado na ADI nº. 4.277/DF. No julgado, restou reconhecida a união homoafetiva enquanto entidade familiar, a despeito da anterior e literal interpretação dos dispositivos, que pontuavam que a união estável se configurava enquanto a ligação entre "o homem e a mulher", com o fito de iniciar uma família. A tese firmada pela Corte Superior foi cediça, asseverando que seria necessário excluir dos

dispositivos qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo.

Por último, e ainda a despeito das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, devem-se suscitar o parágrafo 7º do art. 226, que preleciona que "o planejamento familiar é livre decisão do casal", e que a família deve ser "fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável". Essa premissa reitera os termos do que foi anteriormente exposto, onde Estado e a legislação não devem definir o conceito de entidade familiar, mas apenas regular sua existência, sob pena de incorrer em gravosa discriminação normativa.

O Código Civil de 2002 trouxe poucas inovações em relação ao reconhecimento da afetividade. Como anteriormente abordado, o artigo 1.723 foi fruto de interpretação segundo a Constituição, mesmo se tratando de dispositivo legal extremamente recente (tendo em vista o lapso temporal entre a promulgação da Constituição Federal e o códex civilista); essa informação revela um certo descaso do legislador em reconhecer as modernas configurações familiares, e, tampouco, atender às demandas sociais que clamavam por alterações e inovações na legislação nacional.

A afetividade – agora princípio da afetividade – ganhou nuances na jurisprudência, que foi fundamental para sua construção. Levando em consideração os pontos inicialmente abordados, em especial ao que se refere à condição de mecanismo hermenêutico para solução dos conflitos no Direito de Família, restou evidente um uso reiterado da afetividade como remédio para diversas demandas sociais: em 2011, para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo; em 2016, para reconhecer a multiparentalidade; em 2017, para equiparar o regime sucessório de cônjuges e companheiros; e tantos outros julgados, posteriores e anteriores, como o reconhecimento de ato ilícito no abandono afetivo.

Calderón (2020) aduz que a ascensão do princípio da afetividade veio na contramão da ciência e das descobertas dos vínculos biológicos, como, por exemplo, o surgimento e popularização do exame de DNA nos processos judiciais. Esse crescente movimento, que entrava em conflito com o anterior modelo de família configurada pelos elos matrimoniais, biológicos e registrais, ganhou força em detrimento da deficiência do anterior, que não conseguia abarcar as mais variadas situações que se apresentaram na modernidade. Dessa forma, e nas palavras do

autor, a distinção entre a figura de pai/mãe e os genitores (genéticos) restou extremamente perceptível, dando enorme relevância à afetividade.

Nesse mesmo diapasão, descortina-se, hoje, na vereda da afetividade, o importante reconhecimento das relações filiais desbiologizadas, mitigando-se, assim, com justiça, o entendimento, até então dogmático, da supremacia genética decorrente do laudo de exame de DNA, podendo, inclusive, gerar a consequente obrigação alimentar (conforme entendimento do Enunciado n. 341, da IV Jornada de Direito Civil). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 100).

O posicionamento acima transcrito, no sentido de evidenciar a mitigação das relações filiais biológicas, foi resultado de uma atividade doutrinária vanguardista. Como salientam os autores supracitados, toda sistematização principiológica é imperfeita; a doutrina deve fazer o reconhecimento da autonomia científica desses princípios, adequando-os e delimitando suas nuances. O conceito de família, nesse sentido, encontra seu cerne na própria afetividade, em especial no que tange ao liame socioafetivo protagonizado por essas relações familiares.

Isto posto, é necessário retornar ao aprofundamento do caráter de "textura aberta" do princípio da afetividade. A subjetividade dessa expressão, como aponta Calderón (2020), não cria nenhum óbice ao seu recorte jurídico. Na realidade, diversos instrumentos hermenêuticos comungam dessa subjetividade: o princípio da boa-fé, o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre tantas outras normas *prima facie* que emanam do sistema jurídico nacional. Ao Direito, como reiteradamente se afirmou, não compete definir o amor. A afetividade, posta à análise e ao crivo do Poder Judiciário, é objetiva, restando sempre presumida a dimensão subjetiva, vez que jamais poderia ser plenamente aferida.

Assim, deve-se conceituar o aferimento do afeto jurídico nos termos expostos por Calderón (2020): na esfera jurídica, o afeto é aquilo que é exteriorizado, um conjunto de atos concretos e representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (captados pelos meios usuais de prova). Nesses mesmos termos, a socioafetividade se manifesta enquanto o reconhecimento, no meio social, de uma dada manifestação (exteriorizada) do afeto.

Uma particularidade do princípio da afetividade que merece destaque é que ele possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará desde logo presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica. (CALDERÓN, 2020, p. 10).

Ainda, é necessário que se salientem outras dimensões da afetividade jurídica, para além daquelas elencadas pelo autor no trecho supracitado: afeto-dever e afeto-vínculo. A dimensão de afeto-dever revela uma obrigação jurídica de cuidado; o pai tem o dever afetivo e legal de fornecer ferramentas para o crescimento saudável de sua prole, sendo garantia/dever – do menor – explícito na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Noutra senda, a dimensão do afeto-vínculo é constitutiva, vez que sua incidência passará a gerar um vínculo familiar entre os envolvidos, sendo fator motriz dos novos modelos familiares e dos avanços no Direito de Família.

Outro ponto de extrema relevância é a apuração da afetividade jurídica (e, portanto, objetiva). De acordo com Calderón (2020, p. 10), esta se dará pela "verificação da presença de fatos signo-presuntivos desta manifestação afetiva, de modo que, ante a constatação de determinados fatos (dimensão objetiva), estes significarão desde logo a presença da afetividade". A manifestação de afeto, para que seja plenamente constituída no âmbito judicial, deve ser acompanhada de alguns elementos fáticos delineados pela doutrina e pela jurisprudência: a estabilidade e ostentabilidade, respectivamente.

Os elementos de estabilidade e ostentabilidade irão diferenciar o real afeto, capaz de gerar efeitos jurídicos, criar laços e vínculos familiares, e, conseqüentemente, conseqüências *post mortem*, das manifestações afetivas eventuais e fugazes, que não interessam e não serão apreciadas pelo Judiciário. Gagliano e Pamplona Filho (2019) afirmam que interpretar o Direito de Família, nesse panorama, significa mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva, mas compreender e respeitar as diferenças nas construções familiares, valorizando os laços de afeto que unem seus membros.

No contexto da temática abordada no presente trabalho, é possível relacionar as consequências da afetividade com a realidade sucessória nacional, assunto que será melhor abordado em capítulo posterior, porém, de pronto, deve ser salientado. A vocação hereditária, tal qual se configura no ordenamento atual, não abrange e não reconhece a afetividade como instrumento de aferimento do vínculo sucessório. O Direito das Sucessões ainda carrega consigo um conservador e retrógrado sentimento de entidade familiar vinculada aos elos matrimoniais, biológicos e registrais, há algum tempo combatido no âmbito do Direito de Família.

A aplicação e a evolução do princípio da afetividade, em conformidade com aquilo que preceitua a Constituição Federal, é medida que urge em ser aplicada nas áreas correlatas ao Direito de Família. O reconhecimento jurídico do afeto já vem sendo sustentado pelas Cortes Superiores na apreciação de novos modelos familiares e direito civis, porém, em total contra senso, permanece ignorado no âmbito do Direito das Sucessões, com uma legislação extremamente defasada e institutos que remetem à Roma Antiga e ao Brasil colonial.

### 3.3 AMOR, AFETO E SOCIOAFETIVIDADE

O Direito não possui o intento de definir o que é amor, e nem conseguiria, tendo em vista que muitas são as interpretações desse sentimento. Nem mesmo a filosofia e literatura conseguiram encontrar o consenso universal do significado de amor, ainda que a maioria dos filósofos e escritores já tenham abordado o tema. A árdua tarefa de mensurar a quantidade de sentimento (ou sua ausência) exigiria do Direito uma análise da alma do indivíduo, vez que nunca será possível, concretamente, aferir a existência de um *animus* subjetivo. Nesses termos, o sentimento amor não é capaz de gerar, na esfera jurídica, qualquer repercussão.

O afeto, como reiteradamente explanou-se, possui diversas dimensões. O afeto subjetivo, que não necessariamente se assemelha ao amor (que é apenas uma parte de seu conceito), também não interessa ao Direito. Em verdade, o aspecto subjetivo do afeto é uma realidade presumida – interessa, desde que esteja acompanhado de evidências exteriorizadas de sua existência. Nesse ponto, surge o afeto objetivo (ou jurídico), que, como abordado anteriormente, é o principal pilar do princípio da afetividade e de sua aplicação. Não é possível mensurar a profundidade

do afeto objetivo, ou elencar em quais hipóteses restará configurado, vez que os casos concretos não guardam entre si tamanha similitude.

A árdua tarefa da doutrina reside justamente na adequação da afetividade e de sua investigação em cada situação específica. A jurisprudência, que efetiva e torna real a experiência narrada na doutrina, apenas aplica conceitos que se propalam com o tempo, trazendo à realidade social aquilo que já se discutia na comunidade dos intérpretes. Essa tarefa ainda não encontrou um desfecho, e, provavelmente, não encontrará. Como um termo de "textura aberta", a afetividade sempre preencherá as lacunas que surgem com o avanço da realidade social, ganhando novas nuances e características de acordo com a necessidade dos órgãos judicantes, que utilizarão esse recurso hermenêutico com o objetivo de dirimir conflitos que fogem, em muito, da realidade esculpida no códex civilista.

Esse é o exemplo da socioafetividade, nova nuance que decorre do princípio da afetividade, e se revela enquanto a manifestação social do vínculo familiar. Essa nova dimensão decorreu, principalmente, do movimento doutrinário que passou a sustentar a distinção entre a figura do genitor e do pai, destacando a importância da relação afetiva em detrimento da biológica. Calderón (2020, p. 6), aponta que com essa nova corrente, "retomou-se, com vigor, o conceito de posse de estado (caracterizado pela presença de *nomem, tractatus, fama*)".

A posse de estado de filho significa, em síntese, a ideia de um vínculo reconhecido perante a sociedade. Essa situação factual conecta-se com a ideia de aparência, transcendendo-a, já que o vínculo socioafetivo encontra as mesmas repercussões jurídicas de um vínculo biológico. Ademais, ressalta-se que essa mesma noção de aparência, presente na socioafetividade, aplica-se ao reconhecimento das uniões estáveis.

Em síntese, a socioafetividade emerge no Direito de Família enquanto um novo termo de "textura aberta", apto a perpetuar o princípio da afetividade em diversas outras relações familiares: no reconhecimento paternal, no arbitramento de alimentos (levando o pai socioafetivo ao polo passivo), no reconhecimento das uniões estáveis, no aferimento de ilícitos relativos ao abandono afetivo, e tantas outras situações extremamente complexas, que, não previstas na legislação nacional, encontram amparo nas normas principiológicas.

A importância e os usos da afetividade, como dito, não encontrarão limites nas análises realizadas neste e em outros trabalhos. Não cabe à academia, tampouco ao Poder Judiciário, delimitar rigorosamente o alcance do princípio da afetividade. A sua natureza ampla, assim como a de outros princípios – em especial o da dignidade da pessoa humana – são propositais, vez que funcionam e continuarão funcionando enquanto engrenagens que movimentam e atualizam o ordenamento jurídico nacional, e assim, mitigam os impactos de sua defasagem.

## 4 APLICAÇÃO DA AFETIVIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS

Desafiar o *status quo* não é uma tarefa fácil. Mudanças são extremamente necessárias, mas jamais serão aceitas por aqueles que sofrem com suas consequências. Quando o ideal comunista perpetuou na União Soviética, algumas comunidades foram extremamente resistentes à inexistência da sucessão; afeto, patrimônio e ego acabaram refletindo uma disputa cultural intermitente. A herança festeja o modelo capitalista de propriedade privada, e a sucessão perpetua as desigualdades na mesma proporção que gera um pacto social de permanência.

A garantia de sucessão é extremamente cara ao modelo social moderno. Muitos indivíduos vivem vidas desregradas, com a certeza de que, quando herdeiros, terão todos seus problemas financeiros resolvidos. A afetividade jurídica nunca encontrou espaço no Direito das Sucessões brasileiro, em especial pelo caráter extremamente conservador e legalista das disposições normativas do Código Civil de 2002 e anteriores; ressalta-se que, nem mesmo a Constituição Federal de 1988, foi eloquente a respeito do Direito das Sucessões, resumindo-o num inciso.

Ainda que encontre resistência, assim como qualquer mudança social, a perpetuação de um modelo deficitário de sucessão, como hoje o é, não pode ser aceita. Neste capítulo, pretende-se tensionar a vocação hereditária em contraponto à afetividade jurídica, delineando as diretrizes jurisprudenciais que parecem dar combustível ao embate normativo; na sequência, elaborar e arquitetar o fim da legítima, apontando especificamente os prós e os contras de sua extinção; logo mais, as barreiras legais (e constitucionais) das alterações pretendidas, até, finalmente, arquitetar-se (pretensiosamente) um modelo satisfatório de sucessão.

### 4.1 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E AFETIVIDADE JURÍDICA

Não é possível que se fale em alterações no Direito das Sucessões sem, no entanto, mencionar o controverso instituto da vocação hereditária. O ordenamento jurídico brasileiro – que, como visto, adota a *saisine* plena, onde o aceite do quinhão é automático – preceitua a ordem de vocação hereditária no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, listando taxativamente a sequência de herdeiros legítimos aptos a integrarem o rito da partilha. Em síntese, essa ordem integra um juízo de valor

realizado pelo legislador, que procurou presumir o *animus* do falecido em relação à sucessão de seus bens, criando uma ordem de afinidade entre os membros da entidade familiar e excluindo, de pronto, sujeitos que não a integram.

Conforme salienta Lôbo (2020, p. 78), a ordem de vocação hereditária sofreu diversas variações durante o decurso do tempo, acompanhando a evolução do ordenamento jurídico nacional. O autor ainda assevera que quando se coloca algum sucessível à frente de outro, ou quando um antes excluído ingressa na sucessão, a ordem é substancialmente modificada. Um exemplo muito claro dessa realidade é o fato de que até 1907, o cônjuge sobrevivente integrava a décima posição na ordem de sucessão da legislação brasileira, sendo preterido até mesmo pelos parentes colaterais distantes; somente com a vigência da Lei nº. 1.839 de 1907 o cônjuge passou a ser alçado à terceira classe na ordem de vocação hereditária, finalmente ganhando destaque numa sequência sucessória extremamente desatualizada.

O papel do legislador, como exaustivamente argumentado, não é de delimitar a entidade familiar – e conseqüentemente a ordem sucessória –, mas tão somente de proteger e regulamentar as relações familiares. Diversos autores defendem que as mudanças no Direito de Família foram sobremaneira relevantes na redefinição da ordem de vocação hereditária, tendo em vista que esta não pode ser opção arbitrária do legislador, sob o risco de incorrer numa proeminente discriminação normativa. Lôbo (2020, p. 79) preleciona que as inclusões, exclusões e preferências nesse *rol*, decorrem de valores morais, políticos, religiosos, e, sobretudo, afetivos.

Além da situação dos cônjuges na ordem sucessória anterior a 1907, também merece destaque a exclusão dos filhos extramatrimoniais da vocação hereditária, que só encontrou solução com o advento da Constituição Federal de 1988. A tradição jurídica brasileira (e internacional), sobretudo nos primórdios do século XX, perdurava a exclusividade da família matrimonial; os parentes extramatrimoniais não existiam para o Direito das Sucessões, assim como as relações não biológicas.

O novo texto constitucional, à luz da evidente mudança paradigmática no final do século XX, extinguiu a distinção entre os descendentes, inaugurando a igualdade de direitos sucessórios entre os filhos de qualquer origem, e, não obstante, dando nova preferência ao cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Dessa forma, extinguiu-se a primitiva concepção que distinguia os descendentes em classificações, restando proibidas as designações discriminatórias. Outrossim, a

Constituição de 1988 passou a, finalmente, abarcar os vínculos de ordem socioafetiva, incluindo-se a adoção, a posse de estado de filho e a concepção por inseminação artificial heteróloga, conforme pontua Lôbo (2020, p. 80).

Com a chegada do Código Civil de 2002, a ordem de vocação hereditária passou a deferir a legítima na seguinte ordem: descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (ressalvados os casos específicos dos regimes matrimoniais); ascendentes em concorrência com o cônjuge; o cônjuge sobrevivente, e, por fim, os colaterais. Quando se acreditou que finalmente a legislação havia abarcado com precisão a realidade social brasileira, outro impasse surgiu: o reconhecimento do companheiro em união estável enquanto herdeiro legítimo. Esse conflito, que perdurou por muito tempo na doutrina e na jurisprudência, foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, onde foi firmada a tese de que é inconstitucional a distinção do regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

A discussão em torno do reconhecimento dos companheiros enquanto herdeiros legítimos ainda perdura, tendo em vista robustos posicionamentos da doutrina em desfavor dessa equiparação. Entre os argumentos contrários, se pondera que os cônjuges e companheiros possuem regimes jurídicos completamente diversos, sendo institutos ímpares, que não guardam qualquer semelhança normativa, e, conseqüentemente, que esse reconhecimento trataria insegurança jurídica, tendo em vista a clara disposição da legislação em sentido contrário. Entre os argumentos favoráveis, que em maior número se sustentam, se encontra justamente o *animus* constitucional da igualdade entre os sucessores, além do vínculo afetivo, principal parâmetro na interpretação das normas sucessórias.

Mesmo diante da *via crucis* na elaboração da ordem de vocação hereditária, o Direito das Sucessões ainda perpetua uma gravosa defasagem em relação ao anseio popular, e, sobremaneira, à complexa malha social de um país extremamente miscigenado. Qualquer legislação que procure, taxativamente, presumir a vontade e a realidade de um universo de aproximadamente 212,3<sup>14</sup> milhões de pessoas, está fadada ao fracasso. Nesse ponto, cabe a seguinte reflexão: o Direito das Sucessões,

---

<sup>14</sup>Dados em tempo real, disponibilizados pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (com base no crescimento estatístico da população). População brasileira às 16:01:14 do dia 15/11/2020.

como preleciona a doutrina, é o Direito de Família *mortis causa*; quando o Direito de Família encontrou óbice na complexidade social, recorreu ao mecanismo hermenêutico de maior destaque na atualidade, a afetividade jurídica, sendo certo que este importante princípio (e norma) poderá, sem qualquer dúvida, ser aplicado aos demais ramos do Direito. A solução do imbróglio parece se evidenciar.

Essa nova roupagem na percepção do Direito das Sucessões é paulatina, porém já encontra respaldo em diversos julgamentos paradigmáticos. Reiterando a importância do termo socioafetividade, abordado em capítulo próprio, a jurisprudência nacional hoje o enxerga como um elo entre o fenômeno social e o fenômeno normativo; nas palavras de Lôbo (2020, p. 120), "as relações familiares e de parentesco são socioafetivas porque congregam o fato social ("sócio") e a incidência do princípio normativo ("afetividade)". Essa recente predileção pela socioafetividade não é, de todo, desprezível. Os Tribunais Superiores estão encontrando, através do princípio da afetividade, um novo mecanismo de "escape", configurando-se como o motor de atualização legislativa em detrimento das pretensões sociais e da complexidade das demandas judiciais.

A colisão entre filiação socioafetiva e origem biológica surge com força, especialmente nas sucessões abertas. Intenta-se negar a primeira com dados da segunda, tanto o descendente biológico do *de cuius*, quando este deixa fortuna apreciável, quanto, pela mesma razão e sentido contrário, os demais herdeiros do *de cuius*, que desejam afastar o descendente socioafetivo. O móvel não é moral, nem jurídico, mas patrimonial (LÔBO, 2020, p. 123).

O embate travado entre os herdeiros legitimados pela ordem de vocação hereditária e os herdeiros que dela são excluídos é, geralmente, brutal. Numa curta análise, é possível dizer que os familiares socioafetivos são, por força da Constituição Federal e dos recentes entendimentos judiciais, herdeiros legitimados; a discussão não é essa. Como observou Lôbo (2020), a colisão entre esses dois tipos de filiação remonta diversas e semelhantes batalhas judiciais a respeito da veracidade, legalidade e legitimidade dos familiares socioafetivos. Essa luta, que ajuda a travar debates extremamente conservadores, busca desacreditar a relação socioafetiva, tentando presumir, com base tão somente num viés moralista, o *animus* do *de cuius* em dispor de seu acervo em favor dos vínculos biologizados.

Contra esse argumento, a doutrina preleciona que a filiação sempre será socioafetiva; desse gênero surgem duas espécies, a filiação biológica e a não biológica. Quando a filiação é biológica, se presume o caráter socioafetivo, porém, quando a filiação não é biológica, se investiga a existência desse elo através das partes, por meio de valores que ao Direito são relevantes – a afetividade jurídica. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em reiterados julgados, é pela primazia da paternidade socioafetiva, principalmente nos casos onde a origem genética era colocada como fundamento para desconstruir paternidades ou maternidades já consolidadas, sobremaneira com interesses patrimoniais, em casos de sucessões envolvendo adoção irregular, ou, como no dito popular, "adoção à brasileira"; essa tese foi firmada no REsp 91.825, relatoria Min. Menezes Direito.

Observando a evolução das decisões judiciais em sede do Direito das Sucessões, é possível notar uma tímida transição entre a corrente clássica (que defende a vocação hereditária) e a corrente moderna (que defende a primazia da socioafetividade). A superação de um instituto que remete aos tempos de outrora talvez não seja uma tarefa fácil, ainda que, como demonstrado, tenha deixado de refletir a realidade de grande parcela da população. O Direito de Família já se rendeu à inconteste necessidade de atualização, vez que o legislador dificilmente conseguirá acompanhar os avanços sociais – e, mesmo que consiga, acabará gerando uma quantidade imensurável de normas ao tentar abranger as diferentes configurações que se apresentam perante o Direito. Esse não é o papel do legislador. Delimitar a realidade social é uma tarefa de tiranos, e foge completamente ao ímpeto democrático delineado na Constituição Federal.

Na batalha entre a vocação hereditária e a socioafetividade, arrisca-se dizer que a última está saindo vitoriosa. A superação de uma concepção legalista, que procura presumir e não investigar, que não se adequa ao complexo andamento da realidade social, e que, sobretudo, ignora as relações não biologizadas, é algo extremamente benéfico ao Direito. Tolher garantias fundamentais é um mecanismo que deve ser utilizado apenas em casos extremos; como analisado no primeiro capítulo, a legítima não justifica sua supressão da autonomia privada, tratando-se de instituto completamente desconectado dos valores constitucionais. Quando finalmente a afetividade jurídica se tornar o fator predominante no aferimento da ordem sucessória, não se falará em legítima, vez que deixará de existir a imposição

legal de que o acervo patrimonial do *de cuius* seja destinado de forma diversa daquela com a qual aspirava em vida. A afetividade jurídica é o fim da legítima.

#### 4.1.1 O fim da legítima

Um levantamento realizado no VIII Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) apontou que 80% dos presentes, entre professores, advogados e acadêmicos, quando perguntados acerca da necessidade de revisão da legítima no Brasil, responderam que “Sim”. Tartuce (2019), a quem destinam-se os créditos pela publicização da referida pesquisa, pontua que ao elaborar o projeto de Reforma Sucessória em parceria com o IBDFAM e outros juristas, buscou, num primeiro momento, reduzir a legítima, dos anteriores 50% (cinquenta por cento) para 25% (vinte e cinco por cento).

O autor ainda narra que outros debates acerca da legítima afloraram na ocasião, com propostas como a legítima variável, que busca conferir maior proteção às pessoas vulneráveis e hipossuficientes (algo como o Direito das Sucessões de algumas comunidades independentes da Espanha, que atribuíram às pessoas com deficiência uma especial proteção patrimonial). Ocorre que esse entendimento não é de todo certo, vez que busca mascarar e conferir uma nova roupagem ao instituto da legítima, que, como dito, não reflete a realidade social moderna. Os mesmos argumentos utilizados para diminuir a porcentagem da legítima ou, como narrado, conferir proteção apenas aos vulneráveis e hipossuficientes, pode ser utilizado para colocar fim ao instituto; de certo, ele não deve permanecer como está.

Fazendo bom uso do Direito Comparado, é necessário lançar vistas ao que as sociedades modernas (no âmbito internacional) trazem ao debate jurídico das sucessões. Nesse ponto, Madaleno (2020, p. 362) preceitua que um bom ponto de partida para reestruturar o Direito das Sucessões está em descrever a natureza jurídica da legítima, como *pars hereditatis* (direito ao quinhão representado por bens do acervo deixado), como *pars bonorum* (direito a uma quota líquida, como no legado), como *pars valoris bonorum* (direito a um crédito contra o espólio), ou, por fim, como um *pars valoris* (direito a se tornar um credor dos herdeiros).

Essa distinção é sobremaneira significativa na comunidade internacional, vez que as diferenças entre as legislações sucessórias decorrem do reconhecimento da

natureza jurídica da legítima. Alterar ou colocar fim ao instituto da legítima depende, intrinsecamente, de reconhecer (ou afastar) sua definição normativa, compreendendo as implicações sociais de findar uma tradição jurídica milenar.

Algumas legislações civis autônomas do Estado espanhol promoveram modificações significativas no sistema das legítimas, cujas reformas se propõem a adequar a legislação às realidades sociais atuais, como acontece com o aumento da expectativa de vida; com a existência de uma taxa maior de divórcios, que distanciam os filhos de seus pais; com o fato de a legítima ser considerada um *pars hereditaris*, e assim prejudicar a superveniência de uma empresa, ou embarçar um empreendimento familiar em razão da morte do titular da sociedade empresária. Assim visto, pelo fato de que em muitos dos relacionamentos familiares nunca existiu, em realidade, qualquer interação ou solidariedade familiar entre seus componentes, ou com a constatação de que o cônjuge sobrevivente, quem de ordinário colabora na formação do patrimônio familiar, resta abruptamente ceifado de metade dos bens conjugais, e que a legítima endereçada aos herdeiros necessários interfere na manutenção do padrão socioeconômico da família remanescente e cria dificuldades financeiras para uma vida do consorte sobrevivente que tem se tornado cada vez mais longa (MADALENO, 2020, p. 356)

De fato, os argumentos contrários ao fim da legítima permeiam a doutrina jurídica na mesma intensidade que os favoráveis, ainda que estes últimos endossem um ponto em comum entre as duas correntes: a proteção da família. O Direito das Sucessões deve conciliar a proteção da família – em todas suas nuances e diversidades – e a liberdade, manifestada pela autonomia privada. Atualmente, a legislação sucessória no Brasil não protege a família, vez que não reconhece o parâmetro socioafetivo das relações humanas, e muito menos defende a liberdade individual, vez que vincula o patrimônio do *de cuius* à ordem de vocação hereditária, mesmo quando este, em vida, dispõe de seus bens por via testamentária.

Madaleno (2020, p. 350) faz uma importante reflexão acerca da falsa percepção de que ao Direito das Sucessões subsiste um interesse absoluto de ordem pública. O autor afirma que é inconcebível o fato de que mesmo diante das décadas transcorridas e da maturidade evidente de nossa tradição jurídica, “a autonomia privada só tivesse avançado no domínio do Direito de Família e sem nenhum avanço no campo das sucessões, em cuja ciência jurídica justamente significaria reconhecer uma maior liberdade de testar”. Enquanto os casais podem transigir sobre as questões matrimoniais no Direito de Família, ficam engessados

aos ditames legais no campo das sucessões, vez que ainda perdura na cultura jurídica nacional um espírito saudosista à tradição jurídica romana.

Infelizmente ainda prevalece, por total inércia ou falta de interesse do legislador em repensar o direito sucessório brasileiro, este antigo sistema de freios à liberdade de testar, ordenando o art. 1.846 do Código Civil pertencer aos herdeiros necessários (CC, art. 1.845, descendentes, ascendentes, cônjuge e pelos RE's 646.721/RS e 878.964/MG o companheiro sobrevivente), de pleno direito, a metade dos bens da herança, que é constituída da legítima, e a legítima não pode ser incluída no testamento (CC, art. 1.857, § 1º) (MADALENO, 2020, p. 351).

Nesse ponto, é necessário fazer uma clara distinção entre os possíveis resultados da presente pesquisa: o primeiro, e menos imersivo, é a revisão da legítima e sua respectiva adaptação ao paradigma da afetividade; o segundo, e mais agressivo, visa a total desestruturação da legítima, adaptando os pontos importantes (proteção da família, igualdade entre os sucessores, etc.) à legislação e ceifando a existência de imposições legais na destinação dos bens do *de cuius*.

Em relação ao primeiro resultado, Tartuce (2019) e Lôbo (2020) assumem esse posicionamento “conservador”, reconhecendo a necessidade de revisão do instituto da legítima, sem, no entanto, declarar sua ineficiência total. Ambos os autores se posicionam no sentido de readaptações na ordem de vocação hereditária, como já vem sendo feito através dos reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, além da redução imediata no percentual destinado aos herdeiros legítimos, em caso de sucessão testamentária.

Com críticas muito mais severas, e alinhado ao segundo resultado, Madaleno (2020) declara em diversos trechos de sua obra a necessidade de exclusão do instituto da legítima do ordenamento jurídico nacional, vez que não cumpre, nem mesmo no mais superficial dos pontos, sua função normativa. Seguindo a linha da socioafetividade (que chama, em sua doutrina, de solidariedade familiar), assevera a importância de seu aferimento durante a sucessão, inclusive citando que se a legítima está verdadeiramente sustentada na solidariedade familiar, ela poderá ser dispensada para os ascendentes – principalmente quando concorrem com o cônjuge sobrevivente –, vez que, via de regra, os primeiros já teriam estabilidade financeira.

Ainda que Madaleno aborde o tema através de uma perspectiva patrimonial, suscitando a importância da proteção econômica do núcleo afetivo, não deixa de

fazer menção ao injusto parâmetro utilizado pela legislação na confecção da ordem de vocação hereditária. Ocorre que, como observado, predomina nos dias modernos um distanciamento familiar, onde filhos deixam de assumir os encargos de pais vulneráveis, ou, até mesmo, netos jamais chegam a conhecer seus avós; o direito incondicional à legítima (ainda que o autor use esse termo, faz-se menção às causas de deserdação e indignidade) desses familiares em nada guarda esboço de uma recíproca convivência, tornando a sucessão um mero ato formal, com um caráter patrimonialista, e, sobretudo, dando margem ao abandono dos idosos nos últimos momentos de suas vidas, vez que esse dever de afeto – ainda que objetivo – não gera qualquer repercussão na seara sucessória.

[...] a legítima se trata apenas de uma aparência de igualdade, pois, para repartir entre vários indivíduos de uma família uma herança com verdadeira igualdade, teria de se partir de alguns dados cujos conhecimento somente estava ao alcance dos pais, e que há grande erro em considerar na construção do direito à legítima a ideia de que a natureza fez todos os filhos iguais, quando mera observação da realidade aponta as diferentes personalidades, ações, reações, sentimentos, envolvimento, interações ou disfunções, fora as diferenças de talentos, de méritos e de condições financeiras pessoais, que fazem com que o sistema legitimário obrigatório impeça a efetiva distribuição equitativa do patrimônio do falecido e crie pontuais e dissimuladas distorções, e que expressam uma repartição apenas quantitativamente igualitária (MADALENO, 2020, p. 352).

A legislação sucessória brasileira não prevê o abandono afetivo, por exemplo, como causa de exclusão hereditária de um filho que negligencia os pais idosos; não prevê a exclusão de pais que nunca tiveram qualquer vínculo com seus filhos biológicos, e que, muitas vezes, já possuem outros vínculos socioafetivos; ignora a existência dos laços desbiologizados (em especial a amizade e a comunidade), e, sobremaneira, não cumpre hoje nenhuma função social além da questionável proteção ao núcleo familiar legalista. O fim da legítima implicaria numa série de conflitos jurídicos que, indubitavelmente, precisariam ser dirimidos.

De fato, os inventários judiciais e processos correlatos que buscassem aferir, caso a caso, os verdadeiros destinatários da herança do *de cuius*, levando em consideração a afetividade jurídica e a autonomia privada, trariam ao Poder Judiciário demandas extremamente complexas e prolongadas. Diante da dificuldade em conseguir, com eficiência, delimitar o círculo socioafetivo do falecido, ou, ainda,

abrir margem para que os filiados se habilitem e comprovem essa vinculação, verifica-se o primeiro obstáculo na redefinição da legítima.

Mesmo que de igual modo a presunção da vontade do *de cuius* não seja uma saída aceitável, como hoje perdura com a existência da ordem de vocação hereditária, o processo de desentranhamento de um instituto milenar não ocorre com a apresentação de um modelo igualmente deficiente. Ainda que se sustente a total – e necessária – aplicabilidade da afetividade jurídica nas relações sucessórias, os termos dessa transição devem ser muito bem delineados, para evitar que o Direito das Sucessões volte a caminhar por veredas duvidosas e desatualizadas.

Nesse ponto, volta-se a suscitar o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2019), evidenciando a necessidade de que o legislador normatize e regule as relações sucessórias e os vínculos afetivos, sem, no entanto, delimitá-los. Por força da segurança jurídica, pilar básico do Estado Democrático de Direito, o jurisdicionado deve ter pleno conhecimento dos termos legais a que se sujeita; tomando novamente emprestada a teoria de Alexy (2002), uma ponderação deve ser feita entre os princípios da afetividade e da segurança jurídica, balanceando uma divisão que consiga, em iguais porções, abarcar as duas normas *prima facie*.

Ante ao exposto, conclui-se que, levando em consideração a necessidade de normatização e regulamentação das relações sucessórias e dos vínculos afetivos, a evidente obrigação estatal de garantir a segurança jurídica, e, de igual modo, o anseio de correspondência ao intrínseco ditame constitucional da afetividade jurídica, um novo modelo de sucessão deve ser fundado respeitando – na medida do possível, e havendo ponderação onde não se obtenha êxito – todas as expectativas sociais e constitucionais, razão pela qual uma análise legal se demonstra salutar.

## 4.2 BARREIRAS LEGAIS E A LEGE FERENDA

### 4.2.1 O direito constitucional à herança: garantia ou conservadorismo?

A Constituição Federal de 1988, ainda que tenha inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro uma série incontável de melhorias e adaptações, foi extremamente sucinta em relação ao Direito das Sucessões. No inciso XXX do artigo 5º, o constituinte foi categórico ao afirmar que "é garantido o direito de herança".

Prosseguiu, no inciso XXXI, ao manter um antigo dispositivo já constante na Constituição de 1934, que adotava a lei mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros na sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil. E assim, finalizam-se os dispositivos, explícitos, que fazem referência ao Direito Sucessório.

Lôbo (2019) afirma que apesar da aparente avareza constitucional em relação às sucessões, diversas outras normas constantes na CF-88 (expressas ou implícitas) se aplicam ao Direito Sucessório. Em exemplo, é possível que se fale nos direitos pessoais, às famílias e às titularidades sobre bens e valores econômicos. Em relação aos direitos pessoais, em conformidade com o art. 5º, inciso X, preceitua-se que este tipo de direito é insuscetível à transmissão hereditária, exceto na violação que enseja dano reparável, que pode ser pleiteada pelo espólio; quanto às famílias, festeja-se através da igualdade entre filhos biológicos e não biológicos uma enorme repercussão na esfera sucessória, como já explanado; por último, em relação às titularidades sobre bens e valores, dá-se como exemplo a possibilidade de transmissão *mortis causa* de marcas, nomes de empresas e outros signos.

De toda sorte, a principal inovação constitucional reside no art. 5º, XXX, que, diferente de outros textos constitucionais, finalmente elencou a herança como uma garantia fundamental. Lôbo (2019, p. 41) pontua que o direito à herança não se confunde com o direito a suceder; ainda que nesse erro tenha incorrido parte da doutrina tradicional. A garantia constitucional de herança é uma mera expectativa de direito, vez que preceitua a possibilidade – adequada à legislação infraconstitucional – de sucessão, e não sua total efetivação. Se a legislação infraconstitucional restringir a ordem de vocação hereditária, ou, ainda, se um potencial herdeiro venha a falecer antes da sucessão, quem poderia ser herdeiro não mais o será.

A elevação do direito de herança ao status constitucional se deu num momento em que a relevância da sucessão testamentária foi colocada em xeque pela realidade social brasileira e, especialmente, pelos ideais do constituinte. As legislações anteriores ao texto constitucional de 1988 priorizavam, sobremaneira, o modelo individualista e liberal de sucessão testamentária; a garantia do direito à herança inverte essa primazia, vez que passa a declarar como garantia não mais a liberdade de testar, ou a liberdade na disposição nos bens, mas festeja, tão somente, o direito de figurar, potencialmente, enquanto herdeiro.

Esse movimento, como dito, trouxe uma falsa percepção de que o direito à herança era, necessariamente, um direito de herdar. Ocorre que essa assertiva não encontra qualquer respaldo na realidade lógica ou jurídica, vez que a sucessão legítima ou testamentária se dá *mortis causa*, sendo inconcebível qualquer transmissão desta sorte em vida. De acordo com Lôbo (2019), muitos doutrinadores tradicionais, a exemplo de Carlos Maximiliano, adotaram o posicionamento da inafastabilidade do direito de suceder, inclusive pontuando que institutos como a deserção ou indignidade não se adequavam ao texto constitucional, vez que afrontavam e podavam a garantia constitucional "de suceder".

Entender por uma garantia inerente à sucessão é aceitar que, independentemente de qualquer fator social, alguém esteja apto a herdar os bens de outrem. Essa visão vai de encontro ao robusto arcabouço de informações presentes neste trabalho, vez que não corresponde, em nenhum grau, aos anseios da sociedade e às alterações jurisprudenciais modernas. Interpretar a Constituição Federal é uma tarefa árdua, levando em consideração o decurso temporal entre sua promulgação e os dias atuais; nesse ponto, cabe ao intérprete analisar pormenorizadamente o *animus* do constituinte, verificando se a aplicação de uma garantia poderia gerar um vínculo jurídico incondicional, tolhendo a liberdade de disposição patrimonial.

Nesta senda, envereda-se pelo posicionamento da doutrina moderna, a exemplo de Madaleno (2020) e Lôbo (2019), que afirmam que o direito constitucional à herança não é, em relação ao sucessor, absoluto. A alteração no paradigma da sucessão legítima não vai de encontro ao que preceitua a Constituição Federal de 1988, vez que em nenhum momento se garante – ou se sustenta – a obrigatoriedade de tal espécie de sucessão. Não obstante, o próprio princípio da afetividade se desprende da Constituição Federal, possuindo hierarquia normativa para combater, frontalmente, qualquer obstáculo à sua satisfação.

A natureza de norma *prima facie* da afetividade jurídica simplifica o embate com as normas infraconstitucionais do Código Civil de 2002, vez que em razão da celebrada hierarquia das normas, a preponderância de um princípio constitucional é forçosa em relação à legislação ordinária. Esse entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pontuou no capítulo 3, tornando inócuo o debate acerca de barreira legal na legislação civil.

#### 4.2.2 **Lege ferenda: mudanças necessárias ao reconhecimento da afetividade jurídica no Direito das Sucessões**

Verificada a inexistência de óbice constitucional e infraconstitucional ao reconhecimento da afetividade jurídica enquanto novo parâmetro do Direito das Sucessões, resta forçoso que se delimitem as diretrizes de funcionamento desse novo instituto, não só no campo da teoria jurídica, mas voltando ao campo da *praxis*. Um primeiro ponto de tensão entre o *status quo* da sucessão legítima e o novo e paradigmático campo da sucessão afetiva, reside justamente no instituto do testamento e nas nuances da sucessão testamentária.

Como profundamente abordado no primeiro capítulo, a liberdade de testar e a autonomia privada são fundamentos essenciais para a reforma do Direito Sucessório, ainda que devam ser ponderados perante a solidariedade familiar e aos diferentes tipos de hipossuficiência aptos a gerarem obrigações alimentares *post mortem*. Pouco a pouco, é possível perceber que alguns parâmetros básicos podem ser utilizados no sentido de alcançar a melhor delimitação técnico-jurídica.

Quando se fala em sucessão testamentária, ainda que esta, como pontuam Gagliano e Pamplona Filho (2019), seja extremamente ignorada em relação à legítima, está a se falar também numa declaração expressa de vontade do *de cuius*. O texto constitucional e as diversas atualizações legislativas que ceifaram o protagonismo da sucessão testamentária buscaram, sem dúvidas, estabelecer um modelo pautado na solidariedade familiar – um modelo esquizofrênico, que em nada guarda relação com a verdadeira solidariedade que permeia o afeto. Garantir, sem óbices, o direito de herança através da vocação hereditária, acabou por gerar uma aberração jurídica que perpetuou, e continua perpetuando, uma grave injustiça.

Madaleno (2020) observa que o abandono afetivo, muitas vezes, ocorre em razão da certeza do sucessor de que não restará afastado do processo sucessório, vez que independente do cuidado e do afeto que invista, permanecerá fazendo juz ao acervo patrimonial deixado pelo *de cuius*. O antigo temor às cláusulas testamentárias, ainda que problemático, acabava por tornar as famílias mais unidas, evitando que um filho abandonasse seu pai ao relento, ante ao receio de ser excluído da sucessão testamentária; num claro comportamento patrimonialista.

Ainda que o exemplo apontado não seja, em todo, positivo, acaba por revelar uma consequência direta da predileção legislativa ao modelo de sucessão legítima. Nesse ponto, deve-se levar em consideração que a liberdade pessoal e a autonomia privada só devem ser tolhidas diante de clara, expressa e relevante causa normativa; o Estado Democrático de Direito preceitua a liberdade individual em detrimento da agressividade estatal. O jurisdicionado é sujeito hipossuficiente na relação Estado-indivíduo, devendo ter sua integridade e liberdade protegidas.

Não subsistem, como se evidenciou, razões concretas para impedir que o indivíduo disponha da integralidade de seus bens, caracterizando-se como grave ofensa e quebra do pacto da mínima intervenção estatal na esfera pessoal. Os regimes matrimoniais, no Direito de Família, podem ser completamente acordados e dirimidos entre as partes; entretanto, no Direito das Sucessões, o legislador optou por comentar um engessamento na liberalidade individual, sem justificativas.

Ainda que se considere a proteção da família, é necessário verificar as necessidades individuais de seus membros, vez que a ordem de vocação hereditária, ao que se propõe, não reflete acertadamente o binômio necessidade-possibilidade. Por qual razão os descendentes necessitam, dentro do caráter de solidariedade familiar, de mais recursos que os ascendentes? Ou parentes colaterais? Ou ao cônjuge? A ordem criada por imposição legal não reflete, no caso concreto, as nuances de cada entidade familiar.

Nesse ponto, se defende que ninguém melhor que o próprio testador para conhecer as peculiaridades de sua família, as aspirações, os méritos, o afeto, enfim, a subjetividade de cada familiar. Esse posicionamento, defendido por Madaleno (2020), e abertamente adotado durante o transcorrer deste capítulo, abre margem para a primeira mudança significativa na legislação, no sentido de introduzir a afetividade jurídica enquanto um novo parâmetro sucessório: a liberdade de testar.

Em relação aos familiares hipossuficientes (na forma da lei), admite-se uma sucessão com caráter *pars valoris bonorum*, como já ocorre em ordenamentos jurídicos internacionais, como na Galácia e na Catalunha. Essa forma de sucessão gera um crédito ao sucessor em desfavor do espólio, quase como numa relação alimentar, tendo em vista que entre o filiado hipossuficiente e o *de cujus*, existia uma relação não só de afeto, mas também de dependência financeira. Dessa forma, a

antiga preocupação de que a liberdade de testar poderia, em algum nível, ferir a integridade dos herdeiros hipossuficientes, deixa de existir.

Um outro ponto de tensionamento reside na (in)existência de testamento. Levando em consideração que, existindo testamento, não há óbice à aplicação da afetividade jurídica (percebida e atestada pelo próprio *de cujus*), as preocupações se voltam aos casos em que o testamento é inexistente. No ordenamento jurídico atual, a ausência de sucessão testamentária implica no imediato cumprimento da ordem de vocação hereditária, instituto amplamente criticado e controverso.

A solução imediata, sem que antes seja realizado um estudo aprofundado acerca das consequências fáticas dessa medida, é justamente a aplicação integral da afetividade jurídica, devendo os herdeiros habilitados comprovarem, nos mesmos parâmetros da comprovação de uma união estável ou filiação socioparental, a existência de vínculo afetivo entre o potencial herdeiro e o *de cujus*. A maior preocupação, nessa situação, seria o longo e fervoroso embate entre os filiados biológicos e os não biológicos, como hoje já se delineia, nas ações de inventário.

A legítima, e, conseqüentemente, os herdeiros legítimos, deixarão de existir frente a necessidade de comprovação, jurídica, da existência do vínculo afetivo entre as partes. O genitor que jamais conheceu o filho, ou, de igual modo, o filho que em nada contribuiu com o patrimônio do pai, não mais serão, por imposição legal, herdeiros chamados à sucessão de forma automática. A socioafetividade exclui o caráter impositivo da sucessão, tornando-a humanizada, e, sobretudo, justa.

Outrossim, ainda que reiteradamente se tenha falado da necessidade de alteração da legislação, uma solução efetiva demandaria um estudo extremamente aprofundado sobre as consequências práticas desse novo paradigma, razão pela qual se abre mão desse encargo, em função dos poucos recursos e do caráter intrinsecamente teórico do presente estudo. Extinguir a legítima, e, conseqüentemente, a vocação hereditária, provocaria severas mudanças sociais, legais e processuais; no campo social, os afetados provavelmente inflamariam debates contrários, tendo sua "garantia" tolhida; no campo legal, diversas seriam as implicações normativas dessa alteração, tendo em vista o entranhamento das normas civis em volta desse instituto basilar; e, por fim, no campo processual, veríamos um aumento impactante na duração e complexidade das ações de inventário, produzindo efeitos que transcendem a ordem do Poder Judiciário.

## 5 CONCLUSÃO

A sucessão legítima é um instituto ultrapassado. A maioria esmagadora da doutrina contemporânea traça críticas às restrições propaladas por este instituto, advogando pelo fim ou pela reestruturação da legítima, seja em razão da perpetuação de uma injusta divisão através da ordem de vocação hereditária, seja pelo gravoso tolhimento à liberdade de disposição dos bens – que fere o direito fundamental à propriedade privada – por meio da limitação à sucessão testamentária. Os avanços jurisprudenciais revelam uma tendência, ainda que tímida, da substituição da ordem de vocação hereditária (*stricto sensu*) pela afetividade jurídica, vez que os vínculos de afeto, à luz do atual entendimento das Cortes Superiores, prevalecem em detrimento dos vínculos jurídicos e biológicos.

Tendo em vista um claro avanço no caminho da superação da sucessão legítima, demonstrou-se que a substituição de um instituto que acompanha a sociedade brasileira desde as Ordenações do Reino não se daria com a simples substituição, jurisprudencial, dos paradigmas norteadores do Direito das Sucessões. A garantia à herança, não obstante seu patamar constitucional, revela um “pacto social” que perpetua o imaginário da população, de que os filhos legítimos, cônjuges ou ascendentes sempre terão, independentemente das circunstâncias vivenciadas pelo *de cuius*, a prioridade na sucessão. Essa “garantia” acaba por gerar, em muitas famílias, um verdadeiro descaso com os parentes próximos, especialmente aqueles de idade avançada, que reiteradas vezes se encontram em posição de abandono pelos próprios familiares, sustentados por essa ideologia de sucessão incontestável.

O direito constitucional à herança, analisado à luz das demais garantias fundamentais, não corresponde ao direito líquido e certo de herdar. O direito de herança garante ao pretense sucessor a possibilidade de participar da sucessão, em nada lhe garantindo a confirmação de sua situação, como dito, pretensa. Desconstruir essa visão incontestável do processo sucessório, além de desmistificar e contribuir com a superação do modelo de sucessão legítima, fará com que a solidariedade familiar – ou simplesmente afeto, *lato sensu* – passe a se tornar o principal ponto de apoio do Direito das Sucessões, desconstituindo uma ordem hereditária que perpetua injustas sucessões, ainda que com a expressa manifestação de vontade do *de cuius*, quando vivo, em sentido contrário.

Nesta senda, o primeiro passo no longo caminho pela construção de um novo Direito das Sucessões passa obrigatoriamente pela mudança social. Tentar prever a recepção de um novo modelo sucessório na complexa e volátil malha social reflete os erros cometidos pelo legislador ao perpetuar a sucessão legítima: não leva em consideração os diferentes formatos e realidades familiares.

A intervenção mínima do Estado no planejamento familiar é uma garantia constitucional, prelecionada na Constituição Federal de 1988 através de seu artigo 226, §7º, dispositivo que revela o *animus* do constituinte em não delimitar o conceito de família, mas tão somente regulamentá-la através da legislação infraconstitucional. Aplicar esse mesmo princípio ao Direito das Sucessões significa possibilitar a livre e desembaraçada disposição de bens, vez que não cabe ao legislador apontar ou presumir a vontade do *de cuius*, que conhece muito mais que o Estado a própria realidade familiar e os vínculos que realmente contribuíram na construção de seu patrimônio. Considerar que o legislador possa suprimir essa declaração de vontade, limitando-a percentualmente, fere gravemente as disposições constitucionais.

Justamente nesse ponto que a mudança social se revela essencial, vez que uma parcela ínfima dos processos sucessórios se dá através da sucessão testamentária. A mentalidade de que a sucessão legítima é incontestável, e que a vontade presumida do legislador deverá se sobressair em detrimento da autonomia privada, é uma barreira que limita, sobremaneira, a evolução do Direito das Sucessões. Combater o equivocado entendimento de que a legítima é justa e intocável, através de debates fomentados dentro do próprio seio social, se revela medida muito mais eficaz que a mera alteração paradigmática, que ocorre através de posicionamentos das Cortes Superiores em julgamentos dispersos, algo que em nada agrega à superação, concreta, da sucessão legítima.

Ultrapassada a barreira social, e levando em consideração que a aplicação da afetividade jurídica, como ocorre no Direito de Família, proporciona uma atualização muito mais eficaz do que qualquer outro modelo normativo, resta claro que o novo Direito das Sucessões deve ter como pilar o mesmo paradigma atualmente utilizado para dirimir conflitos familiares. A afetividade jurídica, enquanto instituto que possibilita a investigação específica em cada caso concreto, se revela um “motor”, que impulsiona e movimenta o Direito em direção à caminhos modernos, considerando e abarcando todas as realidades de seus jurisdicionados.

No campo normativo, como se demonstrou, os desafios são poucos. A garantia constitucional à herança não agrega ao debate qualquer empecilho, vez que a alteração da legislação infraconstitucional, a qualquer tempo, não fere o direito a suceder, ainda que limite a forma e os indivíduos que participam da sucessão. A atualização do texto legislativo, além de todo o conjunto normativo do Direito das Sucessões, material e processual, parece ser a única ação necessário na persecução da nova realidade proposta por este trabalho. A desconstituição da ordem de vocação hereditária, sobremaneira, se revela como medida fundamental para a plena superação da sucessão legítima, ainda que sejam necessárias alterações nas regras da sucessão testamentária, que fazem referência às limitações impostas pelo legislador em relação à livre disposição de bens.

Por fim, e colocando à prova a hipótese inicialmente apresentada, constatou-se que a afetividade jurídica, não obstante suas limitações e problemáticas, se revela mecanismo fundamentalmente superior ao que hoje norteia o Direito das Sucessões, vez que o modelo sucessório de outrora não mais parece refletir as necessidades e a realidade da sociedade moderna. Priorizar a liberdade individual em seus diferentes núcleos, além de visibilizar as complexas e multifacetadas entidades familiares, resulta, incontestavelmente, no fim da legítima.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n. 215.249/MG**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 03 out. 2002. Corte ou Tribunal. Brasília, 03 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 04 de maio 2011. Corte ou Tribunal. Brasília, 13 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em 05 de maio 2011. Corte ou Tribunal. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 25 out. 2018. Corte ou Tribunal. Brasília, 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 10 abr. 2015. Corte ou Tribunal. Brasília, 16 abr. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8493791>. Acesso em: 1 dez. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família. Revista Entre Aspas UNICORP**. Salvador, BA, 2020. 16 p. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. **Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cuius” em dispor do seu patrimônio**. Coimbra, 2014. 54 p. Dissertação (Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/35082>. Acesso em: 1 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609543/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609550/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

LEITE, Gisele. O privilegiado princípio da afetividade no direito contemporâneo. **Jornal Jurid**. 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/o-privilegiado-principio-da-afetividade-no-direito-contemporaneo>. Acesso em: 1 dez. 2020.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar. Conteúdo Jurídico**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar>. Acesso em: 1 dez. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões: Volume 6**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616763/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. IBDFAM**. Belo Horizonte, MG, 2014. 12 p. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **Da necessidade de repensar a legítima**. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66911/da-necessidade-de-repensar-a-legitima>. Acesso em: 1 dez. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. VI**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985189/>. Acesso em: 1 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989408/>. Acesso em: 1 dez. 2020.