

Data de aprovação: /____/

A AUTONOMIA DA VONTADE SOBRE O DIREITO DE HERANÇA

Maria Fernanda Bezerra de Medeiros¹
Emmanuelli Carina de B.G.M. Soares²

RESUMO

Este trabalho tem como tema a autonomia da vontade, especificamente a autonomia privada, sobre o direito de herança. Será abordada a questão limitadora da autonomia do testador, destacando a necessidade de flexibilizar a sucessão legítima no direito sucessório brasileiro. Para isso, foram analisados artigos de bancos de dados como Google Acadêmico, obras bibliográficas e doutrinas relacionadas ao tema sucessório, sendo apresentada, inicialmente uma análise histórica do surgimento da autonomia da vontade e sua evolução. Tendo como objetivo geral analisar a limitação da vontade privada autônoma decorrida na legítima tanto se tratando da patrimonialidade como do planejamento sucessório. Foi utilizado o método analítico, por meio da análise de artigos de bancos de dados como artigos Acadêmicos, obras bibliográficas e doutrinas relacionadas. Destacando também acerca da função social da autonomia privada no plano sucessório e no direito de propriedade.

Palavras-chaves: Direito Sucessório. Autonomia privada. Sucessão Legítima.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UniRN. Email: mfernandabmedeiros@outlook.com

² Orientadora, Professora do Centro Universitário de Rio Grande do Norte – UniRN. Email: emmanuelli@unirn.edu.br

THE AUTONOMY OF THE WILL OVER THE RIGHT OF INHERITANCE

ABSTRACT

The present work has as theme the autonomy of will, specifically private autonomy, on the right of inheritance. The issue that limits the testator's autonomy will be addressed, highlighting the need to softening the legitima succession in the Brazilian succession law. For this purpose, articles from databases such as Google Scholar, bibliographic works and doctrines related to the succession theme were analyzed, initially, a historical analysis of the emergence of autonomy of the will and its evolution will be presented. With the general objective to analyze the limitation of the autonomous private will that has occurred in the legitimate, both in the case of patrimoniality and succession planning. The analytical method was used through the analysis of articles from databases such as academic articles, bibliographic works, and related doctrines. Also highlighting about the social function of private autonomy in the succession plan and in the right to property.

Keywords: Sucession Law. Private Autonomy. Legitima sucession.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo versará sobre a autonomia da vontade no direito de herança. Pois os interesses em vida, de qualquer cidadão devem ser respeitados, principalmente a questão de deixar ou não herança, patrimônio ou bens a partir da decisão do *de cuius*. Entretanto, essa possibilidade não é permitida dentro da nossa legislação, limitando a liberdade patrimonial acerca da destinação do patrimônio, posto que, em nosso ordenamento jurídico há diretrizes e restrições acerca da vontade privada.

No direito sucessório brasileiro existem duas vertentes provenientes da sucessão mortis causa: legítima e testamentária. Pretende-se neste trabalho, defender a possibilidade de flexibilização da legítima, dando ao testador liberdade para dispor de seus bens post mortem, rompendo diretamente com a visão ultrapassada de que há necessidade de conservar em lei os herdeiros necessários. Assim, permitindo ao testador que o rateio de seus bens não esteja atrelado às ordens expressas na lei, mas como entender o melhor para seus herdeiros, tendo assim a sua vontade total demonstrada em testamento.

Entende-se que a lei não dá direito ao testador de expressar a sua vontade em relação ao que deseja fazer com seus bens, pois metade está obrigatoriamente destinada aos herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge, os quais possuem atuação forçada condicionada na lei.

Diante do pressuposto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a limitação da autonomia da vontade sobre o direito de disposição da herança e a obrigatoriedade dos herdeiros necessários. E como objetivos específicos: demonstrar a evolução histórica da autonomia da vontade no direito sucessório brasileiro, descrever a privação da real vontade do testador e analisar a necessidade de repensar a legítima para maior liberdade do testador.

O presente trabalho foi desenvolvido através de consulta bibliográficas e sites relacionados ao tema pesquisado, na modalidade de artigos científicos. Pelo método analítico. Sendo o presente artigo dividido em quatro partes que são: Evolução Histórica da Autonomia da vontade e seu conceito; Comparativo dos códigos civis no direito de sucessões; a privação da real vontade do testador; reforma da legítima; direito da propriedade e sua função social e as formas de planejamento sucessório;

2.PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O direito sucessório tem origem remota, desde que o homem deixou de ser nômade e começou a lograr patrimônio. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. A sociedade estruturou-se em famílias, fazendo surgir a propriedade privada.

Em Roma, o titular do patrimônio era o *pater família*. Passava de um a outro por meio de testamento. A morte de alguém sem sucessor ensejava a extinção do culto doméstico. Daí a importância da figura do herdeiro para dar continuidade à religião familiar. Como o conceito de família era extensivo, não havia limitações para herdar quanto aos graus de parentesco. Na ausência de herdeiros, a adoção era a forma de assegurar a perpetuação da família (NADER, 2013).

O testamento é uma invenção romana. O direito de dispor da própria fortuna por ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, na medida em que a pessoa se afirmava perante a família (SILVA, 2015).

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da CF de 1988) está também protegendo o direito de escolha e disposição dos bens. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo de se autodeterminar, tendo seu interesse assegurado na Lei Maior.

A autonomia de vontade “é o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Já a autonomia privada é o “poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas”. Neste tópico, será trabalhado o Princípio da Autonomia da Vontade (GALVÃO, 2014).

O princípio da autonomia da vontade, firma-se na liberdade dos contratantes, consiste no poder de estipular livremente, como melhor julgarem as partes, mediante acordo de vontades, conforme seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica (LOPES; ANDRADE, 2020, p. 2).

O princípio da autonomia da vontade sofre restrições, trazidas pelo dirigismo

contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica, caso permitisse a intervenção do testador (SILVA, 2015).

Assim, Gagliano (2014, p. 59) relata que:

Essa restrição do testador também implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. E tal limitação entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.

De acordo com a visão de Luigi Ferri (1969) citado por Lopes e Andrade (2020), entende-se que a autonomia da vontade tem uma característica de acepção intangível ou de caráter psicológico, tendo foco na demonstração de expressão interna da vontade do indivíduo, ou seja, a verdadeira vontade do ser. Na visão de Coelho (2005, p. 83), ela descreve:

A autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contraentes [...] era, pois, o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem a intervenção externa: o contato era uma esfera de livre atuação dos particulares.

Em consonância com este pensamento, entende-se que o indivíduo deve ter importância para o direito, sendo importante valorizar seus direitos fundamentais e individuais, estando estes elencados no artigo 5º da Constituição de 1988.

O testamento tem como fundamento a autonomia privada, concedendo ao autor da herança a capacidade de definir como será a divisão de seus bens após sua morte, bem como realizar manifestações de vontade não patrimoniais, conforme art. 1.857, § 2º, do Código Civil.

Além de dispor dos seus bens, o testador poderá, como disposição extrapatrimonial, deserdar herdeiro necessário (art. 1.961, CC), reabilitar o indigno (art. 1.818, CC), reconhecer filho ainda não registrado (art. 1.609, CC) e, até mesmo, constituir uma fundação (art. 62, CC).

Farias, Braga Netto e Rosenvald (2022, p. 2070) classificam o testamento como “um negócio jurídico personalíssimo (art. 1.858, CC), unilateral, gratuito, formal, revogável e com eficácia *post mortem*”.

Superadas as lições iniciais sobre o testamento, é necessário observar que, apesar da legislação civil conceder ao testador a liberdade de dispor dos seus bens, essa liberdade não é absoluta. “Havendo herdeiros necessários (art. 1.857, § 1º, CC)

a autonomia privada é relativizada, para atender à função social da herança”.
(FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 1975)

Nos termos do art. 1.845, CC, os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e o(a) cônjuge (assim como o companheiro(a)). Sendo assim, quando o autor da herança tiver herdeiros necessários não poderá dispor da metade de seus bens, visto que, nos termos do art. 1.846, são resguardados a eles. A norma em questão visa proteger o núcleo familiar. Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 50) assim posicionam-se em relação ao Código civil:

De nossa parte, temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência. Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança. Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável.

Por fim, caso o testador com herdeiros necessários disponha integralmente da herança, não observando as limitações impostas pelos artigos 1.846 e 1.857, § 1º, do Código Civil, o magistrado poderá, de ofício, reduzir as disposições testamentárias, conforme os §§ 1º e 2º do art. 1.967 do Código Civil, nestes termos:

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

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

Percebe-se, portanto, que o § 1º busca criar regras proporcionais, protegendo, quando possível, o legado. O § 2º, por seu turno, protege a autonomia privada do autor da herança.

2.1. Comparativo do direito sucessório no código civil de 1916 e no código civil de 2002

O Código de 1916 possui influências jurídicas e filosóficas do direito

germânico. Tendo conformação parecida com o próprio Código Civil alemão. Especialmente quanto ao livro reservado ao “Direito das Sucessões” expondo regras gerais de transmissão hereditária, sucessão intestada e testamentária e regras relativas ao inventário e partilha; o Código aproveitou o mesmo espaço geográfico que havia sido adotado no Código alemão, refletindo, também, o liberalismo econômico em um País eminentemente agrícola com forte tendência à manutenção do status quo da elite, formada a partir dos grandes proprietários e produtores rurais.

Indo em sentido oposto dos países industrializados, que desde o fim do século XVIII obtiveram a preocupação de transmitir o acúmulo de capitais como forma de desenvolvimento de toda a sociedade e, desta forma, guardar bens para serem transmitidos aos herdeiros para fortalecer o desenvolvimento do próprio País, no Brasil, a influência católica era muito forte, e o direito de sucessões tinha um enfoque maior para a preservação do capital nas mãos das famílias que formavam a “aristocracia rural” e no seu núcleo faziam parte de “famílias legítimas”, segundo os preceitos da Igreja e do Estado.

Ao longo do século XX, essa tendência foi sendo minimizada com o desenvolvimento do País e sua industrialização, além de uma diminuição na rigidez das relações familiares.

O Código de 1916 havia sido construído para conformar com a realidade e as tradições brasileiras. Aproveitando elementos de códigos estrangeiros, mas ao mesmo tempo mantendo certo distanciamento, mantendo-o adaptável ao modelo do nosso país.

Mesmo nesse regime altamente individualista, voluntarista e patrimonialista do código anterior (CC/1916), a doutrina reconhecia a existência de restrições à liberdade testamentária. (TEIXEIRA ET AL, 2019) [3]

O Código de 1916, de certa forma, apresentava forma arcaica ocasionando necessidade de reforma. Surgindo o nosso atual Código Civil de 2002, um dos objetivos dessa modificação era a unificação do direito privado. Sob essa perspectiva, Orlando Gomes foi responsável por redigir Anteprojeto de novo Código, convertido em Projeto pela comissão, e entregue ao governo em 31 de Março de 1963, versando sobre Direito de Família, Direitos Reais e o Direito das Sucessões. (FILHO,2013) [4]

Em 1972, Miguel Reale que estudou na Itália com professores simpatizantes da Escola Histórica do Direito, procurou incluir elementos dessa visão filosófica, deixando o Código com maior amplitude, relacionando-o com as novas tendências éticas da contemporaneidade (além da cláusula geral de boa-fé, trazendo princípios como a eticidade, a socialidade e a operabilidade). [5]

Se tratando da Constituição de 1988 [6], a sucessão alcança a categoria de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, relacionada com dois aspectos que a acompanham: o direito de família, dinâmico e cada vez mais voltado para aspectos afetivos entre as pessoas e, de outro, o direito de propriedade, cada vez mais vinculado à sua função social, ambos que se contrapõem à tendência individualista da sociedade contemporânea.

No Código Civil de 2002, a escolha legislativa foi decidida de forma universal, com regras gerais e abstratas, tendo cunho político-jurídico por meio da adoção do sistema da intangibilidade da legítima: o legislador apresenta uma solução apriorística, neutra e universal para eventuais tensões concretas entre sucedido e sucessor, determinando uma reserva intangível de 50% do patrimônio hereditário em toda sucessão na qual haja herdeiros necessários.

Em relação a todo o Livro V da Parte Especial, o Código Civil de 2002 meramente repetiu a opção da codificação de 1916. O art. 1.789 do Código Civil de 2002 não apenas repete o texto, mas também o espírito do civilismo oitocentista que havia no Código Civil de 1916. Nesse sentido, o legislador no atual art. 1.789 reproduziu *ipsis litteris* o quanto disposto pelo art. 1.576 da codificação de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Mantendo dessa maneira um sistema de restrição quantitativa à liberdade testamentária com um critério fixo, invariável, e aplicável de modo indiscriminado e universal a todas as sucessões forçadas.

2.2. Desconsideração da real vontade do testador

A Constituição de 1988, consagra o direito à herança, mas em nosso ordenamento Civil, o testamento não pode colidir com a legítima (cinquenta por cento reservado para os herdeiros necessários). Caso isso ocorra os desejos manifestados no testamento não serão cumpridos.

Deve-se observar que as normas legais da sucessão legítima não podem ser contrariadas pela vontade do testador, pois o atual Código Civil (2002) continua consagrando institutos como a solidariedade familiar e a proteção integral à família que privam a manifestação inerente ao direito no momento de se dispor de sua propriedade.

As privações que são impostas ao autor da herança são tão fortes, que no

Brasil, não se tem como algo corriqueiro a produção de testamentos, pois a lei já traz um rol taxativo de herdeiros necessários, liberando apenas, metade, para livre nomeação.(OLIVEIRA,2020)

O impedimento dessa disposição começa pela imposição do cônjuge/companheiro de participar da sucessão mesmo tendo sua cota parte reservada num processo anterior, o da omissão, como expõe o art. 1.829 do Código Civil, que permite ao cônjuge a concorrência tanto com seus próprios descendentes e com os ascendentes do de cuius (BRASIL, 2002). Deste modo, não há a necessidade de ser incluído no rol de participantes no momento da sucessão.

Esta previsão legal imposta pelo legislador mostra que não houve uma análise clara de que o testador é uma pessoa que deseja manifestar seu desígnio e não está atrelado às normas inflexíveis, o que o impede de demonstrar os anseios para com seus bens.

Assim, o testador não pode estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima, como cita o Art. 1.848 do mesmo diploma.

Outros fatores podem contribuir para que não se faça uso de testamentos, dentre os quais, é possível citar: a ausência de possibilidades múltiplas referentes ao uso; o custo; a questão da formalidade; a necessidades de testemunhas; ou até mesmo, a maneira cultural de alguns de não pensar na morte como a ocorrência de um processo natural. Desse modo as pessoas acabam deixando de fazer testamentos, que quando são feitos, normalmente provém de pessoas mais idosas.(OLIVEIRA,2020)

Com o novo sistema codificado e a alteração substancial na ordem de disposição hereditária há uma grande limitação testamentária, que é resultado do impedimento de se testar diante do fato de a lei Civil não disponibilizar a oportunidade da expressão da vontade do testador em sua integralidade. Desta forma, o legislador impõe uma obrigatoriedade sobre parte da herança a ser deixada para seus herdeiros necessários, remontando a uma proteção.

É certo que a vontade social e pessoal do testador não é atendida. Além disso, foram criadas regras duvidosas e sem clareza na quase totalidade do Código Civil (BRASIL, 2002) que estabelece o direito sucessório.

O testamento e a doação em vida são capazes de suprir as distorções e minimizar as injustiças impostas pela codificação Civil, como ferramentas para um melhor planejamento sucessório.

Além disso, por meio de um testamento é possível atribuir bens determinados

a determinadas pessoas. É o que se chama de legado, que somente existe no testamento. (RODRIGUES, 2008). Podendo ser instituído tanto em favor dos herdeiros legítimos como dos testamentários. E bens de pequeno valor podem ser atribuídos a legatários por meio de codicilo.

Nada impede que o testador beneficie os próprios herdeiros necessários com seu patrimônio. Somente nesta hipótese não é necessária a igualdade dos quinhões, princípio que só prevalece quanto à sucessão legítima. O que o herdeiro receber por vontade do testador não se confunde com a herança. O que não pode o testador se tem herdeiros necessários, é dispor da metade dos bens da herança que constitui a legítima(DINIZ,2018).

Não atribuindo o testador a totalidade da parte disponível de seus bens aos herdeiros testamentários, o restante é destinado aos herdeiros necessários ou legítimos. Igualmente ficarão para os herdeiros a totalidade dos bens na hipótese de o testamento ser nulo ou vier a ser anulado.

Também em caso de caducidade (ineficácia do testamento), se tem o testamento como não escrito e a totalidade do acervo patrimonial resta para os herdeiros legais: necessários ou legítimos. Na hipótese de inexistirem herdeiros legítimos, os bens são recolhidos como herança jacente, por não terem dono. Depois de declarada a vacância, o acervo é atribuído ao ente público onde se localizam os bens.

2.3. Reforma da legítima para maior liberdade de testar

Os herdeiros necessários são parentes cuja existência, segundo o Código Civil, limita o poder do brasileiro de dispor gratuitamente de seus bens. Isso porque, segundo consta do artigo 1.846 do Código Civil e bem explica Gonçalves (2018), aos herdeiros necessários a lei assegura o direito à “legítima”.

Assim, caso o falecido tenha disposto livremente de seus bens além do montante de cinquenta por cento em seu testamento, a doação realizada é dita inoficiosa e será nula no que exceder referido valor.

Importante ressaltar que a exclusão de um herdeiro necessário da sucessão só pode se dar em casos de indignidade ou deserdação, situações que devem ser, necessariamente, propostas e comprovadas por sentença judicial após a morte do *de cuius*. Acerca do tema, são as palavras do Professor Nader (2013, p. 259):

A sucessão por lei ou legítima segue a ordem da vocação hereditária. Os

herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão por ato de vontade do autor da herança, ressalvadas as hipóteses de deserdação ou indignidade, que são penas previstas para certas condutas. O princípio da autonomia da vontade é impotente, fora estas hipóteses, para a substituição dos herdeiros necessários. Havendo herdeiros necessários, a parte disponível da herança por testamento se limita à metade do patrimônio. Os herdeiros não necessários podem ser preteridos mediante testamento.

Assim, caso o falecido tenha disposto livremente de seus bens além do montante de cinquenta por cento em seu testamento, a doação realizada é dita inoficiosa e será nula no que exceder referido valor.

Importante ressaltar que a exclusão de um herdeiro necessário da sucessão só pode se dar em casos de indignidade ou deserdação, situações que devem ser, necessariamente, propostas e comprovadas por sentença judicial após a morte do *de cuius*. Acerca do tema, são as palavras do professor Nader (2013, p. 259):

A sucessão por lei ou legítima segue a ordem da vocação hereditária. Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão por ato de vontade do autor da herança, ressalvadas as hipóteses de deserdação ou indignidade, que são penas previstas para certas condutas. O princípio da autonomia da vontade é impotente, fora estas hipóteses, para a substituição dos herdeiros necessários. Havendo herdeiros necessários, a parte disponível da herança por testamento se limita à metade do patrimônio. Os herdeiros não necessários podem ser preteridos mediante testamento.

2.4. DIREITO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO SUCESSÓRIO

Segundo Ricardo Alves de Lima (2021), em seu livro “Função Social da Sucessão: tutela e limites à autonomia privada na sucessão causa mortis”, o Direito de Propriedade é um fundamento do Direito Sucessório (ao lado do princípio da Dignidade Humana).

Para que se transmita algo é necessário que se tenha a propriedade dessa coisa, dito isto há uma profunda relação entre a propriedade e a transmissão *causa mortis*, já que negando a transmissão acarretaria na negação da perpetuidade, uma das características do Direito à propriedade. A lógica da sociedade de ao longo de sua evolução acumular bens faz alguns institutos jurídicos ganharem forma, tais como o direito de propriedade – estrutura jurídica da manutenção da riqueza acumulada- e a sucessão-, estrutura jurídica de transmissão dessa mesma riqueza. Institutos clássicos do Direito Privado, compõem, juntamente com o contrato e a família, a sua base. Posto que o direito de propriedade funcione como fundamento da sucessão, a relação entre esses institutos é ainda mais

intensa. Enquanto o direito de propriedade viabiliza a concentração de riqueza, o direito de sucessões viabiliza a permanência dessa concentração no seio de uma família. Assim, forma-se um ciclo de interdependência: acumulação – transmissão.

José Afonso da Silva (2016) assevera que o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Merece destaque, ainda, o fato de esse direito estar localizado no **art. 5º** da Constituição Federal de 1988, mais especificamente no inciso **XXII**, imediatamente seguido pelo inciso que afirma que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Percebe-se que a propriedade privada e a regulamentação dos poderes a ela inerentes- usar, gozar e fruir, dispor e reivindicar- serão compreendidas pela disciplina constitucional do instituto. Demonstrando que o tratamento da propriedade não compreende uma relação jurídica isolada, mas um conjunto de relações, orientadas por uma disciplina constitucional que afeta o instituto do cumprimento de uma função relevante para a sociedade como um todo.

Dito isto, a autonomia de disposição patrimonial é importante para garantir a função social da propriedade para o proprietário, já que sem ela o *de cuius* pode ser lesado pelos efeitos previstos em lei, afetando diretamente na tentativa de transferência, como exemplo poderíamos citar alguém que gostaria de transmitir certo bem imóvel aos pais, mas que pelo disposto no Código civil este bem seria transmitido aos filhos. Com este princípio a vontade intrínseca do *de cuius* seria respeitada.

2.5. FORMAS DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Processos de inventário podem ser longos, complicados e caros, principalmente quando há conflitos entre membros da família. Para garantir o bem-estar dos entes queridos recomenda-se fazer um planejamento sucessório.

Machado *et al.* (2014) explicam que é desastroso o direito sucessório na atual lei civil, uma vez que os dispositivos de lei são de difícil ou quase impossível compreensão. Tudo isso tem ensejado a busca de formas alternativas para compor a sucessão de modo a atender a vontade dos titulares do patrimônio. Segundo Dias (2014, p. 389), “passou a se chamar de planejamento sucessório a adoção de uma série de providências visando preservar a autonomia da vontade e prevenir conflitos futuros”.

O planejamento sucessório visa contornar a sucessão imposta pela lei. É uma atividade preventiva com o objetivo de adotar procedimentos, ainda em vida do

titular da herança, com relação ao destino de seus bens após sua morte (DIAS 2014, p. 389)

A efetivação do planejamento sucessório pode ocorrer tanto em vida quanto após a sucessão. No primeiro caso, o planejamento envolverá doações e outros instrumentos jurídicos necessários para fazer valer a vontade do autor da herança que pode, inclusive, permitir a divisão do patrimônio entre os herdeiros em vida, mas de maneira que o poder de decisão permaneça em suas mãos até a sucessão.

Na hipótese de efetivação após a sucessão, será necessária a utilização de testamento, por meio do qual o desejo do testador somente será observado após o seu falecimento. O planejamento em vida pode ser implementado de forma a permitir a adoção do chamado Inventário Extrajudicial que também possui eficácia pós morte, por ser realizado perante um Cartório de Notas, eliminando, assim, a necessidade de processo judicial e de todo o desgaste e custo atrelados, já que o planejamento em vida ocorre por meio das doações em vida (MACHADO *et al.*, 2014, p. 2).

Isso porque a sucessão mortis causa pode ocorrer de duas modalidades, os quais estão previstos no **art. 1786 do Código Civil de 2002**. A primeira modalidade é a **sucessão legítima**, aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária. Na sucessão legítima presume a vontade do *de cuius* e se respeita a ordem prevista no **artigo 1.829 do Código Civil** que estabelece em ordem de prioridade: Descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente; Ascendentes, em concorrência com o cônjuge; Cônjuge sobrevivente; e Colaterais.

A segunda modalidade é a **sucessão testamentária**, que tem origem no ato de última vontade do *de cuius*, por testamento ou codicilo, os quais são mecanismos para exercício da autonomia privada do autor da herança. O Codicilo constitui uma disposição testamentária de pequena monta ou extensão, tratando de assuntos de pouca importância, despesas e dívidas de pequeno valor, enquanto o testamento é mais abrangente (TARTUCE, 2014, p. 423) No entanto, morrendo a pessoa sem deixar testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos, conforme dispõe o art. 1788 do Código Civil.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Nestas duas formas citadas, a sucessão é aberta com a morte da pessoa e a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme **artigo 1784** do Código Civil.

Dessa forma, para garantir que a vontade real do *de cuius* seja feita e para evitar a sucessão de forma presumida, a pessoa pode planejar e definir o que será feito com seus bens depois da sua morte. Podendo se dar por meio de testamento,

partilha em vida, adiantamento de legítima, doação com reserva de usufruto, deliberação sobre partilha, fideicomisso ou até constituição de pessoa jurídica. Neste artigo será abordado os mais utilizados destes institutos.

2.5.1. Dos testamentos especiais

Os testamentos especiais tratam de uma outra forma de testamento. São mais simples, sem muitas solenidades, porém o cidadão só poderá recorrer a este tipo de testamento se estiver em uma situação excepcional. (MORI, 2014)

Estão nessa categoria o testamento marítimo, testamento aeronáutico e testamento militar. Essas três espécies de testamento possuem algo em comum: ambos prescrevem, diferentemente de todas as demais formas de testamento.

Testamento Marítimo: É feito a bordo de navio, de bandeira nacional ou de guerra mercante em viagem, permitindo que o testador disponha de seus bens exercendo sua última vontade. Pode ser usado pela tripulação ou pelos passageiros, desde que a embarcação ou navio esteja em viagem.

Devendo ser feito pelo testador, diante do comandante e ante duas testemunhas idôneas. Admite-se aqui as formas pública e cerrada. Na forma pública o testamento é lavrado pelo comandante ou escrivão de bordo, perante duas testemunhas presentes durante todo o ato, e estas deverão assinar o instrumento em seguida do testador; caso o testador não possa assinar, uma das testemunhas a fará a seu rogo.(MORI,2014)

Já na forma cerrada todas as formalidades devem ser igualmente observadas, conforme o art. 1.888 do Código Civil:

deverá ser escrito pelo testado ou por outra pessoa a seu rogo e será entregue ao comandante. Em seguida, o comandante certificará todo o ocorrido, datando e assinando juntamente com o testador e as testemunhas. Independente da forma adotada, ocorrerá o registro do testamento no diário de bordo, fazendo as vezes do livro de notas do tabelião.

Testamento Aeronáutico: Consiste em fazer o testamento a bordo de uma aeronave militar ou comercial (**Artigo 1889 Código Civil**). A disciplina é a mesma do testamento marítimo, devendo seguir as mesmas formalidades para a forma pública ou cerrada.

Tanto o testamento marítimo quanto o testamento aeronáutico possuem as mesmas características e formalidades. Em ambos o testador tem que estar em viagem para sua realização, como também precisa necessariamente ser figura integrante do navio ou aeronave (passageiro ou tripulante). Caso o

navio ancore em algum porto, ou no caso de aeronaves em aeroportos, faz-se necessário o uso do testamento na forma ordinária. Exceto para casos onde o testador não puder se ausentar do local por motivos de epidemias ou moléstias graves; nesse caso, faz testamento especial (marítimo ou aeronáutico) mesmo estando com o navio ou aeronave paradas em porto ou aeroporto. Assim que chegar ao porto ao aeroporto, o comandante deve retirar o testamento do navio ou aeronave e entregar imediatamente para autoridade competente. Isso é assim para não correr o risco de perder o testamento caso venha a acontecer algum acidente durante o percurso. Após entregar para autoridade competente, o livro de bordo passa a conter informações importantes, como para quem foi entregue o testamento. Essa modalidade testamental é utilizada para que o cidadão não morra na viagem ab intestato.(MORI,2014)

Caducidade: De acordo com o **Artigo 1891** do Código Civil o testamento marítimo e aeronáutico perde sua eficácia se o testador não morrer em viagem ou nos noventa dias subsequentes após seu desembarque na terra. Não deve ser confundido com escala, pois esse prazo representa o fim da viagem. Após o prazo de noventa dias o testamento não é mais válido, devendo o testador fazer outro testamento na forma ordinária.

Testamento Militar: Declaração de última vontade feita por militar, médicos, cirurgiões, enfermeiros, observadores oficiais, repórteres, engenheiros, telegrafistas e capelas a serviços das Forças Armadas (Exército, Marinha ou Aeronáutica) dentro ou fora do país. Podendo também ser utilizada pelo combatente prisioneiro do inimigo. O testador deve se encontrar em campanha, independente da territorialidade, bem como em praça sitiada ou com as comunicações cortadas.

As formas de testamento militar são: público, particular ou cerrado e nuncupativo. O público é escrito pela autoridade militar ou de saúde, mediante as declarações do testador, caso o testador esteja em serviço na tropa ou estiver em tratamento na enfermaria, ante duas testemunhas ou três se o testador estiver impossibilitado de assinar.

Já o particular/cerrado/escrito é feito pelo próprio testador e autenticado pelo auditor (autoridade competente), na presença de duas testemunhas, que deverão assinar também.

Testamento nuncupativo: É o único testamento oral do direito brasileiro, onde o testador não escreve, nem assina seu testamento. É feito por militar ou pessoa assemelhada que esteja empenhada em combate ou ferida no campo de batalha, confiando a sua última vontade a duas testemunhas. As testemunhas devem escrever as vontades do testador e assinar o

testamento, em seguida devem apresentá-las ao auditor. . Por se tratar de assunto de urgência e de maior gravidade, as testemunhas são advertidas dos efeitos que podem ocorrer caso houver falsidade ou distorção do depoimento do testador. Clóvis Beviláqua, considerava essa modalidade um “romantismo perigoso”, que em nada beneficiaria o militar ou as pessoas por ele queridas. É importante ressaltar que não terá efeito esse testamento se a pessoa não morrer na guerra ou convalescer do ferimento. **Caducidade:** Prescreve em noventa dias seguidos, desde que o militar depois do desaparecimento daquilo que o motivou fazer o testamento desaparecer, ou seja, não mais estar em campanha, praça sitiada ou com comunicações interrompidas. Decorridos noventa dias, o testador poderá testar de forma ordinária, exceto em casos onde o testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do Artigo 1.894 do Código Civil (anotações do auditor e assinatura de duas testemunhas). O prazo de noventa dias se interrompe caso o testador seja reconvocato para outra campanha ou situações previstas no Artigo 1.893 do Código Civil. (MORI, 2014)

2.5.2. Deserdação

É a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário. E somente por testamento pode ser ordenada. É um instituto próximo da incapacidade sucessória, ocorrendo em casos de falta grave contra o autor da herança e pessoas de sua família, o impedindo de receber o acervo hereditário.

Não se pode confundir a deserdação com a indignidade, que é pena civil privativa do direito à herança relacionada não só os herdeiros, mas também os legatários que cometeram atos criminosos contra a vida do *de cuius*. (DINIZ, 2018, p. 65). As causas da deserdação estão previstas no **art. 1.814** do Código Civil, que dispõe os excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

É a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário. E somente por testamento pode ser ordenada. É um instituto próximo da incapacidade sucessória, ocorrendo em casos de falta grave contra o autor da herança e pessoas de sua família, o impedindo de receber o acervo hereditário.

Não se pode confundir a deserdação com a indignidade, que é pena civil privativa do direito à herança relacionada não só os herdeiros, mas também os legatários que cometeram atos criminosos contra a vida do *de cuius*. (DINIZ, 2018, p. 65). As causas da deserdação estão previstas no **art. 1.814** do Código Civil, que

dispõe os excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

O testador é obrigado, então, a declarar o motivo da deserdação no testamento por dois motivos: para a verificação do enquadramento legal e pela necessidade de apuração da veracidade da alegação. Já que os efeitos da deserdação são pessoais, não sendo os filhos dos herdeiros atingidos. Procedente a deserdação, os descendentes do deserdado sucedem por direito de representação. Não tendo descendentes, permanecem íntegras as quotas em que se distribui a legítima em virtude de sua exclusão. (GOMES, 2008, p. 231.)

2.5.3. Planejamento sucessório por partilha em vida

É modalidade de planejamento sucessório, com relação à parte disponível, uma vez que é preciso preservar o direito dos herdeiros necessários, previsto nos artigos 2.013 a 2.022 do Código Civil de 2002. Segundo Dias (2014, p. 390), “trata-se de sucessão antecipada, pois os bens recebidos não precisam ser trazidos à colação. Feita a partilha, não existindo outros bens a serem partilhados, é desnecessário o processo de inventário”.

A partilha por testamento não levanta objeções e realiza-se com a intenção de prevenir discórdia. Porém, sua eficácia não é imediata, uma vez que nenhum direito é transferido ao herdeiro enquanto o testador estiver vivo. Gomes (2008, p. 316), diz que “Na hipótese de pré-morte do filho os bens passam aos descendentes, e, se não os tem, divide-se entre os sobreviventes”. Já para Machado *et al.* (2014, p. 9),

A partilha-doação é tida como uma sucessão antecipada, sendo uma maneira de antecipar certos bens aos herdeiros que somente o receberiam após a morte do autor da herança. As mesmas regras de vocação hereditária devem ser observadas. [...] na partilha deve preservar o mínimo para que o estipulante viva com dignidade. Tal preceito se fundamenta no **artigo 548** do Código Civil de 2002 que estabelece ser nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Nesse sentido, Diniz (2018, p. 465) esclarecer que essa forma de partilha facilita a fase de liquidação do inventário no processo de partilha, “homologando-se a vontade do testador que propôs uma divisão legal e razoável”, obedecendo ao

disposto no artigo **2.014** do Código Civil que prevê que

pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

Como forma de planejamento sucessório, o autor da herança realiza a doação de todos os seus bens aos herdeiros, mantendo-se a igualdade de quinhões e a proteção da legítima.

Deve obedecer a forma prescrita, sendo feita por escritura pública se partilhado bens imóveis, podendo ser feita por escritura particular, se bem móvel. Além disso, o regime de comunhão de bens impede a partilha-doação por um só dos cônjuges, pois não possuem a propriedade exclusiva sobre os bens, não impedindo que seja feito de forma conjunta, ou seja, repartam seus bens entre os filhos em um mesmo ato. (GOMES, 2008, p. 315)

Então para a partilha em vida é preciso considerar a legítima, utilizando de instrumento formal para tanto. A legítima só poderá ser afastada se não houver herdeiros necessários ou se foram deserdados por testamento.

2.5.4. Planejamento sucessório por doação com reserva de usufruto

A doação com reserva de usufruto é utilizada no planejamento sucessório realizado durante a vida, uma vez que o titular conserva para si o usufruto e transfere a propriedade aos herdeiros.

A doação com reserva de usufruto é de extrema importância, pois dependendo do caso, é mais adequada e rápida para a proteção do patrimônio familiar quanto do herdeiro. O **art. 538** do Código Civil brasileiro dispõe “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. São muito utilizadas com o objetivo de evitar problemas futuros com a distribuição da herança, bem como com as despesas com inventário após o falecimento. Para Venosa (2014, p. 451), “O usufruto é um direito real transitório que concede a seu titular o poder de usar e gozar durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencentes a outra pessoa, a qual conserva a substância do bem”.

Machado *et al.* (2014, p. 10) dizem que, no usufruto,

o direito de usar, de fruir fica apartado da propriedade, uma vez que, fica o proprietário, com a faculdade de dispor da coisa, e do outro lado o usufrutuário, com o direito de usar e fruir do bem, mas ambos têm o direito de defender a coisa. Dessa forma, uma pessoa que doa um bem, mas

reserva a si o usufruto transmite a nua propriedade, reservando para si, poderes não conferidos, em observância ao princípio da exclusividade dominial. Há, também, a possibilidade de o proprietário transferir o usufruto a terceiro. Neste caso, ele doará a propriedade despida para alguém e instituirá o usufruto a esse terceiro. Trata-se do exemplo do pai que doa a propriedade nua para o filho, mas institui o usufruto para uma tia, por exemplo.

Além disso, o doador pode sujeitar o bem doado a uma série de cláusulas com o objetivo de proteger seu patrimônio, são eles: a cláusula de incomunicabilidade; a cláusula de impenhorabilidade; cláusula de inalienabilidade, e a cláusula de reversão.

2.5.5. Doação inoficiosa

A doação inoficiosa trata do ato de liberalidade pelo qual o doador dispõe de mais da metade de seu patrimônio, atingindo a legítima dos herdeiros necessários. Aparte excedida a que o doador poderia dispor em testamento é nula. O objetivo da nulidade da doação inoficiosa é garantir aos herdeiros necessários o acesso a legítima, assegurando, dessa forma, o respeito aos princípios da igualdade dos quinhões hereditários, igualdade entre filhos e, sobretudo, ao princípio da solidariedade familiar. Uma vez constatada a inoficiosidade, cabe aos herdeiros ingressar com ação de redução da doação, reduzindo aos limites da parte disponível do doador, levando-se em conta o momento da doação. (PAIVA, 2018)

Segundo Paiva (2018), seu principal efeito é atingir a legítima dos herdeiros necessários. Se for considerada inoficiosa, através da ação de redução, será reduzida aos limites legais, retornando a parte que exceder ao patrimônio do doador, se ainda vivo, ou dos herdeiros necessários, em caso de falecido.

É possível notar, portanto, que, uma vez implementado o planejamento em vida, seja por meio de doações antecipadas, por testamento ou instituição de usufruto, torna-se possível o não acionamento da via judiciária. (MACHADO, 2014)

Segundo Patrícia Machado (2014), conseqüentemente, a sucessão ocorre de forma mais simples e célere, evitando maiores conflitos entre os herdeiros, bem como o engessamento dos negócios. Com o Planejamento Sucessório, se planeja a distribuição dos bens em vida, optando por uma discussão conjunta do doador com seus herdeiros, trazendo economia de custos e redução de desgastes nos

relacionamentos familiares, garantindo a continuidade das riquezas constituídas em vida e, acima de tudo, o bom convívio entre os herdeiros em um momento delicado.

O planejamento sucessório, portanto, de um modo geral, constitui importante ferramenta jurídica de forma a criar uma solução sob medida às necessidades de cada pessoa. Preservando a unidade familiar.

2.6. FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA EM PROL DE HERDEIROS HIPOSSUFICIENTES

Como afirma Rodrigo Maia Bachour (2020), a legítima possui certa presunção genérica da qual não favorece os familiares que realmente precisam do suporte do autor da herança, como um filho incapaz que demande mais patrimônio que os demais ou genitores de idade avançada, que não possuem condições de manterem seu próprio sustento, desviando a função social da sucessão. Nesse sentido, Borges e Dantas (2017, p. 90):

A família, sob uma ótica despatrimonializada, não constitui espaço de construção do eu, fundado em relações de afeto e solidariedade. Pensar o Direito Sucessório constitucionalizado, de fato, é reconhecer que a herança pode sofrer limitações quanto à liberdade de testar, com o fim de proteção familiar. Mas a proteção à família não se realiza na transmissão compulsória de bens àqueles que podem prover seu próprio sustento. Diferentemente, quando se trata dos vulneráveis econômicos, a limitação é coerente. Entendemos, inclusive, que, além da flexibilização da legítima em si mesma, é necessário construir propostas que estabeleçam a proteção aos economicamente vulneráveis, independentemente de deixa testamentária, na forma de uma reserva especial. Ou seja, uma reforma da legítima para proteger, exclusivamente, os economicamente vulneráveis, restando à autonomia privada ampla área de incidência quanto ao restante do patrimônio, na ausência de herdeiros em situação de vulnerabilidade econômica.

Conforme observado por Gama e Guerra (1999, p. 159), “a pluralidade das entidades familiares extinguiu a exclusividade do casamento, reconhecendo-se constitucionalmente novos núcleos familiares”.

Bachour (2020, p. 70) afirma que

Assim, o direito sucessório, de forma funcionalizada, também deve abarcar essas situações, devendo privilegiar o merecimento sob a ótica dos valores constitucionais. A função social da herança deve refletir e garantir as necessidades e os valores da sociedade, servindo de diretriz. O direito de herança não deve restringir o direito de propriedade, mas legitimá-lo. Embora o direito sucessório tenha como base o direito de propriedade, jamais pode se desprender da busca pela dignidade humana, tanto em âmbito individual, como coletivo, tendo por norte tanto os vínculos consanguíneos como os afetivos.

Sendo assim, o autor da herança deve ter liberdade patrimonial, para dispor

dos seus bens e não somente para beneficiar pessoas que não sejam da família, como também para dispor sem restrição para um herdeiro hipossuficiente.

2.6.1. Do instituto da legítima em outros sistemas e no Brasil

Em Portugal sobre a tutela da legítima, Galvão Telles ensina que, sem ela, a função social da propriedade, em sua projeção familiar, não teria a relevância pretendida. A propriedade privada é o norte fundamental do direito das sucessões, abrandada pela sua função social e familiar.

Já o sistema italiano tutela amplamente a família, ao reconhecer a possibilidade de sucessão dos parentes além do quarto grau, como ocorre no sistema brasileiro. Sobre a legítima, também consagra uma variação. Angelo Spatuzzi (2014) citado por Tartuce (2020, p. 127) “pondera sobre a salvaguarda das relações familiares, lecionando ser necessário equilibrar a autonomia do proprietário com o princípio da solidariedade familiar”.

Acrescenta, ainda, que o fenômeno sucessório não é estranho à tutela dos interesses coletivos, como se dá com a constante intervenção fiscal do Estado nas questões atinentes à herança. Segundo ele – na mesma linha que ocorre no Brasil –, a sucessão deve levar em conta a concepção de entidades familiares além da família nuclear retirada do art. 29 da Constituição da República italiana, que reconhece o direito de família como fundada no matrimônio (TARTUCE, 2020, p. 127-128).

Como se percebe, portanto, a Itália tem estabelecido uma clara relação entre a sucessão legítima e a solidariedade familiar, entendimento que pode servir de alento também no direito privado brasileiro (TARTUCE, 2020).

Tartuce (2020, p. 136) cita Orlando Gomes (2001) para afirmar que a “sucessão *mortis causa* encontra a sua justificação e a sua fundamentação nos mesmos princípios que fundam o direito de propriedade individual, no sentido de que o direito de propriedade”. Atualmente isso está previsto no art. 5º, inc. XXII, da Constituição e no art. 1.228 do Código Civil – firma a sucessão.

A legítima em 50% do patrimônio do falecido foi mantida no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002, havendo na sincronização entre propriedade e família um forte entrave para que seja revista em percentual ou mesmo extinta no Código civil brasileiro.

Em Portugal, como se percebeu, tem-se fundado a sucessão legítima na propriedade privada, mas não se ignora uma relação indireta com o direito defamília. A legítima é variável, entre a metade e 2/3 do patrimônio, estando baseada na função social da propriedade em sua projeção familiar.

Na Itália, o fundamento principal da sucessão tem sido a solidariedade familiar, havendo também um sistema de legítima variável, que pode ser 1/4, 1/3, metade ou 2/3 do patrimônio do falecido.

No Brasil, tem prevalecido o argumento de que a sucessão procura alinhar a propriedade à família, o que justificaria a manutenção da legítima em 50%, sem variações. (TARTUCE,2020)

2.6.2. Da legítima como privação de liberdade ao *de cujus*

Num Estado de Direito democrático que se baseia na dignidade da pessoa humana, o direito à propriedade privada deve ser considerado um direito fundamental em face dos poderes públicos. Fernandes Júnior (2014, p. 30) diz que a sucessão testamentária

representa a principal manifestação do direito à transmissão da propriedade privada através da vontade do *de cujus*. A sucessão testamentária se funda numa certa concepção da propriedade privada e num dos princípios fundamentais que dominam a vida jurídica dos particulares: o princípio da autonomia privada. Por outro lado, a sucessão legítima além de garantir o direito à propriedade privada, garante também a solidariedade social inerente aos vínculos familiares.

Segundo Oliveira Ascensão (2000, p. 269), o direito de propriedade é considerado “um dos mais notáveis direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”.

Cabe ao Estado promover o direito de apropriação por parte dos cidadãos, pois estamos diante de um direito social, pelo qual a constituição garante a todos a possibilidade de se tornar proprietários de bens, podendo dispor da forma que entender melhor, tanto por atos inter vivos como mortis causa (FERNANDES JÚNIOR, 2014). A Constituição, ao garantir a todos o direito de propriedade e o direito de livre transmissão em vida ou por morte, consagra uma garantia fundamental da propriedade privada. De acordo com Miguel Nogueira de Brito citado por Fernandes Júnior (2014, p. 33), “a garantia constitucional da propriedade privada significa que a uma posição jurídica do direito privado é associado um direito fundamental de defesa ou manutenção dessa posição”.

Por outras palavras, Fernandes Júnior (2014) diz que o direito de propriedade traduz-se em um “poder-ter”, “poder-utilizar” e “poder-dispor.”

É sobretudo que engloba a liberdade do *de cujus* em dispor do seu patrimônio. Não se trata de total liberdade de transmissão, mas sim, no sentido do *de cujus* não ser impedido de transmitir a propriedade. Tal liberdade pode ser limitada tendo em conta o art. 280.º, § 2, do CC [...] O

art. 1.305., do CC, diz que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertence, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela imposta”. Esta norma consagra a regra da livre transmissibilidade dos direitos reais (seja inter vivos, seja *mortis causa*) e estabelece a regra da livre disposição para todos os direitos reais (FERNANDES JÚNIOR, 2014, p. 34).

Dentro da liberdade de testar, dever-se-á saber se essa vontade deve ser absoluta ou, pelo contrário, deve sofrer limites impostos pela ordem pública e os bons costumes? Deve vigorar um sistema de sucessão pelo qual deve prevalecer a vontade do autor da sucessão, podendo este dispor do seu patrimônio por via da sucessão voluntária e, não existindo vontade expressa do autor da sucessão, deverá ocorrer a sucessão legítima, desaparecendo, com isso, a sucessão legítima. (FERNANDES JÚNIOR, 2014) ^[7]

Quando o *de cuius* opta por fazer um testamento, este deve ter em conta certas “regras éticas” para que o negócio seja válido. Com isso, nota-se bem que a liberdade do autor da herança não é absoluta, ou seja, não é de livre vontade de disponibilidade dos seus bens.

A razão da existência de um sistema sucessório com apenas a sucessão voluntária (sucessão testamentária) e da sucessão legal (sucessão legítima), consiste em encontrar uma liberdade para o *de cuius* dispor livremente tanto do seu patrimônio, como de tomar outras decisões de carácter não patrimonial destinadas a produzir efeitos depois da sua morte. O que não se verifica no atual sistema do Código Civil Brasileiro. Já que, “a liberdade do autor da herança em dispor do seu patrimônio é, como temos visto, limitada pela sucessão legítima”, de acordo com Fernandes Júnior (2014, p. 38).

3. CONCLUSÃO

É possível compreender que perante seu contexto histórico, a autonomia de testar passou a ter um carácter restrito, ou seja, o proprietário dos bens tem a sua vontade regulamentada pelo Estado. O que pode ser considerado como afronta ao princípio da Dignidade, pois a vontade é limitada a partir da vedação legal do Código Civil de 2002, desrespeitando o direito personalíssimo da Autonomia da Vontade Privada, que é negligenciado muitas vezes, mesmo sendo a verdadeira vontade do testador sobre a destinação de seu patrimônio.

Uma alternativa para a efetivação desse direito seria através do Planejamento Sucessório, que atua como ferramenta jurídica criando caminhos adaptáveis às

necessidades de cada pessoa, permitindo que se planeje a distribuição dos bens em vida, optando por uma discussão conjunta do doador com seus herdeiros, o que traz economia de custos e redução de desgastes nos relacionamentos familiares, garantindo a eficaz continuidade das riquezas constituídas em vida e, acima de tudo, o bom convívio entre os herdeiros em um momento delicado.

Nesse contexto, defende-se a necessidade de repensar o Direito Sucessório brasileiro, posto que, ele põe limites à liberdade de testar como um todo. Partindo-se deste entendimento, propõe-se que a legítima brasileira seja alterada legislativamente, para a ampliação do uso do princípio da autonomia privada no testamento. O que permite ao testador, com baseado na autonomia privada, a possibilidade de dispor de todo o seu patrimônio, já que a legítima, em sua atual configuração no direito brasileiro, é insustentável.

REFERÊNCIAS

- BACHOUR, R. M. **Deveres fundamentais da família e direito à herança: análise da possibilidade de flexibilização da legítima**. 2020. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020.
- BORGES, R. C. B.; DANTAS, R. M. L. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, jan./mar. 2017. Disponível em https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxanabrasileiro-borges-et-al.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].
- COELHO, E. M. **Direitos fundamentais**: reflexões críticas: teoria e efetividade. Uberlândia: IPEDI, 2005.
- DANTAS, R. M. L. Autonomia Privada no Direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da Legítima. **Revista Unifacs**, Salvador 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3877/2648>. Acesso em: 5 de maio de 2022.
- DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FARIAS, C.; BRAGA NETTO, F.; ROSENVALD, N. Manual de direito civil: volume único. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed.JusPODIVM, 2019.

FILHO, João Biazzo. Histórico do Direito das Sucessões. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24714>. Acesso em: 24 nov. 2022.

GAGLIANO, P. S. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GALVÃO, C. Diferenças entre autonomia privada e autonomia de vontade. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://galvaocamila.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em 28 de nov de 2022.

GAMA, G. C. N.; GUERRA, L. dos S. A função social da família. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 154-170, abr./jun., 1999.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERNANDES JÚNIOR, W. L. **Da “obrigatoriedade” da sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do “de cujus” e dispor do seu patrimônio**. 2014. 53 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

LIMA, R. A. Função Social da Sucessão: tutela e limites à autonomia privada na sucessão causam mortis. Belo Horizonte: **Dialética**, 2021.

LOPES, J. L. L.; ANDRADE, M. Liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito de disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários. **Conteúdo Jurídico**, 2020. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54886/liberdade-na-autonomia-da-vontade-privada-sobre-o-direito-de-disposio-da-herana-e-excluso-da-obrigatoriedade-dos-herdeiros-necessrios>.

MACHADO, Patrícia Portel, a et al..Planejamento Sucessório: Proteção Do Patrimônio E Das Relações Familiares.2014. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 23, nº 1222. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/3378/planejamento-sucessorio-protECAo-patrimonio-relacoes-familiares>. Acesso em :28 de nov de 2022.

MENEZES, É. O Testamento e a Redução da Legítima. **Jusbrasil**. 2020. Disponível em: <https://ericmnz.jusbrasil.com.br/artigos/853503621/o-testamento-e-a-reducao-dalegitima>. Acesso em 25 nov de 2022.

MORI, I. Breve noção sobre testamentos especiais e específicos para a legislação brasileira. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://indiamori.jusbrasil.com.br/artigos/152036012/breve-nocao-sobre-testamentos-especiais-e-especificos-para-a-legislacao-brasileira>. Acesso em: 28 nov. 2022

NADER, P. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: 5. ed.Forense, 2013.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J. **Direito Civil Sucessões**. 5. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, John Marquez Fontinele. **Liberdade na autonomia da vontade privada sobre o direito de disposição da herança e exclusão da obrigatoriedade dos herdeiros necessários** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jul 2020, 04:28. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/informativos-tematicos/54886/liberdade-na-autonomia-da-vontade-privada-sobre-o-direito-de-disposio-da-herana-e-excluso-da-obrigatoriedade-dos-herdeiros-necessrios>. Acesso em 28 nov 2022.

PAIVA, L. Prado de. **Doação inoficiosa e seus efeitos na sucessão**. FUMESC-Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação. 2018. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/arquivos/iniciacao-cientifica/anais-2018/resumos/13.pdf>. Acesso em 27 de nov de 2022

REALE, Miguel. Prefácio. Novo Código Civil brasileiro – Estudo comparativo. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2004

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 28, p. 123-155, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/666>. Acesso em 25 de nov de 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito da Sucessões**. 23. ed. São Paulo: Saraiva: 2008

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, C. O. **Sucessão testamentária**: análise à luz do Código Civil de 2015.

SILVA, I. A. P.; SANTOS, J. P. Restrição à liberdade de testar. **JUS.com.br**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87005/restricao-a-liberdade-de-testar>. Acesso em: 22 set. 2022.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7 ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. Fundamentos do Direito das Sucessões em outros sistemas e no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/549/390>. Acesso em: 27 nov. 2022.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. **Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro?** In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.155-169.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOTAS:

[3] TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 155-169.

[4] FILHO, João Biazzo. Histórico do Direito das Sucessões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24714>. : “O Código de 1916, de certa forma, apresentava forma arcaica ocasionando necessidade de reforma.(...)”

[5] Sobre esses aspectos, ver Prefácio da lavra de Miguel Reale, inserido em Novo Código Civil brasileiro – Estudo comparativo. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 9-19.

[6] CF, art. 5.º, XXX: “É garantido o direito de herança; (...)”

[7] FERNANDES JÚNIOR, W. L. **Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cujus” e dispor do seu patrimônio**. 2014. 53 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. – Pág .36