

Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional

Raphael Rego Borges RIBEIRO*

RESUMO: No presente arquivo, investigamos os fundamentos da herança no ordenamento jurídico brasileiro à luz da metodologia civil-constitucional. Procedemos à revisão da literatura especializada, analisando se os argumentos suscitados se conformam à teoria do Direito Civil-Constitucional. Em primeiro lugar, observamos que a doutrina tradicional costuma justificar a herança enquanto instituto de *status* menor, meramente acessório a outro de maior prestígio: (a) a vontade do falecido, (b) o seu direito de propriedade ou (c) a sua família. Depreendemos que muitos argumentos nesse sentido ainda estão impregnados das características do Direito Civil oitocentista. Em segundo lugar, estudamos a doutrina que vê a herança fundamentada no vínculo de continuidade intergeracional que a transmissão de patrimônio *causa mortis* estabelece entre o morto e seus herdeiros. Por fim, rejeitamos a ideia de encontrar um fundamento único, absoluto e definitivo para a herança. Argumentamos que, à luz da Constituição Federal de 1988, as funções dos direitos hereditários são a justificativa para a sua tutela infraconstitucional. Desse modo, normas sucessórias disfuncionais são inconstitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das sucessões; direito civil-constitucional; herança.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A necessidade de superar “a cidade antiga” e de (re)discutir os fundamentos da herança; – 3. A herança como um instituto acessório; – 3.1. Decorrência da vontade real ou presumida do falecido; – 3.2. Complemento da propriedade; – 3.3. Proteção à família; – 4. Continuidade; – 5. O perfil funcional enquanto fundamento do direito subjetivo à herança; – 6. Conclusão; – 7. Referências bibliográficas.

TITLE: *Brief Remarks on the Foundations of Inheritance in Light of the Civil-Constitutional Methodology*

ABSTRACT: *In this paper, I investigated the foundations of inheritance in Brazilian law in the light of the civil-constitutional law methodology. I conducted a literature review, asking whether the doctrinal arguments are compatible with the Civil-Constitutional theoretical framework. Firstly, I noticed that traditional scholarly works often classify inheritance as a lower-level right, merely accessory to another, more prestigious right – the deceased's person (a) will, (b) proprietary rights, or (c) family. I also figured out that many arguments in this sense are still full of nineteenth-century Civil Law's features. Secondly, I studied the theory that sees inheritance explained by an intergenerational bond which post-mortem transfer of property establishes between the deceased person and their heirs. Finally, I rejected the idea of finding an universal, absolute, definitive foundation for inheritance. I argued that the functions intended by the 1988 Federal Constitution for inheritance rights are the reasons why they have been established. Thus, dysfunctional inheritance rules violate the Constitution.*

KEYWORDS: *Law of Succession; Civil-Constitutional Law; Inheritance.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The need to overcome "the old city" and to (re)discuss the fundamentals of inheritance; – 3. Inheritance as an accessory institute; – 3.1 Result from the deceased's real or presumed will; - 3.2. Complement to property; - 3.3. Protection of the family; - 4. Continuity; - 5. The functional profile as a foundation of the subjective right to inheritance; - 6. Conclusion; - 7. Bibliographical references.*

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia.

1. Introdução

Neste artigo, pretendemos responder à seguinte questão orientadora: no Brasil do século XXI, à luz do Direito Civil-Constitucional, quais os fundamentos da herança? A hipótese de trabalho da qual partimos consiste na ideia de que, no paradigma de um Direito Civil constitucionalizado, certamente não podemos nos conformar com as tradicionais justificativas teóricas deste instituto que são reconhecidas pela doutrina civilista clássica, que, por sua vez, é profundamente marcada por características oitocentistas. Ademais, não nos contentamos com a alegação de que a base da sucessão *causa mortis* é pura e simplesmente o artigo 5º, XXX da Constituição Federal – afinal, tal postura seria de uma preguiça intelectual que não se encontra em relação a outras instituições de Direito Civil constantes explicitamente no texto constitucional, como a propriedade (art. 5º, *caput* e inciso XXII) e a família (art. 226).

O termo “herança” tradicionalmente tem duplo sentido: um objetivo, o acervo de bens deixado pelo morto; e um subjetivo, o direito a transmitir e a receber patrimônio a título *causa mortis*.¹ Em qualquer desses sentidos (e aqui de ambos falaremos), não se trata de um dado, um fato natural; pelo contrário, consiste em uma criação humana. Apesar de tão enraizada e difundida na maior parte das culturas, a ponto de parecer uma decorrência da Natureza, a herança é não apenas uma instituição criada, como também regulamentada pela inventividade humana. O problema a ser enfrentado aqui são os porquês de o ordenamento brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, ter feito a opção expressa por não apenas admitir esse instituto jurídico, mas também de lhe conferir *status* constitucional. Por recorte temático, não discutiremos as consequências jurídicas do fato de a herança ser direito fundamental.²

Temos como objetivo geral encontrar novos fundamentos, à luz da Constituição Federal de 1988, que justifiquem a tutela jurídica da herança. De forma específica, em primeiro lugar compreenderemos a importância de reflexão crítica sobre o tema, ressaltando a necessidade de superar as reiteradas menções acríticas à obra “A Cidade Antiga”, de Numa-Denys Fustel de Coulanges. Na sequência, averiguaremos se a herança tem caráter meramente acessório: (a) à vontade do falecido; (b) ao direito de propriedade; (c) à família. Em terceiro lugar, descreveremos a posição doutrinária que alega ser o direito hereditário um vínculo intergeracional de continuidade. Por fim, analisaremos a

¹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 19.

² A este respeito, recomendamos: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 37, n.1. Belo Horizonte: 2021.

ideia de que a herança se fundamenta, no contexto de um Direito Civil-Constitucional, em razão do seu perfil funcional.

Utilizaremos nesta pesquisa a metodologia civil-constitucional. Nortearmos a investigação na força normativa da Constituição Federal de 1988, à luz de cuja tábua axiológica realizaremos uma “filtragem constitucional” da herança. Focando nas dimensões prospectiva e substancial da constitucionalização do Direito Civil, reconstruiremos os fundamentos do mencionado tradicional instituto civilista dando particular importância à sua conformação à proteção da dignidade humana e às exigências constitucionais de solidariedade. Da mesma forma, traremos para o âmbito do Direito das Sucessões a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais, bem como a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura. Como métodos, utilizaremos primeiramente pesquisa bibliográfica com mapeamento das diferentes correntes teóricas sobre o tema. Na sequência, realizaremos análise qualitativa, classificando as posições doutrinárias em três grandes categorias – herança como instituto acessório, herança como vínculo de continuidade, e o perfil funcional da herança. Recorreremos também à técnica popperiana de falsear as hipóteses corriqueiramente repetidas pela doutrina, sem qualquer reflexão crítica, como fundamentos da sucessão hereditária. Adotaremos como marcos teóricos 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*.

A justificativa principal para a presente pesquisa é política: acreditamos que o Brasil precisa de mais pesquisas em Direito das Sucessões, em especial para que este ramo deixe de ser tratado como mero apêndice do Direito das Famílias. Entendemos que o direito hereditário brasileiro carece de robustas teorias descritiva e normativa, que digam, respectivamente, o que a herança é e o que ela deve ser à luz da Constituição Federal de 1988.³ Com o presente artigo, buscamos contribuir timidamente para o preenchimento deste *gap*.

2. A necessidade de superar “a cidade antiga” e de (re)discutir os fundamentos da herança

³ 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*, vol. 10, n.1, 2021, p. 36-39.

Inicialmente, esclarecemos que aqui propomos uma ruptura com os fundamentos tradicionalmente suscitados pela doutrina civilista para embasar a existência do instituto da herança. Demonstraremos na próxima seção que tais argumentos, repetidos ainda hoje, foram desenvolvidos em um contexto axiológico distinto do qual atualmente vivemos. De forma incompreensível, injustificável e inadequada, até o presente são levantadas para a herança justificativas gestadas pela doutrina do Direito Civil clássico, oitocentista, cujas bases são o individualismo, o voluntarismo, o patrimonialismo, o conservadorismo em matéria familiar e o apego a formalismos e abstrações. Acreditamos tratar-se de premissas teórico-valorativas incompatíveis com o paradigma do Direito Civil-Constitucional, que se propõe a reconstruir o Direito Privado à luz da Constituição, tornando-o funcionalizado, entre outros aspectos, à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Nesse sentido, entendemos que o estado da arte a respeito dos fundamentos para a sucessão hereditária pode ser considerado, nos termos de Hannah Arendt, como uma verdadeira *irreflexão*: “a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de ‘verdades’ que se tornaram triviais e vazias”.⁴

Compreendemos, assim como Luiz Edson Fachin, que o ordenamento jurídico de caráter civil-constitucional exige uma “permanente interrogação que almeja, sempre, saber para que serve e a quem serve o Direito”.⁵ À luz da teoria crítica, devemos nos afastar da postura do “Direito Civil clássico”, que se reduz às operações silogísticas levando em consideração aquelas escolhas previamente feitas pelo legislador. Como ressaltado pelo mencionado autor, a teoria tradicional do Direito Privado apreende pessoa e relação jurídica como categorias insulares, abstratas, atemporais e despidas de historicidade, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica. Nesse contexto, a relação jurídica entre os sujeitos abstratos é um dos mecanismos pelos quais a histórica exclusão social e econômica se legitima.⁶

Ao mesmo tempo, Giselda Hironaka argumenta que, por força da inspiração romana do nosso sistema, acostumamo-nos a compreender a sucessão *causa mortis* como mecanismo de preservação do patrimônio e, por outro lado, “não nos acostumamos a questionar os fundamentos jurídicos e nem mesmo os fundamentos não jurídicos desse

⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo, pós-fácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 13.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. 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.17; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 98.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 117.

costume”.⁷ A autora aduz, assim, que o discurso jurídico atual se perde na análise das bases do fenômeno sucessório. Para ela, isso é problemático porque, assentando a herança no mundo romano, com meras adaptações às demandas atuais, não avançamos na fundamentação racional do nosso próprio pensamento jurídico.

Entendemos que (re)discutir o fundamento da herança à luz da Constituição é superar o excessivo foco patrimonialista e individualista tradicionalmente associado ao Direito das Sucessões, trazendo para o fenômeno hereditário uma inovadora perspectiva emancipadora, protetora e promotora do pleno desenvolvimento da pessoa. As consequências dessa análise transcendem o plano meramente teórico. Esse debate possibilita até a busca por tentativas de conciliar elementos *a priori* contraditórios, como herança, de um lado, e justiça social e redução das desigualdades, de outro.⁸ Por essa razão, vemos com significativa estranheza afirmações como a de Paulo Nader, segundo quem a discussão sobre o fundamento da sucessão “não guarda relevância prática, pois a transmissão de bens por morte é costume enraizado e plenamente aceito pelas sociedades”.⁹

Na esteira do combate à reprodução, sem maiores reflexões, de argumentos gestados em paradigmas ultrapassados, chamamos atenção para uma situação específica que consideramos altamente problemática. No Brasil, é muito comum encontrar nas obras sobre Direito das Sucessões, em especial (mas não exclusivamente) nos manuais de graduação, referências à obra *A Cidade Antiga*, de Numa-Denys Fustel de Coulanges. Resumidamente, com base em sua análise da Antiguidade, este autor fundamenta o fenômeno hereditário na continuidade da religião doméstica. A hereditariedade deriva do fato de o filho ser continuador natural e obrigatório do culto da família e, portanto, da propriedade.

⁷ 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. 94-95.

⁸ Afinal, é vasta a doutrina que demonstra as conexões entre a transmissão intergeracional de patrimônio e a concentração de riquezas, com consequente aumento das desigualdades sociais. Por todos, recomendamos: ASCHER, Mark L. Curtailing 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*, vol. 89, n. 4, 1981; MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2003; PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. 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, vol. 17, n. 113, out.2015/jan. 2016; READ, Harlan Eugene. *The abolition of inheritance*. New York: The MacMillan Company, 1918.

⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32.

Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece.¹⁰

Entendemos que a repetição acrítica da teoria de Fustel de Coulanges como explicação para o fundamento da herança é problemática por dois motivos. Em primeiro lugar, porque falta uma conexão entre os costumes ali relatados e a contemporaneidade. Cria-se uma falsa ligação entre as práticas da Antiguidade e o fenômeno sucessório dos dias atuais; não se leva em consideração todos os desenvolvimentos doutrinários e legislativos, notadamente a partir do século XVII, que efetivamente moldaram a concepção de herança que temos hoje em dia. Em segundo lugar, conforme Giselda Hironaka sustenta, a despeito de todo o respeito que Fustel de Coulanges já recebeu no passado entre os historiadores, contemporaneamente seu trabalho vem sendo atualizado pelos estudos críticos de história.¹¹ Fustel de Coulanges trabalhou em uma época em que havia poucos recursos para a documentação da pesquisa histórica, e sua obra inclui não apenas efetivas evidências, mas também noções literárias, mitológicas, religiosas e sociológicas; por essas razões, *A Cidade Antiga* é uma obra atualmente considerada ultrapassada e metodologicamente falha pelos historiadores.¹²

De modo geral, para além dos que se conformam em citar *A Cidade Antiga*, encontramos na doutrina diversas correntes que oferecem diferentes fundamentos para o fenômeno hereditário. Há os que encontram a razão de ser da herança na vontade, real ou presumida, do falecido. Há ainda aqueles que enxergam na sucessão *causa mortis* um mero complemento do direito de propriedade. Há também os que entendem a herança essencialmente como um mecanismo de proteção à família. Há ainda uma concepção, mais recente e ainda minoritária, de sucessão hereditária enquanto mecanismo de continuidade e enfrentamento da mortalidade através da propriedade. Por fim, há aqueles que entendem a herança fundamentada em seu perfil funcional. Em análise qualitativa, procedendo a uma atividade de classificação, acreditamos que as três primeiras correntes se encaixam na mesma categoria, qual seja, a visão enquanto um instituto acessório a outra instituição jurídica; já os demais entendimentos consistem,

¹⁰ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 2006. Disponível em: <<http://latim.paginas.ufsc.br/files/2012/06/A-Cidade-Antiga-Fustel-de-Coulanges.pdf>>. Acesso em: 07.06.2019.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., 2014, p. 111.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, cit., p. 115-116.

em nossa visão, em categorias autônomas. Nas seções seguintes, analisaremos esses argumentos.

3. A herança como um instituto acessório

Em primeiro lugar, averiguaremos os diferentes argumentos doutrinários que negam à herança uma fundamentação autônoma. Resumidamente, tais linhas de pensamento compreendem que a sucessão *causa mortis* se justifica enquanto instituição funcionalizada a algum outro instituto jurídico de maior prestígio. Aqui encontramos três correntes que, apesar de distintas, muitas vezes se apresentam conjuntamente: a que entende a herança como decorrência da vontade do morto; a que compreende o fenômeno hereditário como complemento da propriedade; e, finalmente, a que vê o instituto simplesmente como mecanismo de proteção à família. Conforme veremos nas subseções seguintes, todos os mencionados entendimentos pecam notadamente por se mostrarem extremamente presos ao paradigma civilista oitocentista.

3.1. Decorrência da vontade real ou presumida do falecido

A tradição voluntarista do Direito Civil oitocentista se manifesta em algumas explicações sobre o fundamento do fenômeno hereditário. Assim, encontramos autores como José Luiz Gavião de Almeida, para quem “a fonte de onde deriva a sucessão é a vontade do falecido, quer ela tenha sido declarada de forma expressa, por via do testamento ou do codicilo, ou esteja presumida pela lei”.¹³ Também Roberto de Ruggiero enxergava como fundamento racional e jurídico da sucessão testamentária a autonomia da vontade, bem como sendo a presunção de vontade do falecido um dos fundamentos da sucessão legítima¹⁴. Outros doutrinadores focam menos no elemento vontade, fundamentando o direito de suceder na afeição, real ou presumida, do sucedido.¹⁵

Há também aqueles que enxergam o fundamento da sucessão hereditária na associação da vontade do sucedido com outros fatores. Por exemplo, para Luigi Miraglia, além da vontade do proprietário, o direito sucessório se baseia na comunidade familiar: “se se fundasse inteiramente na família, o indivíduo estaria absorvido por este corpo coletivo; se fosse tudo individualidade, haveria negação dos deveres familiares”.¹⁶

¹³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*: arts. 1784 a 1856, vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

¹⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. Trad. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 405.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 87.

¹⁶ MIRAGLIA, Luigi. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Impulso, 1943, p. 553.

Sob a lógica oitocentista de se pensar o Direito Privado, que tinha o voluntarismo como uma das características principais, fazia todo o sentido buscar na vontade do sucedido o fundamento (ou um dos fundamentos) da sucessão hereditária. Entretanto, atualmente, sob um paradigma neoconstitucionalista, já não é mais cabível encontrar na vontade do sujeito a razão de ser do Direito, inclusive do Direito das Sucessões. Assim como Ana Luiza Maia Nevares, compreendemos que reconduzir inteiramente o fenômeno sucessório à vontade (expressa ou presumida) do sucedido é uma postura ultrapassada que deve ser abandonada, na medida em que “está apoiada em premissas altamente individualistas, que compreendem a vontade individual como a causa dos efeitos jurídicos das relações privadas, cabendo à lei tão-somente o dever de reconhecê-la e tutelá-la”.¹⁷

Apesar de rejeitarmos que se entenda a vontade do falecido como único fundamento da sucessão hereditária, reconhecemos que se trata de um elemento importante na configuração infraconstitucional da sucessão hereditária. Por um lado, consideramos a liberdade de testar como sendo um direito fundamental e, dessa forma, o fenômeno sucessório se abre, em conformidade com a Constituição, para a manifestação expressa de vontade do sucedido.¹⁸ Por outro lado, entendemos que a vontade presumida do morto é um dos parâmetros orientadores da estruturação da ordem legal de chamamento à sucessão. Admitir isso não é um indevido retorno ao voluntarismo oitocentista, na medida em que essa vontade presumida não é fundamento da sucessão *ab intestato*, apenas um critério orientador; existe significativa diferença de grau da sua importância sob essas duas perspectivas. Nesse sentido, a ordem de vocação hereditária deverá equilibrar a vontade do *de cuius* com outro critério orientador, qual seja, a existência de deveres do morto para com determinadas pessoas; e muitas vezes o legislador deverá priorizar o cumprimento desses deveres, em detrimento do elemento volitivo, notadamente nas circunstâncias de dependência e vulnerabilidade do sucessor.

3.2. Complemento da propriedade

Não só o voluntarismo ainda se manifesta na doutrina sucessória contemporânea. Também a histórica tradição patrimonialista do Direito Civil continua a se refletir nas tentativas de encontrar os fundamentos da sucessão *causa mortis*, em especial a

¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.624.

¹⁸ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 6, n. 1, 2020.

entendendo como complemento ou suporte dos direitos reais e obrigacionais.¹⁹ A título ilustrativo, podemos mencionar Alberto Trabucchi, para quem, se a propriedade se extinguisse com a morte, as coisas que eram do morto se tornariam *res nullius* passíveis de ocupação, causando o enriquecimento ilícito de quem as ocupasse; enquanto que, se as obrigações se extinguissem, os credores seriam prejudicados e a economia sofreria um golpe.²⁰ Também encontramos em Roberto de Ruggiero uma explicação econômica para o fenômeno hereditário, no sentido de “que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral”.²¹

Há também aqueles que, como Marcel Planiol e Georges Ripert, identificam na sucessão *causa mortis* um elemento que completa a propriedade privada e lhe dá valor econômico e social.²² Pontes de Miranda também vê o fundamento do direito sucessório na propriedade individual, que não se extingue com a morte.²³ No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro igualmente enxerga no fenômeno hereditário um simples complemento do direito de propriedade, conjugado ou não com o direito de família.²⁴ Monteiro adere à célebre afirmação de que “propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém mero usufruto”; ele também sustenta que “família que não tenha direito de recolher patrimônio deixado por um de seus membros não pode subsistir como coletividade

¹⁹ Como exemplo de doutrina nacional nesse sentido, citamos Dilvanir José da COSTA: “e assim surge o Direito das Sucessões, como consequência natural e desdobramento lógico dos Direitos Reais e Obrigacionais e do Direito de Família. Com efeito, os direitos reais e obrigacionais denunciam a existência de um patrimônio sem sujeito ou titular, enquanto que o Direito de Família aponta aqueles que, pelo grau de parentesco ou vinculação afetiva com o morto, se credenciam à sucessão. Fecha-se o círculo do Direito Civil, desde o início até o fim da personalidade” (COSTA, Dilvanir José da. O fundamento natural e racional do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: 1978. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1093/1026>>. Acesso em 08.06.2018).

²⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova, IT: CEDAM, 1952, p.735. No mesmo sentido, Orosimbo Nonato afirmou que “Em *res derelicta* não se converte o patrimônio com a morte do respectivo titular. O contrário produziria um trouble social: as exigências de ordem no consórcio civil fazem da sucessão uma necessidade” (*Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 17).

²¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 400.

²² PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado práctico de derecho civil frances*, t.4: las sucesiones. Traducción española por Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1933, p. 7. Reconhecendo que a análise do fenômeno hereditário depende da política legislativa de cada Estado, Francisco José Cahali afirma que, quando se prestigia a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, “o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade. É o corolário do direito de propriedade. A transmissão *causa mortis* é a decorrência lógica da propriedade, tal como caracterizada, dentre outros aspectos, pela perpetuidade e estabilidade da relação jurídica formada; ou sob outro ângulo, é o complemento do direito de propriedade, prolongando-se além da morte do seu titular”. CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*, vol. 6: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, t. LV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 181.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 6: direito das sucessões. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

nuclear, como célula do Estado”. Ressaltamos criticamente (e estranhamos) a profunda semelhança das palavras do referido célebre civilista brasileiro em comparação com a doutrina de Luiz da Cunha Gonçalves, segundo quem “o instituto da sucessão é o complemento necessário do direito de propriedade, conjugado ou não com o direito de família”; “propriedade que se extingue com a morte do seu titular e não se transmite ao seu sucessor, por sua vontade expressa ou presumida, não é propriedade, mas sim usufruto vitalício”; “família que não tenha direito aos bens de um dos seus membros, especialmente aos dos ascendentes ou descendentes, não pode subsistir como colectividade natural, núcleo da sociedade organizada, base do Estado”.²⁵

De forma mais elaborada, todavia ainda em sentido semelhante, Guilherme Calmon Nogueira da Gama argumenta que a noção de perpetuidade da propriedade depende do recurso ao direito das sucessões relacionado ao direito de família – o que ressalta um nexos íntimo entre esses ramos do Direito Civil e os direitos reais.²⁶ Segundo o mencionado doutrinador, “a propriedade é perpétua na medida em que tem como ser titularizada e mantida pela família a que o bem passou a pertencer e, dentro da perspectiva cultural de perpetuação da família nas gerações seguintes, a propriedade do bem nunca deixará de existir”.

Não aderimos à tendência doutrinária de entender a herança como mero desdobramento ou complemento da propriedade. Acreditamos que se trata de fenômenos distintos e que, portanto, não devem ser confundidos. A propriedade incorpora os poderes sobre a coisa: usar, gozar, dispor e reaver do poder de quem injustamente a possui ou detenha.²⁷ Quando se questiona, porém, se no poder de disposição necessariamente coexistem a transferência *inter vivos* e a *causa mortis*, ou se há somente a *inter vivos*, a resposta não é tão óbvia. Acreditamos, assim como Mark Ascher, que a transmissão *causa mortis* não é um componente teoricamente imprescindível da propriedade.²⁸ Não estamos aqui afirmando que não existe uma íntima conexão entre sucessão *causa mortis* e propriedade. Obviamente essa relação existe, e a negar seria um contrassenso teórico. O nosso argumento é no sentido de que a transferência intergeracional da propriedade não é um elemento intrínseco a esse direito. O proprietário continuaria tendo esse *status*, e

²⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. III: direito de família e direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 1318.

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184-185.

²⁷ Código Civil de 2002, art. 1228.

²⁸ ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, cit., p. 83.

todos os poderes a ele inerentes, ainda que não houvesse a transmissão hereditária do seu patrimônio.

Dessa forma, entendemos como totalmente equivocada a afirmação de que sem a transmissão *causa mortis* a propriedade seria mero usufruto. A afirmação, tanto repetida na doutrina, tem certo poder de convencimento, mas não tem qualquer embasamento na teoria dos Direitos Reais. A propriedade é direito real em coisa própria, enquanto o usufruto é direito real em coisa alheia; a eventual inexistência de sucessão hereditária não transformaria a coisa própria em alheia. Nesse mesmo sentido, ao proprietário é dado o direito de dispor da coisa, o que é logicamente vedado ao usufrutuário, que não pode dispor de coisa que não é sua e sequer pode alienar o usufruto.²⁹ A inexistência de herança em nada impediria que o proprietário dispusesse *inter vivos* da coisa, poder que continuaria não sendo atribuído ao usufrutuário. Além disso, nosso ordenamento admite a propriedade resolúvel, que se extingue em razão de elemento accidental do negócio jurídico.³⁰ Com o implemento da condição ou o advento do termo, a propriedade se extingue em relação àquele sujeito, não se transmitindo aos seus sucessores. Isso, todavia, não significa que aquele direito que existia era mero usufruto; titular de propriedade resolúvel é proprietário com todos os poderes inerentes ao domínio – um domínio resolúvel, porém. No próprio Direito das Sucessões encontramos, por exemplo, a substituição fideicomissária, na qual o testador pode estabelecer que o domínio do fiduciário se extingue com a sua morte, passando então para o fideicomissário. O fideicomissário é sucessor do testador, não do fiduciário. Isso não significa que o fiduciário era mero usufrutuário; ele era proprietário com todos os poderes inerentes ao domínio, ainda que, com a sua morte, os bens não tenham sido transmitidos aos seus próprios sucessores.

Para além de tudo isso, acreditamos que seria de uma pobreza teórica e normativa sem tamanho se o constituinte tivesse dedicado um inciso próprio ao direito de herança, no rol de direitos fundamentais, se se tratasse de mero complemento da propriedade, outro direito fundamental já listado poucos incisos antes.

Por fim, reiteramos o quanto afirmado no primeiro parágrafo da presente seção, no sentido de que aceitar a propriedade em si mesma como fundamento da sucessão *causa*

²⁹ Código Civil de 2002, Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos. Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

³⁰ Código Civil de 2002, Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.

mortis também configuraria uma excessiva reverência ao tradicional patrimonialismo do Direito Civil clássico, o que devemos recusar por força de adotarmos a metodologia civil-constitucional. Como Pietro Perlingieri, entendemos que não se pode colocar no mesmo plano os interesses patrimoniais e os existenciais, estritamente ligados à pessoa; a funcionalização daqueles em relação a esses é uma das tarefas realizadas pela metodologia civil-constitucional.³¹ O autor italiano pontua: interesses de natureza diversa demandam tutelas qualitativamente diversas. Caminhamos, assim, para uma “despatrimonialização” do Direito Civil. Conforme ressaltado por Perlingieri, a despatrimonialização não significa a expulsão do conteúdo patrimonial do sistema jurídico; significa, sim, fundamentar esse conteúdo patrimonial no suporte ao livre desenvolvimento da pessoa – o que, inclusive, permite uma distribuição com mais justiça.

Entendemos, assim, que a transferência intergeracional de propriedade, para se conformar à inteireza da tábua axiológica da Constituição, deve estar relacionada com, entre outros aspectos, a promoção da personalidade dos sujeitos envolvidos no fenômeno sucessório. Isso envolve – mas não em todo caso e também não se reduz a – encarar o patrimônio hereditário como um meio de assistência à vida digna do sucessor. Assim, uma das razões pelas quais a propriedade é transmitida *mortis causa* é para assegurar a subsistência ou, talvez, a residência do herdeiro. Por outro lado, é também necessário ponderar que, em alguns casos, a extensão do patrimônio hereditário é tão reduzida que se faz insuficiente para tal mister; ou tão grande que permite uma vida ociosa de rentista. Isso nos obriga a repensar o perfil funcional da herança, como observaremos na seção 5.

3.3. Proteção à família

Para além da vontade do falecido e complemento da propriedade, comumente se enxerga a sucessão *causa mortis* como um mecanismo de proteção à família do morto. Notamos, entretanto, que na doutrina existem diferentes formas de se delinear a conexão entre herança e família. De modo geral, essas abordagens se mantêm insuficientes.

Giuseppe D’Aguanno buscou desenvolver um fundamento científico do direito sucessório, com base na antropologia e na biologia.³² O autor italiano criou uma analogia

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32-34.

³² D’AGUANNO, Giuseppe. *Genesis y evolución del derecho*. Traducción de Pedro Dorado. Primera edición argentina. Buenos Aires: Impulso, 1943, p. 446-453.

entre a família e uma célula de um organismo; da mesma forma que os animais herdam caracteres orgânicos, herdam também caracteres psíquicos e morais, além de institutos sociais e costumes. Uma consequência lógica desse fenômeno é que as pessoas herdem os pertences particulares de seus pais. Basicamente, para D'Aguanno, o fenômeno hereditário se justifica porque os filhos são continuação fisiológica e psicológica dos pais. Tal teoria encontrou um certo grau de receptividade na doutrina brasileira no século XX. Ilustrativamente, Luís Pinto Ferreira enxergou como fundamento da sucessão *causa mortis* o “vínculo de sangue próprio da hereditariedade em que o filho herda as particularidades gerais da espécie e da raça, como da própria família, assim como, além do laço de hereditariedade, as consequentes relações de afeto e atração geradas da comunidade de sangue”.³³ Ocorre, porém, que há muitas décadas estamos caminhando para uma “desbiologização da paternidade” e da família de modo geral³⁴. Conseqüentemente, notamos a fragilidade e a falta de embasamento científico-jurídico desse fundamento biológico da sucessão hereditária quanto às relações familiares.

Mesmo na doutrina mais recente encontramos argumentos semelhantes. Por exemplo, no magistério de Arnaldo Rizzardo, a sucessão legítima se fundamenta na “necessidade de proteção aos membros da família do de cujus, os quais em regra formam o mesmo grupo sanguíneo, residindo quase sempre em idêntico prédio, e todos usufruindo das vantagens que advém dos bens”.³⁵ Ainda segundo Rizzardo, “sobretudo as relações de parentesco aconselham que fique a herança concentrada no círculo familiar do morto, grupo de pessoas unidas por laços sanguíneos”. Notamos aqui novamente um recurso ao argumento biológico, que já deixamos de lado. Observamos também uma presunção de que os familiares vivem conjuntamente, afirmação essa para qual faltam evidências comprovadoras. Na verdade, compreendemos que tal generalização, feita sem referência a dados estatísticos, carece de natureza técnico-científica, sendo pura especulação. Ademais, o recurso a tal argumento torna difícil de explicar por que se reconhecem direitos hereditários mesmo quando não é o caso de sucessor e sucedido residirem conjuntamente.

Por outro lado, segundo Pontes de Miranda, a sucessão legítima tem o seu fundamento na existência de vínculo familiar; o laço familiar, por sua vez, “serve de elemento do suporte fático, elemento que se encontra nos grupos animais, ela existência de

³³ FERREIRA, Luís Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9-10.

³⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21. Belo Horizonte: 1979.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 139.

comunidade e de continuidade”.³⁶ Em sentido semelhante, Francesco Messineo explica a sucessão legítima na reafirmação, pelo ordenamento jurídico, do vínculo familiar e conjugal; no reconhecimento de que o vínculo entre o defunto e os familiares não se rompe com a morte; e no interesse superior da família, que não se compromete com a morte de um dos seus componentes.³⁷

Não podemos negar a conexão entre sucessão hereditária e família. Essa relação existe mesmo nos sistemas jurídicos que enfatizam mais o aspecto da livre disposição testamentária sobre a propriedade. Por exemplo, muitos países com regimes inspirados na *common law* inglesa adotam a *family provision*, um mecanismo de proteção à família por meio da revisão judicial das cláusulas de um testamento no qual o testador tenha feito provisões insuficientes em benefício dos seus familiares. Até mesmo nos Estados Unidos, onde o individualismo e a liberdade de testar são mais intensas, as legislações estaduais de modo geral protegem o cônjuge do testador, e a doutrina³⁸ já há algum tempo se preocupa com os descendentes do *de cuius*, defendendo a sua proteção contra os efeitos da deserdação.

No Brasil, entendemos que não procedem tentativas de se desassociar a proteção à família da sucessão hereditária para se dar mais prestígio à liberdade de testar. Nosso entendimento se fundamenta em duas razões que se completam. Por um lado, a família é um elemento essencial do discurso evolutivo³⁹ do direito sucessório brasileiro. A formação do Direito das Sucessões é marcada pelo espírito de compromisso entre o

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial, t. LV, cit., p. 190 e 202.

³⁷ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, t. VII. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1955, p. 49.

³⁸ Por todos, recomendamos: BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004, p. 32, p. 91, p. 118; OLDHAM, J. Thomas. What does the US system regarding inheritance rights of children reveal about American families? *Family Law Quarterly*, vol. 33, 1999, p.271-273; CHESTER, Ronald. Should American children be protected against disinheritance? *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 32, n. 3, 1997, p.406-407.

³⁹ Para uma teoria sobre os discursos por trás do desenvolvimento do Direito das Sucessões, recomendamos novamente a obra *Inherited Wealth*, de Jens Beckert. BECKERT, Jens. *Inherited Wealth*. Translated by Thomas Dunlap. Princeton: Princeton University Press, 2008. Resumidamente, como Jens Beckert (2007, p. 86), compreendemos que o discurso político e a positivação de normas sobre a herança tomam forma de acordo com os repertórios culturais de cada sociedade. Esses mesmos repertórios determinam as estratégias apropriadas para alcançar determinados objetivos. 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. 86. Disponível em: <http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_48_2007_Beckert.pdf>. Acesso em: 14.08.2018. Por exemplo, os valores norte-americanos de intenso individualismo e busca de proteção contra a intervenção do Estado levaram ao desenvolvimento de uma ampla liberdade testamentária nos Estados Unidos; ao mesmo tempo, a noção de igualdade como luta contra os privilégios legitimou, na França, a intervenção do Estado nas relações familiares para assegurar o tratamento isonômico entre herdeiros. BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law. Discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800, cit., p. 98. No Brasil, o vínculo familiar sempre desempenhou um papel significativo no repertório cultural e discursivo que conformou o fenômeno hereditário no ordenamento jurídico nacional.

individualismo romano, o espírito comunitário germânico e as exigências canônicas de proteção à pessoa e à família.⁴⁰ Do mesmo modo, a família foi elevada pelo *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988⁴¹ ao posto de base da sociedade. Desse modo, acreditamos que a sucessão hereditária é um campo de especial eficácia dessa normativa constitucional.

Devemos aqui fazer uma ressalva. Para Roxana Borges e Renata Dantas, há um duplo fundamento para o direito sucessório no Brasil, a propriedade⁴² e a família⁴³. Segundo as autoras, “a proteção à família como causa justificadora do direito à herança encontra base na norma ordinária que estipula o rol de herdeiros com base nas relações de parentesco e conjugalidade”. Discordamos dessa premissa. As mencionadas autoras usam a ordem de vocação hereditária, constante da legislação infraconstitucional, como fator hermenêutico da norma constitucional – o que compreendemos ser inadequado. Conforme Tiago Ensterseifter afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura no sentido constituição-código.⁴⁴ Semelhantemente, Gustavo Tepedino criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”.⁴⁵ Gustavo Tepedino também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equivoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, para impedir que sejam eternizadas “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misonéistas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”.⁴⁶ Para o referido autor, na medida

⁴⁰ 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*, vol. 95. São Paulo: jan. 2000, p. 273. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>>. Acesso em: 02.08.2018.

⁴¹ Art. 226, *caput*. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁴² “O Direito Sucessório permite a continuidade do direito de propriedade para além da vida do titular, e seus fundamentos são os mesmos princípios que justificam o direito de propriedade individual, em especial a livre iniciativa, a função social e a autonomia privada, com positiva influência na produção de riqueza” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 11. Belo Horizonte: jan/mar. 2017, p. 76.

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, cit., p. 74.

⁴⁴ ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade: uma leitura comprometida com a realidade social brasileira. *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*. Curitiba: dez. 2005, p. 11. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7059>>. Acesso em: 17.07.2018.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 7, n.28/29. Brasília: jul./dez. 2008, p. 206.

⁴⁶ 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, p. 363.

em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional”.⁴⁷ Desse modo, utilizando a metodologia civil-constitucional para uma releitura do fenômeno hereditário, a fonte onde devemos buscar a conexão hierarquicamente superior entre família e herança não é o Código Civil, mas a própria Constituição – por isso há pouco mencionamos o artigo 226.

Por outro lado, a ideia de sucessão enquanto continuação do vínculo familiar, apesar de popular, há mais de um século já havia sido criticada como vaga e indeterminada por Pietro Bonfante.⁴⁸ Assim como acentuado por Marcos Catalan, entendemos inadequado o ainda enxergar a família enquanto uma entidade de produção.⁴⁹ Semelhantemente, como Ana Luiza Maia Nevares, entendemos que se encontra anacrônica e superada a noção de sucessão fundamentada em um interesse superior da família.⁵⁰ A doutrina civilista, sob a Constituição de 1988, abandonou a concepção de família enquanto uma instituição merecedora de tutela em si mesma; em seu lugar atualmente prevalece a ideia de família-instrumento, assegurando assistência à mesma na pessoa de cada um dos seus membros. Como bem notado por Perlingieri, “a família não é titular de um interesse autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa”.⁵¹

De fato, encontra-se superada a tendência a se dar à família, enquanto entidade abstrata, uma consideração superior do que à dada aos seus membros. Contrariaria essa lógica encontrar no vínculo familiar, por si só, o fundamento da sucessão hereditária. O que devemos fazer é encontrar, na fundamentação do direito à herança, a proteção à família enquanto instrumento de promoção da dignidade dos seus membros, individualmente considerados. Por essa razão, compreendemos insuficiente, à luz da metodologia civil-constitucional, a perspectiva que resume a herança a um mecanismo de proteção da família em si mesma.

4. Continuidade

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais, cit., p. 364.

⁴⁸ BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii*. Torino: Torinese, 1916, p. 472.

⁴⁹ CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira, cit., p. 140.

⁵⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit., p.625.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 974.

Ainda no começo do século passado, Francesco Ricci entendia que, como a propriedade é meio de conservação, a sua transmissão *causa mortis* corresponde à necessidade da consciência humana de se perpetuar.⁵² Segundo Arnaldo Rizzardo:

A sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias.⁵³

Semelhantemente, Euclides de Oliveira afirma que há uma espécie de imortalidade do titular dos bens na transmissão da propriedade a certas pessoas e sob certas condições.⁵⁴

Segundo Hannah Arendt, “imortalidade significa continuidade no tempo”.⁵⁵ Para ela, “a tarefa e a grandeza potencial dos mortais têm a ver com sua capacidade de produzir coisas – obras e feitos e palavras – que mereceriam pertencer e, pelo menos até certo ponto, pertencem à eternidade”.⁵⁶ Desse modo, a referida filósofa argumenta que, “por sua capacidade de feitos imortais, por poderem deixar atrás de si vestígios imorredouros, os homens, a despeito de sua mortalidade individual, atingem o próprio tipo de imortalidade e demonstram sua natureza ‘divina’”.⁵⁷

Shelly Kreiczler-Levy parte da ideia de mortalidade para construir sua teoria sobre a sucessão *causa mortis*.⁵⁸ A jurista ressalta que os sistemas jurídicos, ao contemplar e caracterizar a instituição “herança” na elaboração das leis sucessórias, devem levar em consideração a questão da mortalidade, inerente à condição humana.

Na teoria da herança como vínculo de continuidade, identificam-se três atributos simbólicos do fenômeno hereditário. Em primeiro lugar, ao contrário das transferências *inter vivos*, a sucessão *causa mortis* envolve mortalidade e certa aspiração de alcançar a imortalidade. Além disso, na medida em que o proprietário perde esta qualidade jurídica no momento da sua morte, a coisa apropriada deve ser passada para alguém. Por fim, a herança estabelece uma conexão entre o morto e os sobreviventes, através da

⁵² RICCI, Francesco. *Curso teorico-pratico di diritto civile*, vol. 3: delle successioni. 3. ed. Torino: Torinese, 1916, p. 1-2.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, cit., p. 3.

⁵⁴ OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, 2004.

⁵⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 26.

⁵⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 27.

⁵⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 28.

⁵⁸ KREICZLER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 46, n.3, 2012, p. 501-503.

transferência da propriedade.⁵⁹ Desse modo, conforme a mencionada teoria, a propriedade tem o potencial de conectar gerações.

Shelly Kreiczer-Levy argumenta que, culturalmente, a resposta à mortalidade é a noção de continuidade, que possui uma dupla dimensão.⁶⁰ De um lado, há a continuidade sociocultural, relativa à formação de uma cultura e à subsistência dos artefatos culturais. Por outro lado, há a continuidade individual, que inclui dois elementos complementares: o indivíduo tem a necessidade de deixar sua contribuição, sua influência no mundo mesmo quando não mais nele estiver; e o indivíduo também tem a necessidade de “raízes” (em termos de nação, grupo ou família), o que Kreiczer-Levy define como uma conexão de pertencimento com o mundo que já existia antes de a pessoa nele aparecer. Nesse contexto, Kreiczer-Levy sustenta, com base no significado da propriedade enquanto importante símbolo social e pessoal no mundo ocidental, que a herança é um dos artificios culturais que estabelecem a noção de continuidade necessária para as pessoas transcenderem suas existências limitadas. Para ela, na medida em que a propriedade é um importante artefato cultural, símbolo de identidade, relações e influência; as pessoas usam a propriedade para se definir, para se comunicar, para melhorar as próprias vidas e para fazer transações. Dessa forma, a propriedade tem o potencial para ser instrumento de transcendência da limitada existência humana. Assim, para Kreiczer-Levy, a herança cria e mantém a noção de continuidade através da propriedade, no sentido de que a transmissão *causa mortis* de propriedade simboliza continuidade de identidade, de ideias e de conexões.⁶¹ Como se trata de fenômeno cultural e simbólico, há uma profunda diferença em relação à noção clássica do Direito Civil, na qual se enxergava no herdeiro um continuador da personalidade do *de cuius*.⁶²

Nesse contexto, desenvolve-se a ideia de *intergenerational bond*, ou vínculo intergeracional: tanto o sucessor quanto o sucedido têm interesse de participar do fenômeno hereditário. A herança desempenha sua função quanto à ideia de continuidade tanto para o sucedido quanto para o sucessor; os interesses de ambos são interdependentes e complementares, e o deste deriva do daquele.⁶³ Conforme Shelly Kreiczer-Levy, para o sucedido, a herança é meio de influenciar o mundo após a sua

⁵⁹ KREICZER-LEVY, Shelly. Can one inherit a home as opposed to a house: a normative and comparative perspective. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 31, 2014, p. 737.

⁶⁰ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, cit., p. 501-503.

⁶¹ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, cit., p. 539-540.

⁶² A título ilustrativo, Francisco de Paula Lacerda de ALMEIDA afirmava que “o herdeiro é pois o continuador de uma personalidade” (*Successões*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915, p. 201).

⁶³ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, cit., p. 503-506; p. 539-540.

partida, através da distribuição de propriedade. Por outro lado, a transmissão *causa mortis* da propriedade envolve a transferência das identidades e laços que nesta havia – o que atende à necessidade de “raízes” por parte do sucessor, o que lhe permite estabelecer seu senso de pertencimento. Comunica-se assim uma mensagem de inclusão – ou de exclusão, no caso daquelas pessoas não chamadas a suceder.

Encontramos na psicologia social evidências de que, de fato, a sucessão *causa mortis* se relaciona com a relação de continuidade entre sucedido e sucessor. Tykocinski e Pittman realizaram um estudo sobre como as pessoas gastam ou investem dinheiro herdado.⁶⁴ Essa quantia é peculiar em relação a dinheiro recebido em outras ocasiões (como, por exemplo, presentes de aniversário ou de casamento), na medida em que, por um lado, é resultado de um evento excepcional que ocorre apenas uma vez (a morte de alguém) e, por outro, muitas vezes traz consigo emoções e memórias. Na investigação realizada, Tykocinski e Pittman notaram que há uma maior relutância em efetivamente gastar o dinheiro herdado; e que essa relutância também se reflete na forma como o dinheiro é gasto. Os pesquisadores concluíram que a personalidade do falecido fica marcada no acervo hereditário e que essa associação, combinada com a natureza da relação entre sucedido e sucessor, afeta o modo em que a herança é utilizada.⁶⁵ Os resultados são particularmente interessantes porque, ao contrário de um imóvel ou um automóvel, o dinheiro tem natureza eminentemente fungível e, portanto, deveria despertar um sentimento de continuidade muito menos intenso do que o revelado pelo experimento.

Shelly Kreiczler-Levy argumenta que tanto sucessor quanto sucedido têm interesse de participar do vínculo intergeracional e, assim, seus papéis não são de antagonismo, mas de complementaridade; portanto, o sucesso do fenômeno sucessório depende da cooperação de ambos.⁶⁶ Segundo ela, a variedade dos modelos sucessórios nos diferentes sistemas jurídicos pode ser compreendida com base na ênfase dada, seja no sucedido, seja no sucessor, seja no grupo familiar. Cada sistema busca equilibrar o poder entre o sucedido e o sucessor; os debates sobre esse equilíbrio pendem, em algumas ocasiões, para a liberdade de testar, e, em outras, para a proteção a determinadas pessoas

⁶⁴ TYKOCINSKI, Orit E; PITTMAN, Thane S. Money imbued with essence: how we preserve, invest, and spend inherited money. *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 35, 2013, p. 507-514.

⁶⁵ “Whereas in general people shy away from spending the inheritance on frivolous hedonic pursuits, we found that they also consider the personality of the departed, and hedonic spending may increase to the extent that it is judged harmonious with their values and lifestyle” (TYKOCINSKI, Orit E; PITTMAN, Thane S. Money imbued with essence: how we preserve, invest, and spend inherited money. *Basic and Applied Social Psychology*, cit., p. 514). Em tradução livre: “enquanto geralmente as pessoas evitam gastar a herança de forma frívola ou hedonista, descobrimos que elas também consideram a personalidade do morto, e gastos hedonistas podem crescer à medida que isso é considerado harmônico com os seus valores e estilo de vida”.

⁶⁶ KREICZLER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, cit., p. 539.

próximas ao morto, em especial a sua família.⁶⁷ Conforme Shelly Kreiczler-Levy, as normas sobre herança, tanto históricas quanto contemporâneas, compartilham a ideia de transmitir propriedade para transcender a mortalidade.⁶⁸ Ela ressalva, porém, que esse propósito pode ser alcançado de diversas formas. Assim, o ordenamento pode focar mais na proteção à família ou na defesa da autonomia do proprietário.

Assim, acreditamos que há méritos na teoria da herança enquanto continuidade. Ela considera a propriedade um mero instrumento pelo qual se estabelece um vínculo entre sucedido e sucessor. Assim, ela não ignora a relevância do direito à propriedade para a sucessão *causa mortis*, mas em sua tese este interesse patrimonial é instrumentalizado para a realização de interesses existenciais dos sujeitos envolvidos no fenômeno sucessório. Entretanto, devemos tomar essa teoria em conjunto com tudo que já desenvolvemos sobre solidariedade familiar e promoção da personalidade humana.

5. O perfil funcional enquanto fundamento do direito subjetivo à herança

Após analisarmos as correntes que pretendem justificar a sucessão hereditária, concordamos com a conclusão de Norberto Bobbio, no sentido de que é ilusório buscar, para cada direito, um fundamento absoluto, uma razão e um argumento irresistível ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.⁶⁹ De acordo com Bobbio, não existe direito fundamental por natureza: aquilo que parece fundamental em um tempo e lugar não necessariamente é fundamental em outros tempos e outros lugares; “não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”. O próprio Bobbio sustenta essa opinião referindo-se à disputa entre os jusnaturalistas quanto ao fundamento natural da sucessão hereditária: retorno à comunidade, transmissão familiar ou livre disposição pelo testador. Conforme o pensador italiano, todas as três soluções são adequadas, conforme se considere a pessoa como membro da comunidade, como membro da família, ou como pessoa livre e autônoma.

Comparando os ensinamentos de Locke e Mill, podemos perfeitamente ilustrar a inexistência de um fundamento absoluto para a herança na doutrina do jusnaturalismo. John Locke considerava a herança um direito natural; para ele, todo homem tem “o direito, de preferência a qualquer outro homem, de dividir com seus irmãos os bens de

⁶⁷ KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, cit., p. 499.

⁶⁸ KREICZER-LEVY, Shelly. Can one inherit a home as opposed to a house: a normative and comparative perspective. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, cit., p. 738.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 36-40.

seu pai”.⁷⁰ Em sentido diametralmente oposto, para John Stuart Mill, ao contrário do direito de testar, o direito de herança não está incluso no direito de propriedade.⁷¹ De acordo com Mill, o ascendente tem um dever social de se esforçar para fazer de seus descendentes membros valiosos da sociedade; e tem um dever para com seus descendentes de os prover educação, sustento e meios de começar uma vida com razoável chance de obter, com os próprios esforços, sucesso; entretanto, os filhos não têm direito a qualquer outra coisa além disso. Ademais, na concepção de Mill, na medida em que a propriedade se justifica economicamente como forma de estimular que o sujeito se esforce e acumule, não há justificativa para a propriedade por parte de quem não trabalhou na terra nem nela produziu – como o herdeiro.

Norberto Bobbio alerta, ainda, que historicamente a ilusão de um fundamento absoluto dos direitos serviu de obstáculo à introdução de novos direitos, ou seja, atuou como mecanismo de manutenção de posições conservadoras.⁷² Por exemplo, a teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade colocou severos empecilhos em relação ao progresso da legislação social. Por essa razão, Bobbio afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Bobbio argumenta que a busca não deve ser pelo fundamento absoluto do direito, mas, em cada caso concreto, pelos vários fundamentos possíveis; e essa busca deve ser acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais os direitos podem ser realizados.

Devemos trazer o alerta de Bobbio para a questão do fundamento da herança. Se focarmos na vontade do *de cuius* ou no direito de propriedade, podemos perder de vista a necessidade de, por imposição constitucional, funcionalizar os interesses patrimoniais aos existenciais. Encontrar uma base exclusivamente voluntarista ou patrimonialista para o fenômeno hereditário levantaria o risco de termos um sistema egoístico em que predomina a vontade do testador em detrimento das necessidades daquelas pessoas dele dependentes. Por outro lado, quando aceitamos acriticamente a noção de solidariedade familiar como base da sucessão *causa mortis*, deixamos de lado as situações em que a noção codificada de família não protege suficientemente quem deveria ser protegido, bem como, por outro lado, permite direitos sucessórios ilimitados com consequências negativas no sentido de concentração de riqueza. Por fim, se nos contentarmos em

⁷⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 1994. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: 01.08.2018.

⁷¹ MILL, John Stuart. *Principles of political economy. The Project Gutenberg*, 2009. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/30107/30107-pdf.pdf>>. Acesso em: 01.08.2018.

⁷² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 42-44.

reconhecer na herança um vínculo de continuidade entre sucedido e sucessor, negligenciamos tanto a solidariedade familiar quanto o papel do patrimônio hereditário no desenvolvimento da personalidade do sucessor.

Com a metodologia civil-constitucional, devemos buscar na Constituição o fundamento do direito hereditário. É claro que existe uma norma expressa nesse sentido, conforme mencionamos na Introdução deste artigo. Entretanto, o artigo 5º, XXX deve ser compreendido no contexto global da Constituição.

Com Pietro Perlingieri, acreditamos que a incidência da normativa constitucional sobre os institutos de Direito Civil evidencia os seus respectivos perfis funcionais.⁷³ A consequência disso, para o autor italiano, é a individuação de um sistema de Direito Civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; semelhantemente, o conteúdo das relações subjetivas é funcionalizado aos valores constitucionais.

Assim, Pietro Perlingieri argumenta que a função é a síntese causal, a profunda e complexa razão justificadora de um fato (e, aqui acrescentamos, de um instituto) ser juridicamente relevante.⁷⁴ Pietro Perlingieri também defende que é na função social que encontramos a razão pela qual o direito subjetivo⁷⁵ em primeiro lugar foi atribuído a determinado sujeito. Segundo Perlingieri, a função se apresenta como parte essencial da garantia e do reconhecimento do direito subjetivo; a “causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas, que devem sempre ser submetidas a um controle de conformidade com a Constituição”. Dessa forma, o controle de legitimidade de um instituto, em relação à sua função social, passa por verificar a sua idoneidade para a realização das finalidades indicadas pela normativa constitucional.

De um lado, Bobbio defende, em vez da busca por simples justificativas para os direitos, o estudo das condições, dos meios e das situações nas quais eles podem ser realizados. Por outro lado, Perlingieri entende que a função é a razão justificadora das situações jurídicas subjetivas. Com base nesses argumentos, acreditamos que a metodologia civil-constitucional nos obriga a buscar o fundamento da herança no perfil funcional desse instituto, renovado à luz da Constituição Federal.

⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, cit., p. 12.

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, cit., p. 96.

⁷⁵ O autor italiano se refere à propriedade, mas aqui tomamos a liberdade de estender seu pensamento ao direito subjetivo em sentido amplo. Não há maiores prejuízos, notadamente no caso específico de estarmos tratando da herança, que, conforme já vimos, guarda íntima relação com a propriedade. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 940; p. 942; p. 945.

Compreendemos que o fenômeno hereditário envolve três elementos de natureza distinta: o individual, o familiar e o social. Para cada um desses aspectos, devemos encontrar funções que promovam os valores estampados na Constituição. Nesse sentido, notamos que a herança manifesta: (a) uma função individual; (b) uma função familiar; (c) uma função econômica; e (d) uma função social. Como veremos, nenhuma dessas manifestações é suficiente para, isoladamente, justificar a existência de direitos hereditários; contudo, a interação e o equilíbrio entre elas permitem a construção de uma noção de herança coerente com a tábua axiológica constitucional. Também devemos ter o cuidado de superar as posturas individualistas e patrimonialistas às quais a doutrina costumeiramente recorre quando trata desse assunto. Por limitação de espaço, não nos aprofundaremos na análise de cada uma dessas funções; restringir-nos-emos à sua identificação e breve descrição.

No perfil funcional da herança, em primeiro lugar notamos a proteção a interesses individuais. Em relação ao sucedido, existem componentes relacionados à sua vontade e à sua propriedade; em relação ao sucessor, o recebimento de patrimônio a título gratuito deve particularmente ser funcionalizado à proteção e à promoção da sua personalidade. Devemos, contudo, rejeitar a ideia de que o direito à herança tem uma função exclusivamente particular; tal concepção é reflexo das características oitocentistas ainda entranhadas no pensamento civilista contemporâneo. Trata-se de ideia rejeitada até mesmo pela doutrina mais tradicional.⁷⁶ Aderimos aqui, dessa forma, ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti, para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidade para resolver problemas complexos”.⁷⁷

Em segundo lugar, sem muita dificuldade igualmente percebemos que a herança se manifesta funcionalizada à proteção de interesses da família do *de cuius* – o que já era reconhecido pela doutrina mais tradicional mesmo sob a predominância do individualismo do Direito Civil oitocentista.⁷⁸ Ocorre que a Constituição Federal não

⁷⁶ Por exemplo, de acordo com Pontes de Miranda “atendem-se os interesses gerais (estabilidade social, da família e outros proventos coletivos) no determinar-se a sucessão legítima (necessária ou não); bem assim, a interesses do falecido, obedecendo-se ao que, por sua vontade, dispõe no testamento”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, vol. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 35. Semelhantemente, para Carlos Maximilano, o elemento individual se reflete na liberdade de testar, um “impulso individualista, expansão do egoísmo” que se abranda por força dos interesses familiares e sociais. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, vol. I., cit., p. 346.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 228.

⁷⁸ Vejam-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, vol. IV. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005, p. 74-75; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*,

tutela a família enquanto entidade abstrata, mas enquanto vínculo de promoção da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. Dentro da lógica de promoção da dignidade dos membros da família, individualmente considerados, o foco dado à proteção à família em si mesma cede espaço à noção de solidariedade familiar.⁷⁹ Acreditamos que tal concepção é adequada à releitura constitucional do fenômeno familiar, já que se trata de reconhecer a proteção à família, enquanto base da sociedade, mas com foco na dignidade dos seus membros, individualmente considerados, sempre levando em consideração a ideia e responsabilidade recíproca entre os familiares. Ressaltamos, porém, que em pelo menos três circunstâncias a solidariedade familiar dificilmente se encontra adequadamente realizada por nossa legislação infraconstitucional: quando, em montes hereditários pouco extensos, uma vez desconsiderada a parte disponível, os bens que restam na legítima são insuficientes para a promoção ou proteção adequada dos herdeiros necessários; quando pessoas com vínculos de afeto ou dependência para com o *de cujus* são completamente marginalizadas pela ordem de vocação hereditária *ab intestato*; e, finalmente, quando o patrimônio hereditário é muito vultoso e acaba provocando uma grave distorção socioeconômica (contribuindo para a concentração de riqueza com efeito cumulativo em gerações sucessivas). Por essa razão, sem desconsiderar a íntima relação entre sucessão hereditária e solidariedade familiar, aderimos ao pensamento de Gustavo Tepedino, que sugeriu que talvez seja o momento de uma reformulação qualitativa do conteúdo desse princípio: de um lado, para que seja “efetivamente exigida no âmbito de toda e qualquer entidade familiar”; de outro, para que se analise se o sistema sucessório codificado se mostra “consentâneo com a proteção que se pretende atribuir às famílias da atualidade, constituídas ou não pelo casamento”.⁸⁰

Em terceiro lugar, identificamos que a herança também é funcionalizada à estrutura econômica das sociedades. De modo geral, encontramos na doutrina afirmações de que a sociedade como um todo se beneficia com a existência de sucessão hereditária por se tratar de estímulo à poupança, à produtividade, à economia.⁸¹ Contudo, rejeitamos

vol. XXI: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 263. Mais recentemente, veja-se: LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41-42.

⁷⁹ Nesse sentido: 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*, vol. 5. Belo Horizonte: jul./set 2015, p.126-127; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, cit., p. 88; NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, cit.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros (Editorial). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol.14, Belo Horizonte: out/dez 2017, p.11.

⁸¹ A título ilustrativo: BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*, cit., p. 16; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 6: direito das sucessões, cit., p. 18; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*:

aceitar o aspecto econômico como o principal perfil funcional da herança. Na esteira de Luiz Edson Fachin, recusamos nos render a um “aprisionamento conceitual” que meramente faz uma releitura mercadológica da instância jurídica, submetendo-a aos critérios de um regime econômico.⁸² Então, assim como Pietro Perlingieri, compreendemos que a função do ordenamento jurídico não deve ser entendida exclusivamente e prevalentemente a serviço de razões econômicas; na verdade, deve se opor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade.⁸³ Ademais, para Perlingieri, o princípio da solidariedade constitucional exige que as formações sociais não sejam direcionadas ao eficientismo, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa.⁸⁴ Rejeitamos as tentativas de exaurir os institutos jurídicos e as normas a uma avaliação exclusivamente econômica, ou seja, de elevar a economia a um parâmetro de controle da atuação do jurista.

Mesmo que tomássemos o parâmetro econômico como adequado para fundamentar o Direito, entenderíamos como inadequada a adesão acrítica à ideia de que a função da herança é estimular o empreendedorismo, a iniciativa, o trabalho, a acumulação, com consequências benéficas para a economia. Como bem apontou Anton Menger, há mais de um século, o argumento da herança enquanto incentivo ao trabalho deve ser questionado na medida em que as classes que mais trabalham apenas conseguem subsistir, deixando na melhor das hipóteses uma parca pensão para suas viúvas e órfãos.⁸⁵ Por outro lado, discordamos da alegação de que a extinção da herança seria necessariamente um desestímulo ao trabalho e à acumulação; não há qualquer evidência que sustente essa afirmação tão repetida nos livros de Direito das Sucessões. Como ressaltado por Mark Ascher, as pessoas trabalham e acumulam por muitas outras razões, a exemplo dos próprios interesses imediatos relacionados ao dinheiro – subsistência e lazer e, a partir de determinado nível de vida, poder e prestígio.⁸⁶ Também Harlan Eugene Read critica o argumento de que a função da herança consiste na preservação e na eficiência das unidades econômicas: muitas vezes o herdeiro não preserva a atividade, mas a destrói; afinal, para ser sucessor, não se exige qualquer habilidade ou qualificação acadêmica ou profissional.⁸⁷ Jens Beckert aduz que, de um ponto de vista economicista,

direito das sucessões, vol. 7. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4; CAHALI, Francisco José. *Introdução ao direito das sucessões*, cit., p. 27-28; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armenio Amado, 1997, p. 305 e 310.

⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 51.

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 509.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, cit., p.37-38.

⁸⁵ MENGER, Anton. *El estado socialista*, t.2. Trad. de Miguel Domenge Mir. Barcelona: Imprenta de Heinrich y Ca, 1908, p. 9.

⁸⁶ ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, cit., p. 100.

⁸⁷ READ, Harlan Eugene. *The Abolition of Inheritance*, cit., p. 58-60.

na medida em que a herança não está inserida no Mercado, ela tende a ser ineficiente.⁸⁸ Por fim, ressaltamos que, ainda que se pudesse identificar a existência de sucessão hereditária como mecanismo maximizador de riqueza, isso não necessariamente estaria em conformidade com a Constituição. Como Michael Trebilcock, acreditamos ser muito pobre a visão que foca exclusivamente na maximização dos recursos, sem se preocupar como eles são distribuídos ou utilizados para melhorar a vida das pessoas (e não de apenas algumas pessoas).⁸⁹ É necessário, então, questionar a quem essa riqueza beneficiaria.

Por fim, compreendemos ser imperativa a construção conceitual da função social da herança. Com base na metodologia civil-constitucional, devemos abandonar a concepção tradicional de que os institutos jurídicos estão à livre disposição do indivíduo e de sua vontade; pelo contrário, eles devem ser redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana.⁹⁰ Desse modo, compreendemos que os interesses da coletividade necessariamente devem limitar o conteúdo e alcance do direito subjetivo à herança, conformando o seu âmbito de proteção.

Como Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ensinam, a ideia original de função social nasce como antítese do direito subjetivo à propriedade, representando a propriedade como um dever, uma tarefa.⁹¹ Na Itália, a doutrina deu um melhor sentido a essa concepção, compreendendo a função social como um elemento capaz de alterar a estrutura do direito subjetivo. Assim, a função social é inserida no perfil interno do direito, atuando como critério de valoração do seu exercício. Isso não significa, porém, que o direito subjetivo se torna exclusivamente social; ele ainda atende, sim, aos interesses individuais do seu titular. Entretanto, reconhece-se uma capacidade expansiva do direito subjetivo, no sentido de atender simultaneamente também aos interesses daqueles que dele não são titulares. Compreendemos, assim, que, após uma filtragem constitucional, a estrutura do direito subjetivo à herança é alterada. Não se eliminam dela os interesses individuais, em especial os daqueles sucessores ligados ao sucedido por vínculos familiares ou beneficiados em testamento. O que a releitura do fenômeno hereditário à luz da Constituição faz é determinar que o conteúdo do direito à

⁸⁸ BECKERT, Jens. *Inherited Wealth*, cit., p.85.

⁸⁹ TREBILCOCK, Michael J. An introduction to law and economics. *Monash University Law Review*, n. 23, 1997, p.158.

⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p.20.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, agosto-dezembro 2000, p.47. Leia-se a obra clássica de León Duguit: DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, t. 3. 10. Ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.

herança dependa também de centros de interesses não-herdeiros, ou seja, da coletividade, passando a ter assim uma configuração solidarista. O desenho específico do perfil da herança funcionalizado à solidariedade social precisa ainda ser objeto de estudo da doutrina, e mesmo uma tentativa de esboço fugiria completamente aos limites da presente investigação.

Resumidamente, podemos encontrar no perfil funcional do fenômeno hereditário elementos individuais, familiares, econômicos e sociais. Entendemos que o adequado equilíbrio entre essas funções, de forma a evitar o predomínio de uma delas em prejuízo das demais e a assegurar a promoção dos valores estampados na Constituição Federal de 1988, pode ser entendido como o fundamento da garantia do direito à herança no ordenamento jurídico brasileiro. O papel do legislador é justamente desenhar normas sucessórias que assegurem o atendimento adequado a cada uma das mencionadas funções. Por outro lado, havendo desequilíbrio, existe também disfuncionalidade. Assim, revela-se imprópria, disfuncional, uma tutela infraconstitucional da herança que prestigie excessivamente os interesses particulares, em prejuízo da coletividade; que contribua para concentração de riquezas, o que a médio e longo prazo traz efeitos nefastos para a economia e para a sociedade; ou que, focando exclusivamente na proteção ao núcleo familiar definido na legislação, desconsidere absolutamente o papel dos interesses do *de cuius* na estruturação da sucessão *causa mortis*.

Nos casos em que a lei sucessória não atende suficientemente às funções determinadas pela tábua axiológica da Constituição Federal, ela padece de vício de inconstitucionalidade, especificamente decorrente da disfuncionalidade. Por essa razão, tal norma deve ser extirpada do ordenamento jurídico e substituída por outra que seja efetivamente funcional. Percebemos, assim, que o perfil funcional da herança não atua simplesmente como o seu fundamento, porém também como o parâmetro de constitucionalidade da legislação sucessória infraconstitucional.

6. Conclusão

No presente artigo, usando a metodologia civil-constitucional, refletimos sobre os possíveis fundamentos para a consagração dos direitos hereditários no ordenamento jurídico brasileiro. De início, observamos que devemos descartar o recurso às tradicionais referências ao livro *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges, na medida em que se trata de obra metodologicamente falha e não mais considerada pelos historiadores uma fonte adequada.

Analisando a doutrina clássica do Direito das Sucessões, verificamos que a maioria dos autores, ao elencar os fundamentos da herança, acaba funcionalizando este instituto a outro de maior prestígio no Direito Civil. Notamos que, nesse sentido, há três principais correntes teóricas sobre a herança enquanto instituição subordinada: (a) como decorrência da vontade, real ou presumida, do falecido; (b) como complemento da propriedade; (c) como proteção à família do morto. Ressaltamos, contudo, que a doutrina majoritária continua usando argumentos anacrônicos, ultrapassados, na medida em que muito apegados ao pensamento civilista oitocentista, em especial no que diz respeito ao voluntarismo, ao patrimonialismo e ao prestígio ao núcleo familiar enquanto entidade abstrata.

Com base na mortalidade enquanto elemento inerente à condição humana, verificamos a ideia, desenvolvida por Shelly Kreiczler-Levy, de herança enquanto um vínculo intergeracional que se estabelece por meio da transmissão de propriedade. Por meio do fenômeno hereditário, o sucedido, a despeito de ser biologicamente mortal, satisfaz a sua necessidade de imortalidade, aqui entendida como continuidade no tempo; enquanto isso, o sucessor encontra no patrimônio sucessório suas raízes, sua conexão com aqueles que lhe antecederam, o que lhe traz um senso de pertencimento.

Por fim, a partir das lições de Norberto Bobbio, compreendemos ser ilusória a tentativa de encontrar um único, definitivo e absoluto fundamento para o direito à herança. Ao mesmo tempo, fortes no ensinamento de Pietro Perlingieri, observamos que podemos encontrar no perfil funcional um potencial embasamento para a tutela jurídica do fenômeno hereditário. Desse modo, identificamos que a herança pode ser funcionalizada a quatro graus de interesses distintos: individuais, familiares, econômicos e sociais. Compreendemos que o equilíbrio entre essas funções deve ser perseguido pelo legislador no momento de desenhar a tutela infraconstitucional da herança, de forma a promover adequadamente os valores estampados na Constituição Federal de 1988. Desse modo, havendo desequilíbrio, há disfuncionalidade e, conseqüentemente, inconstitucionalidade.

7. Referências bibliográficas

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

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*: arts. 1784 a 1856, vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo, pós-fácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, n. 89, 1990.
- 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. Disponível em: <http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_48_2007_Beckert.pdf>. Acesso em: 14.08.2018.
- 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. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii*. Torino: Torinese, 1916.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 11. Belo Horizonte: jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf>. Acesso em: 07.06.2018.
- BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004.
- CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*, vol. 6: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- 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.
- CHESTER, Ronald. Should American children be protected against disinheritance? *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 32, n. 3, 1997.
- COSTA, Dilvanir José da. O fundamento natural e racional do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: 1978. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1093/1026>>. Acesso em: 08.06.2018.
- D'AGUANNO, Giuseppe. *Genesis y evolución del derecho*. Traducción de Pedro Dorado. Primera edición argentina. Buenos Aires: Impulso, 1943.
- DOMINGUES, Nathália Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, t. 3. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.
- ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade: uma leitura comprometida com a realidade social brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR. Curitiba: dez. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7059>>. Acesso em: 17.07.2018.
- FACHIN, Luiz Edson. A construção do Direito Privado Contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. 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.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 2006. Disponível em: <<http://latim.paginas.ufsc.br/files/2012/06/A-Cidade-Antiga-Fustel-de-Coulanges.pdf>>. Acesso em: 07.06.2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*, vol. III: direito de família e direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1951.

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

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 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*, vol. 95. São Paulo: jan. 2000, p. 273. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469>>. Acesso em: 02.08.2018.

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

KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 46, n. 3, 2012.

KREICZER-LEVY, Shelly. Can one inherit a home as opposed to a house: a normative and comparative perspective. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 31, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XXI: do direito das sucessões: arts. 1.784 a 2.027. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 1994. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo_o.pdf>. Acesso em: 01 .08.2018.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MENGER, Anton. *El estado socialista*, t.2. Trad. de Miguel Domenge Mir. Barcelona: Imprenta de Henrich y Ca, 1908.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, t. VII. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1955.

MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*. The Project Gutenberg, 2009. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/30107/30107-pdf.pdf>>. Acesso em: 01.08.2018.

MIRAGLIA, Luigi. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Impulso, 1943.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol.6: direito das sucessões. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, vol. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OLDHAM, J. Thomas. What does the US system regarding inheritance rights of children reveal about American families? *Family Law Quarterly*, vol. 33, 1999.

OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. *Revista CEJ*, n.27. Brasília: 2004.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de derecho civil frances*, t.4: las sucesiones. Trad. Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1933.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial, tomo LV*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, vol. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*, vol. IV. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armenio Amado, 1997.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 17, n. 113. Brasília: out. 2015/jan. 2016.
- READ, Harlan Eugene. *The Abolition of Inheritance*. New York: The MacMillan Company, 1918.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de direito de família e sucessão*, vol. 6, n.1, 2020.
- 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, vol. 10, n. 1, 2021.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 37, n. 1, 2021.
- RICCI, Francesco. *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol.3: delle successioni. 3. ed. Torino: Torinese, 1916.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*, vol. 7. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. Direito das Obrigações e Direito Hereditário. Trad. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- 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*, vol. 5. Belo Horizonte: jul./set 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n.28/29, jul./dez. 2008.
- 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.
- TEPEDINO, Gustavo. Solidariedade e autonomia na sucessão entre cônjuges e companheiros (Editorial). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 14. Belo Horizonte: out/dez 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, ago./dez. 2000.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1952.

TREBILCOCK, Michael J. An introduction to law and economics. *Monash University Law Review*, n. 23, 1997.

TYKOCINSKI, Orit E; PITTMAN, Thane S. Money imbued with essence: how we preserve, invest, and spend inherited money. *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 35, 2013.

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

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21. Belo Horizonte: 1979.

civilistica.com

Recebido em: 8.6.2021

Aprovado em:

8.5.2022 (1º parecer)

14.5.2022 (2º parecer)

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/breves-reflexoes-sobre-os-fundamentos/>>. Data de acesso.