

**AFETO *POST MORTEM*: A RELATIVIZAÇÃO DA LEGÍTIMA NA PRESERVAÇÃO
DA AUTONOMIA DA VONTADE DO TESTADOR**

**AFFECT *POST MORTEM*: THE RELATIVITY OF THE LEGITIMATE IN THE
PRESERVATION OF THE AUTONOMY OF THE TESTER'S WILL**

Aline Casagrande (autora)¹

Lilian Nedel (coautora)²

Resumo: O estudo tem como tema a relativização da legítima sucessória na preservação da autonomia da vontade do testador, tendo por base o valor jurídico do afeto. O objetivo foi verificar se tal possibilidade é possível no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso foi traçado um panorama histórico das relações familiares e sua conseqüente despatrimonialização e repersonalização, ensejando uma valorização cada vez mais presente do afeto. Na sequência, apresentou-se, a partir do instituto da legítima sucessória, considerações sobre o planejamento sucessório e seus instrumentos, bem como a aplicação do princípio da autonomia da vontade no Direito de Família e no Direito Sucessório, a fim de entender sua importância normativa. Consultou-se o Projeto de Lei nº 3.799/2019 e suas propostas de alteração legislativa, apresentadas como melhoria e modernização do Direito Sucessório, e principalmente a inclusão do abandono afetivo no rol das causas ensejadoras de deserdação, viabilizando assim, uma forma de relativizar a legítima, através de um instrumento já existente na legislação, possibilitando ao testador que possa dispor de seu patrimônio em testamento. Para isso, foi utilizado o método hipotético-dedutivo para entender e verificar a possibilidade e aplicabilidade da relativização da legítima sucessória, com base em pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas especializadas. Para elucidar tais princípios, sua aplicabilidade no tempo e a interação literária que comportam, foram referendadas duas obras de Machado de Assis, autor que já no século XIX ilustrava uma sociedade na qual os laços de afetividade nem sempre eram equivalentes aos laços consanguíneos que garantiriam a sucessão do patrimônio.

Palavras-chave: Afeto; Legítima; Direito Sucessório.

Abstract: The study has as its theme the relativization of legitimate succession in preserving the autonomy of the testator's will, based on the legal value of affection. The objective was to verify if such a possibility is possible in the Brazilian legal system. For this, a historical panorama of family relationships and its consequent depatrimonialization and repersonalization was traced, giving rise to an ever more present appreciation of affection. Then, from the institute of legitimate succession, considerations about succession planning and its instruments were presented, as well as the application of the principle of autonomy of the will in Family Law and Succession Law, in order to understand its normative importance. Draft Law No. 3,99/2019 and its proposals for legislative changes were consulted, presented as improvement and

¹ Advogada. Professora universitária. Mestre em Direito (UNISC). Doutoranda em Educação (UFSM). Diretora do Núcleo de Santa Maria do IBDFam/RS. OAB/RS 63.750.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina (FAPAS), de Santa Maria/RS.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

modernization of Succession Law, and especially the inclusion of affective abandonment in the list of causes for disinheritance, thus enabling a way to relativize legitimate, through an instrument already existing in the legislation, allowing the testator to have his assets in testament. For this, the hypothetical-deductive method was used to understand and verify the possibility and applicability of the relativization of legitimate succession, based on bibliographic and documentary research in specialized doctrines. In order to elucidate these principles, their applicability in time and the literary interaction they contain, two works by Machado de Assis, an author who already in the 19th century illustrated a society in which the bonds of affection were not always equivalent to the inbreeding bonds that would guarantee the succession of assets.

Keywords: Affection; Compulsory; Succession Law.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto abordar a relativização da legítima sucessória, atendendo ao princípio da autonomia da vontade do testador, tendo por base o valor jurídico do afeto. A dinamicidade das relações familiares exigiu dos operadores jurídicos a contemplação de situações até então desconsideradas pela codificação oitocentista. De forma reflexa, o reconhecimento de tais circunstâncias traz ao debate o campo do Direito Sucessório.

O objetivo da pesquisa foi estudar a possibilidade de relativizar a legítima sucessória para preservação da autonomia da vontade do testador, bem como traçar um panorama histórico a respeito da dinamicidade da estrutura familiar e sua tutela jurídica, apresentando suas características. A partir das proposições do Projeto de Lei número 3.799/2019, de autoria da senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), buscou-se verificar se as inovações no âmbito do Direito Sucessório podem significar a validação da autonomia da vontade e do valor jurídico do afeto no ordenamento jurídico.

De posse desses entendimentos será necessário fazer a associação do que a norma jurídica garante e permite no quesito sucessório, com a necessidade e possibilidade de alteração legislativa para contemplar casos em que o indivíduo, tendo família consanguínea, porém que com ela não possua nenhum laço afetivo possa, de acordo com a autonomia da vontade, dispor de seu patrimônio a fim de alcançar aqueles que com ele vivem relações de fato familiares: baseadas no afeto, amor e solidariedade familiar. E, existindo a possibilidade de relativizar a legítima sucessória, em quais condições legais poderia ser instrumentalizada.

Para tal, utilizou-se a pesquisa bibliográfica na doutrina do Direito de Família e do Direito Sucessório, em especial em artigos científicos de autores e juristas especializados no

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

assunto. A fim de verificar a possibilidade da relativização da legítima frente à autonomia da vontade do testador, sendo necessário entender a complexidade e dinamicidade das relações familiares, bem como a crescente valorização do afeto no âmbito familiar foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

Como forma de ilustrar a temática com o cotidiano da sociedade brasileira, em especial o contexto histórico das relações familiares e sucessórias, foram apresentadas em epígrafe duas obras da literatura brasileira: *Memórias Póstumas de Brás Cubas* e *Quincas Borba*, ambas de Machado de Assis.

As obras foram escritas no século XIX, época do Brasil Império, e desde àquela época é possível verificar elementos comuns com os que percebemos na atualidade: as relações afetivas (familiares ou não), o testamento, a angústia e desgaste emocional e sentimental de uma partilha em juízo.

1 MEMÓRIAS PÓSTUMAS DE BRÁS CUBAS: A FAMÍLIA E O DIREITO SUCESSÓRIO

Estava tão agastado, e eu não menos, que entendi oferecer um meio de conciliação; dividir a prata. Riu-se e perguntou-me a quem caberia o bule e a quem o açucareiro; e depois desta pergunta, declarou que teríamos tempo de liquidar a pretensão, quando menos em juízo.

[...]

Fizeram-se finalmente as partilhas, mas nós estávamos brigados. E digo-lhes que, ainda assim, custou-me muito a brigar com Sabina. Éramos tão amigos!

(Machado de Assis,

Memórias Póstumas de Brás Cubas)

Não há de se falar em Direito Sucessório, sem também falar na família. São dois assuntos que se entrelaçam e se complementam, como bem se observa da epígrafe, que em poucas linhas funde o sentimento dos laços afetivos familiares com a angústia da partilha.

Em uma concepção doutrinária, a família é, conforme entendimento de Dias (2016, p. 47-49), o primeiro agente socializador do ser humano. Uma construção cultural, agrupada informalmente de forma espontânea no meio social, formando assim a base da sociedade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que a família é um núcleo natural e

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fundamental na sociedade: é nela que se cria o indivíduo, que dali segue para ser o que quiser. É a menor célula comunitária, é com quem se relaciona da forma mais particular.

A estrutura das entidades familiares – considerada complexa, por assumir tanto o papel de estrutura pública como também privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e partícipe do contexto social – é modificada constante e dinamicamente, o que acaba, conseqüentemente, refletindo na lei que as regulamenta. Porém, é cogente afirmar que a lei segue a realidade fática, porém a mesma não possui a capacidade de travar a realidade, estando sempre um passo atrás das alterações sociais.

Muito se diz que a família tem perdido a importância e que seus valores não têm mais espaço na atualidade, porém essa ideia de abandono da valorização da família pela sociedade não encontra respaldo quando se analisa mais minuciosamente como as relações familiares têm se apresentado. Nesse sentido, afirma Dias (2016, p.54) que “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

Diante dessa modificação na estrutura da família, percebe-se que o Direito de Família brasileiro caminha em sentido a acompanhar tais mudanças, ainda que dentro das limitações burocráticas e legislativas. Porém, contraditório é perceber que o Direito Sucessório não dispõe de tal mobilidade, encontrando-se por vezes em muitos aspectos, engessado e desatualizado.

Conforme elucidado por Pereira (2013, p. 29) a objetividade dos atos e fatos jurídicos é transposto pela subjetividade presente nas relações humanas. Essa subjetividade vem a determinar o mundo jurídico, principalmente no Direito de Família, que nesse caso regulamentaria as relações afetivas e a partir daí as suas conseqüências.

Seguindo esse entendimento, Dias (2013, p. 51) observa que essa regulamentação das relações familiares e sucessórias acaba por se tornar uma estatização do afeto, onde o grande problema encontra-se na estrutura formalista do sistema jurídico, o que se torna um desafio, pois visa proteger sem sufocar e de regular sem imobilizar.

Com o indivíduo como centro da estrutura familiar, se fez necessário que ocorresse uma personificação da família. Sendo a família entendida como uma célula composta por diversas pessoas, cada uma delas tendo diferentes concepções e atribuições dentro dessa família, surge com isso, conforme Pereira (2016, p.186), a necessidade de uma nova concepção pública, impondo limites à atuação do Estado na esfera familiar.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A fim de acompanhar a dinamicidade dessas relações, a intervenção do Estado muitas vezes torna-se tardia ou ineficaz. Para isso, o Código Civil atual utilizou de cláusulas gerais para poder legislar sobre o assunto, o que garante ao Direito de Família uma flexibilidade e atualidade para aplicação da lei no caso concreto. Entretanto, mais uma vez, a parte sucessória continuou inflexível. De acordo com Simões (2017, p. 40), o direito sucessório tem por função “regular as consequências jurídicas da morte de alguém e a transmissão de seus bens para seus herdeiros, buscando atender as vontades do falecido (no caso da sucessão testamentária) e os interesses dos herdeiros legais (no caso da sucessão legítima)”.

Conforme Madaleno (2020, p.63) embora haja previsão e regulamentação legal tanto para a sucessão legítima como para a testamentária, aquela é oriunda exclusivamente da norma jurídica, não se fazendo presente nenhuma manifestação de vontade do falecido. Ainda, informa que a sucessão legítima tem sua origem no direito natural, por ser presumido que a personalidade e patrimônio dos filhos sejam emanados de seus pais e, nesse caso, o afeto seria presumido nessas relações de parentesco e consanguinidade.

Para compreender sobre a regulamentação das relações familiares e sucessórias são apresentadas algumas considerações sobre a despatrimonialização da família, tendo como base o valor jurídico do afeto e a consequente limitação do planejamento sucessório quanto aos aspectos relacionadas à autonomia da vontade do testador.

Nesse passo, importa destacar que a ideia de família é muito ampla. Dependendo do tempo histórico, ou da posição cultural, étnica ou social, essa concepção pode variar bastante.

Ao observar que nos primórdios da Humanidade as principais preocupações dos indivíduos era alimentação, proteção e procriação, a criação de grupos era voltada para a sobrevivência. De acordo com o aprimoramento das técnicas de cultivo e domesticação de animais, as prioridades sofreram modificações, surgindo também a necessidade de formar comunidades, agrupar as pessoas com interesses em comum, para juntas alcançar seus objetivos (Dallari, 2007, p. 48-49).

De acordo com Dias (2016, p. 48) a família rural possuía uma formação extensiva, formada por todos os parentes, e que juntos representavam a força de trabalho. Quanto mais se reproduzissem, maior era a capacidade laborativa. Existiam também as famílias nobres, com interesses primeiramente patrimonial e econômico, a fim de garantir a linhagem e a estirpe das famílias importantes, que configuravam um núcleo econômico e de influência social. Esses

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

modelos de família eram unidos por laços de consanguinidade, e remetiam à ideia de uma entidade patrimonializada, onde os interesses primeiros eram o de melhorar as condições de sobrevivência de seus integrantes.

A estrutura familiar patrimonializada e patriarcal perdeu força com a Revolução Industrial. Conforme entendimento de Dias (2016, p.48), a revolução fez com que aumentasse a necessidade de mão de obra para desempenhar atividades terciárias, é quando a mulher ingressa no mercado de trabalho auxiliando financeiramente no sustento familiar, que anteriormente era um papel exclusivo do homem. Essa estrutura assume uma característica nuclear, onde o casal e sua prole passam a formar a unidade familiar. Já não mais se vê a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo.

Ainda conforme Dias (2016, p.48), quando essas famílias iniciam o processo de migração do campo para a cidade, passam a conviver em lugares menores. Como consequência, os membros passam a interagir mais entre si, têm mais tempo para se conhecerem, para conversar, o que acaba desenvolvendo o sentimento de afeto entre eles.

Pereira (2016, p.217-221) corrobora tal entendimento, afirmando que a partir do século XX a família perde sua característica rígida de patrimonialidade, passando a assumir um papel mais subjetivo na vida de seus integrantes, formando assim um núcleo de amor e afeto.

No contexto nacional, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao conceito de família um sentido repersonalizado, passando-se a priorizar a dignidade da pessoa humana. Como consequência dessa descentralização no patrimônio e centralização na pessoa, as relações tornam-se amparadas por um princípio não explícito no texto constitucional, mas que passa a balizar as decisões envolvendo o Direito das Famílias: o afeto (Caneiro, 2013, p. 2).

Vale destacar, contudo, que a família tradicional – na concepção anterior ao conceito constitucionalizado – possuía como ponto de partida o matrimônio, que era regido pelas leis civis do casamento, e em grande parte das vezes por valores religiosos. Fachin (2012, p. 160) aponta que este modelo familiar tinha como pilares “o tríplice estandarte do matrimônio, do patrimônio e do pátrio poder”, sendo que a constitucionalização das relações familiares reconhecidamente deu “lugar à família nuclear eudemonista, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas”.

Spengler (2018, p.17) ao observar a evolução da tutela das famílias no ordenamento jurídico brasileiro, menciona o surgimento da família tradicional, respaldada junto à

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Constituição Federal de 1988. Essa estrutura familiar era formada por unidades menores, geralmente composta por pais e filhos, corroborando a ideia da repersonalização das famílias, para uma entidade voltada aos valores afetivos e de convivência.

A ideia de família expressa no artigo 226 do texto constitucional garantiu uma pluralidade e, conforme elucidado por Pereira (2016, p. 29), apesar do artigo citar três formas – casamento, união estável e comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – o rol é meramente exemplificativo, não excluindo de sua abrangência diversas outras formas de constituição familiar: famílias homoafetivas, famílias refeitas, famílias monoparentais, pluriparentais, matrimoniais, paralelas, eudemonistas. Todas trazem como ponto de convergência sua formação pelo viés afetivo, de amor e respeito.

Propõem Farias e Rosa (2020, p.209) que a “família instrumentalizada à realização dos comandos constitucionais” tem a necessidade de ser interpretada “a partir de sua base estrutural, que é o afeto”.

Com isso, é visível que no último século, essa estrutura familiar passou por diversas alterações, partindo de uma instituição concentradora de patrimônio e perpetuadora de sobrenome, para uma entidade formada por pessoas que se unem com base em sentimentos de amor e afeto.

Diante disso, o Direito Sucessório por constituir lei de família, também deve ser pautado no valor jurídico do afeto, que representa a base estrutural da família. Pereira (2016, p.217-221) categoriza o afeto como um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. E também traz a importância do valor jurídico do afeto na constituição das famílias quando exemplifica que nas relações atuais, as pessoas se casam por amor, e que o que mantém e sustenta essa família é o afeto.

Já para Farias e Rosa (2020, p.165), a importância do afeto para estes institutos vai muito além do caráter normativo: ele é utilizado enquanto elemento hermenêutico nas normas desses ramos do Direito, não tendo a necessidade de trazer a forma jurídica de princípio para que tenha importância. Entendem que a valorização do afeto enquanto uma forma hermenêutica possui uma carga de importância maior de relevância teórica e prática do que se apenas tivesse um caráter normativo postulado.

Para apresentar e dimensionar a importância do afeto no regramento jurídico, Pereira (2016, p. 220) traz alguns exemplos da aplicação do afeto na lei. Um deles seria no artigo 1.511

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

do Código Civil, que trata da comunhão plena de vida que é estabelecida com o casamento, também no artigo 1.593 do mesmo código, quando refere que o parentesco resulta de consanguinidade, mas também de outras origens, deixando em aberto para que novas formas de parentesco sejam aceitas. O autor ainda traz exemplos em normas infraconstitucionais, como é o caso da Lei Maria da Penha, que fala sobre a não exigência de coabitação para configuração do crime, com o uso da expressão “em qualquer relação íntima de afeto”.

Dias (2016, p.48) mostra que a valorização do afeto nas relações familiares perpassa à apenas o momento da celebração do matrimônio, mas que deve perdurar por toda a relação. Que uma vez cessado o sentimento de afeto, perde-se a sustentação do vínculo familiar.

Diante dessa perspectiva, nota-se que a livre vontade das partes em iniciar o matrimônio ou de manter e sustentar uma família baseia-se principalmente pelo convívio afetivo e harmonioso entre as partes. Já não existe mais espaço para relacionamentos forçados, pois, conforme ponderam Farias e Rosa (2020, p.200) o afeto é um valor jurídico inexigível, e apenas permanecerá enquanto houver vontade das partes.

Para além da constituição e sustentação da relação familiar, é de suma importância a valorização do afeto quando o assunto é a morte de um de seus integrantes. Madaleno (2013, p. 189), de maneira quase poética, aponta que:

A vida humana não é perene, embora possa ser abundante, mas, pelos desígnios do tempo, para alguns, por obra do acaso, por mais dias, para outros menos afortunados, por menos dias, sucede que, no curso normal da vida a nossa existência física um dia termina, ficando nossos herdeiros e aqueles que nos são afetivamente próximos, além da nossa herança material e imaterial

Para alcançar esse entendimento, é necessário primeiramente ter clareza de como o ordenamento jurídico brasileiro entende a sucessão patrimonial.

O Código Civil Brasileiro adota a sucessão legítima como preferência, muito em razão da cultura brasileira utilizar a sucessão testamentária apenas de forma residual. Segundo Lôbo (2019), o legislador buscou, com a definição do conteúdo da sucessão legítima, expressar o que a sociedade então entendia como adequado e justo. Somado a isso, o desconhecimento sobre a sucessão testamentária, ou mesmos seus custos para elaboração, fazem com que a sucessão legítima seja aceita como modelo usual.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

São acertadas as razões pelas quais a sucessão legítima seja utilizada de forma preferencial no Brasil. Além da preservação de princípios constitucionais como a igualdade entre filhos, a justiça social, da proteção da família, a sucessão legítima também visa amparar a proteção patrimonial da família e garantia financeira dos parentes próximos. Também visa evitar que o *de cuius* cometa distinções entre filhos prediletos e os não reconhecidos.

A escolha da sucessão legítima como preferencial, ao entender de Madaleno (2020, p.605) decorre da determinação legal, onde o legislador supôs que o autor da herança teria preferência por uma sucessão baseada nos vínculos de sangue, acreditando que o autor da herança preferiria reconhecer à estas pessoas mais próximas o direito sobre determinada parte de seus bens, resguardando sua liberdade de dispor dos mesmos. A escolha por se adotar a sucessão legítima também visa assegurar o direito constitucional à herança, previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal.

A herança, conforme conceitualizado por Madaleno (2020, p.29) é o patrimônio deixado pelo falecido, é o conjunto dos bens materiais e imateriais, direitos e obrigações, dotados de valor econômico e que se constituem em uma universalidade. O autor ainda destaca a importância de diferenciar a herança e sucessão, sendo a herança o acervo de bens, e a sucessão o direito.

O direito à herança, desse modo, traz à luz a garantia constitucional da chamada função social no Direito Sucessório. Ela visa assegurar a função social do patrimônio individual, a fim de garantir condições financeiras e patrimoniais para os familiares mais próximos, sendo entendidos como os herdeiros.

Assim, cabe afirmar que o derradeiro objetivo da sucessão legítima seja a garantia patrimonial daqueles que são tão caros para o autor da herança, sendo presumida a relação de afeto entre eles.

Contudo, o ordenamento jurídico pátrio permite a coexistência entre a sucessão legítima e a testamentária. Madaleno (2020, p. 69) reforça tal concepção ao dizer que a sucessão legítima e a testamentária não são antagônicas ou contraditórias, mas embora sejam independentes, ambas podem se complementar.

Para se fazer valer os vínculos afetivos na questão sucessória, quando não respaldados apenas na pessoa dos herdeiros necessários, existe o instituto da sucessão testamentária que, de acordo com a explicação de Madaleno (2020, p.65), é um instrumento jurídico decorrente da

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

derradeira manifestação de vontade, materializado na forma de testamento, onde o testador idealiza e realiza em vida, para surtir os efeitos após sua morte.

Madaleno (2020, p.270) afirma que nem sempre prevalecerá a sucessão legítima. Em um olhar doutrinário, fica inclusive em segundo plano, prevalecendo a liberdade da pessoa em dispor livremente de seus bens por testamento, desde que resguardando a legítima em caso de possuir herdeiros necessários. Porém, traz algumas hipóteses em que mesmo havendo testamento, incidirá a sucessão legítima: quando o testamento versar apenas sobre disposições de ordem pessoal, sem trazer herdeiros e legatários, se o testamento caducar ou for inteiramente anulado, ou quando o testamento ferir o direito dos herdeiros necessários, reduzindo as disposições do testamento até que se atinja apenas a parte disponível de seus bens.

O testamento é limitado pela legislação brasileira. Ele restringe ao testador, dispor de apenas metade dos seus bens, na hipótese de existirem herdeiros necessários, arrolados no artigo 1845 do Código Civil Brasileiro, quais sejam: descendentes, ascendentes, e o cônjuge com a equiparação do companheiro através de atual decisão do Supremo Tribunal Federal.

Gagliano e Pamplona Filho (2019) sustentam que o testamento é um negócio jurídico unilateral, no qual alguém faz declaração de vontade objetivando dispor sobre seus bens e determinar diligências não patrimoniais para depois da sua morte.

A parte indisponível dos bens do testador, chamada de *legítima*, tem a intenção de resguardar a metade dos bens do falecido aos seus familiares mais próximos, e assegurar assim, o direito fundamental à herança e o direito de legítima, conforme já destacado.

Para além da parte indisponível, o testador possui autonomia para dispor da outra metade dos seus bens, no caso de possuir herdeiros necessários, e pode dispor de todo seu patrimônio, caso não os possua. Lembrando sempre do respeito à meação do cônjuge/companheiro, que não se deve confundir com a herança.

Porém na realidade brasileira, o planejamento sucessório e utilização do testamento não são práticas usuais. Segundo Venosa (2013, p.5), “divaga-se a respeito de porque o testamento é tão pouco utilizado entre nós”. O autor aponta como resposta a equivalência, “em geral”, do chamamento hereditário da lei ser equivalente ao vínculo afetivo familiar existente.

Muito bem colocado por Venosa: “em geral”. O chamamento hereditário, em geral, atende aos vínculos afetivos familiares, contudo, uma significativa porcentagem de famílias

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

afetivamente estabelecidas, não possuem nenhum vínculo consanguíneo. Então, percebe-se que nem sempre os vínculos de consanguinidade serão obrigatoriamente os de afetividade.

Nesse sentido, surge a necessidade de relativização da legítima sucessória, para que através do testamento, se possa alcançar os casos em que a consanguinidade não atenda aos vínculos afetivos tidos pelo *de cujus*.

Madaleno (2020, p. 350) traz uma reflexão muito pertinente quanto à natureza jurídica da legítima sucessória e sua ineficácia nos casos de abandono afetivo por parte dos herdeiros para com o autor da herança:

[...] ser a porção indisponível uma via de duas mãos, considerando que ela homenageia o afeto e a solidariedade como norte das relações familiares, mas devendo admitir que, a contrário senso, ela pode ser repensada quando os herdeiros necessário são rotundamente ausentes e praticam consciente abandono afetivo, com completa falta de solidariedade em relação ao autor da herança, em uma inapelável mostra de verdadeiro escárnio e total desconsideração para com a pessoa que, abandonada em sua vida, agora, depois de morto, dele estas pessoas ausentes e indiferentes reivindicam o incontestável direito à legítima, e que a legislação manda entregar ou pagar, dependendo se tratar de um *pars valoris* ou de um *pars hereditatis*, mas que, se dependesse do autor da herança, possivelmente ele daria destino totalmente diverso desta metade de seus bens que a legislação vigente lhe retira toda a liberdade de dispor.

Após essa incontestável observação, que faticamente acontece em diversas situações, fica o autor da herança condicionado a provar, em testamento, que esse abandono afetivo de seus herdeiros enseja em possibilidade de deserdação, sendo essa a única possibilidade que teria de poder dispor da totalidade de seus bens, e não ser obrigado à deixá-los para aqueles que nunca lhe prestaram auxílio ou demonstraram amor.

O planejamento sucessório, nesse sentido, é a forma adequada que a pessoa tem de pensar na disposição dos seus bens quando da sua morte. De acordo com Hironaka e Tartuce (2019, p.88) o planejamento sucessório possui o objetivo de idealizar a divisão do patrimônio de alguém, através de um conjunto de atos e negócios jurídicos, evitando conflitos desnecessários, concretizando assim a última vontade deste.

Hironaka e Tartuce (2019, p. 98) elencam os principais instrumentos para efetivação do planejamento sucessório como: a escolha do regime de bens no casamento ou união estável; atos de disposição em vida, como a doação; a elaboração de testamento e a partilha em vida.

Andrade e Ehrhardt Júnior (2020) trazem uma reflexão sobre outro instrumento de planejamento sucessório: o pacto sucessório, também conhecidos por *pacta corvina*, que são

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

acordos que tem por objeto herança de pessoa viva, tendo expressa vedação pelo Código Civil, em seu artigo 426. Os autores trazem a atual desatualização das regras que proíbem sua celebração, em especial em cláusulas inseridas em pactos antinupciais e em contratos de convivência, sugerindo que tal instrumento seja repensado, para possibilitar que seja contornado ou afastado, aumentando a autonomia da vontade daquele que pretende em vida, planejar a destinação do seu patrimônio quando da sua morte³.

Porém, as ferramentas de planejamento sucessório não são muito utilizadas no Brasil, um dos principais motivos é o alto custo, sem contar nas exigências formais e burocráticas. Além disso, o planejamento sucessório também enfrenta uma forte resistência social. A causa dessa resistência pode ser relacionada principalmente pela forma de perceber o evento morte.

A cultura ocidental, e principalmente com forte influência católica, vê o assunto morte como algo a ser evitado, não ser falado, e preferencialmente ser ignorado. Seguindo essa diretriz, aduz Madaleno (2013, p. 189) que “tratar da sucessão em vida sempre representou um enorme tabu, um mau agouro, o que torna o tema um tanto indigesto, comumente postergado para o infinito da existência da pessoa que, infelizmente, não dispõe desse tempo imorredouro”.

Ainda para Madaleno (2013, p. 189), o planejamento sobre o destino dos bens é direito de todo indivíduo, significando uma necessidade para muitas pessoas “prever, até onde seja possível, nos limites da legislação sucessória, a distribuição e do destino de seus bens”.

Entretanto no plano empírico é perceptível que esse direito de dispor dos bens para depois da morte, em grande parte dos casos, acaba por ser utilizado apenas por aqueles que possuem melhores e maiores condições econômicas, pois são eles que possuem maior preocupação patrimonial. Madaleno (2013, p.190) traz de forma objetiva os principais objetivos e benefícios de um planejamento sucessório, argumentando que “com um adequado planejamento patrimonial é factível reduzir desacertos pessoais e afastar desinteligências e

³ Para além desses, Madaleno (2013, p.196) traz outras figuras complementares para resguardar o cumprimento do planejamento sucessório: “[...]sucessão no casamento, e na união estável; nas doações interconjugais feitas em razão das núpcias; ou na doação com cláusula de reversão; na doação com reserva de usufruto; no pacto antenupcial; nos regimes de bens; na alteração do regime de bens; nos contratos de união estável; no bem de família; nos planos de previdência privada; no seguro de vida por morte; no testamento; na deliberação sobre a partilha; na partilha em vida; no adiantamento da legítima e a colação; no direito real de habitação; no trust; no fideicomisso; na sucessão da pessoa jurídica, em especial por meio da formação de empresas holdings”.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

dissensões sucessórias”, por evitar ou reduzir situações conflitivas entre familiares em processos de inventário que, ao final, ocasionam perdas materiais e emocionais desnecessárias.

Desse modo, dentre as tantas os benefícios de um planejamento sucessório, a redução de conflitos em processos de inventário é a mais marcante. Busca-se com tal planejamento, mais comumente através de testamento, direcionar os bens àqueles que melhor possam dispor dos mesmos, obedecendo ao sentimento de gratidão e afeição do autor da herança para com os seus.

2 QUINCAS BORBA E O TESTAMENTO A RUBIÃO: A VALIDAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO SUCESSÓRIO PELO PROJETO DE LEI 3.799/2019

*Era real o desvelo de Rubião, paciente, risonho,
múltiplo, ouvindo as ordens do médico, dando os
remédios às horas marcadas, saindo a passeio com o
doente, sem esquecer nada, nem o serviço da casa, nem
a leitura dos jornais.*

[...]

*Quando o testamento foi aberto, Rubião quase caiu
para trás. Adivinhais por quê. Era nomeado herdeiro
universal do testador. Não cinco, nem dez, nem vinte
contos, mas tudo, o capital inteiro.*

(Machado de Assis,
Quincas Borba)

Nessa criação literária de Machado de Assis, fica evidente a autonomia da vontade do protagonista: deixar seus bens em testamento para aquele que lhe cuidou e zelou pelo seu bem estar. Faz-se presente o sentimento de gratidão pelo afeto recebido por seu amigo e cuidador até os últimos dias de sua vida. Não seria outra forma mais apropriada de iniciar a exposição desta seção, senão a forma mais genuína de autonomia da vontade: a disposição testamentária garantindo a gratidão e respaldo patrimonial *post mortem* para aquele que, em vida proporcionou afeto e carinho.

Para iniciar este estudo, será necessário retomar alguns entendimentos anteriores, como a modernização e dinamicidade das relações familiares, a importância do afeto na composição e manutenção das famílias, o princípio da solidariedade familiar, a valorização da dignidade da pessoa humana, individualizando a proteção de cada um dos membros dessa família. Para resumir tantos e tão importantes conceitos, Fachin (2001, p.1) faz a ligação do afeto na realidade

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

familiar, relacionando-a com o entendimento da cidadania ao atribuir que “com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos [a família] se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou estar, e como se quer ser ou estar”.

A fim de preservar a liberdade dos indivíduos, Santos (2013, p.15) afirma que os adultos devem ter direito de escolher suas relações afetivas da maneira que melhor convier, e que para isso, torna-se imprescindível o respeito à autonomia da vontade de cada um na constituição dos seus laços afetivos.

Pereira (2016, 189) trabalha o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal em sua obra sobre princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. No capítulo destinado ao tema, garante que a dignidade da pessoa humana, ao ser eleita como princípio basilar das relações jurídicas patrimoniais e existenciais, deve subordiná-las à tal princípio, devendo sobretudo respeitar a autonomia privada nas relações familiares.

Porém, no Direito Sucessório, a liberdade do indivíduo é bastante limitada. Enquanto no Direito de Família as pessoas têm liberdade para constituir e desconstituir suas famílias como melhor convier, no Direito Sucessório a liberdade se externa em poucas situações. Um desses exemplos é a disposição patrimonial *causa mortis* através do instrumento do testamento.

Venosa (2013, p.184) dispõe que “não se pode negar que o testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada”.

O Código Civil prevê, em seu artigo 1.786, que a sucessão se dará por lei, ou por disposição de última vontade, respectivamente: sucessão legítima e sucessão testamentária. Ambas podem coexistir, e pode-se afirmar então que são as duas fontes de Direito Sucessório.

Contudo, a limitação da autonomia da vontade no Direito Sucessório é assunto que tem entrado em pauta nos últimos tempos. O principal ponto a ser discutido é quanto à imposição da legítima sucessória.

Conforme anteriormente exposto, nosso ordenamento jurídico prevê a sucessão legítima como prioritária, e amplamente utilizada. Porém mesmo que o autor da herança tenha por vontade dispor dos seus bens através de testamento, deverá reservar a parte indisponível aos herdeiros necessários. Nesse caso, nota-se que mesmo que a pessoa tenha preferência por utilizar da sucessão testamentária, ainda assim estará sujeita à vinculação com a sucessão

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

legítima, reservando a legítima sucessória, caso possua herdeiros na categoria que a lei define. Essa obrigatoriedade é discutida ante a autonomia da vontade e de valores afetivos nas relações familiares de não consanguinidade.

A legítima sucessória, nos casos em que o autor da herança possua herdeiros necessários, o obriga a dispor de apenas metade dos seus bens. Buscando uma razoabilidade diante da atual realidade familiar, doutrinadores têm proposto diversas soluções para o problema.

Como consequência dessa crescente busca por uma solução, o Instituto Brasileiro de Direito de Família idealizou um projeto de lei apresentando propostas de modernização e adequação para o Código Civil. O Projeto de Lei foi apresentado no Senado, e atualmente está em tramitação. Foi autuado sob o número 3.799/2019 e propõe diversas alterações no livro que trata do Direito Sucessório, no Código Civil.

As alterações têm como fundamento a modernização e desburocratização do Direito Sucessório, a fim de compatibilizar com atual realidade social, com a ampliação da utilização do testamento enquanto instrumento para um planejamento sucessório e instrumentalização do princípio da autonomia da vontade.

Com efeito, a legítima sucessória no Brasil está positivada no título II do Livro das Sucessões, do Código Civil, a partir do artigo 1.829. A legislação traz uma série de exigências quanto à abertura da sucessão: a mais significativa delas é a obrigação da reserva da legítima sucessória quando o *de cuius* possui herdeiros necessários.

O objetivo primeiro da legítima é proteger os interesses da família. Essa proteção vem do Direito Romano que, de acordo com Madaleno (2020, p.272), era um dever sucessório para com a família, um comportamento de dever esperado em todas as facetas sociais, isso porque os bens eram tidos como copropriedade de todos os integrantes da família.

Em termos históricos, no Brasil, a legítima sofreu diversas alterações. Ainda conforme Madaleno (2020, p. 272-273), com as Ordenações do Reino, a legítima era de dois terços, sendo alterada para a metade dos bens em 1907. Desde então, outras mudanças foram realizadas quanto da majoração e minoração da parte indisponível, da dependência da quantidade de filhos, também foram afastados os herdeiros colaterais da legítima.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Atualmente a legítima está positivada e consagrada no ordenamento jurídico pátrio, assegurando a herança aos herdeiros necessários, por serem entendidos como os parentes mais caros para o autor da herança.

A Constituição Federal de 1988 é a primeira a trazer a herança como direito expresso, direito este garantindo aos herdeiros de quem morreu, e não qualquer sucessor. A herança como garantia constitucional, limita o legislador infraconstitucional a cumprir com a finalidade social da norma constitucional, que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco, conforme entendimento de Lôbo (2013, p.2).

Aduz Lôbo (2013, p.37) que o Código Civil de 2002 buscou inserir a valorização dos princípios sociais da herança, visando conciliar os interesses individuais com o interesse social dos grupos familiares em busca de uma solidariedade social. O atual Código também aumentou o rol de herdeiros necessários, inserindo o cônjuge. E, em posterior entendimento jurisprudencial do STF, incluiu o companheiro em igualdade ao cônjuge.

Outro instrumento importante no direito sucessório, é o “direito de legítima”, que consiste em uma exigência social de garantia financeira dos parentes próximos, mesmo que esses não possuam nenhum vínculo afetivo com o *de cujus*.

Madaleno (2020, p.356-368) em sua obra sobre a legítima sucessória, destina um capítulo unicamente para trazer a revisão da legítima, apresentando argumentos contrários e favoráveis ao instituto da legítima, bem como sugestões de reforma da mesma. Nesse capítulo, o autor cita diversos autores internacionalmente consagrados⁴ para reiterar e consagrar sua argumentação sobre o tema.

Inicialmente o autor traz o imperativo da solidariedade familiar como ponto de partida para que a legítima sucessória cumpra seu papel de proteção da família. A partir disso, traz os argumentos a favor da legítima. Seriam três fundamentos básicos na defesa da legítima sucessória: a presumida vontade do autor da herança em deixar seus bens para seus herdeiros mais próximos e necessários; um fundamento político, baseado em uma distribuição equitativa da sua propriedade e; o fundamento social da proteção da família.

⁴ Rolf Madaleno utiliza bibliografia de autores consagrados no Direito estrangeiro para engrandecer sua obra. Dentre eles: Aguilar Ruiz, Alejandro Ríos Navarro, Arjona Guajardo-Fajardo, Carlos Pérez Ramos, Cerdeira Bravo de Mansilla, César Camisón Zornola, Encarna Serna Meroño, Encarnación Rosa i Trias, Mabel del Arbol, María de los Reyes Sánchez Moreno, Nuno Acensão Silva, Octavio Lo Prete, Olga Orlandi, Oscar Monje Balmaseda, Salvador García Guardiola, Silvia Gramigni, cujas obras não são neste momento acessíveis à autora.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O sistema de legítima surgiu como justificativa para a proteção dos vínculos familiares e patrimoniais, e para manter um convívio familiar e estabelecer uma igualdade entre os filhos. Essa bandeira foi defendida quando os filhos eram legalmente diferenciados no que tange à (extra)conjugalidade.

O autor também traz alguns elementos subjetivos e culturais que corroboram a utilização de tal instrumento. Seria uma forma de consciência coletiva de valorização dos vínculos consanguíneos, que criaria então uma obrigação moral póstuma, amparada em sentimentos de piedade, afeto e solidariedade intergeracional.

Para elucidar os pontos contrários à legítima sucessória, Madaleno (2020, p.356-368) inicia trazendo um contraponto à alegada igualdade entre os filhos, na defesa da proteção da família. Diz que tal pressuposto na verdade é uma aparente igualdade, pois desconhece as efetivas necessidades de cada linhagem, pois para poder dividir o patrimônio em carga de igualdade, deveria partir de dados e especificidades em cada um dos casos. Complementa tal entendimento ao dizer que é um erro considerar que a natureza faz igual todos os filhos. Nem todos os filhos possuem os mesmos méritos, as mesmas necessidades, ou capacidades, tampouco dedicam a mesma atenção, tempo e afeto aos pais.

Com a evolução das ciências, a sociedade se vê diante de um aumento da expectativa de vida das pessoas. Assim, é natural que do falecimento dos pais, os filhos já tenham alcançado a própria independência, podendo construir suas riquezas de forma independente. Nesse passo, a obrigação dos pais é a de dar condições e incentivo para os filhos trabalharem e estudarem, a fim de se tornar adultos honrados, afortunados e úteis à sociedade.

Tendo apresentado os principais pontos e contrapontos quanto à legítima sucessória, Madaleno (2020) sugere então alguns pontos de reformado instituto da legítima, iniciando a reflexão sobre a redução da legítima. Informa que muitas legislações têm redimensionado a quantidade da legítima, a exemplo da comunidade espanhola de Aragão, que reduziu a quantidade e criou uma *legítima coletiva*, que pode ser individualizada ou destinada à apenas um destinatário. Também apresenta a exclusão dos ascendentes no rol de herdeiros necessários, por compreender ser natural que os pais ou avós faleçam antes de seus filhos e, não acontecendo, é esperado que já tenham alcançado sua independência e estabilidade patrimonial, não fazendo sentido receber herança dos descendentes. Traz como exemplo a circunstância em que os pais herdariam bens construídos pelo esforço do casamento/união estável de seu filho,

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

oriundo do trabalho dos cônjuges ou companheiros, e que por restrição legal impede que o testador destine seus bens para o consorte viúvo.

Outro questionamento é sobre a (in)justiça de manter intocável esse Direito Sucessório, enquanto o que se visualiza socialmente é o fato de filhos e parentes próximos viverem completamente distanciados (física e afetivamente) do autor da herança, a quem ignoram e alienam. Os esperados laços de afetividade e solidariedade familiar acabam por ser uma expectativa de acolhimento, mas que na prática não existem.

Assim, se os traços e sentimento de solidariedade familiar e afetividade não são compartilhados, por que o patrimônio conquistado com a ajuda moral e material de outros familiares deveria ser compartilhado? Nesse caso, a legítima estaria configurando no contrafluxo da solidariedade familiar, sendo entendido família como aquele grupo formado por vínculos afetivos, e não meramente consanguíneos. Ou seja, a mera existência de parentesco não serve como remédio para o complicado equilíbrio nos conflitos sucessórios familiares.

Madaleno (2020) ainda refere que existem movimentos jurisprudenciais, legais e doutrinários que clamam pela necessidade da reforma do sistema de legítimas. Torna-se imperioso que tal sistema seja pelo menos flexibilizado, pois sua extinção causaria uma densa e conflituosa reação social. Diante de tantas propostas, o autor entende que implantar essa flexibilização aumentaria a liberdade do testador, permitindo a valorização do que ele chama de *família raiz*, tal seja a família continuadora da vida comum, aquela capaz de construir e administrar o patrimônio doméstico.

Como sugestão para que a legítima cumpra com sua função social e proteção da família, o autor propõe direcionar a legítima para àqueles que dela são realmente necessitados, bem como aumentar os casos de indignidade e deserdação daqueles herdeiros ingratos e afetivamente desertores.

Contudo, a realidade do Direito Sucessório brasileiro infelizmente permanece arcaica frente à inércia legislativa, tendo como consequência um antigo sistema de freios à liberdade do testador. Para isso, será necessário conciliar a liberdade de dispor com a proteção da família.

As propostas de alterações legislativas, portanto, prezam pela autonomia da vontade como critério para a disposição testamentária e relativização da legítima.

Importa referir que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil deixou de ser centrado na propriedade e no contrato, passando por uma lente constitucionalizada

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

de visão pautada na dignidade da pessoa humana. Conforme Pereira (2016, p.184), isso fez com que fossem revistos institutos a partir da despatrimonialização, ampliando assim o campo de aplicação da autonomia privada, que se curva sobretudo nas relações familiares.

A Constituição Federal, além de valorizar a dignidade da pessoa humana, e ampliar a aplicação da autonomia privada, inclusive no âmbito familiar, trouxe outras garantias. Uma delas é o direito à herança, que aplicado ao Direito Sucessório, traz ao rol de tutelados o herdeiro, e não mais o autor da herança. Juntamente com a função social da propriedade, a igualdade entre filhos, acabou por restringir a liberdade individual para com a disposição testamentária. Isto é, essas garantias, que visam à proteção dos herdeiros necessários, acabam por retirar do autor da herança a autonomia que possuía até então.

Essas garantias acabaram por inverter a primazia trazida pelo Código Civil de 1916, que destinava como prioridade a sucessão testamentária, utilizando da sucessão legítima apenas em caso de não existir testamento. Houve uma quebra de paradigmas normativos, conforme elucida Lôbo (2013, p.37)

A sucessão testamentária, que recebia destinação preferencial da lei, passou a ser secundária, tal como ocorre na realidade brasileira. A preferência à sucessão testamentária, que foi marcante na doutrina especializada brasileira, não faz mais sentido e converte-se em opção ideológica que homenageia excessivamente a autonomia individual, em prejuízo dos valores sociais e de solidariedade familiar, que são mais bem contemplados na sucessão legítima.

Parece contraditório que a Carta Magna, ao mesmo tempo que amplia a autonomia da vontade no âmbito das relações familiares, no quesito sucessório acaba por mitigá-la. Santos (2013, p. 26) reitera a crescente valorização da autonomia nas relações familiares

[...]o direito de família tem avançado no rumo de reconhecer cada vez maior margem ao exercício da autonomia de vontade, afastando a intervenção estatal no âmbito da família e permitindo, cada vez mais, a autorregulação dos interesses privados. Essa crescente tendência reflete a concepção eudemonista da família, vista agora não mais preponderantemente a partir de seu caráter institucional, mas na perspectiva funcional de instrumento de realização plena do ser humano, na busca permanente da realização do valor felicidade no âmbito das relações interpessoais.

Diante de tais entendimentos, é cogente que o princípio da autonomia da vontade tenha sido suprimido no Direito Sucessório, ao que outros princípios como a igualdade entre filhos, função social e direito à herança tenham tomado maior espaço e valorização.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Tem-se nesse sentido, de acordo com Pereira (2016, p.194), um desafio fundamental para o Direito das Famílias, e conseqüentemente ao Direito Sucessório: conciliar o direito à autonomia com os interesses de ordem pública, que se funde na atuação do Estado enquanto protetor da família.

Andrade e Ehrhardt Junior (2020) propõem que o exercício da autonomia no Direito Sucessório deva ser repensado, visto ter avançado pouco desde o antigo Código Civil. Indagam quanto às garantias constitucionais que consagram a igualdade material, que tutelam a vulnerabilidade de diversos grupos de pessoas, porém que ainda vinculem o Direito Sucessório à interpretação por um ponto de vista igualmente formal entre os herdeiros, destituindo-o da garantia da autonomia da vontade⁵.

A possibilidade de relativização da legítima é uma resposta ao presente impedimento encontrado por aquele que pretende dispor de seu patrimônio em ato de última vontade, mas fica restrito à metade desse patrimônio, por possuir um herdeiro necessário pelo qual não possui nenhum vínculo afetivo, e que muitas das vezes foi abandonado ou ignorado por este.

Nesse momento vem à tona outro princípio em crescente valorização: o afeto. Conforme tratado na seção anterior, o afeto tem ganhado espaço entre os doutrinadores, juristas e dentro do próprio ordenamento jurídico.

Com fim de atender ao princípio da autonomia da vontade do testador e ao princípio da afetividade, busca-se estudar possibilidade de o testador poder dispor em ato de última vontade de seu patrimônio, excluindo do rol de herdeiros aqueles que por ele nenhum laço nutriram durante a vida.

Baseado nesses dois princípios, o Projeto de Lei número 3.799/2019 apresenta-se como uma inovação, objetivando expandir o rol dos casos de deserdação para alcançar situações em que o atual Código Civil não contempla.

⁵ Questiona-se a que ponto a legítima sucessória acabaria por restringir a liberdade de testar, minucando a autonomia da vontade daquele que pretenda dispor da totalidade de seus bens conforme melhor lhe convier. Tal questionamento está presente em um dos mais atuais artigos relacionados ao Direito Sucessório no campo do Direito Contratual, e para elucidar e corroborar sua importância, demonstram Andrade e Ehrhardt Junior (2020): “no decorrer dos últimos anos, um movimento doutrinário fez despertar o debate em torno dos institutos do direito das sucessões. Em alguns ordenamentos jurídicos, a discussão tem girado em torno da liberdade de testar, aproximando também nesse aspecto os dois grandes sistemas do direito contemporâneo, o da *Common Law* e o romano-germânico ou da *Civil Law*, numa demonstração de que ambos dialogam em busca de segurança jurídica com um maior equilíbrio entre a proteção dos herdeiros necessários e a ampliação da autonomia do autor da herança quanto à destinação dos seus bens após a morte”.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A legislação sucessória em vigor permite alguns casos em que se possa destituir um herdeiro necessário da obrigatoriedade de lhe deixar herança. São os casos de indignidade e deserdação.

Conforme leciona Madaleno (2020, p.167) a indignidade e a deserdação são institutos que possuem como semelhança a exclusão de herdeiro ou legatário, que contra o autor da herança tenha praticado ato considerado pela lei como ofensivo à sua dignidade.

Ainda conforme Madaleno (2020, p.167), a indignidade é uma sanção civil, de caráter penal, infligida ao herdeiro ou legatário que dolosamente tenha investido contra a vida, honra ou liberdade do autor da herança. Por possuir caráter penal, a lei que a regulamente deve ser interpretada de forma restritiva, e não permite que a aplicação perpassasse aos limites da pessoa declarada judicialmente indigna. Suas hipóteses estão previstas no artigo 1.814 do Código Civil brasileiro.

A declaração de indignidade tem como sanção a punição do indigno a perda do quinhão hereditário ou do legado que teria direito. Para seu efeito, o indigno é tido como se morto fosse, porém seus herdeiros poderão receber por direito próprio a parcela hereditária ou legatária que lhe caberia. É diferente da incapacidade para suceder, pois na indignidade o indigno possui capacidade, porém conforme Madaleno (2020, p.167), o herdeiro perde a herança que teria direito, diante da procedência na ação declaratória de indignidade, com seu trânsito em julgado.

Já a deserdação, seguindo o entendimento de Madaleno (2020, p.170) é um instituto do direito testamentário, visto que o autor da herança pontará as causas e pedido de deserdação em testamento., conforme hipóteses dos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil. Tem a abrangência de excluir apenas os herdeiros necessários, visto que por ser operada através de testamento, o próprio autor da herança o teria excluído.

Enquanto a indignidade possui caráter geral e social, a deserdação recai apenas sobre interesses pessoais. As hipóteses de indignidade e deserdação devem ser interpretadas de forma restritiva, e jamais através de analogias ou interpretação extensiva, causando, conforme Madaleno (2020, p.349) uma desconfortável e frustrante sensação de que o direito sucessório desconhece e desacompanha a realidade das relações familiares. Percebe-se isso principalmente diante da atual realidade de violência familiar, de abandono afetivo, que vem em lado oposto aos valores norteadores da vivência familiar.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

É visto que tais institutos possuem um caráter normativo bastante engessado, não garantindo autonomia ao autor da herança, por exemplo, exclua aquele familiar próximo que tenha lhe abandonado afetivamente. Garante Madaleno (2020, p. 346) que o Direito Sucessório dos herdeiros necessários não poderá ser afetado por liberalidades contidas em testamento, nem mesmo por doações inoficiosas em vida, garantindo que as disposições testamentárias cumpram as exigências legais.

Diante desta desconfortável restrição à autonomia da vontade do testador, o Projeto de Lei número 3.799/2019 traz de forma propositiva algumas possíveis soluções para esse e tantos outros problemas. O Projeto foi desenvolvido em conjunto com a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), tem autoria da senadora Soraya Thronicke, (PSL/MS) e relatoria do senador Antonio Anastasia. Tramita no Senado Federal, não tendo recebido emendas no prazo legal, porquanto segue para relatoria com seu texto original.

O principal objetivo de reformular e modernizar a legislação atinente às sucessões, buscando também uma forma de incentivar a utilização de testamentos para um melhor planejamento sucessório, propondo uma modernização e menos formalidades para sua efetivação, sem, no entanto, perder sua segurança jurídica. Ainda, no que diz respeito aos testamentos, visa uma maior liberdade testamentária qualitativa, trazendo garantias sucessórias àqueles mercedores de especial proteção e tutela por parte do Estado, sendo inspirada na codificação da Argentina, que traz uma liberdade testamentária em prol dos herdeiros necessários⁶.

Vislumbra-se que a proposta trazida pelo Projeto de Lei citado visa a relativização da legítima sucessória em casos de o autor da herança possuir herdeiros necessários que o tenham

⁶ Um dos exemplos da ampliação da autonomia da vontade do testador está na nova redação proposta do artigo 1.848, garantindo ao autor da herança que possa incluir cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade dos bens sem que precise declarar justa causa, o que na atual redação, o vincula a apresentar uma justa causa para inclusão dessas cláusulas. Dentre as justificações trazidas no citado projeto de lei, está a ampliação das hipóteses de deserdação, “para incluir o “abandono afetivo voluntário” como justificativa para ascendentes e descendentes se excluírem reciprocamente da sucessão, por meio do testamento. Também se propõe a inversão da lógica da ação de deserdação, cuja legitimidade ativa é transferida ao deserddado, a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros, em fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador” (Brasil, 2019, p. 20).

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

abandonado afetivamente, atendendo ao apelo afetivo de suas relações familiares, garantindo gratidão patrimonial àqueles que o tenham amado e acolhido.

CONCLUSÃO

Através da pesquisa bibliográfica de renomados autores na área de Direito de Família e Sucessões, e através de artigos que apresentam de forma mais atualizada a temática da relativização da legítima e da utilização do afeto no direito familista e sucessório, foi possível relacionar a valorização do afeto com a inquietude da possibilidade de relativizar a legítima sucessória.

Com a utilização de elementos literários clássicos, nas obras de *Machado de Assis: Memórias Póstumas de Brás Cubas* e *Quincas Borba* pode-se perceber que, apesar da lacuna temporal que separa a realidade social, legal, patrimonial e familiar da época que as obras foram escritas até os dias atuais, muitos elementos continuam iguais: a vida imita a arte!

Em *Memórias Póstumas de Brás Cubas* o Direito Sucessório toma uma importante parte da narrativa. Brás Cubas, ao receber a herança de seu pai, mostra-se chateado com o rumo que a partilha tomou, por acabar brigando com sua irmã. É visível a angústia diante da divisão do patrimônio, e mais ainda o fato de que isso tenha intervindo na boa relação que possuía com Sabina.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o movimento de despatrimonialização das relações familiares traduziu o reconhecimento jurídico de valores como afeto, respeito e solidariedade, constituídas e desconstituídas perante a plena autonomia da vontade de seus integrantes.

Essa família, constituída de diversas formas, possui sempre um ponto de convergência: o afeto. De forma a perceber o valor do afeto no ordenamento jurídico, foi tentado caracterizá-lo e rotulá-lo. Porém, essa tarefa é deveras difícil.

O que se percebe é que, independente da caracterização normativa, o afeto é um valor presente e indispensável no Direito quando se tratar das relações familiares e, por extensão, às questões sucessórias.

Nesse passo, apresentou-se o panorama sobre a aplicação da legítima sucessória. Se, por um lado, a preservação da legítima sucessória respeita os princípios constitucionais da solidariedade, da proteção familiar, da igualdade entre os filhos, da função social do patrimônio,

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

por outro essa preservação nem sempre respeita valores como a autonomia da vontade e o afeto nas relações familiares.

É presente que a flexibilidade das disposições familiaristas não se estendeu às relações sucessórias, que permanecem estagnadas na concepção da família tradicional, que há muito já não é a costumaz realidade. Na tentativa de atualizar estas circunstâncias, o Projeto de Lei número 3.799/2019, apresenta traços de relativização da legítima, compatíveis com os anseios da sociedade contemporânea.

Cogente tal constatação, inclusive pelo fato de as relações familiares continuarem em constante alteração, tem-se que o autor da herança possa valorar, no momento de sua finitude, a família (re)construída pelo afeto, em detrimento da família consanguínea que com ele não mantenha nenhuma relação de convívio e solidariedade. Assim, vislumbra-se a possibilidade desse sujeito dispor de seus bens, em ato de última vontade, conforme seus ditames morais e afetivos, dando respaldo financeiro àqueles que para com ele, nutrem sentimentos de amor e afeto.

Constatou-se que, por força de princípios constitucionais como o direito à herança, tutela da família, função social, solidariedade familiar, igualdade entre filhos, o ordenamento jurídico brasileiro não deixa espaço para que a legítima sucessória seja relativizada apenas pela livre vontade do testador. Ou seja, o princípio da autonomia da vontade no Direito Sucessório pode apenas ser utilizado de forma supletiva aos outros princípios anteriormente citados, pois na aplicação quanto à disposição testamentária de todo o patrimônio do autor da herança, ela entra em conflito com os outros princípios.

Quanto à relativização da legítima em atendimento ao princípio/valor jurídico do afeto, percebeu-se que é possível a disposição testamentária do patrimônio do testador em favor daqueles que, por sentimentos de amor e afeto, considera sua família.

A insatisfação doutrinária e jurídica diante de tal restrição ao direito de testar, e ao esquecimento por parte do Direito Sucessório do valor jurídico do afeto, em contrassenso ao que a legislação familista utiliza, vem a dar origem à proposta do Projeto supracitado.

Conclui-se então que o ordenamento jurídico brasileiro não deixa espaço para que a legítima sucessória seja relativizada apenas com base no princípio da autonomia da vontade, mas que é possível, através da alteração legislativa proposta, seja ao testador permitido alegar

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

abandono afetivo dos seus herdeiros necessários, para que em testamento os deserde, e a partir disso possa dispor de seu patrimônio aos familiares afetivamente próximos.

Por derradeiro, vislumbra-se que a aprovação do Projeto de Lei número 3.799/2019 é urgente e necessária, uma vez que conferirá novo sentido ao Direito Sucessório e preservará a manifestação patrimonial *post mortem* do afeto que a pessoa teve em vida, em respeito às disposições testamentárias que, no bem entender do mestre Venosa (2013, p.315), são “um escudo de amor e retribuição” aos que ficam.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *A autonomia da vontade no direito sucessório: quais os limites para a denominada "sucessão contratual"?* 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/335429/a-autonomia-da-vontade-no-direito-sucessorio--quais-os-limites-para-a-denominada-sucessao-contratual> . Acesso em: 33/10/2020.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de planejamento sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p. 247-261.

BARBOSA, Heloisa Helena Gomes. Efeitos Jurídicos do parentesco socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p. 221-230.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado de nº3.799*, de 2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1594035372858&disposition=inline> . Acesso em: 23 set. 2008.

CARNEIRO, Alessandra Hornung. *Da despatrimonialização para a repersonalização das relações familiares: perspectivas para uma nova realidade social do direito de família contemporâneo*. 2013. Disponível em: <https://santacruz.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/118/394>. Acesso em: 11/10/2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Família, direitos e uma nova cidadania*. Ouro Preto: 2001. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/luiz-edson-fachin-familia-direitos-cidadania.pdf>. Acesso em: 20/10/2010.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 158-169.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil - direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível na biblioteca digital da FAPAS, acessado em 21/10/2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento Sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte: RBD Civil, 2019. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/466/309>>. Acesso em 30/09/2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Volume 6: Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível na biblioteca digital da FAPAS, acessado em 11/06/2020.

LOBO, Paulo. Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In: FAMÍLIAS, PLURALIDADE E FELICIDADE. 2013, Araxá. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Araxá: IBDFam, 2013. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>>. Acesso em 27/09/2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna Princípio da Solidariedade Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p. 01-17.

MADALENO, Rolf. Planejamento Sucessório. In: FAMÍLIAS, PLURALIDADE E FELICIDADE. 2013, Araxá. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>>. Acesso em: 21/10/2020.

MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os sete pecados capitais do Direito Sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008. p. 119-138.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A nova organização Jurídica da Família. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p.28-38.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Joanna Cunha Machado da. *A deserção em decorrência da violação do princípio da afetividade pelos filhos frente aos genitores idosos*. 2020. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1564/A+deserda%C3%A7%C3%A3o+em+decorr%C3%Aancia+da+viola%C3%A7%C3%A3o+do+princ%C3%ADpio+da+afetividade+pelos+filhos+frente+aos+genitores+idosos>>. Acesso em 20/10/2020.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A autonomia de vontade no direito de família contemporâneo. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013. p. 09-27.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Família, afeto e sucessão*. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, São Paulo.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Regimes de bens no casamento e na união familiar estável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação no direito familista e sucessório* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. *Revista Consulex* nº. 378, ano XVI, p. 28-29. Brasília: 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em 20/09/2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.