

O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões

Raphael Rego Borges RIBEIRO*

RESUMO: No presente artigo, argumentamos que o Direito das Sucessões positivado no Código Civil de 2002 é insuficiente para atender às exigências da constitucionalização do Direito Civil. Utilizando a metodologia civil-constitucional, e tendo como marco teórico a Teoria Crítica do Direito Civil, induzimos que o direito sucessório atualmente codificado permanece basicamente oitocentista: patrimonialista, individualista, voluntarista, conservador em matéria familiar e, além disso, apegado a formalismos e abstrações. Concluimos que a sucessão *causa mortis* atualmente carece tanto de uma teoria descritiva quanto de uma teoria normativa, que respectivamente digam o que a herança é e o que ela deve ser à luz da Constituição Federal de 1988. Defendemos a necessidade de uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões, que efetivamente promova uma “filtragem constitucional” das noções de herança, sucedido e sucessor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil-constitucional; direito das sucessões; teoria crítica do direito civil.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Pressupostos teóricos e conceituais: direito civil “tradicional”; direito civil-constitucional; teoria crítica do direito civil; – 2. O Código Civil de 2002: A “presentificação do pretérito”; – 3. O direito das sucessões no Código de 2002: A permanência do modelo oitocentista; – 4. A necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões; – Conclusão.

TITLE: *The Failed Constitutionalization of Inheritance Law in the Brazilian Civil Code and the Necessity for a Critical Theory of Inheritance Law*

ABSTRACT: *In this paper, I argued that the Law of Succession in the Brazilian 2002 Civil Code falls short in addressing the demands of the constitutionalization of Civil Law. Using Civil-Constitutional Law as a methodology and Critical Legal Studies as theoretical framework, I observed that the currently codified Inheritance Law remains roughly similar to the eighteenth-century Inheritance Law: patrimonial, individualistic, voluntarist, and conservative regarding family matters; additionally, it still is committed to formalism and abstractionism. I noticed that causa mortis succession currently needs both descriptive and normative theories, which respectively say what inheritance is and what it should be in the light of the Brazilian 1988 Federal Constitution. I indicated the need of a Critical Approach to Inheritance Law which effectively makes the concepts of “inheritance”, “deceased”, and “heir” compatible with the 1988 Constitution.*

KEYWORDS: *Civil-Constitutional Law; inheritance law; critical approach to civil law.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. Theoretical, conceptual premises: “classic” civil law; civil-constitutional law; critical approach to civil law; – 2. The 2002 Civil Code: the “presentification of the past”; – 3. Inheritance law in the 2002 Civil Code: the continuance of the Eighteenth-Century model; – 4. The need of a critical approach to inheritance law; – Conclusion.*

* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Civil no Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB – Centro das Humanidades).

*“Eu vejo o futuro repetir o passado;
Eu vejo um museu de grandes novidades”*

(Cazuza – O Tempo Não Para)

Introdução

Neste artigo, investigamos o seguinte problema: o Direito das Sucessões positivado no Código Civil de 2002 é adequado ao atendimento das demandas decorrentes da constitucionalização do Direito Civil? Argumentamos que não. Acreditamos que o direito sucessório codificado não se desprende da noção do Direito Civil “tradicional”, permanecendo essencialmente oitocentista: patrimonialista, individualista, voluntarista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações.

Para comprovação da hipótese levantada, apresentamos quatro objetivos. Em primeiro lugar, delimitaremos conceitualmente as noções de Direito Civil “tradicional”, “Direito Civil-Constitucional” e “Teoria Crítica do Direito Civil”. Em segundo lugar, observaremos que, a despeito de supostamente ser uma resposta infraconstitucional às exigências da Constituição Federal em relação ao Direito Privado, o Código de 2002 como um todo deixou muito a desejar nesse sentido. Em terceiro lugar, usando o método indutivo-dedutivo, demonstraremos como a insuficiente constitucionalização da codificação se refletiu no Livro V da sua Parte Especial. Por fim, com base na metodologia civil-constitucional, analisaremos como uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões pode contribuir para uma efetiva “filtragem constitucional” dos conceitos de herança e dos sujeitos da sucessão *causa mortis*.

Adotamos como referencial teórico os autores que defendem o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, em especial Pietro Perlingieri e seu *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, bem como Luiz Edson Fachin e sua *Teoria Crítica do Direito Civil*. Não teremos qualquer pretensão totalizante neste artigo; não pretendemos apresentar respostas prontas e acabadas. Pelo contrário, adotaremos uma postura problematizante, reconhecendo a necessidade de constantemente reconstruir e reler os institutos do Direito das Sucessões à luz da Constituição Federal.

A justificativa remota para nossa investigação é política: defendemos que o Brasil precisa de mais pesquisas em Direito das Sucessões, para que esse ramo deixe de ser abandonado e tratado como mero apêndice do Direito de Família. Por outro lado, a justificativa imediata para essa pesquisa é técnico-jurídica: acreditamos que o direito sucessório atualmente codificado é um péssimo trabalho legislativo, incompatível com

o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil. Assim sendo, suscitando reflexões críticas sobre o Livro V da Parte Especial do Código de 2002, esperamos contribuir para a rejeição de uma norma ruim, tornando o Direito das Sucessões mais adequado à realização dos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal.

1. Pressupostos teóricos e conceituais: direito civil “tradicional”; direito civil-constitucional; teoria crítica do direito civil

Reconhecemos que existe uma vasta produção doutrinária de alta qualidade descrevendo o movimento de constitucionalização do Direito Civil e demonstrando a necessidade de superação do assim chamado Direito Civil “tradicional” ou “clássico”.¹ Por essa razão, na presente seção nos limitaremos a esclarecer os pressupostos teóricos e conceituais dos quais partimos para nossa reflexão crítica sobre o Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002.

¹ A título meramente exemplificativo: BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo et al. *Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, vol. I, 1991. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, agosto-dezembro 1999. MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1985. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8905>. Acesso em: 21 ago. 2018. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a.29, n.29, 1996. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9390/6482>. Acesso em 08 de junho de 2018. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v.10, out/dez 2016. TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

Quando mencionamos o Direito Civil “tradicional”, estamos nos referindo ao paradigma liberal-burguês da modernidade ocidental, cujo desenvolvimento se deu em especial a partir do século XIX e que, como aprendemos com Luiz Edson Fachin², se projetou em boa medida no Código Civil de 1916.³ O pensamento civilista clássico é essencialmente marcado pelo patrimonialismo⁴, pelo voluntarismo⁵, pelo individualismo⁶ e pelo conservadorismo em matéria familiar.⁷ Além disso, é excessivamente apegado a formalismos e abstrações. Do mesmo modo, destacamos também nesta tradição a noção de o Direito Privado ser um sistema fechado⁸, praticamente incomunicável em relação à esfera do Direito Público. Nesse contexto, o Código seria autossuficiente e exclusivo, além de supostamente marcado por precisão, univocidade, coerência, completude.⁹ Daí também se afirmar, para tal linha de pensamento, que o Código Civil é a “Constituição do homem comum”. As principais influências do seu desenvolvimento teórico foram influências foram, de um lado, a tendência codificadora francesa, especialmente a Escola da Exegese; e, de outro lado, o cientificismo jurídico alemão, refletido notadamente nas Escolas Histórica e Pandectística.

Em decorrência da influência francesa, o Direito Civil “clássico” é marcado, de um lado, pelo culto ao texto da lei, à *mens legislatoris* e à onipotência jurídica do legislador; e, de outro lado, pela crença em que a função do jurista nada mais é do que interpretar a lei respeitando o texto legal e buscando a vontade de um legislador supostamente

² FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

³ Se o Código Civil da Alemanha (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é apontado como sendo *Spätwerk des Liberalismus*, ou seja, produto tardio do liberalismo, a primeira codificação civil do Brasil foi verdadeiramente uma obra do século XIX promulgada em um momento já relativamente avançado do século XX.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n.29, jul/dez 2006.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1992. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978>. Acesso em: 21 ago. 2018, p.51. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. trad. Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan. 1999, p.38-39.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*, cit., p.200.

⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009, p.173.

⁸ Aqui usamos “sistema fechado” na concepção de Norberto Bobbio: “aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial”. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p.38.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.59.

infalível.¹⁰ O papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal.¹¹ Do mesmo modo, nessa concepção civilista tradicional não havia bom direito sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva.¹² Conforme ressaltado por Luiz Edson Fachin, isso significava que ficava fora do sistema aquilo a que ao sistema não interessava, como, por exemplo, o modo de apropriação não exclusivo dos bens e a vida familiar que não se adapte ao modelo positivado.¹³

Por outro lado, em razão da inspiração alemã, o Direito Civil “tradicional” é sistemático e formalista, características herdadas da Escola Histórica, em especial com a teoria metodológica de Savigny.¹⁴ Da Escola Pandectista, no mesmo sentido, o Direito Civil “clássico” herdou a sua pretensão de cientificidade, pureza teórica, neutralidade e universalidade.¹⁵ Daí a importância dada pelo civilismo tradicional aos conceitos jurídicos com alto grau de abstração, cuja aplicação lógica supostamente conduziria, em qualquer contexto, necessariamente a uma decisão correta.¹⁶ Também por influência dos germânicos, o Direito Civil “clássico” levou ao plano jurídico-positivo a ideia do caráter sacro da propriedade privada e do poder da vontade do sujeito¹⁷, sendo a autonomia individual o centro de gravidade do Direito Privado.¹⁸

Em sentido diametralmente oposto, quando mencionamos o Direito Civil-Constitucional, estamos nos referindo aos reflexos do neoconstitucionalismo em relação ao Direito Civil. Partimos primeiramente do pressuposto de que a Constituição é dotada de supremacia¹⁹ e de força normativa²⁰; consideramos que, entre os valores

¹⁰ GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 121-134, 2005, p.124.

¹¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999, p.06.

¹² TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas*, cit., p.02.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades*, cit., p.53.

¹⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p.491.

¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. Distinções Hermenêuticas Da Constitucionalização Do Direito Civil: O Intérprete Na Doutrina De Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 60, n. 1, p. 193-213, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442/25100>. Acesso em: 13 jul. 2018, p.196. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*, cit., p.16-17.

¹⁶ WIEACKER, *História*, cit., p.495.

¹⁷ PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p.58.

¹⁸ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado*, cit., p.39.

¹⁹ Aqui usamos a noção de supremacia constitucional de José Afonso da Silva, no sentido de reconhecer que a Constituição se encontra “no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017, p.47.

²⁰ O conteúdo material e axiológico do texto constitucional se irradia por todo o sistema jurídico. Nesse contexto, não basta a observância formal aos procedimentos que a Constituição determina para a elaboração da legislação infraconstitucional, mas também que o conteúdo dessa legislação atenda aos valores presentes na própria Constituição. Ver PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p.10.

constitucionais, a dignidade humana é uma “supernorma”²¹ que se destaca e traz a pessoa para o centro do sistema²²; e assim depreendemos que todo o ordenamento jurídico deve ser lido e apreendido sob a ótica dos valores constitucionais, em especial a proteção e a promoção da dignidade humana, devendo-se operar desse modo uma verdadeira “filtragem constitucional” sobre todo o ordenamento infraconstitucional.²³

Compreendemos que o Direito Civil-Constitucional nada mais é do que a metodologia do movimento de constitucionalização do Direito, acima descrito, aplicada ao Direito Civil.²⁴ Neste contexto, com base na doutrina de Pietro Perlingieri²⁵, podemos identificar como pressupostos teóricos fundamentais desta metodologia: a força normativa da Constituição; unidade e complexidade do ordenamento jurídico; e uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos. Ademais, observamos como características essenciais desta metodologia a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação jurídica; e a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura.²⁶

O Direito pode exercer duas funções: conservar as situações presentes; ou transformar o existente, modificando a realidade.²⁷ Entendemos que a nova ordem constitucional fez uma opção pela segunda função, estabelecendo valores que fixam um projeto de sociedade que deve ser perseguido e promovido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, os institutos jurídicos têm seu fundamento e razão de ser redefinidos, para se harmonizarem com a tábua axiológica constitucional²⁸; passam, assim, a ter a função de promover o projeto e os valores estampados na Constituição Federal, e a estar sujeitos a controle de merecimento em relação ao cumprimento ou não de sua respectiva função promocional.²⁹ Consequentemente, com a metodologia civil-

²¹ RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/>. Acesso em 16 de julho de 2018, p.13.

²² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.75.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito*, cit., p.254.

²⁴ Sobre a constitucionalização do Direito Civil e seu tríplice sentido (formal, substancial e prospectivo), recomendamos: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos*, cit., p.08.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do Direito Civil*, cit., p.01.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional*, cit., p.30. Ver também: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, cit., p.53.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.171.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do Direito Civil*, cit., p.08.

²⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p.265.

constitucional, o Direito Privado se transforma, passando a regular a vida privada para melhor tutelar a dignidade humana e melhor desenvolver a sua personalidade.³⁰

Fala-se em uma “despatrimonialização do Direito Privado”, no sentido de que os institutos privados clássicos não mais são protegidos como bens em si mesmos, mas enquanto direcionados à promoção dos valores constantes nas normas constitucionais, em especial aqueles que promovem a dignidade do ser humano.³¹ Distinguem-se interesses existenciais e patrimoniais, funcionalizando-se estes em relação àqueles.³² Rompe-se com os esquemas e conceitos individualistas clássicos da “teoria tradicional”, de forma a atender as exigências constitucionais de socialidade e solidariedade.³³ Do mesmo modo, o controle de merecimento diante da Constituição também compreende os atos de autonomia individual: “a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana”.³⁴

A metodologia civil-constitucional rompe com o modelo clássico de interpretação formalística baseado na operação lógico-formal de subsunção do fato concreto à norma. A solução do problema concreto se dá de forma sistemática, ou seja, interpretando-se em unidade o ordenamento jurídico, atentando-se para critérios hermenêuticos inovadores, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação.³⁵ O que se busca é a substituição do tecnicismo e do positivismo legislativo clássicos pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal.³⁶ Portanto, o intérprete não está aprisionado na literalidade da lei, mas também pode exercer um papel criativo para promover os valores constitucionais; esta atividade importa o reconhecimento da relatividade e da historicidade dos institutos jurídicos.³⁷

Nesse mesmo sentido, a dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito Civil nos leva ainda a olhar de forma crítica e construtiva para os conceitos clássicos de sujeito e relação jurídica.³⁸ Utilizamos para isso a Teoria Crítica do Direito Civil, combatendo os reducionismos e as excessivas abstrações, de forma a permitir que o Direito Civil contemporâneo “não seja mero alinhamento com estruturas arcaicas retocadas, contidas em códigos de antemão determinados, de tipo conceitual, geral e

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit.

³² TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*, cit., p.365.

³³ PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p.208.

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do Direito Civil*, cit., p.03.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do Direito Civil*, cit., p.03-04.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.54.

³⁷ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda*, cit., p.14.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.01.

abstrato”.³⁹ A teoria tradicional do Direito Civil, com sua pretensão de cientificidade, neutralidade e universalidade espaço-temporal, acabou por se distanciar da realidade social. Criaram-se categorias jurídicas congruentes com determinado momento histórico, mas colocadas para valerem perpetuamente; naturalmente, com a mudança do contexto, os fatos passam a se chocar com os conceitos.⁴⁰ É necessário fazer uma releitura dos conceitos tradicionais para evitar um divórcio entre direito imposto e realidade.⁴¹ Não estamos falando em abandono das categorias históricas fundamentais do Direito Civil, mas sim da ressignificação e releitura dessas categorias para atender a uma sociedade em mudanças.⁴² Existe uma dupla asserção na releitura das categorias à luz da Constituição. Em primeiro lugar, a normativa constitucional é tida como regra hermenêutica. Para além disso, o texto constitucional é tido como norma de comportamento, incidindo sobre o conteúdo das situações subjetivas, funcionalizando-as aos valores constitucionais. Isso significa redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, destacando os seus perfis funcionais, revitalizando cada um deles à luz dos valores constitucionais.⁴³

Entendemos que o assim chamado Direito Civil “tradicional” é incompatível com a atual teoria (neo)constitucional brasileira, tanto formalmente quanto materialmente. Formalmente, o centro de gravidade do Direito Civil deixou de ser o Código e passou a ser o texto constitucional – que goza de supremacia formal e material sobre todo o sistema, inclusive sobre as relações privadas. A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o Direito Privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Não há mais espaço para um Direito Civil autossuficiente. Por outro lado, o modelo clássico também é materialmente incompatível com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento. Conforme mencionamos, o valor-base do novo paradigma constitucional é a dignidade do ser humano. Da mesma forma, a sociedade passa a ser fundada também nos valores da justiça social e da solidariedade.⁴⁴ Enquanto isso, o modelo civilista liberal, base da “teoria clássica”, é substancialmente marcado por promover a igualdade meramente formal (e despreocupada em produzir justiça social), o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo. Dessa maneira, devemos reconhecer que a “teoria tradicional do Direito Civil” não tem como desempenhar satisfatoriamente um papel

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.37.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.67.

⁴¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Algumas reflexões acerca da Constituição*, cit., p.150.

⁴² LÔBO, Paulo. *Metodologia*, cit., p.20.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.590-591.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*, cit., p.20.

metodológico em um ordenamento constitucionalizado, motivo pelo qual foi substituída pela metodologia Civil-Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil brasileiro uma mudança de rumo: a substituição do patrimonialismo oitocentista pelo privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concretamente considerada.⁴⁵ A edição do Código Civil de 2002 foi uma tentativa nesse sentido. Sobre as expectativas frustradas, discorreremos nas seções seguintes.

2. O Código Civil de 2002: a “presentificação do pretérito”⁴⁶

A Constituição Federal de 1988, ao entrar em vigor, trouxe novos fundamentos para o ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana, o solidarismo, o pluralismo. Todo o sistema jurídico sofreu os efeitos irradiantes do novo texto constitucional. A legislação infraconstitucional passou a dever obediência ao projeto constitucional de promoção da dignidade humana, de valores existenciais, da solidariedade e do pluralismo. Aquelas normas incompatíveis substancialmente incompatíveis com a tábua axiológica da Constituição foram revogadas, porque não recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional.

Em 1988, ainda vigorava o Código Civil de 1916. Este diploma foi gestado na virada do século XIX para o XX, sendo profundamente influenciado pelos valores dominantes na Europa do começo dos anos 1800, bem como pela abstração das categorias jurídicas desenvolvidas pela doutrina germânica do século XIX. O individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo exacerbado que moldaram o antigo *Codex* se revelaram inadequados ao novo sistema constitucional. Além disso, já havia demanda por um novo Código que atendesse às demandas de um Brasil urbanizado e industrializado – afinal, o anterior correspondia aos anseios de uma sociedade predominantemente rural.

Mais de uma década após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em 10 de janeiro de 2002 foi promulgada a lei 10.406, estabelecendo para o Brasil um novo Código Civil. Ocorre que este novo Código Civil nasceu duplamente velho. Em primeiro lugar, velho cronologicamente por ter tido origem em um projeto apresentado na

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos*, cit., p.59. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do Direito Civil*, cit., p.05.

⁴⁶ Usamos aqui a expressão cunhada por Luiz Edson Fachin em: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos*, cit., p.75.

década de 1970. Em segundo lugar, velho axiologicamente por não corresponder ao pensamento jurídico e aos valores predominantes no começo do século XXI – a ponto de, constrangedoramente, em pleno contexto de neoconstitucionalismo e superação da *summa divisio* do ordenamento jurídico, o responsável por coordenar os trabalhos de elaboração do anteprojeto da nova codificação ainda se referir a ela como “a Constituição do homem comum”.⁴⁷

Conforme relatado por José Carlos Moreira Alves, em maio de 1969, o então Ministro da Justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva, designou uma Comissão, supervisionada pelo professor Miguel Reale, com o objetivo de elaborar um novo anteprojeto de Código Civil.⁴⁸ Os membros selecionados para tal projeto foram o próprio Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Agostinho de Arruda Alvim, Ebert Vianna Chamoun, Torquato Castro e Sylvio Marcondes. Cada um deles ficou responsável, respectivamente, pela parte geral e pelos livros de Direito de Família, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito das Sucessões e Direito das Sociedades. Em 1971, a Comissão entregou ao novo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, o anteprojeto elaborado, que foi publicado em 1972 no Diário Oficial da União para receber críticas e sugestões. Nos anos seguintes, a Comissão fez revisões e modificações. Em 1975, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto da nova codificação civil.

Nossa crítica à velhice cronológica do Código de 2002 decorre de ele ter sido promulgado com base no aproveitamento de um projeto apresentado mais de um quarto de século antes. Ainda que no começo dos anos 2000 os valores jurídicos tivessem permanecido os mesmos da década de 1970 (o que não foi o caso), as inovações tecnológicas, políticas e culturais fizeram surgir ou potencializaram demandas de atuação do direito que, por inexistentes ou pouco expressivas, não foram adequadamente tratadas no projeto.⁴⁹ Marcado pelo descompasso entre a lei e a realidade social, o Código já nasceu obsoleto.⁵⁰

⁴⁷ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1169.

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, São Paulo, vol. 88, 1993, p.232-234.

⁴⁹ Sobre a ausência de matérias relevantes no anteprojeto de Código, José Carlos Moreira Alves, membro da Comissão coordenada por Miguel Reale, aduziu que a missão que lhes foi dada não era inovar por inovar, mas apenas integrar ao *Codex* os institutos que já tivessem estratificação suficiente; por essa razão, ficaram de fora tópicos que, em matéria legislativa, situam-se em terreno experimental. Ver: ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/231>. Acesso em 08 de junho de 2018.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. *RTDC*, vol. 7, 2001. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

Relacionada à velhice cronológica está a velhice ideológica do Código de 2002: nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, “um exemplo do paradigma ultrapassado”.⁵¹ O problema não é apenas a Comissão ter sistematizado o pensamento dominante na década de 1970. Para além disso, o que é mais grave, chama a nossa atenção o fato de que a iniciativa governamental para elaboração de uma nova codificação civil se deu no ápice do governo ditatorial militar – lembremos que o Ato Institucional número 5 havia sido editado poucos meses antes, em dezembro de 1968. Não se pode imaginar, portanto, que o anteprojeto de Código apresentado pela Comissão Reale tenha sido efetivamente pautado pelos valores da dignidade humana e da solidariedade social. Com o institucionalismo histórico, ramo da Ciência Política, aprendemos que as escolhas feitas quando uma instituição está sendo formada vão profundamente influenciar, de forma contínua, o futuro dessa instituição.⁵² O autoritarismo, o atraso e o conservadorismo do cenário político certamente entranharam a elaboração do anteprojeto de Código.

Ademais, em relação ao seu conteúdo, o projeto de novo Código nada tinha de revolucionário, ou seja, não havia uma evidente pretensão de romper com as estruturas fundantes do *Codex* de 1916. Pelo contrário, a diretriz dada à Comissão foi no sentido de conservar e preservar a codificação então vigente sempre que possível, “em razão dos seus méritos intrínsecos e do amplo acervo de doutrina e jurisprudência”.⁵³ Como bem acentuou Gustavo Tepedino⁵⁴, o projeto de novo Código focou em corrigir as imperfeições do anterior, reproduzindo as mesmas técnicas legislativas do início do século XX – que, acrescentemos, já reproduziam as técnicas legislativas europeias do começo do século XIX. Dessa forma, concordamos com a conclusão de Eduardo Tomasevicius Filho, no sentido de que, sem ter havido modificação estrutural das matérias nem mesmo alterações redacionais (inclusive com repetição *ipsis litteris* de dispositivos), o Código de 2002 é uma atualização da codificação de 1916.⁵⁵ Do mesmo

⁵¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999, p.10.

⁵² “The basic, and deceptively simple, idea is that the policy choices made when an institution is being formed, or when a policy is initiated, will have a continuing and largely determinate influence over the policy far into the future”. PETERS, Guy. *Institutional theory in political science: the new institutionalism*. 3rd ed. New York: The Continuum International Publishing Group, 2005, p.70.

⁵³ REALE, Miguel. *Visão geral*, cit., p.1171. A tendência de preservação do passado é também confessada por Moreira Alves, que reconheceu que a Comissão elaboradora do Anteprojeto de Código efetivamente tomou a decisão de conservar modelos jurídicos que muitos consideravam elimináveis por conta do seu desuso – o mencionado autor dá como exemplos o Direito de Uso, o Direito de Habitação e a Retrovenda. ALVES, José Carlos Moreira. Inovações do Novo Anteprojeto de Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, out./dez. 1973, p.8. Além disso, na Exposição de Motivos do Novo Código Civil, consta que “ao contrário do que poderia parecer, a um juízo superficial, o Código de 1916, não obstante ter mais de meio século de vigência, conserva intactas, no fundo e na forma, soluções dotadas de vitalidade atual”.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição*, cit., p. 07.

⁵⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.111, jan./dez.2016, p.96. Para Tomasevicius Filho, a referida

modo, aderimos ao pensamento de Luiz Edson Fachin, segundo o qual o Código de 2002 “se alinha, em boa parte, com a presentificação do pretérito e sem grandes contributos à realidade efetiva do programa constitucional”.⁵⁶ Assim, apesar de problemática e preocupante, é sintomática a afirmação de Miguel Reale no sentido de que a Constituição de 1988 “não fez senão confirmar o ‘sentido social’ que presidiu a feitura do projeto, pouco ou nada havendo a modificar”, com exceção do Direito de Família.⁵⁷

A promoção dos valores estampados na Constituição Federal de 1988 exigia o rompimento definitivo com o individualismo, o patrimonialismo, o voluntarismo, a neutralidade axiológica, as abstrações da “teoria tradicional” do Direito Civil. Não foi isso que aconteceu. O novo Código Civil “nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem”.⁵⁸ Como bem ressaltou Luiz Edson Fachin, não podemos dizer que o novo Código é um extraordinário instrumento de realização constitucional: trata-se de uma resposta legislativa anterior e paralela à Constituição, cujo ideário foi moldado sob outra ordem, sem que o projeto tenha dialogado efetivamente com o novo programa constitucional.⁵⁹

O Código Civil de 2002 em vários campos “mais reproduz o pretérito e menos transforma o presente”.⁶⁰ A codificação, apesar de editada no início do século XXI, foi assentada em um projeto que sistematizava o pensamento jurídico da década de 1970 e que conservava diretrizes coerentes com o liberalismo, o individualismo, o patrimonialismo, e com a abstração de um “sujeito codificado”, aquele “que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte”.⁶¹

atualização do Código anterior “se deu com a recepção, no Código Civil de 2002, da disciplina jurídica dos direitos da personalidade, a indenização por danos morais de forma ampla, a inserção de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva baseada no risco e outra sobre abuso do direito, o ajuste das regras sobre prescrição e decadência, a possibilidade de revisão contratual em caso de onerosidade excessiva, a harmonização das hipóteses de usucapião com a Constituição Federal, a recepção do compromisso de compra e venda e da alienação fiduciária em garantia como direitos reais e a filiação decorrente da reprodução humana assistida, tudo em adição ao texto-base do Código Civil de 1916”.

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos*, cit., p.75.

⁵⁷ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana*. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/redescobrimo-fronteiras-do-direito-civil-uma-viagem-na-prote%C3%A7%C3%A3o-da-dignidade-humana>. Acesso em 08 de junho de 2018.

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos*, cit., p.75-77.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.24.

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.34.

Um dos graves anacronismos do Código de 2002 é a manutenção da falsa percepção de que os problemas concretos podem ser adequadamente resolvidos com a formulação de generalizações e soluções abstratas.⁶² A codificação continua com a pretensão de ser a biografia jurídica, com aspirações de completude, de um sujeito codificado e imaterial; abstração excessiva esta que diverge da real composição do indivíduo na sociedade.⁶³

Anderson Schreiber ressalta que a aparência de novidade legislativa não pode nos iludir, na medida em que o Código de 2002 oculta a ideologia do passado. Por essa razão, o mencionado autor afirma que “mais do que nunca, impõe-se a releitura do Direito Civil à luz da Constituição”.⁶⁴ O novo Código é um desafio à metodologia civil-constitucional, pois consagrou diversos entendimentos que se opõem ao movimento de personalização do Direito Privado; por isso, talvez ainda mais firmemente do que antes, faz-se necessário “persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição”.⁶⁵

Veremos na próxima seção que o atraso positivado no Código se reflete de maneira particularmente intensa no Livro V da Parte Especial, que trata do Direito das Sucessões. Isso exige um intenso esforço doutrinário para, com o uso da metodologia civil-constitucional, suprir as deficiências do direito positivo para orientar o fenômeno hereditário em direção à realização do projeto e dos valores estampado na Constituição Federal.

3. O direito das sucessões no Código de 2002: a permanência do modelo oitocentista

Anton Menger afirmou que, enquanto o direito de propriedade regula o presente, o direito hereditário regula o porvir da estrutura social.⁶⁶ Segundo o jurista austríaco, quem dispõe do Direito das Sucessões dispõe da estrutura social da geração futura; por essa razão, os elementos aristocráticos de todas as nações sempre trataram de moldar o fenômeno hereditário de modo a servir à conservação do seu próprio domínio.

Dalmo Dallari afirmou que mesmo na nova ordem constitucional brasileira há a permanência parcial, com caráter negativo, de uma herança colonial em que ainda

⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.29.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.34-35.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.

⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*, cit., p.236.

⁶⁶ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p.05-06.

dominam elites conservadoras e reacionárias.⁶⁷ Acreditamos que isso é particularmente verdade em relação ao direito sucessório. O Livro de Direito das Sucessões do Código Civil de 1916 era conservador e formal, tendo sido influenciado pelo direito português e, em especial, pelo direito francês.⁶⁸ Mesmo com a disseminação acadêmica da metodologia civil-constitucional e com o advento do novo Código Civil, o fenômeno hereditário positivado se manteve estruturalmente e ideologicamente preso ao passado. Houve poucas alterações legislativas significativas, e as que houve têm se mostrado insuficientes para romper com o modelo sucessório oitocentista.

Há referência doutrinária histórica ao caráter tradicional e conservador, avesso a mudanças e alterações, do direito sucessório.⁶⁹ Jens Beckert notou que as leis sucessórias tendem a se manter estáveis por um longo prazo, ainda que haja alternativas economicamente mais eficientes ou politicamente mais eficazes – fenômeno por ele denominado “*longue durée* do Direito das Sucessões”.⁷⁰ Beckert estudou o sistema hereditário na Alemanha, na França e nos Estados Unidos. Ele observou que nos três países a estrutura sucessória básica se formou na virada do século XVIII para o século XIX e desde então se manteve estável, com relativamente poucas mudanças, mesmo tendo convivido com mudanças drásticas de sistemas políticos, trocas de poder entre grupos políticos e transformações radicais na economia.⁷¹

Ainda no século XIX, o escritor francês Alexis de Tocqueville afirmou categoricamente que o “legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa durante séculos: dado o movimento à sua obra, ele pode retirar dela sua mão, a máquina age por suas próprias forças e se dirige como por si só para um objetivo indicado de antemão”.⁷² No Brasil, aparentemente levamos a sério demais a primeira parte dessas palavras. A impressão que temos é que temos experimentado um repouso legislativo (verdadeira inércia) em matéria hereditária e, assim, perdemos a oportunidade de, na nova codificação, reestruturar a disciplina normativa do fenômeno sucessório. Discordamos, portanto, de Paulo Lôbo, que com otimismo enxerga no Código de 2002 uma

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 421-437, jan. 1993, p.421.

⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.928.

⁶⁹ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915, p.03.

⁷⁰ BECKERT, Jens. The Longue Durée of Inheritance Law. Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800. *European Journal of Sociology*, vol.48, 2007, p.110.

⁷¹ BECKERT, Jens. *The Longue Durée of Inheritance Law*, cit., p.83.

⁷² TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.57.

conformação das sucessões aos valores e princípios constitucionais.⁷³ Pelo contrário, acreditamos que o legislador pouca coisa fez para efetivamente refletir a eficácia das normas constitucionais no fenômeno sucessório. As modificações ocorridas na disciplina da sucessão *causa mortis* não passaram de, como alertou Luiz Edson Fachin em contexto mais amplo, “apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas”, não tendo havido uma verdadeira e profunda renovação interna.⁷⁴

3.1. A repetição do passado, as inovações insuficientes e o descaso legislativo

O Código de 2002 pouco inovou em matéria sucessória em relação ao Código de 1916. Já na Exposição de Motivos encontramos uma evidência disso. A apresentação das novidades em relação ao fenômeno hereditário foi feita em menos de 2 páginas, tendo uma extensão menor do que a destinada a qualquer dos outros livros do Código. Similarmente, uma análise do quadro comparativo entre as codificações revela que a atual em muitas passagens é pouco mais do que uma cópia da anterior: muitos dos atuais dispositivos são mera repetição *ipsis litteris* de normas do Código de 1916⁷⁵; muitos outros dispositivos possuem apenas diferenças redacionais motivadas exclusivamente por estilo ou adequações gramaticais.⁷⁶ Além disso, com exceção de alterações pontuais, não houve quaisquer modificações significativas na regulamentação de diversos institutos sucessórios, como aceitação e renúncia da herança, exclusão por indignidade, heranças jacente e vacante, direito de representação, codicilos e revogação o testamento. O Código de 2002 nem ao menos corrigiu equívocos claros do anterior, mesmo os reiteradamente apontados pela doutrina. Por exemplo, repetiu-se a referência à “aceitação” da herança pelos credores do herdeiro renunciante; perdeu-se a oportunidade de adequadamente tratar o instituto de forma técnica, ou seja, como ineficácia da renúncia prejudicial a credores.⁷⁷ Por isso, Salomão Cateb sugere que “talvez o responsável pelo Livro V da Parte Especial do Projeto de Código Civil não tivesse experiência suficiente, na arte do Direito, para

⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.41.

⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.22.

⁷⁵ A título meramente ilustrativo, os artigos 1576, 1588, 1589, 1613, 1630, 1594, 1621, 1728, 1746, 1731, 1739 do Código de 1916 são inteiramente repetidos, respectivamente, nos artigos 1789, 1811, 1810, 1840, 1863, 1822, 1852, 1968, 1969, 1949, 1959 do Código Civil de 2002.

⁷⁶ Os artigos 1574 e 1575 do Código de 1916 foram reagrupados como o artigo 1788 do Código de 2002. Já o artigo 1583 do Código de 1916 foi decomposto no *caput* e parágrafo 10 do artigo 1808 da codificação atual. Já do antigo artigo 1604 para o atual 1835, mudam apenas as vírgulas. Do artigo 1622 do Código de 1916 para o artigo 1853, a alteração consistiu na substituição da expressão “só se dá o direito de representação” por “somente se dá o direito de representação”. Do artigo 1651 do Código de 1916 para o artigo 1881 do Código de 2002, mudou-se apenas a expressão “não mui valiosos” por “de pouco valor”.

⁷⁷ Artigo 1813 do Código de 2002, que corresponde ao 1586 da codificação anterior.

buscar os idênticos princípios importados de outros países de além mar, diferentes culturas, costumes e procedimentos sociais”.⁷⁸

Mesmo em relação a determinadas matérias nas quais de fato houve inovação, a codificação permanece insuficiente para atender à nova realidade social, na medida em que muito repetiu conceitos ultrapassados.⁷⁹ O legislador simplesmente foi encaixando as novas demandas sociais à lógica anterior, sem se preocupar nem com harmonia sistemática nem com efetivamente fornecer uma solução para os novos problemas, resultando em um verdadeiro *patchwork* jurídico. Tomemos como exemplo a sucessão *causa mortis* do companheiro. O artigo 226, § 3º da Constituição Federal impôs o reconhecimento de direitos na união estável, e tal comando precisava necessariamente repercutir em questões hereditárias. O Código de 2002 trouxe para o âmbito do direito sucessório codificado⁸⁰ a resposta a essa nova demanda no seu artigo 1.790 – mantendo, entretanto, a antiga perspectiva preconceituosa em relação a essa estrutura familiar não baseada no casamento. O caráter problemático deste dispositivo já começa por sua localização completamente inadequada: uma norma que versa sobre (ordem de) vocação hereditária situada entre as disposições gerais em matéria sucessória. Muito mais grave do que a localização do artigo é o seu conteúdo: por exemplo, ele chama o companheiro a suceder notadamente em relação aos bens dos quais ele já tinha direito à meação; dá à união estável um tratamento hereditário totalmente diferenciado daquele dado ao casamento; desprestigia totalmente o companheiro ao o designar como herdeiro universal apenas na ausência de qualquer outro parente sucessível, inclusive colaterais. O resultado da péssima inovação legislativa foi a inexorável declaração da sua inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694.

Muitas inovações legislativas foram introduzidas com certo grau de descaso legislativo. Um gritante exemplo de descuido por parte do legislador com o Livro das Sucessões é o artigo 1.829, que trata sobre a nova ordem de vocação hereditária, na qual há concorrência sucessória entre cônjuge supérstite e descendentes (ou, na falta destes, ascendentes). No inciso I, ao se mencionar o regime da separação obrigatória de bens, há remissão ao parágrafo único do artigo 1.640. O problema é que o dispositivo ao qual se remete não trata do tema em questão, mas sim do tempo e da forma de escolha do regime de bens do casamento. Como bem ressalta Giselda Hironaka, “depois de tantos

⁷⁸ CATEB, Salomão de Araújo. Dos regimes de bens e o direito sucessório. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Nova Lima, n.27, 2013, p.257.

⁷⁹ GRAEFF, Fernando René. União paralela e direito das sucessões. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.30, 2012, p.230.

⁸⁰ Ressalvamos que o legislador infraconstitucional já tratara da matéria nas leis 8971/1994 e 9278/1996.

anos de repouso ou inércia do antigo Projeto de Código Civil, é quase inadmissível que o Código tenha vindo a lume com erros deste jaez”.⁸¹

Encontramos outras falhas legislativas em relação à elevação do cônjuge ao patamar de herdeiro necessário. Mesmo essa mudança epistemológica na sucessão legítima do Código revogado para o atual, com a premissa de proteção patrimonial do cônjuge⁸², não se deu de forma totalmente adequada. Primeiramente, a lei silencia sobre a conferência do mesmo *status* ao companheiro. Além disso, o Código, ao tratar das hipóteses de deserdação dos herdeiros necessários, prevê causas específicas apenas para descendentes (artigo 1962) e ascendentes (artigo 1963); aparentemente o legislador se esqueceu do novo enquadramento das pessoas casadas.⁸³ Esse esquecimento é problemático, na medida em que as causas de deserdação de modo geral – ofensa física, injúria grave, desamparo do indivíduo em estado de alienação mental ou grave enfermidade – são direcionadas à proteção de interesses existenciais.

O Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 padece daquilo que Gustavo Tepedino se refere como *racionalização estática*: “uma adequação das leis às transformações pregressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito um fenômeno social (não já uma ciência pura)”.⁸⁴ Os elaboradores do Projeto e o legislador olharam apenas para o passado, buscando dar uma resposta apenas para demandas sociais que já existiam e demandavam respostas há muito tempo, como o caso da sucessão na união estável.⁸⁵ Não houve qualquer preocupação legislativa em olhar para o futuro para atender aos emergentes anseios da sociedade, como, por exemplo, uma nova concepção de família que prestigia o afeto⁸⁶; ou a inadequação da improdutiva figura do herdeiro rentista à

⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.366.

⁸² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no direito sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v.5, jul/set 2015, p.125.

⁸³ Já em meados do século passado Washington de Barros Monteiro afirmava que esse instituto tendia a desaparecer. MONTEIRO, Washington de Barros. Aspectos atuais do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 56, n. 1, p. 273-286, jan. 1961, p.282. Entretanto, os elaboradores do Anteprojeto de Código e os legisladores optaram por manter a deserdação no direito sucessório positivo. A discussão sobre a constitucionalidade de se manter a deserdação no direito brasileiro, por si só, requer um estudo específico.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição*, cit., p.12.

⁸⁵ E ainda assim, como já mencionamos, mas a reiteração é sempre cabível, nesse caso específico dos companheiros a resposta legislativa a uma demanda social consolidada foi de péssima qualidade.

⁸⁶ A esse respeito, fiquemos com a doutrina de Giselda Hironaka: “a despeito da consistência e da atualização trazidas pelo novo Código Civil, o objeto dos seus livros finais – as famílias e as sucessões – é tão dinâmico que, de longe, foi o menos alcançado pelos dispositivos do Código”. E a autora continua: “essa limitação de alcance é mais evidente no caso do direito de família, mas o livro referente ao direito das sucessões não nos expõe suficientemente a multiplicidade inerente à estrutura familiar, que deveria se

sociedade menos desigual projetada pela Constituição Federal. Da mesma forma, o legislador pouco fez para abrir o Direito das Sucessões aos crescentes avanços tecnológicos. As novas técnicas de reprodução assistida vêm mudando as concepções tradicionais de quem é herdeiro em potencial, como no caso da reprodução assistida *post mortem*. As transformações na tecnologia da informação e de comunicação, com a prevalência do eletrônico e digital sobre o físico, têm o potencial de modificar a forma dos negócios jurídicos, inclusive dos testamentos e mesmo da partilha. Da mesma forma, a era digital muda e muito a noção de riqueza e, conseqüentemente, de potencial patrimônio hereditário: de dados em redes sociais⁸⁷ a criptomoedas, aquilo que pode ser herdado vai muito além da riqueza imobiliária sobre a qual se estruturou a atual disciplina sucessória. Não estamos cobrando que o legislador tivesse previsto inovações que ainda não havia quando da edição do Código. Entretanto, o mínimo que já poderíamos esperar no começo do século XXI seria a adoção de uma técnica legislativa que abrisse a disciplina codificada a essas constantes e inevitáveis inovações.

3.2. A manutenção dos pilares do civilismo oitocentista em matéria sucessória

Acreditamos que o problema maior da atual legislação sucessória não é a repetição de dispositivos passados ou as inovações pouco cuidadosas. O grande mal que o Código de 2002 faz em matéria hereditária é repetir a estrutura, a ideologia e a lógica do Código de 1916. Conforme já discorremos, a Constituição Federal de 1988 estabelece como parâmetro orientador da ordem jurídica a promoção da dignidade da pessoa humana, bem como promove a solidariedade social e a redução das desigualdades. Apesar disso, a atual disciplina legal da sucessão *causa mortis* continua baseada nos pilares oitocentistas da codificação anterior.

expressar nas consequências da abertura da sucessão *causa mortis*". HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p.25.

⁸⁷ A sucessão em redes sociais envolve aspectos tanto existenciais quanto patrimoniais. Uma rede social envolve fotos, mensagens (públicas e privadas), entre outros elementos que dizem respeito aos direitos da personalidade do usuário morto; o que deve ser feito com esses dados após o falecimento? Por outro lado, as plataformas digitais como Facebook, Instagram e Youtube vêm sendo usadas cada vez mais como fonte de enriquecimento dos chamados "influenciadores", "blogueiros" e "youtubers", principalmente com renda advinda de patrocinadores. Quanto mais acessos, mais dinheiro se ganha. Os acessos (e, portanto, os ganhos) não se encerram com a morte do sujeito; pelo contrário, pode haver até um aumento nas suas visualizações ou nos seus seguidores. Foi exatamente o que ocorreu durante o período de redação desta tese, em relação à modelo Carol Bittencourt. Após o seu falecimento em um trágico acidente de barco, as mídias sociais da modelo tiveram um aumento exponencial de seguidores, o que significa por conseguinte um aumento no potencial lucrativo dessas redes. O que deve ser feito com esses perfis póstumos de natureza comercial? Já está disponível o serviço de *digital estate planning*, ou seja, o planejamento sucessório digital, que diz respeito ao destino das redes sociais após a morte do usuário. Sobre o tema, recomendamos: MCCALLIG, Damien. Facebook after Death: na Evolving Policy in a Social Network. *International Journal of Law and Information Technology*, v.22, n.2, 2014.

O regime sucessório do Código de 2002 é excessivamente patrimonialista. A sucessão hereditária, assim como no regime antecedente, continua gravitando em torno da noção clássica de sujeito-proprietário: o *de cuius* é aquele que deixou patrimônio, os sucessores são aqueles que repartirão esse patrimônio. Houve de fato avanços em relação à codificação anterior, como por exemplo o reconhecimento legal expresso da possibilidade de se fazer disposição testamentária de caráter não patrimonial.⁸⁸ Apesar disso, não há qualquer atenção legislativa especialmente dada às disposições testamentárias de natureza existencial. No Livro de Direito das Sucessões, o Código simplesmente aborda o perdão ao indigno (artigo 1818)⁸⁹; menciona rapidamente que disposições especiais sobre o enterro podem ser feitas por codicilo (artigo 1881)⁹⁰; trata da nomeação de testamenteiro (artigos 1883 e 1976)⁹¹; a se refere a sufrágios pela alma do falecido (artigo 1998).⁹² Já o reconhecimento de filho por ato de última vontade não é disciplinado entre as questões de direito sucessório; quem trata dessa disposição testamentária, inclusive estabelecendo sua irrevogabilidade, é o Livro de Direito de Família (artigo 1609, III e artigo 1610). Do mesmo modo, a nomeação, por testamento, de tutor para os filhos menores também é prevista no Livro de Direito de Família. Apesar de a legislação ser unitária, a falta de tratamento sucessório específico para essas últimas questões acaba provocando a existência de lacunas. Uma dessas lacunas teve de ser preenchida pelo Enunciado 643 da Jornada de Direito Civil, pondo a salvo as cláusulas testamentárias existenciais dos efeitos do rompimento do testamento. Outro problema da ausência de regramento adequado sobre tais disposições testamentárias extrapatrimoniais é, de modo geral, a inexistência de mecanismos que assegurem a sua devida observância. A título ilustrativo, não há qualquer garantia legal de que as orientações do morto sobre seu próprio enterro sejam respeitadas – uma questão que envolve outros interesses constitucionalmente relevantes, como os direitos à disposição do próprio corpo e à liberdade de culto.

⁸⁸ Artigo 1857, § 2º do Código de 2002.

⁸⁹ Enxergamos no perdão ao indigno uma natureza extrapatrimonial. A reabilitação tem o potencial de promover a conciliação e a pacificação social, em especial no contexto em questão. Contudo, também reconhecemos que o tratamento dado pela legislação ao perdão é exclusivamente direcionado às suas consequências patrimoniais.

⁹⁰ Não existe, porém, qualquer regulamentação legal que vise a assegurar o respeito à manifestação de última vontade do falecido em relação ao seu próprio enterro.

⁹¹ A nomeação de testamenteiro, por si só, não tem caráter patrimonial. Entretanto, o *múnus* desempenhado por ele consiste justamente em dar cumprimento às disposições de última vontade, notadamente patrimoniais; inclusive por isso o Código regulamenta as hipóteses em que o testamenteiro tem a posse e a administração da herança, bem como determina a sua prestação de contas e lhe confere, em certas circunstâncias, direito à remuneração por seus serviços.

⁹² O mencionado dispositivo, todavia, apenas se refere aos sufrágios pela alma do falecido no que diz respeito ao seu aspecto meramente patrimonial, ou seja, em que circunstâncias eles serão descontados da herança. Assim como no tocante ao funeral, não há qualquer regulamentação sobre o respeito a estas disposições, que evidentemente consubstanciam manifestação da liberdade de crença do falecido.

Diante da pouca ênfase que a codificação dá aos valores existenciais pertinentes ao fenômeno hereditário, não identificamos no Código de 2002 nem uma despatrimonialização nem uma repersonalização da sucessão *causa mortis*. Aqui empregamos o conceito de despatrimonialização elaborado por Pietro Perlingieri, no sentido de uma tendência normativa-cultural de superação da patrimonialidade como fim em si mesma.⁹³ Por outro lado, usamos repersonalização conforme a definição de Luiz Edson Fachin, no sentido de, ao discutirmos os valores que estão no centro e na periferia do sistema jurídico, deslocarmos para o núcleo do Direito Civil “as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a habitação minimamente digna”.⁹⁴ Não queremos, por óbvio, negar a importância da transmissão patrimonial por causa de morte; evidentemente também não pretendemos que a legislação deixe de regulamentar os interesses econômicos decorrentes do falecimento de alguém. O problema é que, no regime do Código de 2002, os interesses econômico-sucessórios ainda são estruturalmente tidos como fins em si mesmos, e não como suporte para a promoção da pessoa humana, da sua dignidade, da sua personalidade e do seu livre desenvolvimento. O legislador permaneceu preso ao equivocado discurso de que a reserva de 50% do patrimônio em benefício dos herdeiros necessários sempre e em qualquer situação corresponderá adequadamente ao princípio da solidariedade familiar.⁹⁵ Além disso, identificamos em apenas poucas passagens uma verdadeira funcionalização do fenômeno sucessório à promoção dos valores constitucionais. São elas: a determinação da organização de fundação (artigo 1799, III); o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente em relação ao imóvel destinado à residência da família, se for o único dessa natureza a inventariar (artigo 1831)⁹⁶; a previsão de esmolas de pouca monta, inclusive aos pobres de certo lugar (artigos 1881 e 1902); e o legado de alimentos (artigo 1920 e artigo 1928, parágrafo único).⁹⁷ De modo geral, isso é muito pouco para se afirmar que a herança foi despatrimonializada e repersonalizada.

⁹³ PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p.33.

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.90.

⁹⁵ Compreendemos ser inadequado um regime de transmissão hereditária forçada que não leve em consideração os elementos concretos de cada sucessão, em especial a extensão do patrimônio hereditário e a existência de necessidades ou interesses constitucionalmente legítimos dos sujeitos do fenômeno sucessório. Imaginemos um morto que deixou uma família com 5 filhos incapazes. Seu patrimônio era composto apenas por um pequeno apartamento, no valor de 100 mil reais. Em tese, ele poderia dispor livremente de 50% desse apartamento por testamento em favor de um completo estranho. Se ele o fizesse, como a lei atualmente permite, haveria observância à solidariedade familiar? Entendemos que não. Por outro lado, pensemos em um multimilionário que quisesse, por via testamentária, dispor de 90% do seu patrimônio para constituir uma fundação para combate à fome e à pobreza. Esse magnata filantropo não poderia fazer tal caridade por testamento, na medida em que o Código acriticamente pressupõe que 50% daqueles muitos bilhões são indispensáveis à vida digna dos seus herdeiros necessários. Existe mesmo solidariedade familiar que fundamente o recebimento, por via sucessória, de enormes fortunas? Semelhantemente, compreendemos que não.

⁹⁶ Aqui tratamos de um direito patrimonial, porém funcionalizado à realização de um importante interesse existencial, qual seja, o direito fundamental à moradia.

⁹⁷ O legado de alimentos tem natureza eminentemente assistencial. A lógica da obrigação alimentar, qualquer que seja a sua origem, não é enriquecer o alimentando, mas proporcionar a sua subsistência

Encontramos entre as hipóteses de exclusão por indignidade um exemplo do excessivo patrimonialismo especialmente projetado no Livro do Direito das Sucessões. Lemos no artigo 1.814, III que “são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”. O dispositivo em questão é defeituoso, na medida em que foca exclusivamente no ato de disposição patrimonial. E se o sucedido tiver sido impedido de fazer um testamento no qual reconheceria um filho? Ou um testamento no qual faria determinações sobre o seu próprio enterro? De pouco adianta o legislador inserir uma norma reconhecendo a possibilidade de se fazer disposição testamentária de caráter não-patrimonial, se, na hora de proteger a liberdade de testar, apenas a disposição de bens é protegida.

Em relação à tendência individualista na teoria do Direito Civil, Luiz Edson Fachin bem notou que, apesar do domínio dos princípios de justiça distributiva e da percepção da solidariedade social, o individualismo ainda tem uma força que “gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume”.⁹⁸ O direito sucessório brasileiro resulta de processos de conciliação entre fontes distintas e contraditórias: o individualismo romano em que predominava a sucessão testamentária; o espírito comunitário do direito germânico; as exigências canônicas de proteção à pessoa e à família.⁹⁹ Desses processos conciliatórios se desenvolveu um regime hereditário marcado por um individualismo temperado por mecanismos de proteção aos interesses dos integrantes do núcleo familiar (particularmente a legítima dos herdeiros necessários). Ainda no regime anterior, Pontes de Miranda apontou que o Direito das Sucessões codificado é marcado por um individualismo estacionário.¹⁰⁰ O Código de 2002 mantém essa tendência. A herança continua sendo entendida e regulamentada como um direito estritamente individual, que tutela unicamente os interesses do herdeiro. Semelhantemente, o testamento continua sendo compreendido exclusivamente como instrumento de materialização dos (últimos) interesses do testador. Rejeitamos essa linha de pensamento, assim como também rechaçamos a ideia de que o único interesse da coletividade na herança seria exclusivamente o estímulo ao trabalho, à

digna. Por entendermos que a promoção desse valor existencial deve prevalecer sobre os interesses patrimoniais dos sucessores legítimos, sustentamos que o legado de alimentos seja excepcionado da regra geral que presume *jure et de jure* a nulidade de disposições em favor das pessoas não legitimadas a suceder por testamento – devendo ser deslocado para os sucessores legítimos o ônus de provar eventual fraude.

⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.20.

⁹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 273-281, jan. 2000, p.273.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, v. IV. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p.308.

produtividade e à acumulação de capital.¹⁰¹ O legislador falhou na sua missão de conciliar os interesses dos sujeitos da sucessão com os interesses da coletividade. Enfim, o Código se omitiu em verdadeiramente atribuir, de forma tanto limitadora quanto impulsionadora, uma função social à herança. Esta lamentavelmente permanece, estruturalmente e funcionalmente, regulamentada como uma titularidade aparentemente absoluta.

O voluntarismo ainda predomina no regime sucessório estabelecido pela codificação civil de 2002. O antigo artigo 1573 do Código de 1916 (“[a] sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei”) foi reescrito; no artigo 1786 do atual Código, consta que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Acreditamos que não se trata de mera alteração redacional motivada por questão de estilo; reconhecemos que o legislador pretendeu demonstrar que, agora, a sucessão legítima prevaleceria em relação à vontade do *de cuius*. O problema é que essa mudança, meramente textual, foi apenas a nível de aparências e não se refletiu efetivamente na estrutura do direito sucessório codificado. Afinal, pouco depois, no artigo 1788, o Código de 2002 volta a tratar da sucessão por força de lei como meramente subsidiária em relação à testamentária: ela se aplica quando não houver testamento, em relação aos bens que neste não estiverem compreendidos, ou quando ele for inválido ou ineficaz.¹⁰² O prestígio à vontade do testador se reflete também no espaço dado pela lei à sua regulamentação. O Título III do Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002, que trata da sucessão testamentária, tem mais de 130 artigos, divididos em impressionantes 14 capítulos; enquanto isso, o Título II, sobre a sucessão legítima, tem apenas 28 artigos divididos em 3 capítulos.

Da mesma forma, não houve na nova codificação maiores restrições ao amplíssimo exercício da autonomia privada do testador do que aquelas que já havia no *Codex* de 1916. Em relação à tutela quantitativa da vontade testamentária (que diz respeito a quanto do seu patrimônio o testador pode dispor por testamento), a manutenção do

¹⁰¹ Exemplos dessa visão patrimonialista da função social da herança: BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p.16. CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.27-28. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.18. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.04.

¹⁰² Art. 1.788. “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.” Aqui devemos fazer a observação crítica de que esse dispositivo basicamente consiste em uma transcrição conjunta dos artigos 1574 e 1575 da legislação anterior. O novel legislador nem ao menos se deu ao trabalho de atender às críticas doutrinárias e corrigir a expressão “se o testamento caducar, ou for julgado nulo” por outra, de caráter mais técnico, que se refira a todas as hipóteses de ineficácia e invalidade.

inflexível e abstrato regime da legítima se revela potencialmente insuficiente para atender a sua *raison d'être* nos casos em que a extensão do patrimônio hereditário ou a existência de interesses constitucionalmente legítimos dos herdeiros necessários demandam uma sucessão forçada com *quantum* superior a 50%.¹⁰³ Em relação à tutela qualitativa (que se refere à análise de merecimento de tutela dos interesses consubstanciados nas disposições testamentárias), o legislador não se preocupou em evidenciar o perfil funcional do testamento.¹⁰⁴ Alhures, a legislação condiciona a propriedade e o contrato às suas funções sociais. A respeito do testamento, silêncio. Nesse sentido, a codificação apenas exige que a disposição testamentária respeite a parte disponível, em caso de haver herdeiros necessários; lamentavelmente, não há qualquer referência à funcionalização do testamento à concretização da dignidade da pessoa humana ou aos interesses sociais. Diante de todos os problemas apontados, como bem ressaltou Ana Luiza Maia Nevares, “é como se o fenômeno sucessório estivesse alheio a toda evolução do Direito Civil. O testador permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988”.¹⁰⁵

A disciplina sucessória presente no Código de 2002 é altamente conservadora em matéria familiar. A versão original do Anteprojeto previa inclusive tratamento diferenciado para filhos legítimos e ilegítimos – afinal, ela foi apresentada antes mesmo da Lei do Divórcio (Lei 6515/1977), que por sua vez foi o diploma normativo que efetivamente estabeleceu a igualdade do direito à herança para toda a prole, independentemente da natureza da filiação. A alteração no curso do processo legislativo não apaga o fato de que o projeto, sobre o qual se edificou o Código, originalmente consagrava a desigualdade formal. Por outro lado, a inclusão do regime sucessório do companheiro se deu da forma problemática relatada acima, tratando-se a união estável como família de segunda categoria, desprestigiada em relação ao casamento.

Do mesmo modo, ainda em relação ao conservadorismo familiar, com base em uma suposta defesa da família, o concubino não pode ser beneficiado em testamento.¹⁰⁶ Sem dúvida alguma, identificamos aqui um preceito normativo decorrente da influência da

¹⁰³ O artigo 1846 do Código de 2002 manteve a orientação do artigo 1721 da legislação anterior, no sentido de reconhecer o direito dos herdeiros necessários à legítima em relação à metade do patrimônio hereditário.

¹⁰⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.28.

¹⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p.10.

¹⁰⁶ Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

moral religiosa no Direito de Família.¹⁰⁷ A doutrina clássica considerava essa vedação uma defesa necessária “dos bons costumes e de respeitáveis interesses da família”.¹⁰⁸ Mesmo a doutrina mais recente reiteradamente se refere à defesa da família, da monogamia e dos interesses do cônjuge traído como fundamentos da proibição de benefício ao concubino.¹⁰⁹ Na VIII Jornada de Direito Civil, a proposta de alteração legislativa no sentido de revogação do referido dispositivo foi vencida em razão de uma forte resistência de doutrinadores mais conservadores, adeptos da teoria “tradicional” e, conseqüentemente, sempre defensores dos interesses superiores da família. Independentemente da discussão própria que o tema especificamente requer, e que aqui não será feita, lamentamos profundamente que os argumentos suscitados na oportunidade tenham sido predominantemente no sentido de defesa dos interesses mais elevados da família. Aprendemos com Pietro Perlingieri que a família não é portadora de um interesse superior e individual; sua proteção se dá por se tratar de espaço em que cada membro desenvolve sua personalidade. Continua o autor italiano: “a família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana”.¹¹⁰ No mesmo sentido, com Luiz Edson Fachin notamos que, hoje, o que deve prevalecer são os interesses dos membros, na esteira da concepção eudemonista da família.¹¹¹ Fundamentar a falta de legitimação do concubino para receber por testamento em interesses superiores da família, entendida esta como um ente abstrato dotado de consideração mais elevada do que a dos seus membros, é um retorno indevido ao paradigma pré-constitucionalização do Direito Civil.

Ademais, ainda em relação ao conservadorismo familiar, o Código de 2002 anacronicamente ainda traz para o juízo sucessório a discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal¹¹² - o que é particularmente problemático quando percebemos que a

¹⁰⁷ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições canonísticas às instituições jurídicas estatais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.30, 2012, p.86.

¹⁰⁸ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p.58.

¹⁰⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v.6: *direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.61.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.253. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões, volume 7*. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.45.

¹¹⁰ PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p.243.

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.213.

¹¹² O artigo 1801, III, ressalva a possibilidade de o indivíduo casado beneficiar por testamento o seu concubino se, sem culpa sua, estiver separado de fato do seu cônjuge há mais de 5 anos. Em primeiro lugar, devemos ressaltar o exagero desse lapso temporal exigido. Além disso, como determinar a culpa pelo fim de um relacionamento? E, se é possível efetivamente determinar essa culpa, como ela pode ser provada? Ainda mais se considerando que um dos membros do casal já está morto, e o relacionamento já terá acabado há pelo menos 5 anos. Por outro lado, o artigo 1830 determina que o cônjuge sobrevivente apenas terá o seu direito sucessório reconhecido “se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”. Neste caso, a culpa é a exceção da exceção: o sujeito separado de fato há mais de 2 anos não herdará do seu cônjuge, a menos que o sobrevivente faça

discussão sobre culpabilidade se dará quando um dos membros do casal não estiver mais vivo para efetivamente participar do contraditório.

Além disso, temos uma única ordem de vocação hereditária. Apesar de estruturada tendo como base um modelo específico de família (a dita tradicional, qual seja, o núcleo familiar constituído pela biologia e pelo casamento heterossexual), essa ordem de vocação hereditária é genérica e tida como *one size fits all*, ou seja, supostamente capaz de atender aos diversos arranjos familiares e às diferentes qualidades das relações existentes dentro de uma família. Reduzindo a sucessão hereditária a uma única ordem de vocação, o Código Civil de 2002 adotou um modelo estático que impede que a funcionalização da herança efetivamente alcance as inúmeras manifestações de relações (de família, de afeto, de dependência) que surgem das múltiplas formas como as pessoas se relacionam.¹¹³

O Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 permanece excessivamente formalista. No civilismo oitocentista, a disciplina da forma do negócio jurídico ficou por muito tempo estranha às considerações funcionais e axiológicas. Ocorre que essa posição é inaceitável no paradigma civil-constitucional, segundo o qual as formas negociais devem ser valoradas constitucionalmente em relação aos interesses sobre os quais se fundam.¹¹⁴ O legislador de 2002 pouco fez para liberar o Direito das Sucessões – em especial a sucessão testamentária – das amarras que historicamente lhe prendem ao posto de domínio mais formalista de todo o Direito Civil, ao lado do casamento. Apesar de avanços tímidos¹¹⁵, no contexto geral o ato de testar permanece excessivamente ritualístico, marcado por uma complexidade de formas que devem ser rigorosamente observadas. O rigor a respeito das solenidades testamentárias é muito alto, sancionando-se com nulidade o ato que tenha deixado de observar qualquer uma delas – o que é particularmente problemático, considerando que, quando essa nulidade for declarada, o testador já estará morto e conseqüentemente não poderá testar novamente

prova de que não foi culpado pela separação. Novamente questionamos como essa culpa pode ser determinada e, mais ainda, provada pelo menos 2 anos após o fim da sociedade conjugal. Para outra visão crítica sobre a invocação, pelo artigo 1830, da noção de culpa, recomendamos: NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. *Revista do Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim*, 2005.

¹¹³ Aqui tomamos como inspiração as críticas feitas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao modelo estático de propriedade adotado pelo Código Civil de 2002. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 16. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p.276.

¹¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p.446.

¹¹⁵ Redução do número de testemunhas nos testamentos públicos e cerrado (de 5 para 2), bem como nos testamentos particulares (de 5 para 3); dispensa da especificação. expressa, no conteúdo da cédula, que o tabelião cumpriu todas as formalidades; introdução do testamento hológrafo simplificado em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula.

para corrigir o defeito no novo ato.¹¹⁶ Assim, em matéria de manifestações de última vontade, o Código de 2002 permanece sacrificando a substância em detrimento do invólucro. Por outro lado, também criticamos o anacronismo das formas testamentárias codificadas, que, em plena era digital e das telecomunicações, permanecem presas ao papel, ou seja, à pré-digital exigência de forma escrita (seja impressa e assinada, seja feita de próprio punho).¹¹⁷ O legislador deixou de considerar inovações tecnológicas que poderiam facilitar – consequentemente, democratizar – e tornar mais seguro o ato de testar. Assim, perdemos uma oportunidade de introduzir o testamento eletrônico ou o testamento com recursos a meios audiovisuais.

Por fim, devemos ainda notar que o direito sucessório codificado permanece altamente apegado a abstrações. O Código de 2002 manteve a pretensão que o de 1916 tinha no sentido de ser a biografia jurídica do sujeito de direito. Desse modo, ambas as codificações destinaram os respectivos livros finais das suas partes especiais para tratar da sucessão *causa mortis*: “assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela”.¹¹⁸ Nessa esteira, os elementos do fenômeno sucessório continuam a ser tratados de forma excessivamente abstrata, em conformidade com o “pensamento civilista clássico”, o que causa alguns desdobramentos controversos. Em primeiro lugar, com poucas exceções¹¹⁹, o tratamento dado ao objeto da herança é o mesmo independentemente da qualidade e da quantidade dos bens que efetivamente compõem o patrimônio hereditário; ignora-se a possibilidade de regras substancialmente diversas em razão do conteúdo e da extensão dos bens transmitidos a causa de morte.¹²⁰ Ademais, o sistema sucessório, focado sobremaneira na garantia de igualdade formal, de modo geral desconsidera quaisquer elementos de concretude (as biografias reais e as particularidades) tanto do indivíduo a ser sucedido quanto dos

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, v. IV, cit., p.240-241. Ressalvamos que no Superior Tribunal de Justiça felizmente há um movimento de superação do rigor imposto pela legislação, tendo as Terceira e Quarta Turmas confirmado testamentos com vícios formais, desde que estes tenham sido considerados mínimos – uma versão à brasileira da *substantial compliance doctrine* de algumas jurisdições de *common law*. Ver: REsp 1583314/MG; REsp 1639021/SP; REsp 1618754/MG; REsp 1677931/MG; AgInt no REsp 1521371/MG; AgRg no AREsp 773835/SP; REsp 1432291/SP; AgRg no REsp 1401087/MT; REsp 1419726/SC; AgRg no REsp 1073860/PR; REsp 753261/SP; REsp 1001674/SC; REsp 600746/PR; REsp 701917/SP; AgRg no Ag 570748/SC; REsp 828616/MG; REsp 302767/PR.

¹¹⁷ Sobre o chamado “Paradigma Gutenberg” da sucessão testamentária, ver: GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the dawn of the electronic will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.42, 2008, p.111.

¹¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p.20.

¹¹⁹ A legislação processual prevê um tratamento diferenciado, quanto ao rito do inventário, considerando a extensão da herança (artigo 664 do Código de Processo Civil de 2015). Também existe a possibilidade de simples alvará judicial, hipótese também relacionada ao conteúdo do acervo hereditário (Lei 6.858/1980). Ocorre estas são regras meramente processuais, enquanto aqui abordamos questões de direito material. Por outro lado, na legislação também existem regras específicas que levam em consideração o direito no qual se sucede – por exemplo, a lei de direitos autorais, lei 9.610/1998 -, mas estes casos são exceção absoluta dentro do grande quadro do sistema sucessório brasileiro.

¹²⁰ Voltaremos a esse assunto na seção 4.

sucessores. Na atual codificação civil brasileira, os sujeitos do fenômeno sucessório não “são”; o *de cuius* “tinha”, os sucessores “passam a ter”.¹²¹ O resultado é que o sistema sucessório do Código de 2002 pouco é mais do que as normas genéricas para uma grande operação aritmética, mera divisão do patrimônio deixado por entre aqueles que sobreviveram ao morto, se houver saldo após descontadas as dívidas. Não há efetiva preocupação em funcionalizar o fenômeno sucessório à promoção da dignidade dos sujeitos envolvidos; não se busca o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária¹²²; não se cogita de promover a redução das desigualdades sociais.¹²³

Nesse mesmo sentido, o civilismo oitocentista se apegava fortemente à previsibilidade e à segurança; para este mister, a norma jurídica deveria ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência, abstrata e universal; o papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal.¹²⁴ O direito sucessório no Código Civil de 2002 reproduz esse modelo que se pretende universalista, se mantendo totalmente alheio às circunstâncias concretas de cada caso – como a extensão do patrimônio ou a complexidade de formas e conteúdos de relações interpessoais. Assim, temos na codificação uma única ordem de vocação hereditária, ainda que as relações interpessoais (de afeto, de cuidado, de dependência) sejam cada vez mais complexas. Do mesmo modo, a lei continua equivocadamente presumindo, que a genérica proteção aos interesses da família do *de cuius* com a reserva de 50% do patrimônio hereditário será sempre suficiente para atender aos fundamentos e funções constitucionais da herança.¹²⁵ Aparentemente, o direito sucessório codificado continua privilegiando estabilidade e segurança em detrimento da solução adequada às particularidades concretas – algo com o que a doutrina acriticamente tende a concordar, conforme veremos na seção 4.

3.3. Um direito das sucessões codificado alheio aos princípios orientadores do Código

¹²¹ Inspiramo-nos nas palavras de Luiz Edson Fachin: “A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro, cujo modelo se manteve em 2002. (...) Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (...), e é mais um ‘indivíduo patrimonial’.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.102.

¹²² Constituição Federal de 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹²³ Constituição Federal de 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

¹²⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno e a codificação*, cit., p.06.

¹²⁵ Ver nota 95.

O Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002 parece não ter sofrido profunda influência nem mesmo dos princípios tidos como paradigmáticos na nova codificação: socialidade, eticidade e operabilidade.

O princípio da socialidade seria um contraste ao sentido individualista do Código anterior, em razão da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem se perder o valor fundante da pessoa humana. Miguel Reale afirmou que a adesão a tal princípio levou o Projeto de Código a revisar os direitos e deveres daqueles que, para ele, eram os “cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.¹²⁶ Na Exposição de Motivos encontramos um reconhecimento de que era necessário superar o individualismo marcante da liberdade de testar. Isso foi atendido, segundo os seus autores, com a exclusão da possibilidade de clausular livremente – ou seja, sem justa causa – a legítima.¹²⁷ Acreditamos que esta medida é claramente insuficiente para trazer ao direito hereditário uma dimensão social. Em primeiro lugar, conforme já mencionamos, inexistiu no Código de 2002 uma adequada tutela qualitativa da liberdade de testar.¹²⁸ Em segundo lugar, porque a codificação ignora o fato de que a herança é potencialmente um fator econômico de concentração de riqueza¹²⁹ (e consequentemente de aumento das desigualdades sociais), podendo contrastar com o comando constitucional de redução das desigualdades. Apesar de a maior parte da doutrina se contentar a discutir o imposto sobre a herança como mecanismo para resolver tais problemas, propomos que também se promova uma releitura do perfil funcional da sucessão *causa mortis* para promover também os interesses da coletividade no exercício dos direitos hereditários. Aderimos à ideia de que o legislador deve desenhar os institutos jurídicos preocupado especificamente com questões redistributivas e de equidade, reconhecendo, de um lado, que muitas regras

¹²⁶ REALE, Miguel. *Visão geral*, cit. Desde já podemos observar a visão atrasada do Projeto, colocando como o “personagem típico” do Direito das Sucessões o testador – culto excessivo ao ato de autonomia privada testamentária, em detrimento do prestígio que em tese deveria ser dado à sucessão legítima.

¹²⁷ Código Civil de 2002, art. 1.848, *caput*. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

¹²⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p.28.

¹²⁹ Sobre as relações entre transmissão intergeracional de riqueza e aumento das desigualdades sociais, recomendamos, entre várias outras obras: ASCHER, Mark L. *Curtailling inherited wealth. Michigan Law Review*, n. 89, 1990; CATALAN, Marcos. *Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 44, out/dez 2010; DOMINGUES, Nathália Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017; HALLIDAY, Daniel. *Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath*. Oxford, England: Oxford University Press, 2018; KOTLIKOFF, LJ; SUMMERS, LH. *The Role of Intergenerational Transfers in Aggregate Capital Accumulation. Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981; MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003; PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014; RAUSCH, Aluizio Porcaro. *O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v.17, n.113, out.2015/jan. 2016; READ, Harlan Eugene. *The Abolition of Inheritance*. New York: The MacMillan Company, 1918.

aparentemente neutras tendem a favorecer os ricos, aumentando a concentração de riqueza; e, de outro lado, que a tributação é muitas vezes insuficiente para corrigir tais distorções, o que demanda uma reestruturação normativa com a criação de mecanismos pensados justamente para a redução das desigualdades.¹³⁰ O Código de 2002 poderia ter optado por essa solução funcional, como propõe a metodologia civil-constitucional – mas, como mencionamos anteriormente, não o fez.

Por sua vez, o princípio da eticidade seria um contraponto ao excessivo rigorismo formal do *Codex* anterior. De acordo com Miguel Reale, o Projeto buscou prever o recurso a critérios ético-jurídicos (como, por exemplo, equidade e boa-fé) para permitir ao juiz encontrar a solução mais justa ao caso concreto.¹³¹ Ocorre que o reflexo desse princípio no Livro das Sucessões é mínimo; o legislador apenas recorreu à boa-fé para tratar das alienações feitas pelo herdeiro aparente em casos de exclusão por indignidade ou de petição de herança. Não há qualquer outra referência a este princípio, nem mesmo onde sua presença seria mais esperada, como na regulamentação da pena de sonegados (artigos 1992 a 1996) ou da colação (artigos 2002 a 2012). A legislação também não impõe diretamente a boa-fé ao ato de testar e nem a ela se refere em relação à interpretação das disposições testamentárias.¹³² Por essa razão, lamentavelmente até hoje não houve desenvolvimento substancial de uma doutrina dos deveres de conduta impostos pela boa-fé ao agente no exercício da sua manifestação de última vontade; certamente eles existem, análogos aos deveres anexos ao exercício da autonomia privada contratual, evidentemente com conteúdos diversos em razão das naturezas dos respectivos atos a que se referem.

Ao não se preocupar em dar ao testador específico dever de boa-fé, a lei perdeu também uma excelente oportunidade de estabelecer a tutela qualitativa da manifestação de última vontade. Isso é relevante particularmente em relação à cláusula testamentária com motivo ilícito. Imaginemos uma absurda e repugnante cláusula testamentária com o seguinte conteúdo: “deixo toda a minha parte disponível ao meu filho A, porque a minha filha B é casada com um homem negro”. Obviamente, uma disposição racista é totalmente incompatível com o sistema constitucional brasileiro e jamais poderia prevalecer em nosso ordenamento jurídico. O problema é que, se

¹³⁰ LISCOW, Zachary. Reducing inequality on the cheap: when legal rule design should incorporate equity as well as efficiency. *The Yale Law Journal*, n.123, 2014, p.2478. LISCOW, Zachary. Is efficiency biased? *The University of Chicago Law Review*, n.85, 2018, p.1649.

¹³¹ REALE, Miguel. *Visão geral*, cit.

¹³² O artigo 113 do Código Civil de 2002 estabelece que a boa-fé é parâmetro interpretativo para os negócios jurídicos de modo geral, entre os quais o testamento se encontra. Ocorre que a interpretação testamentária é peculiar, notadamente em razão de o sujeito que manifestou a (última) vontade estar morto quando esta estiver finalmente sendo interpretada.

buscarmos exclusivamente no Código Civil de 2002, não encontraremos uma solução para essa questão. Um dos pressupostos estabelecidos no artigo 166, III do Código Civil de 2002 para a invalidade do negócio jurídico por ilicitude do motivo é a natureza bilateral ou plurilateral do ato. Como explicita Marcos Bernardes de Mello, “[a]ssim, por exemplo, um testamento cujo motivo determinante seja ilícito não poderá ser anulado por força do inciso III do art. 166”.¹³³ A deficiência da codificação civil nos faz recorrer diretamente à Constituição para afirmar que a última vontade manifestada no exemplo acima não é digna de tutela e, portanto, a referida disposição testamentária não deverá prevalecer. Este, inclusive, é um bom exemplo da insuficiência do “sistema fechado” de Direito Privado sustentado pelos defensores da “teoria clássica” do Direito Civil.

A respeito da eticidade enquanto meio de busca pela solução mais justa ao caso concreto, os avanços foram mínimos. O Código de 2002 estabeleceu a discricionariedade judicial quanto à confirmação do testamento hológrafo simplificado – aquele escrito de próprio punho e assinado pelo testador, possível apenas em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula¹³⁴. Por outro lado, o Código também deu ao juiz margem de apreciação quanto à confirmação do testamento particular na hipótese de faltarem as testemunhas deste negócio jurídico, desde que haja pelo menos uma¹³⁵. Ocorre que, de modo geral, as regras sucessórias são rígidas e inflexíveis às circunstâncias do caso concreto, em especial no que diz respeito ao reconhecimento da qualidade de sucessor *ab intestato* e à determinação do valor de cada quinhão. Dessa rigidez resulta que basicamente não há margem de apreciação judicial para a busca da solução mais adequada para o caso concreto em matéria hereditária – o que viola a ideia de hermenêutica com fins aplicativos pregada pela metodologia civil-constitucional. Mais do que em qualquer outro ramo do Direito Civil, o juízo sucessório continua sendo *la bouche de la loi*. A título de exemplo, não há qualquer espaço para que a ordem legítima de vocação hereditária ou mesmo a divisão matemática do patrimônio hereditário sejam equitativamente alteradas, a critério do juiz, para melhor refletirem as circunstâncias concretas do sucedido e dos sucessores, com base em parâmetros legítimos à luz da Constituição Federal. Semelhantemente, não há espaço para considerações sobre a conduta do sucessor, com exceção das taxativas hipóteses de indignidade ou deserção. Consequentemente, a título ilustrativo, o juízo não está

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.166.

¹³⁴ Uma inovação da codificação atual em relação à anterior.

¹³⁵ Mesmo com essa margem para deliberação do magistrado quanto à confirmação do testamento particular, o tratamento legislativo da matéria ainda é insuficiente. Afinal, se faltarem todas as testemunhas, ainda que o juiz tenha outros elementos probatórios suficientemente asseguradores da idoneidade do ato, o testamento particular não poderá ser confirmado (artigo 1878, parágrafo único).

autorizado a tomar qualquer medida, nem mesmo uma redução de quinhão a título de sanção, em face daquele sucessor que tiver induzido, instigado ou assistido o sucedido ao suicídio, simplesmente por essa hipótese não se encaixar na lista exaustiva de causas de exclusão da sucessão.

O terceiro princípio norteador da elaboração do Projeto do Código de 2002 foi a operabilidade, no sentido de evitar equívocos e dificuldades, permitindo uma melhor realização do direito positivo. A Comissão elaboradora do Projeto de Códigos priorizou a adoção de uma linguagem nova, mais operacional e atualizada, que facilitasse a precisa interpretação; para tanto, até mesmo se permitiu desviar da diretriz inicial de conservar o quanto possível as disposições do Código de 1916, para se eliminarem arcaísmos. Por outro lado, certas normas foram redigidas com o propósito de abertura para a atividade social – para que esta, na sua evolução, altere e complemente o conteúdo normativo.

Ocorre que o Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002 é marcado por uma evidente “inoperabilidade”. Mesmo com algumas alterações redacionais motivadas por estilo, a linguagem utilizada pelo legislador continua de maneira geral truncada e inacessível aos operadores do direito não-versados em matéria sucessória e, principalmente, aos leigos. Tomemos como exemplo o modelo *default* de sucessão hereditária adotado na codificação, consistente na concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes¹³⁶. A norma que trata desse cenário-padrão pouco provavelmente poderia ter sido redigida de modo pior:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

A lei encontrou a forma mais complicada de dizer que o cônjuge supérstite será chamado a amplamente¹³⁷ concorrer com os descendentes apenas nos regimes da participação final nos aquestos, da separação convencional e num eventual regime de

¹³⁶ Devemos fazer duas observações. Em primeiro lugar, mencionamos aqui exclusivamente o cônjuge, sem abordar o companheiro, exclusivamente em razão de estarmos tratando do modelo adotado pelo legislador; como já vimos, a lei civil relegou a união estável a um segundo plano sucessório, o que veio a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, nossa referência crítica à inoperabilidade do dispositivo que regulamenta a concorrência entre cônjuge e descendentes não significa, de maneira alguma, que concordemos com a adoção desse modelo como o único ideal para a sucessão hereditária.

¹³⁷ Isto é, em relação ao patrimônio hereditário como um todo.

bens atípico; quanto à hipótese de casamento celebrado no regime da comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente também será chamado a concorrer com os descendentes do falecido, porém não amplamente e sim apenas em relação aos bens particulares deixados pelo morto, se houver. Por conta da inoperabilidade provocada pela técnica legislativa inadequada, tivemos que esperar mais de uma década até a pacificação jurisprudencial sobre a concorrência sucessória na hipótese de separação convencional¹³⁸ e sobre a limitação da concorrência aos bens particulares no regime da comunhão parcial.¹³⁹ Quando somamos as confusões suscitadas por este dispositivo com a previsão de reserva da quarta parte da herança ao cônjuge, quando for ascendente dos herdeiros com quem concorrer (artigo 1832), o resultado é uma das questões mais controversas em matéria cível.¹⁴⁰

Os problemas quanto à operabilidade da lei sucessória vão além de questões de linguagem. Tantas são as formalidades exigidas para o testamento, tornando-o trabalhoso e custoso, que a sucessão testamentária se torna pouco acessível à população em geral. Por outro lado, o tratamento legislativo dado ao plano da validade dos testamentos é confuso mesmo para profissionais da área jurídica. O regime de invalidades testamentárias é distinto do regime geral de invalidade dos negócios jurídicos. O direito de impugnar a validade do testamento se extingue em 5 anos, contados da data do seu registro (artigo 1859); trata-se de uma exceção à regra geral de que nulidades não se convalidam.¹⁴¹ Ocorre que a referida exceção também é excepcionada nos importantes casos de vícios da vontade do testador: nas hipóteses de erro, dolo e coação, o direito de se pleitear a anulação do ato se extingue em 4 anos, contados do conhecimento do vício (artigo 1909). É importante notar que nem mesmo

¹³⁸ Decisão de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1382170/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha. Esse entendimento foi reiterado no AgRg nos EREsp 1472945/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira; no AgRg no REsp 1334340/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze; no AgRg no AREsp 585544/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgRg no AREsp 187515/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; no AgInt nos EREsp 1354742/MG, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e no AgInt nos EAREsp 1248601/MG, relator Ministro Raul Araújo.

¹³⁹ Decisões de 23 de outubro de 2014 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1472945/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva; e de 22 de abril de 2015 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1368123/SP, relator para o acórdão Ministro Raul Araújo.

¹⁴⁰ Para que o leitor tenha uma noção das controvérsias doutrinárias relativas à concorrência sucessória, recomendamos: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit.; e CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. *Revista de direito de família e sucessão*, v.4, n.2. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4938/pdf>. Acesso em 29 de março de 2019.

¹⁴¹ Aqui seguimos a terminologia de Marcos Bernardes de Mello, para quem “[t]emos por *convalidação* a extinção do defeito invalidante dos atos jurídicos por consequência do ato-fato jurídico da prescrição e da decadência, isto é, o aperfeiçoamento do ato jurídico nulo ou anuável *sem atuação volitiva juridicamente relevante*, expressa ou tácita, do interessado. (...) A *sanação*, ao contrário, ocorre como resultado de ato de vontade relevante (= negócio jurídico) praticado com o fim de remover o defeito invalidante, o que depende, portanto, de que haja manifestação expressa ou tácita do elemento volitivo”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, cit., p.282.

o *dies a quo* de cada um dos mencionados prazos é igual. Questionamos seriamente se de fato estamos diante de um sistema operável. Nossa crítica se torna ainda mais contundente quando lembramos que Miguel Reale reiteradamente usou os prazos de prescrição e decadência como os grandes exemplos de como a operabilidade se refletia na nova codificação civil.

Conclusivamente, em se tratando de normas positivadas, o atual estado do Direito das Sucessões é mais parecido com o século XIX do que com o século XXI.¹⁴² Temos uma disciplina sucessória positivada que olha para o passado, não para o futuro. O Código de 2002 consagra um direito hereditário estruturalmente semelhante ao da codificação anterior: patrimonialista, individualista, voluntarista e conservador em matéria familiar, além de apegado a formalismos e abstrações. Nesse sentido, Marcos Catalan aduziu que a disciplina jurídica oitocentista da sucessão *causa mortis* (reproduzida no Código de 1916) foi ditada pelos interesses da burguesia, detentora do capital e do poder político; o foco estava na manutenção da liberdade e na preservação da propriedade.¹⁴³ Percebemos, assim, uma incompatibilidade entre o direito sucessório positivo, como um todo, e os valores estampados na Constituição Federal de 1988, em especial a promoção da dignidade humana e a construção de uma sociedade menos desigual, mais justa e solidária. O péssimo trabalho na elaboração do Livro do Direito das Sucessões na atual codificação demonstra ainda a ingenuidade da referência que vemos na doutrina à noção de “dignidade da legislação”.¹⁴⁴ Precisamos superar esse cenário, e a saída nos parece envolver o desenvolvimento de uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões.

4. A necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões

Ainda no final do século XIX, Anton Menger defendeu que, apesar de o direito hereditário não interferir tão diretamente no desenvolvimento econômico dos países, ele exerce um influxo decisivo sobre as condições sociais, em especial sobre a

¹⁴² Mencionemos ainda trecho da Tese de doutoramento de Felipe Lima Gomes : “Sobre o direito à herança, é possível perceber, e isso será explorado no capítulo quatro, que muito da sua regulamentação infraconstitucional é semelhante ao que já havia no direito brasileiro anterior – na verdade, é semelhante, nas suas estruturas fundamentais, a regulamentações seculares de vários ordenamentos da tradição latina”. GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015, p.52.

¹⁴³ CATALAN, Marcos. *Direito das sucessões*, cit., p.137-139.

¹⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemológico-do-Direito-civil-contemporâneo-na-tradição-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2018, p.43.

estratificação das classes sociais; dessa forma, ao legislar sobre herança, o legislador determina, dentro de certos limites, as condições sociais do porvir.¹⁴⁵ Por outro lado, Gustavo Tepedino apontou que pouco servirão os mecanismos do Direito Público para a proteção dos direitos humanos, se na atividade privada não houver instrumentos que também combatam o desrespeito à dignidade da pessoa humana e a exclusão social.¹⁴⁶

Acreditamos, dessa forma, que a sucessão *causa mortis* tem um importante papel a desempenhar na concretização do projeto de sociedade constante na Constituição Federal. O fenômeno hereditário está inserido no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, sofre o efeito irradiante das normas constitucionais (dotadas de supremacia), devendo então ser por elas conformado, desde a positivação até a aplicação ao caso concreto. Identificamos aqui, então, a constitucionalização do Direito das Sucessões.

O problema de se manter a estrutura do fenômeno sucessório anterior, como demonstramos que o fez o Código Civil de 2002, é que seus conceitos – em especial as capacidades (para ter herdeiros e para ser herdeiro) – foram construídos a partir do culto ao patrimônio, não do culto à pessoa.¹⁴⁷ Entretanto, o Direito das Sucessões tem o potencial de ser muito mais do que a mera positivação de critérios atribuidores de titularidade sobre um determinado quinhão do patrimônio hereditário. O sistema normativo hereditário pode e deve ser reconstruído sobre a tutela da pessoa, e não sobre a tutela do patrimônio.¹⁴⁸

O direito sucessório atualmente positivado entrou em vigor após a Constituição Federal de 1988. Na medida em que o Código Civil de 2002 frustrou as expectativas constitucionais para a sucessão hereditária, inclusive em relação aos renovados fundamentos e funções atribuídos à herança, aparentemente estamos diante de uma inconstitucionalidade. Se fôssemos adotar o necessário e impecável rigor com que o Supremo Tribunal Federal tratou o artigo 1.790, basicamente todo o Livro V da Parte Especial da codificação civil seria extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. O *cul-de-sac* é que simplesmente não é possível que essa inconstitucionalidade seja declarada. O problema mais significativo seria o vácuo normativo daí decorrente – incompatível com o fato de a herança, como direito fundamental que é, depender de um conjunto de normas que regulamentem a sua aquisição e o seu exercício. Ademais,

¹⁴⁵ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*, cit., p.299.

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas*, cit., p.61.

¹⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p.187.

¹⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.233.

não caberia sequer uma reprivatização das normas do Código Civil de 1916, na medida em que estas não seriam recepcionadas na atual ordem constitucional – a codificação anterior era ainda mais incompatível com a Constituição Federal de 1988 do que o Código Reale.

Em virtude da impossibilidade de uma declaração pura e simples da inconstitucionalidade do Livro V da Parte Especial do Código Civil, entendemos que a solução ideal seria uma soma de dois fenômenos: de um lado, um verdadeiramente profundo movimento de reforma legislativa, sempre atento aos problemas que vêm marcando as mudanças de leis sucessórias no Brasil e alhures; de outro lado, um efetivo movimento doutrinário e jurisprudencial para reconstruir, à luz da Constituição Federal, o direito sucessório brasileiro. Existe uma imprescindível necessidade de filtragem constitucional do Direito das Sucessões – utilizando-se daquilo que aqui denominamos uma “Teoria Crítica do Direito das Sucessões”.

Por tudo quanto exposto, sustentamos que o Direito Civil-Constitucional é o aparato teórico-metodológico imprescindível para a releitura legislativa, jurisprudencial e doutrinária dos elementos do fenômeno sucessório. Luiz Edson Fachin defendeu que a releitura crítica do Direito Privado exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares do Direito Civil: o trânsito jurídico, as titularidades e o projeto parental.¹⁴⁹ Encontramos no Direito das Sucessões um terreno privilegiado para essa releitura, na medida em que convergem os três pilares: autonomia privada (liberdade testamentária); posse e propriedade (que se transmitem *causa mortis*); e família.

Vemos de forma altamente positiva as iniciativas doutrinárias no sentido de conformação do Direito das Sucessões aos princípios e às normas da Constituição Federal. Podemos citar como exemplo Paulo Lôbo, que já defendeu o reconhecimento da sucessão *causa mortis* enquanto garantia da solidariedade familiar, em vez de exclusivamente ser um meio de transmissão de propriedade.¹⁵⁰ O mesmo autor igualmente suscitou a ideia de função social do testamento, que condiciona tanto a autonomia privada do testador quanto o legislador ordinário. Nesse sentido, não poderiam ser editadas normas legais que contrariem tal função social. Acreditamos que uma boa ilustração disso seria a inconstitucionalidade da inserção, no direito sucessório positivo, das perpetuidades (fideicomissos para além do segundo grau).¹⁵¹

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.31.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*, cit., p.43.

¹⁵¹ A própria constitucionalidade (ou, ao menos, a conveniência) da manutenção do fideicomisso no direito brasileiro suscita dúvidas. Por outro lado, as perpetuidades são um instrumento pelo qual o testador

Outro exemplo a ser celebrado é Ana Luiza Maia Nevares, que há mais de uma década vem defendendo que a função do Direito das Sucessões deve estar permeada pela realização da dignidade da pessoa humana, bem como da tábua axiológica constitucional como um todo.¹⁵² Citemos ainda Heloisa Helena Barboza¹⁵³ e Giselda Hironaka.¹⁵⁴ O problema é que essas iniciativas vêm sendo isoladas e pouco desenvolvidas com profundidade por outros autores. De modo geral, a dogmática sucessória-constitucional atualmente ainda carece tanto de uma teoria descritiva, que explique o que é o fenômeno sucessório à luz da Constituição; quanto de uma teoria normativa, que determine o que a lei sucessória deveria ser para atender ao projeto constitucional.

O Direito das Sucessões é um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica.¹⁵⁵ Em muitas oportunidades, ele é tratado como mero apêndice do Direito de Família.¹⁵⁶ No prefácio da supramencionada obra de Ana Luiza Maia Nevares¹⁵⁷, Gustavo Tepedino melancolicamente relatou o esquecimento do direito sucessório no processo de reconstrução do Direito Civil brasileiro. Tepedino apontou como possíveis motivos para essa tendência tanto a dificuldade teórica quanto a aparente rigidez atemporal da dogmática sucessória. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin apontou que a transformação paradigmática do Direito Civil como um todo enfrenta dificuldades decorrentes da “permanência dos significados e dos saberes pretensamente perenes dos significantes”.¹⁵⁸

designa o destino dos seus bens por muitas gerações que lhe seguirem. De modo geral, entendemos que se trata de instituto desarrazoadamente limitador da autonomia privada dos herdeiros, bem como inadequado à ordem econômica estabelecida na Constituição Federal. Para uma melhor compreensão do processo pelo qual as perpetuidades foram abolidas na França, na Alemanha e nos Estados Unidos, recomendamos: BECKERT, Jens. *Inherited Wealth*. Translated by Thomas Dunlap. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p.10, p.327.

¹⁵³ BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit.

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*, cit., p.43. No mesmo sentido, Salomão Cateb aduz que “poucos são os advogados, os professores, os promotores, os juízes que se especializaram em Direito Sucessório e sabem manejar as formas de sucessões, legítima e testamentária”. CATEB, Salomão de Araújo. *Dos regimes de bens*, cit., p.251.

¹⁵⁶ Na Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal com suporte do Superior Tribunal de Justiça, todas as subdivisões do Direito Civil têm seus próprios Grupos de Trabalho, exceto Família e Sucessões, que são tratados conjuntamente. Semelhantemente, no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), os Direito de Família e Sucessões são abordados conjuntamente em um único Grupo de Trabalho, apartado do restante do Direito Civil. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) se propõe a discutir temas de Direito das Sucessões, sem ao menos trazer a disciplina em seu nome, priorizando apenas o aspecto familiarista.

¹⁵⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit.

¹⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.193.

Mesmo em relação a termos descritivos, a teoria do Direito das Sucessões deixa severamente a desejar. A produção doutrinária, quando efetivamente existe, dificilmente se desprende do fenômeno hereditário codificado; pouco se vai além de reconhecer as normas positivadas, o que se faz “por uma explicação, ou um comentário, dos artigos do Código ou da legislação extravagante que lhe seja pertinente”.¹⁵⁹ Imputamos isso parcialmente à tendência totalizante dos grandes autores de manuais e cursos de Direito Civil. Talvez inspirados por Pontes de Miranda, os ilustres civilistas de modo geral se propõem a descrever por completo, com autoridade de quem a todo o conteúdo domina, todos os variados sub-ramos do Direito Civil, englobando institutos com estruturas significativamente distintas como, por exemplo, direitos da personalidade, obrigações *propter rem*, as teorias do nexa causal na responsabilidade extracontratual e o fideicomisso. Não que os diferentes ramos do Direito Civil sejam independentes e incomunicáveis entre si, muito pelo contrário. O problema é que a tendência totalizante diminui a verdadeira especialização em cada ramo por parte de quem está descrevendo um instituto; por sua vez, quanto menor a especialização, menor a capacidade descritiva.¹⁶⁰ Isso porque a análise do generalista, não-especialista, acaba se tornando mais superficial, menos atenta aos detalhes lógico-estruturais de cada instituto; daí muitas vezes a descrição acaba sendo uma repetição acrítica daquilo que os outros já afirmaram, carecendo de uma reflexão própria da parte de quem está dizendo o que o Direito das Sucessões é. Ilustrativamente, a despeito de todos os aspectos legislativos merecedores de críticas que apresentamos até aqui, há referência doutrinária até a uma suposta “excelência da sucessão legítima”, passagem essa que é um reflexo do estado das coisas da produção científica em matéria sucessória na contemporaneidade.¹⁶¹

Por outro lado, a ausência de uma sólida teoria normativa do Direito das Sucessões também pode ser compreendida no contexto do conservadorismo ideológico do Direito como um todo. Orlando Gomes há muitas décadas já tinha chamado atenção para o fato de que o estado estacionário da técnica jurídica é provocado por uma incapacidade de reconstrução e pela falta de imaginação.¹⁶² De acordo com o mencionado autor, o atraso é resultado da fidelidade, do respeito, da admiração e do fervor em relação às matrizes filosóficas clássicas do Direito Privado: “os processos sugeridos para a sua renovação visam essencialmente a harmonizar as novas soluções com o fundamento teórico sobrevivente”. Ocorre que os velhos conceitos jurídicos do século XIX não

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*, cit., p.29.

¹⁶⁰ Ilustrativamente, é como se um estudante de Medicina estudasse o coração com base em um manual escrito por um autor que domina Anatomia Geral, e não por um cardiologista.

¹⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p.179.

¹⁶² GOMES, Orlando. *A evolução do direito privado*, cit., p.122.

devem simplesmente ser adaptados ao novo contexto fático-valorativo do século XXI, mas corajosamente substituídos, na medida em que “não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva”.¹⁶³ Acreditamos que nem sempre é adequado solucionar problemas emergentes remetendo-os a categorias antigas; nos casos em que verificarmos a caducidade delas, o que devemos é encontrar soluções originais para as novas realidades.¹⁶⁴ Na medida em que isso não ocorre, reiteramos o alerta dado por Michele Giorgianni no sentido de que, como a consciência das transformações aparentemente pouco penetrou na doutrina privatista, “a jurisprudência é obrigada a enfrentar situações novas com instrumentos velhos”.¹⁶⁵ Ilustrativamente, os setores doutrinários que suscitam a superficial crítica da legítima como uma indevida restrição à vontade do testador parecem tanto ignorar (a) que a autonomia privada testamentária não era irrestrita nem mesmo no regime do altamente voluntarista Código de 1916, o que é significativo considerando justamente que tal voluntarismo deve ser superado pela metodologia civil-constitucional; (b) que os interesses do sucedido/testador não são os únicos tutelados pela herança, porém convivem em equilíbrio com os do sucessor, na medida em que a sucessão *causa mortis* é um fenômeno bifocal; e (c) que as jurisdições ocidentais de modo geral, até mesmo a grande maioria daquelas de *common law*, protegem determinados parentes do morto contra a deserção imotivada ou contra a ausência de provisão testamentária suficiente. Aparentemente pouco consciente do que se desenvolve em outros sistemas jurídicos, a doutrina sugere meramente alterações nos percentuais da reserva legitimária, o que é uma solução pouco criativa e que repete a abstração e a rigidez do modelo atual. Praticamente se ignora a possibilidade de um sistema de herança forçada variável de acordo com a extensão do patrimônio hereditário e dos interesses específicos dos sujeitos envolvidos em cada sucessão. Desse modo, notamos que o mais polêmico debate doutrinário em matéria sucessória é marcado por reflexões pouco profundas e repetições de argumentos basicamente fundamentados no senso comum e em repetições acrílicas.

Vemos com extrema preocupação a ausência de uma mais robusta teoria normativa do Direito das Sucessões, ou seja, de mais obras propondo o que o direito sucessório deveria ser à luz da Constituição Federal de 1988. Trazendo para a seara jurídica as

¹⁶³ GOMES, Orlando. *A evolução do direito privado*, cit., p.132.

¹⁶⁴ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; REIS, Felipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AGRG na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao RESP n. 992.749-MS (STJ). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. v.12, abr/jun 2017, p.120.

¹⁶⁵ GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado*, cit., p.36.

lições da pesquisadora britânica Alice Evans¹⁶⁶ sobre o poder das ideias em relação à perpetuação das desigualdades sociais, compreendemos que a pouca atenção doutrinária prestada a um ramo do Direito se relaciona com a manutenção do *status quo* normativo. Acreditamos que há dois fatores significativos para que legislações defeituosas permaneçam inalteradas: a falta de críticas, de um lado; e o desconhecimento de soluções legislativas alternativas, de outro. Grosso modo, se reflexões profundas não são feitas, a norma ruim continua em vigor ou porque as pessoas não percebem que ela é inadequada, ou porque não visualizam possibilidades concretas de mudança. O legislador fez um trabalho de má qualidade ao regulamentar a sucessão causa mortis no Código Civil de 2002. Uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões é imprescindível para a rejeição de um Direito das Sucessões insatisfatório, tornando-o mais adequado à realização dos fundamentos e funções que lhe são atribuídos pela Constituição Federal.

Um dos aspectos problemáticos que encontramos na teoria do fenômeno hereditário é a excessiva reverência prestada pelos doutrinadores à noção de segurança jurídica e de previsibilidade – que são constantemente usadas como justificativas para, ilustrativamente, obstar direitos sucessórios em hipóteses de reprodução assistida *post mortem*.¹⁶⁷ Também se trata de argumento suscitado para rejeitar maior exercício de discricionariedade pelo juízo sucessório, no sentido de flexibilizar, à luz de valores constitucionalmente legítimos, a ordem de vocação hereditária e a distribuição formalmente isonômica de quinhões do patrimônio sucessível. Não queremos com isso, obviamente, dizer que não há importância na estabilidade das relações jurídicas; porém o valor da segurança jurídica “deve se harmonizar com o valor da justiça e da esperança, relacionado à transformação qualitativa da realidade, de modo a concretizar os compromissos constitucionais de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, alicerçada na dignidade das pessoas em ambiente plural”.¹⁶⁸ Negar uma maior discricionariedade ao juízo sucessório, condenando-o a continuar sendo apenas

¹⁶⁶ EVANS, Alice. *DEC Lecture. Politicizing inequality: the power of ideas*, 2018. 1 vídeo (60 minutos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-ozCp5v0JaI&t=350s>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

¹⁶⁷ Nas VII e VIII Jornadas de Direito Civil, foi reiteradamente apresentada uma proposta de Enunciado aplicando o prazo de 2 anos do artigo 1800, § 4º do Código de 2002 ao caso da reprodução assistida *post mortem*. A justificativa em ambas as oportunidades foi no sentido de que o prazo visava a assegurar a segurança jurídica para os demais herdeiros do *de cuius*. Nas duas Jornadas argumentamos fortemente contra esse posicionamento, entre outras razões porque o herdeiro concebido postumamente deve ser chamado à sucessão por vocação legítima, e o prazo em questão diz respeito à sucessão testamentária; com *ratios* distintas, a analogia é incabível. Devemos continuar atentos para que o entendimento que prestigia excessivamente a segurança jurídica, em detrimento da solução justa, não prevaleça nas próximas Jornadas.

¹⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no Direito Privado e Constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p.19.

la bouche de la loi, por razões de segurança e previsibilidade, significa manter o Direito das Sucessões como ele é, em vez de o transformar naquilo que a Constituição determina que ele seja. Do mesmo modo, tal postura contraria a renovada teoria da interpretação defendida pela metodologia civil-constitucional. A obsessão pela previsibilidade e pela estabilidade é característica intrínseca do civilismo oitocentista. Em sentido diametralmente oposto, na metodologia civil-constitucional, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei; desse modo, na individuação do caso concreto, o magistrado deverá considerar todas as circunstâncias fáticas e procurará julgar com base em uma perspectiva unitária de ordenamento.¹⁶⁹ Acreditamos que também no Direito das Sucessões a abstração, o tecnicismo e o positivismo legislativo devem dar lugar à preeminência da justiça. Assim como Giselda Hironaka, preferimos o justo ao seguro.¹⁷⁰

Nesse cenário, acreditamos que os sentidos clássicos de herança e dos sujeitos da sucessão (sucedido e sucessor) devem ser relidos, repersonalizados e transformados à luz da Constituição Federal – passando por uma verdadeira “filtragem constitucional”. A sucessão *causa mortis* pode e deve sofrer uma revolução qualitativa, que tome como parâmetros axiológicos a igualdade, a solidariedade e o desenvolvimento pleno da pessoa.¹⁷¹ Faz-se imprescindível romper com os conceitos supostamente absolutos, universais e eternos que se desenvolveram na teoria do Direito das Sucessões. Na esteira do que Luiz Edson Fachin propôs para a teoria do Direito Civil como um todo, defendemos especificamente uma verdadeira reelaboração da dogmática sucessória, que deve se afastar do tecnicismo e do neutralismo para estar à “serviço da vida”.¹⁷²

A herança pode ser entendida em sentido objetivo (patrimônio sucessível) ou em sentido subjetivo (direito subjetivo à herança). No sentido objetivo, uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões deve considerar a insuficiência das regras sucessórias codificadas para atender às novas situações proprietárias, às demandas da era digital e, de modo geral, às riquezas que fogem da lógica imobiliária/mobiliária tradicional que pautou o modelo estabelecido pelo Código de 1916 e acriticamente repetido em 2002.¹⁷³

¹⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.254.

¹⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.101, 2006, p.158.

¹⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p.55.

¹⁷² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.239.

¹⁷³ E aqui registramos as palavras de Luiz Edson Fachin sobre a Teoria Geral do Direito Civil como um todo: “Esse sistema está fundado na supremacia do patrimônio formado por coisas e nele, nomeadamente, o patrimônio imobiliário. E nesse código do patrimônio imobiliário se liga a ideia dos bens e a suscetibilidade de serem convertidos em dinheiro. E isso se aplica tanto às coisas quanto ao comportamento. Essa ‘lógica’ de conversão em dinheiro traz algumas interrogações quando determinados direitos, que integram a esfera jurídica, e que não são objeto de direito, são violados, e sua violação permite

Da mesma maneira, é imprescindível debater a aplicação de regimes sucessórios distintos a depender da natureza dos bens transmitidos, como já sugeriu Ana Luiza Maia Nevares¹⁷⁴. Em nossa sugestão, essa distinção de regimes se justifica também a depender da extensão do patrimônio sucessório, uma vez que, como já mencionamos, a transmissão intergeracional de riquezas é um fator que contribui significativamente para o aumento das desigualdades sociais, na contramão do preconizado pelo texto constitucional.

Por outro lado, considerando o sentido subjetivo de herança, a Teoria Crítica do Direito das Sucessões deve compreender os impactos de esse instituto ter sido expressamente reconhecido como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Essa fundamentalidade da herança traz consequências diversas e profundas, inclusive em decorrência da aplicação da teoria dos Direitos Fundamentais – âmbito de proteção, titularidade, limites, limites dos limites, ponderação à luz da proporcionalidade... – à sucessão hereditária. Aqui nos limitaremos a afirmar: a herança da legislação infraconstitucional deve ser reconstruída (e interpretada) à luz da ideia de herança prevista na Constituição, e não o contrário. A noção constitucional de herança leva em consideração toda a tábua axiológica da Constituição, inclusive (mas não exclusivamente) a família como base da sociedade, a liberdade, a isonomia e a solidariedade (familiar, intergeracional e social), bem como a redução das desigualdades sociais. Semelhantemente, o objeto das titularidades não é mais algo em si mesmo, passando a ter função.¹⁷⁵ Dessa forma, a herança, constante da regulamentação sucessória infraconstitucional, deve ser funcionalizada à concretização desses valores. Compete à Teoria Crítica do Direito das Sucessões investigar quais são os fundamentos e funções dados pela Constituição à sucessão *causa mortis*, fugindo da repetição acrítica de que se trata de mero complemento da propriedade, proteção genérica à família do morto ou estímulo à produtividade; é necessário compreender a herança em um contexto de proteção e promoção da personalidade dos sujeitos do fenômeno sucessório, porém em equilíbrio com os interesses de toda a coletividade.

A Teoria Crítica do Direito das Sucessões também deve se atentar aos sujeitos do fenômeno sucessório. A abstração do sujeito de direito foi um dos pilares de sustentação do Direito Civil “clássico”, uma vez que conciliava liberdade formal e

a reparação pecuniária, mesmo não integrando o patrimônio e nem podendo ser objeto de direito.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.181.

¹⁷⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*, cit., p.66.

¹⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.108.

segurança jurídica. Desenvolveu-se assim o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal, serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado”.¹⁷⁶ Na atual dogmática do Direito das Sucessões, isso se refletiu na construção das categorias de sucedido e sucessor. Sucedido é o sujeito que acumulou patrimônio suficiente para ser transmitido *post mortem*. Se exerceu sua autonomia privada, particularmente determinando o destino deste patrimônio (no todo ou em parte), o sucedido é elevado à categoria de testador. Sucessor (herdeiro ou legatário) é aquele que foi chamado, pela lei ou pelo testamento, a ocupar o lugar do morto nas relações jurídicas transmissíveis que este titularizava enquanto vivo. A reconstrução de um novo Direito das Sucessões exige que superemos sucessor e sucedido como sujeitos abstratos, com a construção de sujeitos concretos, com peculiaridades, biografias reais (e não meramente jurídicas), cidadania e, acima de tudo, dignidade.

Dessa forma, acreditamos que Teoria Crítica do Direito das Sucessões deve voltar seus olhos para a pessoa concreta do sucedido, compreendendo que ele de fato tem interesses protegidos pela sucessão hereditária – e, conseqüentemente, também é titular do direito estampado no artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988. De um lado, isso se reflete na sucessão intestada, cabendo à legislação, na ausência de testamento, reconhecer como sucessores aquelas pessoas com quem o *de cuius* mantinha vínculos hereditariamente relevantes – superando a ideia de uma ordem de vocação abstrata, muitas vezes contrária à realidade fática. Por outro lado, também há impactos na liberdade de testar: esta, compreendida como um direito fundamental, deve conseqüentemente estar sujeita a limites qualitativos e quantitativos. Quanto a estes últimos, uma Teoria Crítica deve perceber que a sucessão forçada em parcela do patrimônio se justifica em razão da promoção dos interesses de determinadas pessoas próximas ao falecido; entretanto, deve-se também rejeitar a acríica afirmação de que a genérica reserva de 50% sempre e em qualquer circunstância será adequado e suficiente para este mister.

Por fim, a Teoria Crítica do Direito das Sucessões deve também reconstruir a noção de sucessor – em especial uma reflexão profunda sobre os critérios de atribuição da qualidade de herdeiro e de distribuição dos quinhões hereditários. A ordem de chamamento à sucessão atualmente positivada é conservadora, rígida e abstrata. A sucessão intestada codificada potencialmente não atende satisfatoriamente aos interesses específicos de modelos familiares não-análogos à família fundada no

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.231.

casamento heterossexual ou na biologia – como, por exemplo, famílias monoparentais, famílias anaparentais, famílias poliafetivas. Do mesmo modo, a atual rigidez da vocação hereditária muitas vezes subverte interesses constitucionalmente relevantes: por exemplo, um ascendente idoso, vulnerável e dependente do *de cuius*, não será chamado a suceder se este por sua vez tiver deixado descendentes, ainda que estes sejam plenamente capazes e inseridos no mercado de trabalho.¹⁷⁷ Semelhantemente, o apego absoluto à igualdade formal entre sucessores – decorrente da adequada rejeição de critérios arbitrários de diferenciação, como sexo ou origem da filiação – potencialmente pode causar violações à igualdade substancial. Acreditamos que a Teoria Crítica do Direito das Sucessões deve se debruçar sobre eventuais interesses constitucionalmente legítimos que excepcionalmente justifiquem a isonomia material em matéria sucessória, em detrimento da isonomia formal – como, ilustrativamente, necessidades extremas de um dos sucessores (por exemplo, decorrentes de deficiência).

Fortes na doutrina de Luiz Edson Fachin¹⁷⁸, encerramos o presente artigo compreendendo que nosso papel é levantar questões, no âmbito do Direito das Sucessões, que não necessariamente têm resposta pronta e acabada. O que pretendemos é superar o paradigma da segurança e da rigidez conceitual, para uma constante criação, construção e reconstrução da sucessão *causa mortis*. Jamais objetivamos chegar a conclusões definitivas; o que sempre nos interessou foram as paragens temáticas nas quais adentramos ou às quais tangenciamos. Terminamos com uma provocação. Muitas das ideias ora suscitadas parecem inconcebíveis, incompatíveis com a lógica histórica do Direito das Sucessões brasileiro; assim, compreendemos uma resistência inicial por parte da comunidade civilista, notadamente daqueles mais apegados ao passado. Antecipamos críticas no sentido de que muito do que sustentamos é inviável ou indesejável. Aos opositores, dizemos: o doutrinador do início do século XX considerava impensável a obrigação como um vínculo de cooperação entre credor e devedor; entendia inaceitável, por critérios de segurança, a cláusula *rebus sic stantibus*; não lhe ocorria o parcelamento temporal da propriedade, como hoje há no *time sharing*; via como inexistente o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Hoje, todos esses institutos são relativamente bem aceitos. Por que só a herança deve ser enxergada, tanto em relação à sua estrutura quanto à sua função, como sacra e imutável, imune às necessidades e transformações que lhe impõem o século XXI? Esperamos que o imediato desconforto cognitivo ora

¹⁷⁷ Sugerimos que a proteção ao ascendente idoso em situação de vulnerabilidade, em caso de o *de cuius* ter deixado descendentes, pode ser concretizada até mesmo com a atribuição, ilustrativamente, de um direito real de moradia, em vez de um quinhão.

¹⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p.241; p.347; p.360.

causado contribua para a superação de um *status quo* normativo ruim. Acreditamos ser chegada a hora de repensar o Direito das Sucessões, como já se reconstruíram diversos outros, antes intocáveis, institutos de Direito Civil.

Conclusão

No presente artigo, definimos o Direito Civil “tradicional” como aquele típico do pensamento oitocentista, marcado pelo patrimonialismo, individualismo, voluntarismo, conservadorismo em matéria familiar e apego a formalismos e abstrações. Por outro lado, identificamos no Direito Civil-Constitucional os reflexos do neoconstitucionalismo no âmbito do Direito Privado; desse fenômeno, decorre que o Direito Civil passa por uma “filtragem constitucional”, uma verdadeira reconstrução dos institutos civilistas clássicos com base, entre outras coisas, na força normativa da Constituição, na proteção especial à dignidade da pessoa humana e em uma hermenêutica com fins aplicativos.

Observamos que o Código Civil de 2002 deveria ter sido uma resposta infraconstitucional às demandas de constitucionalização do Direito Civil brasileiro, notadamente impostas pela Constituição Federal de 1988. Contudo, igualmente notamos que o legislador falhou nesse mister. Baseado em um projeto gestado durante a Ditadura Militar, e com orientações dadas à Comissão Elaboradora para que fosse mantido o máximo possível da codificação de 1916, o Código de 2002 se revelou mais uma atualização tímida do anterior do que uma efetiva positivação do Direito Civil-Constitucional.

Argumentamos que as perspectivas de constitucionalização do Direito Civil, frustradas pelo Código de 2002, revelam-se particularmente problemáticas no Livro V da Parte Especial. O Direito das Sucessões codificado se mantém estruturalmente e funcionalmente preso ao civilismo do século XIX. Boa parte dos artigos é repetição *ipsis litteris* do Código de 1916; outros são marcados por meras alterações redacionais; a regulamentação de boa parte dos institutos hereditários permaneceu inalterada. O legislador meramente olhou para o passado, atendendo de forma desleixada demandas que já existiam há algum tempo, sem pensar naquelas que estavam surgindo e que ainda poderiam advir das transformações sociais e tecnológicas do século XXI. Pior, a lógica oitocentista se perpetuou: a atual regulamentação da sucessão *causa mortis* continua patrimonialista, individualista, voluntarista, apegada a formalismos e abstrações. Além disso, muito pouco se sentiram as supostas diretrizes ideológicas da

nova codificação – socialidade, operabilidade, eticidade – no campo do direito sucessório. Em resumo, depreendemos que o Direito das Sucessões no Código Civil de 2002 é um péssimo trabalho legislativo.

Sustentamos que, tecnicamente, o direito sucessório atualmente codificado é incompatível com as demandas de constitucionalização do Direito Civil – em tese, seria caso de declaração de inconstitucionalidade dessas normas, com sua conseqüente extirpação do sistema jurídico. Ressalvamos que essa hipótese não é possível, na medida em que o vazio normativo daí decorrente seria ainda pior do que a atual situação, dada a impossibilidade de repriminção das normas do Código de 1916. Inferimos que a solução para o atual estado de inconstitucionalidade do direito sucessório brasileiro envolve, além de reformas legislativas profundas, o surgimento de uma Teoria Crítica do Direito das Sucessões. Argumentamos que se faz necessário o desenvolvimento de renovadas teorias descritiva e normativa do direito hereditário, que respectivamente digam, à luz da Constituição Federal de 1988, o que a sucessão *causa mortis* é e aquilo que ela deve ser. Concluimos que a herança (em sentidos objetivo e subjetivo) e os sujeitos da sucessão (sucedido e sucessor) devem necessariamente passar por um processo de “filtragem constitucional”, rompendo-se dos limites que lhe foram outrora impostos pela dogmática sucessória clássica por meio de conceitos supostamente absolutos e universais. Reconhecemos que *a priori* isso pode causar desconforto cognitivo em parte da doutrina nacional; todavia, esperamos que as críticas ora suscitadas contribuam para uma rejeição do *status quo* normativo ruim.

Referências

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 1915.
- ALVES, José Carlos Moreira. Inovações do Novo Anteprojeto de Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, out./dez. 1973.
- ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, São Paulo, vol. 88, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/231>. Acesso em 08 de junho de 2018.
- ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, n. 89, 1990.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

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

BECKERT, Jens. The Longue Durée of Inheritance Law. Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800. *European Journal of Sociology*, vol.48, 2007.

BECKERT, Jens. *Inherited Wealth*. Translated by Thomas Dunlap. Princeton: Princeton University Press, 2008.

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

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. *Revista de direito de família e sucessão*, v.4, n.2. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4938/pdf>. Acesso em 29 de março de 2019.

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

CATEB, Salomão de Araújo. Dos regimes de bens e o direito sucessório. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Nova Lima, n.27, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 421-437, jan. 1993.

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

EVANS, Alice. *DEC Lecture. Politicizing inequality: the power of ideas*, 2018. 1 vídeo (60 minutos). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-ozCp5v0JaI&t=350s>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1992. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978>. Acesso em: 21 ago. 2018.

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redescobrindo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana*. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/redescobrindo-fronteiras-do-direito-civil-uma-viagem-na-prote%C3%A7%C3%A3o-da-dignidade-humana>. Acesso em 08 de junho de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. 16. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no Direito Privado e Constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. trad. Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan. 1999.

GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 121-134, 2005.

GRAEFF, Fernando René. União paralelas e direito das sucessões. *Revista da Faculdade de Direito da UFGRS*, Porto Alegre, n.30, 2012.

GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the dawn of the electronic will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.42, 2008.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.101, 2006.

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

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

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 273-281, jan. 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções Hermenêuticas Da Constitucionalização Do Direito Civil: O Intérprete Na Doutrina De Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 60, n. 1, p. 193-213, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442/25100>. Acesso em: 13 jul. 2018.

KOTLIKOFF, LJ; SUMMERS, LH. The Role of Intergenerational Transfers in Aggregate Capital Accumulation. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981.

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

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

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

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo et al. *Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

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

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

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MCCALLIG, Damien. Facebook after Death: an Evolving Policy in a Social Network. *International Journal of Law and Information Technology*, v.22, n.2, 2014.

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

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

- MONTEIRO, Washington de Barros. Aspectos atuais do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 56, n. 1, p. 273-286, jan. 1961.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, agosto-dezembro 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n.29, jul/dez 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. *Revista do Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim*, 2005.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária, v.I*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PETERS, Guy. *Institutional theory in political science: the new institutionalism*. 3rd ed. New York: The Continuum International Publishing Group, 2005.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos, v. IV*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1985. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8905>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a.29, n.29, 1996. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9390/6482>. Acesso em 08 de junho de 2018.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

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

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. 2001. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito Civil, Parte Geral, v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

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

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemológico-do-Direito-civil-contemporâneo-na-tradição-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009.

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

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório; REIS, Felipe Guerra David. O que revelam os julgados que tratam da condição de herdeiro do cônjuge em regime de separação convencional de bens: comentários ao AGRG na MC 23.242-RS ou comentários tardios ao RESP n. 992.749-MS (STJ). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v.12, abr/jun 2017.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v.10, out/dez 2016.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Divergências doutrinárias e jurisprudenciais no direito sucessório: a sucessão do cônjuge no regime da separação de bens e a sua concorrência com descendentes nos casos de filiação híbrida. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v.5, jul/set 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. *RTDC*, vol. 7, 2001. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

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

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

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.111, jan./dez.2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

civilistica.com

Recebido em: 16.4.2020

Aprovado em:

17.4.2021 (1º parecer)

22.4.2021 (2º parecer)

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-fracasso-da-constitucionalizacao-do-direito-sucessorio/>>. Data de acesso.