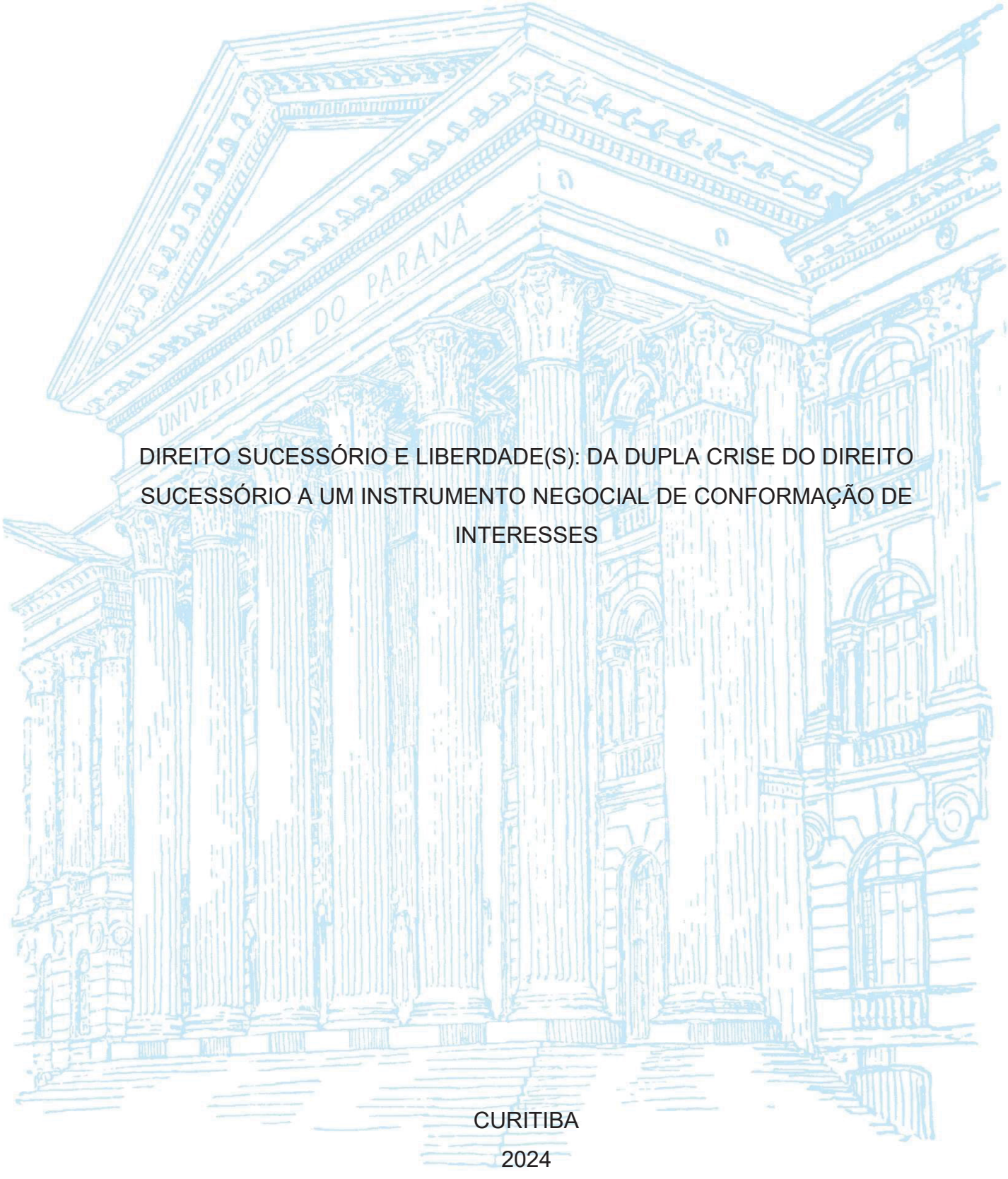
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER



DIREITO SUCESSÓRIO E LIBERDADE(S): DA DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO A UM INSTRUMENTO NEGOCIAL DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES

CURITIBA

2024

MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER

DIREITO SUCESSÓRIO E LIBERDADE(S): DA DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO A UM INSTRUMENTO NEGOCIAL DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Bürger, Marcelo Luiz Francisco de Macedo
Direito sucessório e liberdade(s): da dupla crise do direito sucessório a um instrumento negocial de conformação de interesses / Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger. – Curitiba, 2024.
1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

1. Herança e sucessão. 2. Liberdade. 3. Direito comparado. 4. Partilha de bens patrimoniais. I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº472

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte e um de junho de dois mil e vinte e quatro às 09:00 horas, na sala de Defesas - 317, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER**, intitulada**: DIREITO SUCESSÓRIO E LIBERDADE(S): DA DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO A UM INSTRUMENTO NEGOCIAL DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA (CENTRO UNIVERSITARIO UNA), JOSÉ FERNANDO SIMÃO (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANA CARLA HARMATIUK MATOS (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: O candidato foi aprovado por unanimidade, summa cum laude.

CURITIBA, 21 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:26:23.0
CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:40:04.0
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITARIO UNA)

Assinatura Eletrônica
25/07/2024 13:55:51.0
JOSÉ FERNANDO SIMÃO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
04/07/2024 09:28:46.0
EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:36:36.0
ANA CARLA HARMATIUK MATOS
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 377805
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 377805

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **MARCELO LUIZ FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER** intitulada: **DIREITO SUCESSÓRIO E LIBERDADE(S): DA DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO A UM INSTRUMENTO NEGOCIAL DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 21 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:26:23.0
CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:40:04.0
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITARIO UNA)

Assinatura Eletrônica
25/07/2024 13:55:51.0
JOSÉ FERNANDO SIMÃO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
04/07/2024 09:28:46.0
EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
03/07/2024 16:36:36.0
ANA CARLA HARMATIUK MATOS
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 377805
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 377805

À memória dos mestres Zeno Veloso e Waldyr Grisard Filho, exemplos de humanidade e generosidade.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Paraná

Símbolo de Curitiba e prova da excelência do ensino público, agradeço por viabilizar este doutoramento. Espero que a presente tese possa, de algum modo, retribuir à sociedade o muito que a Universidade me ofereceu.

Ao orientador desta tese, professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pelos incontáveis atos que somente alguém tão altruísta seria capaz de realizar. De refinamento teórico ímpar, foi, é, e continuará sendo fonte de inspiração e de aprendizado. Serei sempre grato pela segura orientação, pelas extraordinárias aulas e pelo apoio incondicional, sempre confiante de que, ao final, daria certo. Mas acima de tudo, por ter me recebido na própria casa e permitido um convívio familiar. Nada é tão simbólico quanto isso.

À professora titular Ana Carla Harmatiuk Matos, que fez parte da minha jornada acadêmica desde o tempo da graduação, quando ingressei no IBDFAM. É modelo de gentileza e fidalguia: do mais desconhecido calouro ao professor catedrático, defere a todos o mesmo sorriso, a mesma atenção. Obrigado pelo carinho com que sempre me estendeu a mão, pelo incentivo a prestar o concurso do doutorado e por me ensinar a pensar por outras perspectivas.

Ao professor Eroulths Cortiano Junior, não só pelas valorosas lições de Direito Civil, mas pelo laço de amizade que permitiu formar e que vai muito além da praça Santos Andrade. Mais do que isso, por mostrar que o Direito pode ser construído coletivamente, e são as pessoas que fazem este labor valer a pena.

Ao professor Rodrigo Xavier Leonardo, além do agradecimento por sempre me franquear o acesso às suas aulas, fosse ou não um discente regular, minha mais sincera admiração pela pessoa e pelo jurista que é: cada aula resultava em um *brain storm* (perdoe o anglicanismo reprovável) que desfazia meus conhecimentos e sobre as ruínas deixadas, edificava as fundações de algo mais sólido. Espero um dia ser um professor com metade de sua vocação.

Aos membros externos que compõe a banca

Ao professor José Fernando Simão, por durante todo o período do doutorado me lembrar da necessidade de focar na pesquisa, priorizá-la, e somente assim produzir algo com a densidade esperada. Obrigado pela correção cuidadosa de cada linha da versão apresentada à qualificação, pelas geniais sugestões de encaminhamento, fidalguia na arguição, amizade e, acima de tudo, pela gravata, que em seu silêncio diz muito mais que todo o resto.

À professora Ana Carolina Brochado Teixeira, a quem devo o gérmen da tese. Com gentileza e sagacidade ímpares, conseguiu, em um traslado ao aeroporto, compreender meus anseios de pesquisa e sugerir a temática da partilha em vida. Obrigado pelos diálogos e, principalmente, por fazer parte de toda a jornada.

Às Instituições de Pesquisa

Registro pública e formalmente o agradecimento aos Instituto Max Planck de Direito Internacional e Comparado, sediado em Hamburgo, na Alemanha, pela admissão como pesquisador visitante em 2023, permitindo o contato com o direito sucessório de diversos outros países e o consequente enriquecimento da presente pesquisa.

Também à Universidade de Lausanne, na Suíça, e à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por franquearem o acesso gratuito às suas bibliotecas e a toda sua estrutura durante o período de pesquisa.

Aos meus pais

Agradecer aos pais pode parecer um clichê, mas neste caso, não é. E mesmo que fosse, seria o mais justo dos clichês, por quem tanto nos dá. À minha mãe, Alice, pelo exemplo de perseverança, de dedicação e de sacrifício, sem os quais dificilmente alcançamos nossos objetivos. Ao meu pai, João Carlos, por mesmo inconscientemente, ter despertado ainda no Marcelo criança uma curiosidade pela vida acadêmica que de forma não planejada viria a se transformar em paixão. Agradeço a ambos por compreenderem minha ausência no último ano, e também pelo amor sem limites – às vezes, até em demasia.

À Juliana

A quem tanto devo pela compreensão em todos os finais de semana, férias e feriados que estive ausente: tenho certeza de que nem sempre foi fácil entender. Pela parceria onde quer que fossemos, aqui, em Hamburgo ou em Lisboa, por contribuir ativamente com esta tese, mas principalmente por tornar meus dias mais alegres.

Aos amigos de jornada

Seria impossível declinar aqui todos aqueles a quem devo um agradecimento. Há, porém, alguns cuja contribuição direta exige o agradecimento nominal: Alexandre Barbosa, André Arnt Ramos, Caroline Said Dias, Eros de Moura Cordeiro, Felipe Frank, Fernanda Pederneiras, Fernando Araújo, Gabriel Schulman, João Pedro Biazi, Karina Nunes Fritz, Marcus Röder, Marília Pedroso Xavier, Rafael Corrêa e Ricardo Calderon. Por fim, à Flávia Romaguera Mello Sampaio: ela sabe a razão do agradecimento.

RESUMO

A presente pesquisa toma como ponto de partida a dupla crise do direito sucessório, constatando uma crise de sistema em razão das normas de direito das sucessões tomarem por objeto uma família e uma perspectiva de vida que não refletem a realidade contemporânea, havendo portanto um descompasso entre a norma e a realidade que pretende regular, ao passo que a crise de sistema se verifica pela incapacidade do direito sucessório realizar, em concreto, a proteção da família, ou de atribuir liberdade aos sujeitos da sucessão para que possam regular autonomamente o fenômeno sucessório. Constada a crise, a pesquisa toma como premissa que as regras de direito sucessório podem ser funcionalizadas em favor da liberdade, em seus diversos perfis, e por ao menos três modelos de regulação. Emerge daí o problema fundamental da tese, que consiste em refletir sobre como o direito sucessório brasileiro incorpora a liberdade e, dentro de seus limites, como seria possível funcionalizar um ou alguns de seus institutos para que realizem, em favor de seus sujeitos, a proteção, o exercício ou a promoção de liberdades, sem contrastar com os valores da ordem jurídica vigente. Com olhos voltados a este problema, recorre ao direito comparado para compreender os espaços de liberdade compreendidos pelo direito sucessório alemão, suíço e francês. A hipótese apresentada é que inobstante o direito sucessório brasileiro seja tradicionalmente ainda apresentado pela configuração diacrônica com os tempos em que vive, como revela a dupla crise cogitada, pensar a funcionalização de seus institutos em favor da liberdade permite (a) refrear a suposta liberdade testamentária quando exercida contrariamente aos valores da ordem pública vigente, ainda que alguns dos atos realizados a esse título fossem historicamente admitidos; (b) referendar a existência de uma proibição geral aos contratos sucessórios ainda vigente, a despeito do crescente número de proposições em sentido contrário; e (c) encontrar um *opt out* para a proibição dos contratos sucessórios. Este *opt out* se dá por meio da partilha em vida, que pode realizada por disposição de última vontade ou por meio contratual, e nesta formatação, como ou sem a antecipação da atribuição patrimonial aos herdeiros. Na modalidade contratual, a partilha em vida releva natureza jurídica de contrato, do gênero partilha amigável, com conteúdo típico dos negócios de partilha e de transação. Para que deflagre atribuição patrimonial, pode ser realizada por meio de contrato misto, incorporando a doação, ainda que sem se submeter ao regime jurídico desta. Nestes moldes, é instrumento apto a permitir o exercício concreto de liberdade pelos sujeitos da sucessão, admitindo inclusive disposição sobre a parcela necessária da herança quando realizada em seu perfil contratual.

Palavras-chave: Direito sucessório; Liberdade; Direito comparado; Partilha em vida.

ABSTRACT

The present inquiry commences from the dual crisis within succession law, observing a systemic crisis due to succession norms centering on a family and life perspective that diverge from contemporary reality, thereby exhibiting a disparity between the norm and the reality it aims to govern. Simultaneously, the systemic crisis manifests in the incapacity of succession law to concretely safeguard the family or to confer freedom upon the subjects of succession to autonomously regulate the succession phenomenon. Upon recognition of this crisis, the inquiry posits that succession law regulations can be functionalized in support of liberty, across various paradigms and through at least three regulatory models. The core issue stemming from this thesis is to contemplate how Brazilian succession law incorporates liberty and, within its confines, how it may operationalize one or several of its institutions to advance the protection, exercise, or promotion of liberties to its subjects, without contravening the values of the extant legal order. Directed toward this quandary, the inquiry turns to comparative law to elucidate the realms of liberty encapsulated by German, Swiss, and French succession law. The presented hypothesis suggests that notwithstanding the traditional presentation of Brazilian succession law through a diachronic lens, as evidenced by the envisaged dual crisis, considering the functionalization of its institutions in support of liberty enables (a) the curbing of alleged testamentary liberty when exercised in contravention of prevailing public order values, notwithstanding the historical acceptance of certain acts under this rubric; (b) the acknowledgment of a prevailing general prohibition on succession contracts, despite the burgeoning number of dissenting propositions; and (c) the identification of an opt-out clause for the prohibition of succession contracts. This opt-out is accomplished through distribution, which can be carried out either by disposition of last will or through a contractual arrangement, and in this form, either with or without the advance allocation of assets to the heirs. In the consensual modality, the distribution agreement assumes the legal nature of a contract, within the category of amicable distribution, with the typical content of distribution and transaction agreements. To trigger the allocation of assets, it can be executed through a mixed contract, incorporating a donation, even though it does not adhere to the legal regime of donation. In these terms, it is an instrument capable of allowing the concrete exercise of freedom by the succession parties, even permitting disposition of the necessary portion of the inheritance when conducted within its contractual framework.

Keywords: Succession Law; Liberty; Comparative Law; Distribution agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

BGE	- Tribunal Federal da Suíça
BGB	- Código Civil alemão
BGH	- Tribunal Federal alemão
BVerfG	- Tribunal Constitucional alemão
CC	- Código Civil
CCF	- Código Civil francês
CCS	- Código Civil suíço
CPC	- Código de Processo Civil
GG	- Constituição Federal alemã
HGB	- Código Comercial alemão
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LPartG	- Lei de parceria de vida registrada alemã
TJPR	- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15
1. UM DIÁLOGO ENTRE SUCESSÃO E LIBERDADE(S) 23
1.1. PARTIDA: A DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO 23
1.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DE DIREITO SUCESSÓRIO EM FAVOR DE LIBERDADE(S) 35
1.2.1. A função como liberdade(s) e as diversas concepções de liberdade 35
1.2.2. A polaridade entre interesses dos herdeiros e interesses do autor da herança e sua possível superação pela releitura do direito sucessório em busca de espaços de liberdade 52
1.3. RESTRIÇÕES AXIOLÓGICAS: A RELEITURA DA LIBERDADE SUCESSÓRIA EM CONFORMAÇÃO À ORDEM PÚBLICA VIGENTE 56
1.3.1. Liberdade testamentária e não discriminação: a incursão da igualdade no domínio da liberdade 63
1.3.2. Liberdade testamentária e discriminação pela origem da filiação 80
1.3.3. Liberdade testamentária e discriminação em razão do sexo 100
1.3.4. Liberdade testamentária e liberdades constitucionais dos beneficiados: limites ao 'controle pela mão morta' no direito brasileiro 115
1.4. A RESTRIÇÃO LEGAL E A BUSCA DE ESPAÇOS DE LIBERDADE FACE A PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS 149
1.4.1. Delimitação do objeto de investigação: pactos, contratos e negócios jurídicos 150
1.4.2. A repulsa histórica à sucessão contratual e suas justificativas 158
1.4.3. Um possível *opt out* ao sistema restritivo: os contratos sucessórios excepcionalmente admitido pelo Direito brasileiro 167
2. EM BUSCA DE RESPOSTAS A UM PROBLEMA COMUM: O RECURSO AO DIREITO COMPARADO 181
2.1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA E JUSTIFICATIVA PARA O RECURSO AO DIREITO COMPARADO 181
2.2. PREMISSAS METODOLÓGICAS DO DIREITO COMPARADO E A JUSTIFICATIVA DE SUA UTILIZAÇÃO NO CAMPO DO DIREITO SUCESSÓRIO 187
2.3. O DIREITO SUCESSÓRIO ALEMÃO 200
2.3.1. Análise comparativa 230
2.4. O DIREITO SUCESSÓRIO SUÍÇO 235
2.4.1. Análise comparativa 252

2.5. O DIREITO SUCESSÓRIO FRANCÊS 257
2.5.1. Análise comparativa 278
3. UM MODELO HERMENÊUTICO DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES ENTRE OS SUJEITOS DA SUCESSÃO 284
3.1. A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE UM ESPAÇO DE LIBERDADE CONJUNTA E A PARTILHA EM VIDA 284
3.2. O GÊNERO PARTILHA EM VIDA: ESPÉCIES E NATUREZA JURÍDICA 295
3.3. UM PERFIL DOGMÁTICO DA PARTILHA EM VIDA POR ATO DE ÚLTIMA VONTADE 313
3.4. UM PERFIL DOGMÁTICO DA PARTILHA EM VIDA ENTRE VIVOS OU CONSENSUAL 337
3.4.1. Natureza jurídica: partilha em vida consensual pura e partilha em vida consensual mista 337
3.4.2. Elementos subjetivos da partilha em vida contratual 368
3.4.3. Elemento objetivo da partilha em vida contratual 377
CONSIDERAÇÕES FINAIS 394
REFERÊNCIAS 398

INTRODUÇÃO

O direito das sucessões tem sido vítima de diversas críticas voltadas a sua pouca flexibilidade e manutenção quase religiosa às formas do passado, como se estivesse vocacionado a preservar um dado modelo de sociedade e de transmissão de patrimônio, valendo-se para tanto de uma estabilidade secular. Encastelado em uma configuração bipartida entre sucessão legítima e testamentária, representaria parte da tradição e da cultura jurídica, a justificar que toda proposta de oxigenação ou interpretação que implique modificar seu perfil é logo rechaçada, tida quase como um ato de vandalismo. Para Reinhard Zimmermann, são estas as razões pelas quais o direito das sucessões no último século "tenha levado a modesta existência de uma Cinderela negligenciada"[1].

Este perfil, que em muito é projeção dos regramentos sucessórios europeus dos séculos XIX e XX, já fora constatado em 1975 por Torquato Castro, enquanto relator do livro do direito das sucessões na elaboração do Código Civil de 2002, mas inobstante tenha enunciado a necessidade de romper com as tradições, o projeto que viria a ser tornar Código muito mais reproduziu do que alterou, evidenciando uma vez mais a vocação do direito sucessório para a manutenção do posto, o que se verifica não apenas em âmbito legislativo, como também doutrinário.

Tal cenário permite cogitar que o direito das sucessões contemporâneo, invocando a feliz expressão de Lamartine Corrêa de Oliveira[2], vivencia uma dupla crise: de sistema e de função. A crise de sistema se revela na constatação de que suas normas não mais apreendem adequadamente a o fato social que regulam: a morte do indivíduo e a repercussão patrimonial em sua família. Os dados do IBGE mostram que as famílias contemporâneas em muito diferem do modelo singular e indissolúvel de família para o qual as regras sucessórias foram criadas, e enquanto o direito de família rapidamente se adaptou para regular esta nova realidade, o direito das sucessões externou apenas sua indiferença.

Nem mesmo a vultuosa mudança da expectativa de vida das pessoas fez com que o direito das sucessões se levantasse de seu berço esplêndido. Dos 33 anos que o brasileiro esperava viver em 1920, aos 54 anos em 1970 e finalmente aos 72 anos em 2022, o tempo de vida mais que dobrou, e, de consequência, o perfil de quem herdaria em 1920 é flagrantemente

---

[1] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2. No original: "this explains why the law of succession has for a considerable time led the modest existence of a neglected Cinderella".

[2] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

diverso do que o de quem herda em 2022. Não houve, porém, qualquer modificação do regime legal voltada especificamente a acomodar o regramento sucessório a esta nova realidade, tampouco atribuição de maior liberdade aos sujeitos da sucessão para que regulassem eles próprios a sucessão familiar.

Tendo em parte como causa a crise de sistema, é possível constatar também uma crise de função. Tradicionalmente funcionalizado para (a) a proteção da família e de seu patrimônio e (b) a liberdade do autor da herança, o direito sucessório contemporâneo parece não atingir satisfatoriamente qualquer destas funções. No âmbito protetivo, sua abstração ignora as peculiaridades dos sujeitos concretos, distribuindo a herança de acordo com uma igualdade formal que ignora as aptidões, necessidades e vulnerabilidades dos sucessores, como também, por vezes, privilegia a quem da herança menos necessita. Tampouco conta com instrumentos especificamente voltados à proteção do patrimônio familiar, mormente quando constituído por empresas ou imóveis rurais cuja divisão pode prejudicar sua eficiência ou mesmo levar a impossibilidade de sua continuidade. Sob a bandeira da proteção, acaba por aniquilar a fonte de riqueza da família. Sob a bandeira de garantia do direito de moradia, concede indistintamente ao cônjuge o direito real de habitação, mesmo que este já tenha outros imóveis e os demais sucessores não.

No âmbito da sucessão testamentária, suas limitações, a insegurança quanto a seu cumprimento e as formalidades que lhe são impostas levaram ao fenômeno da "fuga do testamento", pelo qual cada vez mais pessoas buscam planejar sua sucessão por meio de instrumentos de direito empresarial, nos seguros, e mesmo em figuras próprias de outros ordenamentos, como o Trust. A liberdade testamentária, portanto, já não atende a função a que se propõe. Mais grave, ainda é por vezes admitida como um poder quase absoluto, que além de se distanciar de sua função, se afasta também dos valores que compõe a ordem jurídica contemporânea, como se percebe por disposições discriminatórias ou que atinjam gravemente a liberdade dos sujeitos por elas controlados, ainda que sob a forma de benefício. Encerra a crise a repulsa por instrumentos que permitam aos sujeitos da sucessão, ou seja, seu autor e seus herdeiros, construírem eles próprios o regramento que melhor atenda às aptidões, necessidades e anseios das pessoas envolvidas, bem como a melhor eficiência econômica de seu patrimônio.

Nesta perspectiva, tanto a crise de sistema quanto a crise de função apresentam como causa um obstáculo comum: a ausência de instrumentos que permitam maior exercício de liberdade pelos sujeitos da sucessão, que potencialmente poderia compatibilizar o regramento legal abstrato às peculiaridades da família por elas regulada, atendendo aos interesses tanto do autor da herança quanto dos herdeiros.

A partir desta dupla crise, a pesquisa se propõe a uma abordagem que privilegie a manutenção ou mesmo construção de espaços de liberdade em âmbito sucessório, como forma de, se não superar, reduzir os efeitos da dupla crise constatada.

Pressupõe, para tanto, que os institutos fundamentais de direito civil podem ter como uma de suas múltiplas funções a liberdade[3], e do mesmo modo, também os institutos de direito das sucessões, senão ele próprio, podem absorver esta função, notadamente para proteção, exercício e promoção de liberdade, tomada em seus múltiplos perfis, notadamente o de liberdade negativa, positiva e substancial. Noutras palavras, pressupõe que o direito das sucessões pode realizar contributos para os sujeitos da sucessão, especialmente os de proteger, permitir o exercício ou promover sua liberdade.

Este pressuposto não é novidade, sendo certo que o direito, há muito, carrega em si uma carga ideológica a partir da qual erige sua estrutura. Especificamente quanto à liberdade, apresenta ao menos três modelos de sua apreensão e realização, cada qual destinado a persecução de valores diversos: o liberalismo clássico, voltado à ampla proteção da liberdade, de modo a apenas admitir sua restrição quando cause dano à outro; o paternalismo autoritário, que restringe e submete à liberdade à realização de valores ditos mais relevantes, substituindo assim a liberdade de escolhas das pessoas por opções pré-concebidas que seriam a elas mais benéficas; e o paternalismo libertário, voltado a direcionar o comportamento das pessoas às escolhas aprioristicamente tidas como melhores para si mesmas, mas sem com isso tolher sua liberdade de escolher algo diverso. Tais modelos auxiliam na análise do direito sucessório posto, especificamente para revelar onde há, por vezes, restrições autoritárias, ou alternativas libertárias que permitam escapar ao regime abstrato.

Evidenciado o cenário e os pressupostos da pesquisa, emerge o problema fundamental da tese, que consiste em refletir sobre como o direito sucessório brasileiro incorpora a liberdade e, dentro de seus limites, como seria possível funcionalizar um ou alguns de seus institutos para que realizem, em favor de seus sujeitos, a proteção, o exercício ou a promoção de liberdades. Estas reflexões não se pretendem libertárias, no sentido usualmente dado ao termo, de busca por uma liberdade absoluta, mas sim uma liberdade sistematicamente coerente, que não contraste com os valores da ordem jurídica, e por isso arrosta também a responsabilidade de

---

[3] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

rechaçar as propostas de liberdade que violem os valores da ordem vigente, sobretudo a proibição à discriminação e a proteção da própria liberdade[4].

Com olhos voltados a este problema, a hipótese apresentada é que inobstante o direito sucessório brasileiro seja tradicionalmente ainda apresentado pela configuração diacrônica com os tempos em que vive, como revela a dupla crise cogitada, pensar a funcionalização de seus institutos em favor da liberdade permite (a) refrear a suposta liberdade testamentária quando exercida contrariamente aos valores da ordem pública vigente, ainda que alguns dos atos realizados a esse título fossem historicamente admitidos; (b) referendar a existência de uma proibição geral aos contratos sucessórios ainda vigente, a despeito do crescente número de proposições em sentido contrário; e (c) encontrar um *opt out* para a proibição dos contratos sucessórios, especificamente por meio da partilha em vida, para a qual não existe ainda hoje um modelo jurídico seguro.

Nesta medida, a tese se propõe a revisar criticamente o modo como o direito sucessório atribui ou restringe liberdade aos seus sujeitos, propondo duas contribuições originais: (a) critérios objetivos para aferição da validade da disposição testamentária que se cogite discriminatória ou infrinja liberdade existencial de seu destinatário; e (b) tendo encontrando na partilha em vida espaço de liberdade para o exercício de liberdade contratual no direito sucessório, preencher uma lacuna ainda hoje existente ao oferecer uma proposta de modelo jurídico hermenêutico para a partilha em vida, o que faz pela apresentação de um perfil dogmático para cada uma de suas espécies.

Para atender a este escopo, o itinerário da pesquisa é estruturado em três capítulos, cuja verticalização leva, ao fim, a apresentação de um perfil dogmático para a partilha em vida. Convém esclarecer que inobstante a tenha como fecho, a pesquisa não tem por objeto único a partilha em vida, tampouco confere a ela primazia em relação aos outros temas analisados. Embora esta compreenda o capítulo final, é apenas o resultado para o qual a pesquisa naturalmente se encaminhou. O problema fundamental da pesquisa é mais amplo, tomando por objeto diversas dimensões em que o direito sucessório realiza, ou poderia realizar, um contributo à liberdade das pessoas por ele reguladas, e nesta medida também suas hipóteses vão além da partilha em vida, abrangendo a ordem pública enquanto filtro valorativo para a

---

[4] Por esta razão o significante "libertário(a)" será empregado na presente tese não com o significado de que ou quem pugna por uma liberdade absoluta, mas o significado do que ou quem pugna pela proteção, exercício ou promoção de liberdade, nos limites do sistema.

liberdade sucessória; a repulsa aos contratos sucessórios; e, finalmente, uma proposta de perfil dogmático à partilha em vida.

O primeiro capítulo é dividido em quatro partes: introduz o leitor ao cenário de crise que justifica a pesquisa; apresenta o problema de pesquisa e o fio condutor que a guiará; coloca à prova a hipótese inicial da tese ao cogitar de conflitos entre liberdade e igualdade e mesmo entre liberdades, e por fim, principia a busca por espaços de liberdade que permitam um exercício de autonomia privada consensual.

Sua primeira parte (1.1) compreende a própria justificativa da pesquisa, ao cogitar de uma 'dupla crise' do direito sucessório vigente, a reclamar uma hermenêutica que o aproxime do objeto por ele regulado e o torne mais eficiente na realização das funções por ele perseguidas.

A segunda parte (1.2) constitui a antessala de uma proposta hermenêutica, e nela se reflete sobre a aptidão de alguns institutos de direito sucessório serem funcionalizados em favor da liberdade, em sus múltiplos perfis, de modo a realizar em favor dos sujeitos da sucessão um contributo na manutenção, no exercício ou na promoção de sua liberdade, evidenciando ainda os três modelos ideológicos pelos quais o direito pode apreender a liberdade. Revisitando o direito sucessório brasileiro, constata que embora se encontre estruturado na dualidade entre sucessão legítima e testamentária, cada qual norteada por valores próprios – igualdade na primeira, liberdade na segunda - apresenta pontos de interferência recíproca entre estes regimes que permite contatar espaços de liberdade na sucessão legítima e também de espaços de restrição à liberdade na sucessão testamentária, e nesta medida, espaços de potenciais conflitos envolvendo a prevalência de um ou de outro.

Sua terceira parte (1.3) problematiza o exercício de liberdade nesta polaridade de interesses entre autor da herança e herdeiro, especialmente quando a liberdade testamentária atinja o núcleo rígido da igualdade ou reduza drasticamente a liberdade do sujeito a quem é dirigida. Cogita-se, especificamente, de critérios para se aferir a validade (ou invalidade) de disposições testamentárias que possam ser discriminatórias, como aquelas que apresentem como elemento de distinção a origem da filiação ou o gênero do beneficiado, ou que impliquem drástica redução a uma liberdade existencial da pessoa a quem pretende contemplar. Nesta medida, a terceira parte realiza uma dupla função: põe à prova o repensar de como institutos de direito sucessório dialogam e podem dialogar com a liberdade, e confirma que a tese apresentada não se propõe a busca ou defesa de uma liberdade absoluta, mas de contributos à manutenção, exercício e promoção de uma liberdade relacional, que não ignora o outro e se revele coerente com a ordem jurídica vigente e com os valores por ela sufragados.

Por derradeiro, em sua quarta parte (1.4), a pesquisa deixa a dualidade entre sucessão legítima e sucessão testamentária para investigar a existência de um espaço de liberdade conjunto, comum ao autor da herança e aos herdeiros, que permita pelo exercício da autonomia privada a criação de um regime sucessório consensual. Ao constatar a proibição aos contratos que tenham por objeto a herança de pessoa viva, positivada no artigo 426 do Código Civil, busca definir o alcance desta disposição, o que faz ao distinguir pacto, contrato e negócio jurídico, como também ao perquirir as razões históricas da repulsa à sucessão contratual, constatando, ao fim, que inobstante a vedação geral, o direito brasileiro sempre admitiu exceções, e ainda admite uma, notadamente a partilha em vida. Inobstante a pesquisa tenha logrado encontrar um *opt out* que autorize o exercício de liberdade sucessória conjunta, evidencia que a partilha em vida foi sempre considerada "planta exótica"[5] em nosso ordenamento, não tendo, ainda hoje, um modelo jurídico hermenêutico com coerência suficiente a justificar sua utilização na prática jurídica.

O segundo capítulo inicia (2.1) com o desafio de encontrar o ferramental necessário para a proposição de um modelo jurídico hermenêutico para a partilha em vida que possa preencher esta lacuna, já que a despeito de estar expressamente prevista em nossas duas codificações civis, os autores nacionais nunca dedicaram a ela uma obra monotemática[6], cuja profundidade da pesquisa pudesse lhe oferecer um perfil sistematicamente coerente. Assim, justifica o recurso ao direito comparado para buscar mais elementos que possam contribuir com a compreensão do tema, demonstrando como o estudo comparativo entre o direito sucessório de diversos países tem se multiplicado e revelado extremamente valioso nos últimos anos.

Em sua segunda parte (2.2), o capítulo apresenta as premissas metodológicas de aplicação do direito comparado, que não se resume ao direito positivo de outro país, mas tem por objeto o direito em toda sua extensão, especialmente o "direito vivido", revelado nas decisões judiciais e na doutrina especializada. Justifica a seleção do objeto de comparação, notadamente o direito sucessório alemão, suíço e francês, a pesquisa confere primazia ao método funcional de comparação, voltado a encontrar as respostas dadas por outros ordenamentos a um problema comum: ou seja, como estes três ordenamentos permitem o exercício de liberdade conjunta entre os sujeitos da sucessão, sem ignorar que a comparação

---

[5] BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. VI. 8 edição, atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269.

[6] Obra monotemática é aqui tomada como livro, de maior extensão. Há, inobstante, quase uma dezena de artigos nacionais sobre o tema e comentários aos dois artigos do Código Civil a ela dedicados, um em cada codificação.

permitirá ainda a crítica ao nosso próprio ordenamento e um repensar que possa tomar em consideração soluções ou obstáculos não debatidos em âmbito nacional.

Na sequência, o capítulo apresenta um compêndio do direito sucessório alemão (2.3), com foco nos pontos que revelam como este incorpora e permite os diversos exercícios de liberdade aos sujeitos da sucessão, bem como uma síntese comparativa com o direito sucessório brasileiro. O mesmo é feito em relação ao direito sucessório suíço (2.4) e francês (2.5).

Realizada a comparação, o terceiro capítulo propõe um modelo jurídico hermenêutico que permita a conformação de interesses entre os sujeitos da sucessão, o que faz em duas partes. Principia (3.1) apresentando a conveniência de um espaço de liberdade conjunta, apto a superar a polaridade de interesses entre os envolvidos e criar um regime jurídico próprio, fruto da autonomia privada, que de certo modo responde aos clamores por liberdade há tanto dirigidos ao direito sucessório. Esta aptidão decorre da admissão da partilha em vida como exceção legal à proibição aos pactos sucessórios, e permite questionar se esta proibição seria mesmo um paternalismo autoritário ou, admitido a partilha em vida como um *opt out,* seria em verdade expressão de um paternalismo libertário.

Verificada a pertinência, propõe um perfil dogmático para a partilha em vida (3.2), o que faz primeiro ao reconhecer que partilha em vida é um gênero, composto pelas espécies partilha em vida por disposição de última vontade e partilha em vida contratual. Face as robustas distinções entre estas espécies, seria temerária a proposta de um modelo jurídico unitário para o gênero, a recomendar a construção de um perfil dogmático para cada espécie. Apresenta, assim, uma proposta de modelo hermenêutico para a partilha em vida por disposição de última vontade e para a partilha em vida contratual, cada qual com requisitos e efeitos próprios.

Pelos perfis apresentados e nos limites do que se propõem, a partilha em vida revela especial aptidão para incorporar a função como liberdade, ou seja, para contribuir com a manutenção, o exercício ou a promoção da liberdade em âmbito sucessório. Inobstante a partilha por disposição de última vontade se revele apenas mais uma das dimensões da liberdade testamentária, a partilha em vida contratual confirma a hipótese de que há no direito sucessório brasileiro um espaço de liberdade conjunta, apto não apenas a permitir o exercício como a promover a liberdade dos sujeitos em substancial extensão. Ao fim, valendo-se uma vez mais da alegoria de Zimmermann, talvez seja possível afirmar, também em relação ao direito

sucessório brasileiro, que a "Cinderela parece estar prestes a se transformar numa bela princesa"[7].

Metodologicamente, a maior parte da pesquisa seguiu o método dedutivo, tendo por objeto preponderante a revisão da literatura, que compreendeu obras em língua portuguesa, inglesa, espanhola, francesa, alemã e em latim. Adverte-se desde logo que o autor não domina todos estes idiomas, e que o acesso e compreensão aos mesmos somente foi possível graças ao Instituto Max Planck de Direito Internacional e Comparado, sediado em Hamburgo, na Alemanha, onde foi realizada parte substancial da pesquisa. Para além de viabilizar o acesso e contato do pesquisador com milhares de obras de dezenas de países, o Instituto ainda franqueia a utilização do tradutor DeepL, em seu plano mais avançado, que para além da tradução conta com inteligência artificial para identificação da área de conhecimento daquele texto e, consequentemente, melhor filtragem da base de dados e tradução mais precisas, com resultados equivalentes ou mesmo superiores ao que uma pessoa que domine o idioma em nível avançado poderia realizar.

No que se refere às fontes históricas, adverte-se que esta não é uma tese sobre história do direito, tampouco tem a pretensão de apresentar a historiografia dos institutos que abordou. A utilização das fontes históricas se justifica por três razões. Primeiro, pelo autor considera-las verdadeiramente essenciais para a compreensão do tema, o que se confirmou, entre outras vezes, ao se traçar o perfil dogmático da partilha em vida por disposição de última vontade. A segunda, em razão das poucas fontes contemporâneas sobre a partilha em vida, seguramente insuficientes ao objetivo da tese, além de qualitativamente os textos que abordaram o tema tendo por referência o Código Civil de 1916 o terem feito em maior profundidade. Terceira, em razão do próprio objeto da pesquisa, já que os institutos de direito sucessório que podem ser funcionalizados em favor da liberdade são todos seculares, a tornar míope a análise que se resuma à formatação que apresentam na contemporaneidade.

---

[7] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2.

1. UM DIÁLOGO ENTRE SUCESSÃO E LIBERDADE(S)

1.1. PARTIDA: A DUPLA CRISE DO DIREITO SUCESSÓRIO

Ao Direito das Sucessões tem sido comumente atribuída a pecha do engessamento[8], de ser um ramo do Direito Civil que se apresenta como reflexo de um tempo passado[9], já velho e roído, deixado de lado tanto pelo legislador quanto pela doutrina, o que explicaria, na feliz alegoria de Reinhard Zimmermann, que "tenha levado a modesta existência de uma Cinderela negligenciada"[10].

Torquato Castro, membro da comissão revisora e elaboradora do Código Civil de 2002 a quem foi atribuído o livro do Direito das Sucessões já constatava que nesta matéria "ainda estamos ligados àqueles velhos processos europeus das sucessões por estirpe genealógica, que está desaparecendo aos poucos. Esses resquícios recebemos do Brasil-Colônia, mas naturalmente não temos muita coisa que ver com isso"[11].

É justamente esse perfil de uma "Cinderela negligenciada", já verificado por oportunidade da elaboração do Código Civil de 2002 e por ele não modificado, que pode autorizar o transplante da expressão consagrada por Lamartine Corrêa de Oliveira na espacialidade na pessoa jurídica[12] para o campo do Direito Sucessório, também abalado por uma "dupla crise", de sistema e de função.

---

[8] Por todos: BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidade e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). Contratos, Família e Sucessões. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 279;

[9] "Observa-se que, à diferença de outros campos do direito civil, mais permeáveis às transformações do tempo, o direito sucessório não apresentou alterações significativas, apesar de louváveis esforços doutrinários. Por isso, a crítica de Perlingieri ao direito italiano é igualmente pertinente ao Brasil. Segundo o autor, a comparação entre a disciplina sucessória e a realidade atual reforça a convicção de que o direito das sucessões exige uma reforma absoluta, que não se limite à modificação setorial de uma ou mais disposições consideradas individualmente, mas que corajosamente aspira a reformular a matéria como um todo. É necessário garantir soluções adequadas aos novos problemas, prontas para desempenhar uma função mais compatível com a sociedade em mudança" (CASTRO, Isabella Silveira de. Testamento: capacidade, formalidades e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 38).

[10] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2. No original: "this explains why the law of succession has for a considerable time led the modest existence of a neglected Cinderella".

[11] CASTRO, Torquato. 9ª Reunião de instalação dos trabalhos, em 14 de agosto de 1975. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406/2002. Tomo I. Brasília: Edições Câmara, 2012, p. 370.

[12] A expressão foi consagrada por José Lamartine Corrêa de Oliveira ao denunciar a dupla crise da pessoa jurídica, uma de sistema, outra de função, e é adotada na pesquisa como reverência e agradecimento à Universidade Federal do Paraná, onde o autor foi professor titular.

Advertia o professor titular da Universidade Federal do Paraná que por maior que seja o esforço do legislador em tentar apreender a realidade, e mesmo quando é bem-sucedido na tarefa, há sempre um inevitável descompasso entre a imagem e sua projeção, que pode ser já contemporâneo à previsão normativa, ou se desenvolver e aumentar ao longo do tempo em razão das dinâmicas alterações no plano realidade vivida. A crise de sistema emergiria, pois "quando a norma não mais qualifica adequadamente o *ser* que ela regula, o *sistema* entra em crise"[13].

As vicissitudes da realidade ordenada pelo Direito Sucessório, sobretudo considerando as alterações referentes à família e a expectativa de vida que informaram o sistema de direito positivo, parecem justificar a constatação de uma crise de sistema.

O regime sucessório vigente se mantém em boa parte atrelado ao regime da codificação de 1916. Sob a ótica da sucessão legítima, as alterações entre Codificação do século XX e XXI se concentram, em maior parte, nas relações de conjugalidade, notadamente por tornar o cônjuge herdeiro necessário, instituir sua concorrência com os herdeiros de primeira e segunda classe da vocação hereditária e estabelecer um regime jurídico próprio à sucessão do companheiro, que viria a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Estas modificações foram motivadas pela alteração do regime legal de casamento da comunhão universal de bens para a comunhão parcial, em nítida tutela protetiva do cônjuge e atenta a unidade sistêmica do Direito Civil, reconhecendo que uma alteração no Direito de Família reflete, também, no Direito Sucessório.

Se esta premissa é verdadeira, o Direito das Sucessões foi bem-sucedido em acompanhar algumas das mudanças legislativas, mas falhou na tarefa quanto a realidade social das famílias, cujo modelo de organização e, sobretudo, reconstrução passou por consideráveis modificações. Como afirmou Pontes de Miranda, "ainda onde o Direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou"[14].

O censo realizado pelo IBGE em 2010 constatou empiricamente a travessia do modelo tradicional de família, fundado no casamento, para modelos dúcteis e dinâmicos, que se constroem, se dissolvem e se recompõe ao longo do tempo[15]. Vale o excerto que sintetiza tal conclusão:

---

[13] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 607.

[14] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Prefácio. Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.

[15] "Das cerca de 57 milhões de unidades domésticas recenseadas em 2010, 6,9 milhões eram unidades unipessoais, ou seja, pessoas que viviam sozinhas (12,1%), quase 50 milhões eram ocupadas por duas ou mais pessoas com

> "A temática da família sempre foi preocupação de demógrafos, sociólogos, antropólogos e historiadores. As mudanças que têm ocorrido no seu interior, quanto a sua forma de organização e níveis de reprodução, têm sido observadas e apontam para uma diversidade maior em relação aos tipos de famílias. A esperança de vida aumenta cada vez mais, mas, por outro lado, as taxas de fecundidade diminuem. As famílias atuais passam a ter mais avós e netos. Os arranjos familiares são menos tradicionais, cresce o número de uniões consensuais e, com o aumento dos divórcios, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas, nas quais os filhos podem ser apenas de um dos cônjuges. Outro efeito conhecido das separações e dos divórcios é o aumento do número de crianças que crescem em famílias monoparentais"[16].

Uma das conclusões centrais da pesquisa, para a transformação da realidade que aqui se sustenta, foi a constatação de que "os arranjos familiares são menos tradicionais, cresce o número de uniões consensuais e, com o aumento dos divórcios, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas". É este o retrato da família brasileira, apurado poucos anos após a vigência do Código Civil, que demonstra a indiferença das regras da sucessão legítima face estes novos arranjos familiares[17].

Esta reconstrução das conjugalidade teve imediato reflexo no âmbito das relações parentais, notadamente pela união de casais que levavam consigo para o novo lar conjugal os filhos advindos dos relacionamentos anteriores, fenômeno intitulado por Waldyr Grisard Filho como famílias reconstituídas[18]. Ainda segundo o IBGE, "16,3% das famílias únicas e conviventes principais formadas por casais com filhos podem ser consideradas famílias reconstituídas"[19], a evidenciar tratar-se de parcela substancial das famílias, em número superior a quatro milhões, que, no entanto, não encontram qualquer respaldo nas regras de sucessão, inobstante seu objeto seja justamente a família: nada há em relação aos enteados, tampouco se procedeu a atribuição de maior liberdade ao autor da herança, aos herdeiros ou a ambos para a construção de uma normatividade concreta que pudesse apreender esta nova realidade vivida.

O Direito das Sucessões, portanto, está construído sobre um modelo de família próprio de outro tempo, permanecendo, assim, alheio às transformações do(s) modelo(s) de família.

---

parentesco (87,2%), com diferentes configurações, totalizando 54,3 milhões de famílias. Cerca de 400 mil unidades domésticas não contavam com pessoas aparentadas entre si (0,7%)" (*Censo Demográfico 2010: características da população e dos domicílios* / IBGE. Rio de Janeiro: IBGE, 2011, p. 65).

[16] IBGE. *Censo Demográfico 2010: famílias e domicílios* / IBGE. Rio de Janeiro: IBGE, 2011, p. 64.

[17] Salutar lembrar que a maior parte das regras sobre Direito de Família encontram-se no Código Civil, sendo que o atual diploma, embora promulgado em 2002 e com vigência iniciada em 2003, é fruto de projeto elaborado na década de 1970, e portanto formulado com vistas às famílias brasileiras daquela temporalidade.

[18] GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

[19] IBGE. *Censo Demográfico 2010: características da população e dos domicílios / IBGE*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011, p. 76.

O mesmo se dá em relação ao substancial aumento da expectativa de vida do cidadão. No acender das luzes do século XIX, o Código Civil dos franceses, de inegável influência para as codificações civis brasileiras[20], voltava os olhos a uma sociedade na qual a expectativa de vida era de 40 anos[21], contexto que justificava a imposição de uma sucessão legítima voltada à proteção dos filhos, que ao tempo da morte dos pais ainda não haviam se estabelecido economicamente[22].

No Brasil do Código Beviláqua, a expectativa de vida do homem era de apenas 33 anos (em 1920)[23], que mais do que justificar, exigia um âmbito de proteção aos descentes, ainda menores de idade quando da abertura da sucessão. De acordo com dados do IBGE, em 1970, um ano após a nomeação da comissão para elaboração do que viria a se tornar o Código Civil de 2002, a expectativa de vida ao nascer passou para 54,6 anos para os homens, idade em que os descendentes já teriam ao menos iniciado a vida profissional, e em 2022, a expectativa de vida do brasileiro ao nascer passou para 72 anos para os homens e 79 para as mulheres[24], a permitir a presunção de que os filhos, majoritariamente, já estarão economicamente estáveis. Não há registro de que qualquer alteração legislativa do Direito Sucessório tenha levado tais dados em consideração.

Quando os perfis que inspiraram o Direito Sucessório se afastam daquele que representa seu objeto na realidade vivida, notadamente a família e a pessoa, é natural que estes aspirem, se não mesmo demandem, se não uma revisão geral da codificação, ao menos instrumentos que a permitam construir, com as próprias forças e de acordo com seus interesses concretos, uma normatividade coexistencial fundada no exercício de liberdade positiva[25]. É

---

[20] SALOMÃO, Luis Felipe. MORAES, Luciano Oliveira de. A necessária atualização do Código Civil no Brasil e o papel do Superior Tribunal de Justiça. Biblioteca Digital do Senado Federal. Brasília, 2024.

[21] Em 1820 a expectativa de vida na França atingia os 40 anos, ao passo que em 2010 chegou quase aos 80. Em comparação, a expectativa de vida no Brasil em 1920 era de 33 anos, chegando aos 73 em 2010. VAN ZANDEN, J.L. et. al. (eds). How was life?: Global Well-being since 1820. OECD Publishing. 2014. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/economics/how-was-life_9789264214262-en#page3. Acesso em 20/09/2019.

[22] WAAL, Marius J. A comparative overview. In: REID, Kenneth G C, WAAL, Marius J de, e ZIMMERMANN, Reinhard. Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative. v.5. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007, p. 7.

[23] VAN ZANDEN, J.L. et. al. (eds). How was life?: Global Well-being since 1820. OECD Publishing. 2014. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/economics/how-was-life_9789264214262-en#page3. Acesso em 20/09/2019.

[24] IBGE. Em 2022, expectativa de vida era de 75,5 anos. Publicado eletronicamente em 29/11/2023. Disponível em https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/38455-em 2022-expectativa-de-vida-era-de-75-5-anos.

[25] É justamente a travessia da família-totalidade (concebida como instituição) cujos interesses se sobrepunham e subordinavam seus integrantes para a família-feixe de relações (eudemonista), cuja função é o oferecimento de um espaço de autoconstituição singular de seus membros, que reside uma dimensão funcional centrada na liberdade, não apenas em sua acepção negativa, mas também positiva e enquanto efetividade. Neste sentido, PIANOVSKI

sintomático desta constatação o recente despertar do interesse doutrinário pela "arquitetura do planejamento sucessório"[26].

Há, aí, a crise de sistema, ante o descompasso entre a norma e a realidade por ela regulada, como já antevia Lamartine Corrêa e, ainda na aurora do século XX, Jean-Étienne-Marie Portalis, ao apontar ainda nas discussões preliminares ao primeiro projeto do Código Napoleão que o legislador "não deve perder de vista o facto de que as leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis; que elas devem ser adaptadas ao carácter, aos hábitos e à situação do povo para o qual são feitas"[27].

Em paralelo, e em boa parte como decorrência da crise de sistema, o Direito Sucessório brasileiro vivencia também uma crise de função, pois como antevisto por Lamartine Corrêa de Oliveira, o legislador deve respeitar não apenas o plano ontológico, mas também "guardar uma segunda e fundamental fidelidade: a fidelidade axiológica"[28], pois:

> "A ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados valores, sem os quais ela não tem justificativa possível. Tais valores radicam, em última análise, na dignidade da pessoa humana, na fundamental existência de direitos dos homens, e de igualdade entre todos os homens"[29].

O Direito Sucessório, como conjunto normativo desta ordem, se estrutura sobre uma duplicidade de regimes jurídicos (regime da sucessão legítima e da sucessão testamentária), cada qual com funções próprias e, entre si, por vezes confrontantes.

Por meio da sucessão legítima e sobretudo da garantia da parcela reservada, o direito sucessório adota regime nitidamente paternalista de proteção à família, visando a preservação

---

RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 316 e 323.

[26] A referência toma por objeto as obras coletivas coordenadas por Daniele Chaves Teixeira, com este título e publicadas pela Editora Fórum, contando já com três tomos e quase uma centena de contribuições.

[27] PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801). Édition électronique a été réalisée par Claude Ovtcharenko. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, p. 14. No original: "Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou droit bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles; qu'enfin, il n'appartient de proposer des changements, qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer, d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État".

[28] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

[29] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

do patrimônio neste grupo de sujeitos, e aos herdeiros necessários, inclusive por meio de normas de ordem pública, inderrogáveis e que atribuem ao magistrado e aos demais sujeitos do processo sucessório o dever de fiscalização e observância de tais regras protetivas dos herdeiros, de inegável rigidez. Já no campo da sucessão testamentária, sua preocupação é quase exclusivamente a liberdade atribuída ao autor da herança para dispor, da forma como melhor que convier e com pouquíssimas restrições, da parcela disponível de sua herança.

Nesta medida, o direito sucessório vivencia também uma crise funcional, pois embora se pretenda protetivo, ignora os recorrentes anseios por maior liberdade dos sujeitos concretos[30] e acaba por engessar a autonomia mesmo em situações que demandam um regime personalizado, como no caso das famílias compostas por um herdeiro incapaz, por cônjuge desprovido de rendimentos ou, em outra realidade, por negócios rurais e empresas familiares cuja continuidade depende da não fragmentação do patrimônio.

Submetidas ao banco de provas da realidade, estas funções podem não estar sendo cumpridas pelo Direito Sucessório.

No âmbito da sucessão legítima, funcionalizada a proteção da família, na medida a assegurar a continuidade do patrimônio, e dos herdeiros necessários, especialmente para resguardá-los do arbítrio do testador, as evidências empíricas e as críticas doutrinárias são reveladoras de sua ineficiência.

No que concerne à manutenção do patrimônio familiar, a função tem por objetivo último a garantia de meios materiais que permitam a manutenção ou subsistência da família e de seus integrantes, até porque o próprio exercício de liberdades pressupõe condições econômicas mínimas para que possam ser exercidas, a justificar a proteção constitucional a um patrimônio mínimo[31]. A rigidez da estrutura, porém, não parece atender a esta função. De modo geral, é possível sustentar que os rendimentos familiares tenham, em regra, três fontes: as forças do trabalho, a atividade empresarial ou os frutos civis de patrimônio, ordinariamente organizado dentro de uma estrutura empresarial. Pressuposta a morte do autor da sucessão, torna-se inviável a manutenção dos rendimentos frutos do trabalho pessoal, concentrando-se os meios de subsistência nas empresas e no patrimônio.

O atual regramento da sucessão legítima, ao qual é atribuída a pecha do engessamento, ao contrário de proteger estas fontes de manutenção da família, a arruína. Segundo pesquisa

---

[30] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 2.
[31] FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

realizada no ano de 2019, aproximadamente 90% das empresas no Brasil são familiares: e nelas estão incluídas desde a pequena padaria ou mercearia, em que laboram apenas os membros da própria família e cujo faturamento é integralmente destinado à manutenção daquele grupo, até grandes agentes econômicos que empregam milhares de trabalhadores e distribuem dividendos não só à família que detém seu controle acionário como também a centenas de outros acionistas.

Em boa medida pela rigidez do direito sucessório[32], apenas 30% destas empresas consegue chegar à segunda geração e ínfimos 5% até a terceira geração[33]: ou seja, já na primeira sucessão familiar (em que o patrimônio é transmitido para a segunda geração), 70% das famílias empresárias acabam extirpadas de sua fonte de rendimentos. Permitida a alegoria, o modelo de sucessão legítima acaba por matar a galinha dos ovos de ouro.

A título elucidativo, grandes grupos empresariais como o Itaú Unibanco (Moreira Sales e Setubal), JBS (Batista), Novonor (Odebrecht e Gradin), Gerdau (Gerdau Johannpeter) e Votorantim (Moraes), WEG (Voigt, Silva e Werninghaus) são, em verdade, empresas familiares que a cada geração enfrentam o dilema da normatividade posta lhes conferir baixo grau de liberdade na construção da sucessão empresarial, dilema este ao qual já se deparavam as famílias empresárias pelo menos desde o século XIX, como é exemplo o intrincado processo de sucessão familiar desenhado pelo conde Matarazzo para salvaguardar os negócios familiares[34].

Reflexo de igual gravidade se projeta nas sucessões da classe média, em que a regra abstrata e determinante de uma igualdade formal impõe a divisão do único ou dos poucos bens bem frutífero titularizado por uma família entre todos os herdeiros legítimos. A impossibilidade de divisão cômoda acabará por levar a uma alienação judicial do bem, hipótese em que a experiência demonstrou ser vendido por valor inferior ao seu valor venal, ou mesmo a sempre indesejada instituição de condomínio, "fonte inesgotável de discórdia"[35]. Contraposto à prova da realidade, o regime da sucessão legítima não parece estar se mostrando eficiente no cumprimento da proteção da família por meio da preservação patrimonial.

---

[32] ALMEIDA, Emerson de. A Sucessão Como ela é: de sentimentos a jogos políticos nas organizações. São Paulo: Editora Benvirá, 2016.

[33] Empresas Familiares assumem liderança de mercado. Revista Exame. Janeiro de 2019. Disponível em https://exame.abril.com.br/negocios/dino/empresas-familiares-assumem-lideranca-de-mercado. Acesso em 11/09/2019.

[34] RODRIGUES, Marcelo; VILELA, Renato. Família Matarazzo: as práticas de governança e o planejamento sucessório de duas gerações. In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). Empresas familiares: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Noeses, 2015, p. 1-44.

[35] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 438.

Em âmbito individual, talvez de maior relevância dada a pluralidade de modelos e a função eudemonista da família contemporânea, a sucessão legítima também não parece ser eficiente na proteção dos herdeiros enquanto pessoas concretas[36] e dotadas de características e necessidades próprias. No partilhar dos bens, a igualdade formal da sucessão legítima em muitos casos acaba por infirmar a própria função protetiva[37]. Cogitando novamente na família de classe de média, proprietária de apenas um ou de alguns bens que gerem frutos aos herdeiros, parece inexorável que a impossibilidade de divisão cômoda implicará alienação do bem, e assim, da fonte de renda, ao passo que a constituição de condomínio, pelo qual cada condômino terá direito aos frutos da coisa proporcionalmente à fração ideal que dele possuir.

Nesta medida, a proteção se revela meramente abstrata, e atribuirá a um herdeiro que já possui plena capacidade econômica o direito a rendimentos do bem indiviso em idêntica proporção ao cônjuge sobrevivente, que até então usufruía do bem partilhando seus frutos apenas com o falecido, e a outros descendentes que, em concreto, possuam vulnerabilidade que lhes tornem economicamente dependentes daqueles rendimentos, como um descendente com deficiência que impeça ou ao menos restrinja seu acesso ao mercado de trabalho. Ou seja, os bens frutíferos (como imóveis locados) acabam se dilapidando pela necessidade de imediata divisão em os múltiplos herdeiros necessários, quando a função anunciada da sucessão legítima somente seria realizada por meio do maior direcionamento deste patrimônio aos sujeitos concretos cuja vulnerabilidade os tornem dele mais carecedores. São estas, entre outras razões, que levaram a doutrina a apontar a "crise da legítima no Direito brasileiro"[38].

A isso some-se a insuficiência do direito real de habitação, que além de apenas resguardar ao cônjuge o imóvel de finalidade residencial, ignorando que a manutenção de tal imóvel e da própria subsistência dependerá de uma fonte de renda que não é por ele compreendida, ignora ainda a realidade do herdeiro, usualmente do gênero feminino e não integrado ao mercado de trabalho, que exerce os cuidados dos pais idosos na última fase de suas

---

[36] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 2.

[37] "No campo do direito sucessório, a mudança revela-se imperiosa. Primeiro porque a disciplina da sucessão foi desenhada para a proteção da unidade diretiva da família, concebida como célula menor do estado: "a família legalmente formatada, destarte, seria transpessoal. Ou seja, não se voltaria à realização pessoal do indivíduo, mas à consecução de interesses que transpunham a individualidade de seus membros". Contudo, "o direito brasileiro contemporâneo não tutela a família ensimesmada, mas a pessoa, que pode ou não se inserir num agrupamento familiar" (CASTRO, Isabella Silveira de. Testamento: capacidade, formalidades e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 37).

[38] NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no Direito brasileiro. In: RODRIGUES; Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 263-277.

vidas. Como constatam Ana Carla Harmatiuk Matos e Isabela Hümmelgen, "essas mulheres que viveram seus últimos anos na residência da pessoa falecida ficarão desprotegidas, pois o bem de moradia vai passar para a integrar o processo de inventário e partilha"[39], a relevar o emergir de outra situação disfuncional no atual Direito Sucessório.

Nenhuma destas situações, note-se, decorre da temida arbitrariedade do testador, tampouco é solucionada ou evitada pelo resguardo da parcela necessária destinada aos herdeiros mais próximos que a titularizam. Talvez a excessiva atenção dada ao controle do testador seja uma das razões que levaram, ao longo dos últimos séculos, à ineficiência da sucessão legítima na realização concreta das funções protetivas a ela atribuídas, que no mais das vezes decorrem das amarras da igualdade formal sobre a qual foi construída.

De outro lado, a sucessão testamentária apresenta como função a conservação e promoção da liberdade patrimonial do autor da herança, decorrente do poder de disposição que em vida lhe é atribuído como um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, para que possa designar o destino da parcela disponível de sua herança (ainda que parcialmente), da forma como melhor que convier e com pouquíssimas restrições. Não por outra razão o instrumento de realização deste regime permanece sendo um negócio jurídico unilateral, e, portanto, independente da atuação de qualquer outro sujeito; sempre revogável, a garantir a perenidade da liberdade testamentária ao longo da vida do testador; e cuja interpretação deve ser guiada para a solução "que melhor assegure a observância da vontade do testador"[40].

O testamento, porém, tem se mostrado ineficiente na efetivação da função que lhe foi atribuída, levando os titulares do patrimônio a recorrer a outros instrumentos para realizar esta função, fenômeno que se verifica não apenas no Brasil como também na experiência estrangeira[41].

Entre nós, Anderson Schreiber e Felipe Ribas denunciam desincentivos jurídicos à realização do testamento, como o excesso de formalismo que pode levar a sua invalidação, a necessidade de abertura de processo judicial para sua validação e cumprimento, além das sucessivas alterações de entendimento pela jurisprudência, que representa a antítese da segurança e previsibilidade esperadas pelo testador.

---

[39] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74.

[40] Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

[41] LANDAU, Eve Chava. Non-testamentary acts affecting the devolution of an estate. In: DROBNIG, Ulrich (ed.). Encyclopedia of Comparative Law. Volume V: Succession. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

Em consequência, cada vez mais tem se constatado o que os autores chamaram de "a fuga do testamento", buscando o titular do patrimônio a concreção das funções originalmente atribuídas ao testamento por meio de outras figuras jurídicas, como seguros de vida, planos de previdência privada (PGBL e VGBL) e mesmo por um Trust constituído em jurisdições estrangeiras que os admitem[42], sem referir ao usual recurso a estruturas empresariais desprovidas de atividade operacional, constituídas com a função primária de criar um regime (societário) que faça as vezes das regras testamentárias mais restritas.

Esta fuga do instrumento central da sucessão testamentária é especialmente reveladora da sua crise de função, pois, como definiu Lamartine Corrêa de Oliveira: "à medida que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com os valores reitores da ordem jurídica, já uma crise da função do instituto"[43].

É preciso aqui atentar para outra dimensão, percebida pela genialidade do professor titular da Universidade Federal do Paraná e usualmente ignorada no âmbito da sucessão testamentária: uma crise de função não se limita a incapacidade de concretização dos objetivos ou contributos perseguidos ou exigidos de certo instituto jurídico, mas também quando contrastam com os valores reitores da ordem jurídica.

Partindo uma vez mais da premissa de que o Código Civil dos franceses teve inegável influência sobre as codificações brasileiras, a constatação de que aquela codificação via na sucessão testamentária um espaço de liberdade praticamente alheio a interesses ou valor externos[44] abre espaço para perquirição também de uma crise funcional a partir do descompasso entre a sucessão testamentária, construída e que ainda se mantém erigida a partir de alicerces

---

[42] SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 343-359.

[43] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

[44] "Este Código é uma base fundamental da nossa liberdade civil; deu aos direitos privados e à liberdade do pai de família e do proprietário o mais amplo alcance. Por toda a parte, favoreceu as combinações mais liberais. Em vão se procuraria uma lei mais espiritualizada, mais liberta do império das formas materiais, da intervenção usurpadora do Estado, das pretensões abusivas do interesse coletivo sobre o interesse individual, do que uma legislação que, em poucas palavras, atribui apenas à palavra do homem o poder de transmitir a propriedade a título oneroso, e a um simples documento holográfico o direito de dispor dela para além do túmulo" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface, p. 4). No original : "Ce Code est une assise fondamentale de notre liberté civile; il a donné aux droits privés et à cette liberté du père de famille et du propriétaire, les plus amples développements. Partout, il a préféré et fait prévaloir les combinaisons les plus libérales. L'on chercherait en vain un droit plus spiritualisé, plus dégagé de l'empire des formes matérielles, de l'intervention usurpatrice de l'État, des prétentions abusives de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, que dans une législation qui, pour tout dire d'un mot, assure à la seule parole de l'homme la puissance de transférer à titre onéreux la propriété, et à un simple écrit olographe le droit d'en disposer au delà du tombeau".

da modernidade, e os valores basilares incorporados pelo ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, definidores do próprio conteúdo da "ordem pública" nacional. A perspectiva ganha ainda maior relevo em razão do projeto do Código Civil atualmente vigente datar da década de 1970, e, portanto, ter sido pensado a partir de uma ordem jurídica quase duas décadas anterior à Constituição vigente, a deflagrar a necessidade de revisão dos limites desta liberdade em atenção aos valores perseguidos pelo projeto constitucional.

Encerra a crise de função o óbice legal à construção de normatividades específicas e concretas para a sucessão de um determinado grupo familiar, por meio das quais seus integrantes, no exercício da autonomia privada, seriam capazes de se afastar do regramento legal da sucessão que se mostre funcionalmente ineficiente na realidade vivida por aquela família e estabelecer entre si pacto ou contrato sucessório que contenha um regramento efetivamente capaz de dar concretude às funções sucessórias da proteção do patrimônio, dos integrantes da família e da liberdade de disposição de seu autor, em extensão apta a colmatar interesses e vulnerabilidades. A proibição da contratualização da herança de pessoa viva, positivada no artigo 426 do Código Civil, parece hoje estar descolocada no tempo: de um lado, parecem não subsistir as razões que, ainda no tempo do direito romano, lhe deram origem; de outro, inviabiliza a realização de interesses concretos hoje sufragados e mesmo perseguidos pela ordem jurídica.

Estas constatações permitem transplantar a dupla crise antevista por Lamartine Corrêa de Oliveira em outra espacialidade para o campo do Direito Sucessório.

De um lado, sua atual estrutura foi pensada para uma família nuclear e patriarcal, em que o cônjuge mulher não participava do mercado de trabalho e cujos bens se concentravam na figura do patriarca, que em razão da expectativa de vida atingir meros 33 anos de idade, falecia deixando seus descendentes ainda incapazes e dependentes da herança para manter a própria subsistência, evidenciando notório descompasso entre a realidade normativa e a realidade vivida que permite afirmar uma crise de sistema. De outro, a aplicação concreta desta estrutura se revela ineficiente, senão mesmo inapta, a consecução das funções protetivas e libertárias às quais se propõe, a justificar a aceitação também de uma crise de função.

Ao fim, esta "dupla crise" desnuda que a normatividade vigente não mais encontra alicerces ao se questionar *a quem serve* a sucessão legítima, resposta que dependerá, sempre, do recorte de espacialidade e temporalidade que pretende tutelar, tampouco *a quem serve* a liberdade testamentária, mormente tendo em vista os parcos limites axiológicos a ela impostos pela legislação, e, por fim, *a quem serve* a proibição de autorregulamentação sucessório entre todos os sujeitos da sucessão, materializada no interdito aos contratos sucessórios e que acarreta

inegável déficit ao exercício conjunto de autonomia privada pelos sujeitos da sucessão familiar.

A constatação desta dupla crise, porém, é apenas o ponto de partida.

A afirmação de Yuval Noah Harari de que "toda crise é também uma oportunidade"[45] explica o recente despertar do interesse da doutrina pelo Direito Sucessório, não só no Brasil como também no Direito Comparado, a referendar a feliz e otimista alegoria de Reinhard Zimmermann de que "a Cinderela parece estar prestes a se transformar numa bela princesa"[46].

É este também o ponto de partida da presente pesquisa, que ao assumir a existência da crise, propõe uma releitura do Direito Sucessório, informado pelos valores integrantes da atual ordem jurídica e atento aos inputs da realidade vivida, especificamente a partir de uma possível funcionalização de seus institutos em favor de liberdade(s), como originalmente proposto por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk[47].

Esta releitura tem na sua antessala a compreensão de que em uma sociedade que se pretende plural, a liberdade, enquanto significante dotado de diversos significados, não pode ser incorporada em uma única acepção. Pelo contrário, deve ser apreendida em suas múltiplas acepções ou perfis, como, dentre outros, o da liberdade negativa, positiva, substancial e de liberdade enquanto não subordinação[48].

Ainda como pressuposto, a pesquisa objetiva relevar que o Direito não é neutro, e menos ainda o é o Direito Sucessório, cujo regramento historicamente foi construído para a manutenção ou implementação de um dado sistema político ou social. Nesta ordem de ideias e ideais[49], a releitura reconhece a existência de ao menos três macromodelos de apreensão da liberdade, cada qual marcado pelo diferente grau de realização da mesma: o liberalismo clássico, voltado a sua ampla, mas não irrestrita, realização; o paternalismo autoritário, que propõe sua restrição, e por vezes até mesmo aniquilação, em favor de outros interesses socialmente relevantes; e por fim o paternalismo libertário, vocacionado a direcionar o exercício de liberdade dos indivíduos a escolhas consideras melhores para eles próprios, revelando assim uma finalidade protetiva, sem lhes tolher a possibilidade de, conscientemente

---

[45] HARARI, Yuval Noah. Toda crise é também uma oportunidade. Tradução de Kelly Cristina Pereira de Morais. O Correio da UNESCO. Paris, jul.-set. 2020, nº 2, publicação eletrônica, p. 48-53.
[46] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2.
[47] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
[48] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
[49] A expressão original é de Luiz Edson Fachin (FACHIN, *Direito Civil.* Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015).

informados, optar por escolhas diversas.

As constatações aferidas nesta antessala permitirão dar os primeiros passos da releitura libertária ora proposta, desafiando a vigente estrutura bipolar de interesses sobre a qual foi erigido o edifício do Direito Sucessório, com janelas que lhe permite visualizar, no cômodo da sucessão legítima, os interesses dos herdeiros, e no cômodo da sucessão testamentária, os interesses do autor da herança, mas cujos vértices parecem deixar pontos cegos na dimensão axiológica da liberdade testamentária, especialmente quando confrontada aos valores da ordem pública hoje vigente, além de não permitir vislumbrar as possibilidades de conformação de interesses entre os habitantes de cada cômodo.

São estes os objetivos perseguidos neste primeiro capítulo a partir da dupla crise vivenciada pelo Direito Sucessório.

1.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DE DIREITO SUCESSÓRIO EM FAVOR DE LIBERDADE(S)

1.2.1. A função como liberdade(s) e as diversas concepções de liberdade

A dupla crise do Direito Sucessório, e sobretudo sua crise de função, constitui singular oportunidade para a proposição de uma releitura de institutos fundamentais como instrumentos a como ferramentas funcionalizadas, também, para a conservação, criação e ampliação de liberdade(s) aos sujeitos da sucessão.

É certo que o Direito Sucessório sempre teve uma função, preenchida e norteada pela ideologia vigente nas diversas espacialidades e temporalidades que se valeram do regime das regras sucessórias para atingir objetivos que extrapolam a mera transmissão de bens.

Em interessante reconstrução dos diversos fundamentos e justificações do fenômeno sucessório, Giselda Hironaka aponta que o mais antigo fundamento conhecido é de ordem cultural e religiosa, pois a sucessão era vista como uma continuidade não apenas do patrimônio, mas das atribuições do *pater famílias* falecido, sobretudo do culto aos antepassados e aos deuses domésticos[50]. Este culto aos antepassados atribuído às gerações que os sucediam seria não só o fundamento do direito sucessório, mas também do direito de propriedade, que passa a ser reconhecida como um direito exclusivo, oponível a todas as pessoas externas à família, na

---

[50] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333.

medida em que a morada constitui o próprio templo da família e local de culto de seus antepassados[51], a apresentar desde então uma ligação estreita entre propriedade e sucessão.

Ao longo dos séculos, os fundamentos religiosos acabaram suplantados por interesses socioeconômicos que perseguiam, sobretudo, "manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos"[52], a justificar, na idade média, o desenvolvimento do princípio da primogenitura. Embora a família fosse o objeto de proteção declarado, parece claro que a prevalência de um ou de outro regime sucessório deve-se em boa medida também a interesses extrafamiliares, e mesmo políticos e ideológicos. Tocqueville, ao analisar a democracia norte-americana e a polaridade entre as sociedades que se desenvolveram a leste do rio Hudson (a nova Inglaterra) e a sudeste deste, encontra como razão (e também como efeito) desta diversidade justamente as regras sucessórias e sua especial aptidão para estabelecer um regime político:

> "Espanta-me que os publicistas antigos e modernos não tenham atribuído às leis sobre as sucessões maior influência na marcha dos assuntos humanos. Essas leis pertencem, é verdade, à ordem civil; mas deveriam ser colocadas à frente de todas as instituições políticas, porque influem incrivelmente sobre o estado social dos povos, de que as leis políticas não são mais que a expressão. Elas têm, além do mais, uma maneira segura e uniforme de agir sobre a sociedade; de certa forma penhoram as gerações antes do nascimento destas. Por elas, o homem e armado de um poder quase divino sobre o futuro de seus semelhantes. O legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa durante séculos: dado o movimento a sua obra, ele pode retirar dela sua mão, a máquina age por suas próprias forças e se dirige como por si só para um objetivo indicado de antemão[53].

A influência do regime sucessório sobre a estrutura social é ilustrada pelo autor a partir de uma dualidade de regramentos e seus efeitos extrafamiliares. O regime sucessório que concentra o patrimônio em uma pessoa faria "a aristocracia jorrar do solo". Quando os domínios da família passam de geração em geração, sempre concentrado em apenas um herdeiro, este concentrará não só a propriedade, mas também o poder que a acompanha, criando assim uma sociedade de desiguais, em que o poder está concentrado apenas nos representantes das famílias fundiárias. A família e a terra permanecem vinculadas, "perpetuando seu nome, sua origem, sua glória, sua potência, suas virtudes", e indiretamente, legitimando e reproduzindo um sistema

---

[51] COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução do original francês por Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
[52] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333.
[53] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 57.

político aristocrático, já que os proprietários de terras, não precisando se preocupar com o labor diário, poderiam se dedicar à educação, à cultura, e também a política, tornando-se ao fim e ao cabo os sujeitos que tomam as decisões pela família e também pela sociedade.

Em outro caminho, a divisão dos bens por meio de partilhas igualitárias tem por efeito pulverizar também o poder entre várias pessoas, deflagrando como efeito direto uma revolução na propriedade, que não apenas muda de dono, como também de natureza ao ser fracionada em porções menores, e como efeito indireto, destrói as grandes fortunas e principalmente as propriedades fundiárias, rompendo a ligação íntima que existia entre o espírito da família e a conservação da terra. A lei das sucessões, agindo sobre a coisa (de divisão impositiva), acaba por agir sobre o homem e sobre a sociedade. Embora a partilha igualitária possa fazer desaparecer tanto as famílias quanto as fortunas[54], também proporciona, no geral, maior acesso da população à educação básica: não mais possuindo terra suficiente como fonte de trabalho e de riqueza, os outrora herdeiros precisam buscar sustento em profissões comuns. Daí Tocqueville afirmar que "na América, há poucos ricos; quase todos os americanos têm necessidade de exercer uma profissão. Ora, toda profissão requer um aprendizado. Logo, os americanos só podem dedicar à cultura geral da inteligência os primeiros anos de vida. Aos quinze eles entram em uma carreira"[55], e cessam o processo educacional.

Na modernidade, ou ao menos na era das codificações, o regime jurídico sucessório presente na quase totalidade das experiências europeias aponta para uma dupla função: de um lado, a de proteção da família, legatária de um sistema de reserva germânico mas também da *querela inofficiosi testamenti* do direito romano, desenvolvida sobretudo no período do principado e do império[56]; de outro, a autonomia do autor da herança para, por meio dela, dispor de seu patrimônio e de sua sucessão de acordo com seus interesses, o que também deita raízes desde o direito romano. Esta duplicidade funcional é confirmada pela coexistência de um regime sucessório legal, ao qual se reserva em maior ou menor parte uma parcela compulsória da herança, e um regime testamentário, quantitativamente limitado por esta.

De certo modo, esta dualidade reflete os valores da igualdade e da liberdade, tão caros à revolução francesa e às transições políticas e sociais que seguiram sua trilha[57]. Empenhados

---

[54] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 57-60.
[55] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 61.
[56] SANTOS JUSTO, António. Direito Privado Romano – V (Direito das sucessões e doações). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 315.
[57] "O direito sucessório, mais do que qualquer outro campo do direito civil, sempre foi considerado uma expressão típica das ideologias e estruturas burguesas, destinada a perpetuar o controle da riqueza e a detenção do poder

em apagar qualquer vestígio do sistema feudal precedente, os revolucionários não tardaram a estabelecer um regime sucessório de divisão igualitária de parte da herança, apagando quaisquer rastros de primogenitura, o que também vinha ao encontro de um projeto de manutenção de um governo composto pela burguesia e elite dominantes, ao afastar as condições materiais que permitissem a existência e continuidade de uma nobreza forte e estável[58]. De outro, garantiram que ao menos sobre parte de seu patrimônio o titular gozasse de liberdade suficiente para dispor até mesmo depois de sua morte, em favor de qualquer pessoa, mesmo estranha a sua família. Liberdade e igualdade passam a guiar as funções do Direito Sucessório.

Seriam estas, ainda, as funções do Direito Sucessório? A crise funcional anteriormente descrita parece indicar uma resposta negativa, o que autoriza questionar até mesmo se o Direito das Sucessões ainda possui sua secular potencialidade de moldar as estruturas políticas e sociais, e também neste ponto, a resposta parece negativa, como constatado por Daniel de Bettencourt Morais:

> "Para alguma doutrina moderna, desde o início do século XX, foi eliminada a possibilidade de impor mudanças sociais com a ajuda do Direito Sucessório, porque, na sociedade pós-industrial, o Direito das Sucessões perdeu a sua função de sustentar a família e de servir de intermediário para o poder económico e social, tendo nela sido substituído pelo Direito dos Seguros, pelo Direito Comercial, pelo Direito Societário e pelo Direito Social'. Mas será, então, de concluir que o Direito
> Sucessório perdeu integralmente a sua função?
> Que este ramo do direito perdeu uma parte das suas funções parece inegável; no entanto, isso parece resultar mais da enorme complexidade da sociedade em que vivemos do que do facto de o Direito das Sucessões já não ter nela nenhuma função a desempenhar. Mais importante e útil do que afirmar a perda da sua função parece ser preparar o Direito Sucessório para os novos desafios que lhe são colocados"[59].

A presente tese vai ao encontro desta constatação, ao verificar na crise de função do direito sucessório uma oportunidade de submetê-lo a uma nova função, mais próxima à realidade social por ele tutelada e aos clamores de seus sujeitos, notadamente a de uma função enquanto liberdades. Para tanto, a tese incorpora como marco teórico a obra original de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, aplicando-a ao campo do Direito das Sucessões, especificamente

---

dentro de famílias e capaz de discriminar com o fim de garantir a preservação dos bens e do poder. As revoluções liberais, afirmando a igualdade dos filhos e afastando as instituições da era feudal, não mudaram a imagem e a função do direito sucessório, o que serviu para manter inalterados os quadros e o destino de seus institutos" (CASTRO, Isabella Silveira de. Testamento: capacidade, formalidades e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 37).

[58] LANZÓN, Ignacio Gomá. ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? In: RONCERO, Francisco Capilla (et. al.). Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 65.

[59] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018, p. 12.

para verificar se os institutos de direito sucessório podem ser funcionalizados para a promoção, exercício e proteção de liberdades.

A obra de Carlos Pianovski parte da constatação de uma 'funcionalização social' dos institutos fundamentais do Direito Civil ao longo do século XX, e após revisitar várias perspectivas desta funcionalização, confirma que o Direito Civil "não atende a uma função coletiva sem face, nem, tampouco, a um indivíduo abstrato, apêndice da propriedade, mas, sim, à liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas"[60].

Isso não quer dizer que o Direito Civil não admita ou ao menos não compreenda uma função social, mas tão somente que esta não é sua única dimensão funcional. Seus institutos fundamentais podem sim apresentar uma função social, mas não exclusiva, exauriente de toda sua dimensão funcional. Há, além da função social, outras funções por eles desempenhadas, "sem pretensões totalizantes de um individualismo abstrato nem de um coletivismo pautado na coesão social ou em noções unitárias de bem-comum", e assim "as funções dos institutos jurídicos, em uma sociedade plural, seriam, pois, também múltiplas"[61].

Para explicitar estas múltiplas dimensões funcionais, o autor principia por definir o que pode ser compreendido por função, assumindo "a função no Direito como contributo que dado instituto jurídico oferece a algo ou a alguém que é seu destinatário"[62], e, por 'contributo', entende uma prestação direcionada ao implemento de uma finalidade.

Partindo desta definição, a função, em suas múltiplas possibilidades, poderá ser qualificada de acordo com quem for o destinatário deste contributo/prestação: verificado que o contributo é destinado ao 'todo social', será possível falar em 'função social' do instituto; mas também há contributo destinado à pessoa concreta da relação, "seja ela a titular de uma dada posição jurídica seja, mesmo, um terceiro que pode sofrer repercussões do exercício ou do não exercício dessa posição jurídica pelo respectivo titular", evidenciando uma dimensão funcional que nada tem de "social".

É nesta hipótese que se situa a função enquanto liberdade(s), especificamente cogitando de "uma prestação (ou seja, uma função) que consiste na promoção, exercício e

---

[60] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 3-4.
[61] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 5.
[62] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 148.

proteção de liberdade das pessoas em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais de Direito Civil"[63].

Compreender a função enquanto liberdade(s) exige, ainda, a explicitação quanto ao que se está a tratar pelo significante liberdade(s), seja pela liberdade, no singular, ser significante plurissemântico que admite diversos significados, seja pelo autor propor a função, desde o início, não em favor da liberdade, mas de liberdades, no plural.

A liberdade compreende, indubitavelmente, um conceito plural que compreende diversos perfis de liberdade, cada qual carregando consigo um sentido ideológico próprio, como há muito destacou Nelson Saldanha:

> "A liberdade tem sido entendida em termos religiosos, metafísicos, psicológicos, sociais. (...) Tomada como um aspecto, ou um capítulo dos chamados direitos humanos, a liberdade passa geralmente a ser tratada no plural, o que aliás ocorreu desde o tempo de Locke. O problema é, então, o de regulamentar as *liberdades*, que se compreendem no sentido de projeções ou versões de uma liberdade central e essencial existente presumivelmente no ente humano, por si mesmo, e efetivamente no ordenamento positivo. (...) O constitucionalismo liberal colocou a liberdade como centro da parte mais delicada das constituições: a dos direitos e garantias. Simultaneamente, o Direito privado liberal tomou a liberdade como base para o contrato e para os atos jurídicos em geral. As constituições de matiz social redimensionaram o problema, abrigando os direitos 'sociais' em lugar do individualismo clássico. Os códigos, nos países socializados, diminuíram o alcance das liberdades provadas e da chamada 'soberania do contrato'. Entretanto, as constituições sociais e socialistas conservam dispositivos que asseguram e garantem as liberdades, e o direito privado continua em alguma medida a incluir atos que implicam numa vontade livre. Não são apenas alterações ideológicas, culturais e sociais que se verificam, mas também problemas técnicos – de formulação e aplicação das normas – que são problemas jurídicos em si mesmos, em qualquer latitude[64].

Para a finalidade da presente tese, destacam-se quatro destes perfis que serão diversas vezes referidos ao longo do trabalho.

O primeiro perfil de liberdade apresentado é o da liberdade negativa, especialmente sufragada por autores que se qualificam como 'libertários'. A liberdade negativa representa um espaço de liberdade em que o indivíduo não sofre restrições impostas pelo Direito, senão aquelas necessárias à proteção dos direitos de terceiros. Nestes termos, o Direito somente teria legitimidade para restringir a liberdade do indivíduo pela proibição de atos lesivos, e qualquer restrição que ultrapasse este princípio seria inaceitável.

---

[63] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 149.
[64] SALDANHA, Nelson. Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987, p. 180-181.

O sentido ideológico deste perfil é nitidamente individualista, e não por outra razão refuta qualquer restrição de liberdade a direitos individuais (inclusive a propriedade) que não sejam lesivas ou que sejam determinadas favor da realização de interesses sociais ou de terceiros, pois tal restrição estaria tratando os titulares deste direito como meios para a realização de outros indivíduos. Esta liberdade se realiza em um âmbito puramente formal, sem tomar em conta as peculiaridades ou as circunstâncias de cada indivíduo, e nesta medida, "pode ser fonte de privações ou, ao menos, de submissão concreta do mais fraco ao mais forte" [65].

> "Especificamente no Direito Civil, o que acima se explicitou pode ser ilustrado com o seguinte exemplo: se a liberdade fosse apenas a liberdade negativa, poder-se-ia afirmar que um dado contrato pode ser celebrado licitamente, mas que a resposta do jurídico à sua celebração efetiva se limitaria a essa mesma afirmação previamente formulada acerca de sua licitude (ou seja, a conclusão de que o contrato é lícito porque não é proibido).
> Ou seja, não defluiria daí a proteção jurídica das consequências desse contrato, do exercício da liberdade positiva que se materializa como ato de normatização da própria conduta, da determinação individual dos rumos agir, atendendo aos objetivos daquele que celebra o contrato. Bastaria declarar, pois, 'o contrato lícito'"[66].

No âmbito do Direito Sucessório, é neste âmbito que parece se enquadrar o negócio jurídico da partilha amigável quando realizada pelos herdeiros por meio de instrumento particular, antes de sua homologação pelo Juízo competente[67]. Se por um lado a partilha consensual por meio de instrumento particular é permitida, de outro, apenas adquire eficácia quando a ela se agrega um elemento integrativo de forma, notadamente a homologação judicial[68]. Desta sorte, antes da homologação, ou sem ela, a partilha é um negócio permitido, porém, desprovido de proteção jurídica.

No geral, porém, o âmbito de liberdade negativa no Direito Sucessório é bastante restrito, sobretudo pela proibição geral aos contratos que tenham por objeto a herança de pessoa

---

[65] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 13-15.
[66] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 30.
[67] Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.
[68] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 321; MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99-100; AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57. Consigne-se que substancial parte da doutrina entende que a homologação é requisito de validade (por todos: GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992, p. 9), e há ainda autores que a consideram válida e eficaz, repercutindo a ausência de homologação apenas no óbice ao trânsito em julgado (SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.550).

viva. Ora, se o contrato é, por excelência, o instrumento de exercício da autonomia privada, extirpá-lo do direito sucessório mediante proibição implica restringir a liberdade negativa ao âmbito das disposições testamentárias e dos negócios jurídicos que tenham por objeto o direito à sucessão aberta.

Um segundo perfil de liberdade é o da **liberdade positiva**, que representa a definição, pela pessoa, dos rumos de sua própria vida. Esta liberdade compreende um âmbito de normatividade que, além de não estar proibida, conta com a chancela do Direito para sua proteção: "quando se reconhece, porém, que aquilo que se pactuou no contrato tem força cogente – e não apenas que o contrato é lícito -, está-se a afirmar que as partes exerceram, por meio de contrato, ainda que pontualmente, um ato que pode ser qualificado como liberdade positiva"[69].

É neste perfil de liberdade que habita a força obrigatória dos contratos, que além de não serem proibidos, acaso violados, contam com a proteção jurídica para a realização das prestações prometidas ou, ao menos, pela compensação dos interesses lesados pelo inadimplemento. Da mesma sorte, é o reconhecimento de liberdade positiva que, superando a simples ausência de proibição, autoriza invocar a chancela do Direito para proteção de interesses derivados da liberdade vivida no âmbito da família, independente da formatação que esta apresente[70].

O reconhecimento e proteção destas escolhas, portanto, não passa por um filtro de moralidade ou de padrão social, mas decorre das opções individuais de cada um, de acordo com aquilo que valoriza:

> "A liberdade positiva não depende da afirmação de algum lugar racional de verdade sobre um agir moral de sentido universal ou imposto pela comunidade, que defina o que é o agir 'verdadeiramente livre'. Não depende, ainda, de uma concepção unitária acerca do que é um padrão de 'vida boa', que poderia colonizar a liberdade individual por um discurso perfeccionista"[71]

---

[69] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 30.

[70] "Na família, para além de não qualificar como ilícitas formações afetivas que extrapolem previsões legais expressas, a liberdade positiva, em sua apreensão jurídica, pode trazer como consequência a proteção daquilo que deflui como (auto)normatividade constituída na vivência das pessoas que integram aquela relação, como determinação dos rumos de suas próprias vidas, e cuja chancela pode ser demandada perante o Direito quando da casa a família se coloca entre 'o jardim e a praça" (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 37).

[71] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 27.

Um terceiro perfil é o de liberdade substancial ou efetiva, desenvolvido sobretudo por Amartya Sen, que a define como "a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades"[72].

A liberdade substancial se opõe, assim, a liberdade formal. Enquanto esta estatui que todos podem exercer determinada liberdade, sem coerção estatal, aquela reconhece que esta afirmação se dá apenas no plano das abstrações, e pode não representar uma efetiva liberdade no plano concreto acaso o indivíduo não possua um conjunto mínimo de capacidades para exercê-la.

Tais capacidades podem ser tanto patrimoniais como pessoais: a liberdade formal estatui que todos podem entabular um contrato de compra de um imóvel de luxo (liberdade negativa), e que, se o fizerem, tal contrato terá força cogente (liberdade positiva). Porém, a despeito de tal liberdade de contratar ser outorgada a todos, indistintamente, apenas um pequeno grupo de pessoas efetivamente terá condições materiais (recursos) suficientes para exercê-la, enquanto a ausência das mesmas condições eliminará, no plano concreto, a possibilidade efetiva de todas as demais contratarem a compra. Em âmbito pessoal, um déficit educacional severo pode revelar, na realidade vivida, um óbice à contratação formal, ainda que as vagas de trabalho ofertada não tenham como requisito qualquer grau de escolaridade.

No Direito Sucessório este perfil de liberdade é especialmente relevante na solução das partilhas amigáveis. A exigência de consenso para sua realização pode representar substancial âmbito de liberdade positiva a todos os herdeiros, na medida em que a ausência de aceitação por um é suficiente a impedir a consumação do negócio jurídico. Nem sempre, porém, o herdeiro poderá efetivamente exercer esta liberdade, notadamente de aceitar ou não a partilha proposta. Quando, desprovido de rendimentos, um herdeiro depender de uma solução célere que lhe atribua imediatamente um patrimônio essencial para sua subsistência, não terá possibilidade efetiva de recusar o modelo proposto, já que sua recusa implicará maior morosidade da atribuição patrimonial.

Por fim, o quarto perfil é o da liberdade enquanto insubordinação:

> "Pretende-se, aqui, simultaneamente apontar a impossibilidade de se supor uma autonomia individual irrestrita – por meio da constatação de que o sujeito se forja em meio a redes de poder que o 'assujeitam', formando, inclusive, por esse meio, a sua individualidade – e de identificar espaços de auto constituição (que podem residir no cuidado de si e na resistência ao poder). Na leitura que aqui se realiza, toma-se a compreensão foucautiana como remetendo a uma noção que poderia ser chamada,

---

[72] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 56.

> quiçá, de liberdade como resistência ou 'insubmissão'. Trata-se, ao invés de reconhecer a liberdade como ausência de coerção, tomá-la como resistência ao poder"[73].

Esta concepção de liberdade, que perpassa necessariamente por uma dimensão relacional, reconhece que "o sujeito se comporta, sim, conforme um conjunto de modelos de conduta, impostos por uma rede de relações de poder engendradas por uma multiplicidade de discursos"[74].

Estas relações de poder possuem especial coercitividade na espacialidade da família, em que a estrutura ainda patriarcal impõe relações hierarquizadas entre pais e filhos, que se mantém mesmo após o implemento da maioridade e da independência financeira, pois ainda enraizadas em vínculos emocionais e de um papel cultural que exige o respeito pelo ascendente.

Em âmbito sucessório, a só possibilidade (liberdade formal positiva) de o titular do patrimônio direcionar sua integralidade ou mesmo parte dele a terceiros estranhos à família deflagra substancial potencial de controle e direcionamento do comportamento dos herdeiros, receosos em serem excluídos da sucessão. Coagido pelo temor da disposição testamentária, o herdeiro acaba por abandonar o papel de autor das próprias escolhas e se torna ator de um roteiro desenhado pelo testador.

A liberdade enquanto não subordinação também encontra espaço privilegiado na aceitação e na renúncia de heranças ou legados condicionados ou submetidos à encargos: embora ao herdeiro e ao legatário seja sempre facultada a liberdade positiva de recusar a atribuição patrimonial caso não deseje realizar o evento que a subordina, a rede de relações de poder às quais está submetido pode acabar por lhe tolher esta escolha. Basta pensar, por exemplo, no herdeiro que pretende renunciar à substancial herança paterna, e ao anunciar tal intenção a seus descendentes ou a seu cônjuge, recebe deles tamanha reprovação que pode vê sua liberdade de escolha substancialmente tolhida.

É nesta medida que a liberdade enquanto insubordinação "reside, precisamente, na possibilidade de resistência: exercer a liberdade como autonomia e exercer a resistência, opondo-se às teias de poder discursivamente constituídas"[75].

---

[73] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 48.
[74] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 49.
[75] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 52.

São estes diversos perfis que podem nortear a função enquanto liberdade(s), direcionando o contributo esperado à promoção, exercício e proteção de liberdade em qualquer destes perfis, sem que possa afirmar, aprioristicamente, a prevalência de um sobre o outro.

Embora o autor tenha aplicado a função enquanto liberdade(s) ao contrato, à propriedade e à família, sua elaboração pode também ser pensada para o direito das sucessões, mormente considerando que nesta espacialidade o pano de fundo das discussões está centrado justamente na propriedade e na família, institutos aos quais a tese foi submetida e provou não apenas sua viabilidade conceitual, como também sua pertinência no direito civil contemporâneo, além de despertar reflexões que levam, inclusive, a visualização de uma unidade sistêmica mais clara.

Mais do que a possibilidade da funcionalização dos institutos de direito sucessório em favor de liberdade(s), a constatação de uma crise funcional vivenciada neste campo desperta também a oportunidade de sua aplicação, sobretudo por permitir uma oxigenação destes institutos mediante interpretação voltada ao cumprimento deste contributo, o que pode ser realizado independentemente de qualquer alteração legislativa.

Agrega-se a conveniência de tal funcionalização a possibilidade de reflexões voltadas a uma unidade funcional do próprio direito civil. Historicamente, este ramo do direito é tido como o espaço das liberdades por excelência, como se extrai da passagem de Troplong:

> "A exegese, por mais necessária que seja, é apenas a parte mais seca e estreita. Acima dela, eleva-se a uma grande altura a busca pelas verdades naturais nas quais se baseiam as relações privadas do homem, seus compromissos e seus direitos de família e propriedade. É nessa esfera que o direito civil se mostra como um raio divino que brilha ou escurece na humanidade conforme o progresso da civilização. É aqui que vemos seu desenvolvimento como uma das formas de liberdade humana exercida naquilo que é mais caro, mais pessoal e mais sagrado para o homem"[76].

Tamanha a simbiose entre o direito civil e a liberdade que o autor, francês e bonapartista declarado, considera que o maior trunfo da burguesia na luta pela liberdade civil não foi a queda da monarquia ou a igualdade conquistada com a queda da bastilha, mas sim o Código Civil:

---

[76] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface, p. 1. No original: " l'exégèse, quelque nécessaire qu'elle soit, n'en est que la partie la plus aride et la plus rétrécie. Au-dessus d'elle s'élève, à une grande hauteur, la recherche des vérités naturelles sur lesquelles reposent les rapports privés de l'homme, ses engagements et ses droits de famille et de propriété. C'est dans cette sphère que le droit civil se montre comme un rayon divin qui brille ou s'obscurcit dans l'humanité, suivant la marche de la civilisation. C'est là qu'on le voit se développer comme une des formes de la liberté humaine s'exer - çant dans ce que l'homme a de plus cher, de plus personnel et de plus sacré".

> "A história prova que sempre que a liberdade civil é restringida ou questionada, a propriedade e, consequentemente, as vontades são sacrificadas a combinações tirânicas. Sempre se disse, e com razão, que a França é apaixonada pela igualdade. Mas não foi dito o suficiente sobre sua paixão pela liberdade civil. A história do Terceiro Estado é, em sua maior parte, uma longa luta pela liberdade civil, coroada pelo Código Napoleônico"[77].

Mesmo contemporaneamente direito civil e liberdade mantém laços umbilicais. Carlos Alberto da Mota Pinto aponta a liberdade (tanto de exercer ou não exercer um direito como de conformar e compor, com outros, interesses próprios) como "ideia fundamental do direito civil"[78], e Francisco Amaral ratifica tal afirmação, pontuando que "um dos valores mais importantes para o direito em geral e para o direito civil em particular é a liberdade"[79]. Neste espaço privilegiado de liberdade que é o direito civil, o regramento sucessório parece descolado.

A baixa permeabilidade que o direito das sucessões confere à liberdade não é novidade. A despeito do direito civil constituir a "seara do direito que historicamente é proclamada como o lugar da liberdade individual"[80], o direito sucessório parece de certo modo refratário à autonomia privada. Já em 1957 Luigi Ferri constatava que os estudiosos do direito sucessório não situaram seus debates no campo mais vasto da autonomia privada, nem mesmo aqueles que se debruçavam sobre os testamentos, embora fosse esse o principal instrumento de autonomia no campo sucessório[81].

O mesmo fenômeno é constatado também no Brasil, de forma ampla quanto a "rigidez das estruturas provenientes da pseudoneutralidade sucessória"[82], como também especificamente pela insuficiência do testamento e do constante recurso a instrumentos

---

[77] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface, p. 3. No original: " L'histoire prouve que toutes les fois que la liberté civile est comprimée ou mise en question, la propriété et par conséquente testament sont sacrifiés à de tyranniques combinaisons. On a beaucoup dit et toujours avec raison, que la France est amoureuse de l'égalité. Mais on n'a pas assez remarqué combien elle est passionnée pour la liberté civile. L'histoire du Tiers Etat est, en très-grande partie; une longue lutte pour la liberté civile, couronnée par le Code Napoléon".

[78] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 58.

[79] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

[80] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 78.

[81] FERRI, Luigi. Nozione Giuridica di Autonomia Privata. *In:* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, Anno XI, 1957. p. 129-130.

[82] BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidade e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). Contratos, Família e Sucessões. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 279.

jurídicos de outras disciplinas como sucedâneos de disposições sucessórias[83], estratégia constatada igualmente em outras jurisdições[84].

Daí, mais do que a possibilidade, a pertinência da funcionalização dos institutos de direito sucessório em favor de liberdade(s), em seus diversos perfis.

Estabelecida a premissa de que os institutos fundamentais de direito sucessório podem ser funcionalizados em favor de liberdade(s), é preciso reconhecer que qualquer projeto de índole normativa carrega em si uma carga ideológica, que não pode ser ignorada, afinal, o direito não é neutro, tampouco o direito sucessório.

Nesta perspectiva, para além de reconhecer os diversos perfis de liberdade, é preciso compreender como os modelos ideológicos influenciam nas esferas de liberdade, seja para protegê-las, restringi-las ou fomentá-las.

A exposição de três modelos ideológicos deixará este ponto mais claro, servindo ainda a demonstrar como a normatividade pode, a depender do modelo como é construída, admitir irrestritamente uma dada liberdade ou, no outro extremo, sacrificá-la integralmente.

O primeiro modelo é a do liberalismo clássico, cujo marco teórico central é o pensamento de John Stuart Mill. O autor apreende a liberdade como liberdade civil, precisamente pela "natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exerce sobre o indivíduo"[85]. É este limite imposto à sociedade ou ao governante que constitui para ele a liberdade do cidadão – a revelar, claramente, um perfil de liberdade negativa – e que defende seja sufragado de forma amplíssima.

A ideia central do autor é de que os indivíduos devem ser livres para fazer o que quiserem, contando que não façam mal aos outros (*harm principle*):

> "Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, dos individual ou coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a

---

[83] SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 269.

[84] "Pode-se dizer que, neste contexto, o Direito Sucessóiro se encontra invadido por uma ideia de 'fuga à forma jurídica', manifestada na utilização de instrumentos negociais que prescindem dos institutos que o legislador criou para operarem a transmissão da riqueza entre as gerações" (MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018, p. 11); "A sucessão (testamentária ou intestinal) não é uniforme. Ela se origina de diversas percepções sociológicas, tradicionais e ideológicas profundamente enraizadas. Nenhum outro domínio da lei está imbuído de tantos dogmas e tradições quanto a lei de sucessão" (LANDAU, Eve Chava. Non-testamentary acts affecting the devolution of an estate. In: DROBNIG, Ulrich (ed.). Encyclopedia of Comparative Law. Volume V: Succession. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017).

[85] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 23.

> autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro da comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente.
> (...)
> O princípio requer a liberdade de gostos e de ocupações; de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter; de agir como preferirmos, sujeitos às consequências que possam resultar; sem impedimento da parte de nossos semelhantes enquanto não o que fazemos não os prejudica, ainda que considerem a nossa conduta louca, perversa ou errada[86].

Em síntese, propõe o autor, a priori, a garantia de uma liberdade negativa plena ao individuo, que somente poderia ser restringida a título de autoproteção, quando se mostrasse danosa a outrem. Quando a conduta se mostrar danosa apenas ao próprio indivíduo que a pratica, não haveria justificação para a restrição de liberdade.

Seria possível encontrar em tal modelo a justificação para admissão da liberdade de criação do próprio regime sucessório, sem descuidar de que tal exercício de liberdade, para além de questões patrimoniais, permite atingir a finalidade máxima da vida humana, por ele tomada como o desenvolvimento completo das faculdades individuais.

Mesmo parecendo, *a priori,* uma defesa quase ilimitada da liberdade, o liberalismo de Mill poderia endossar a restrição à disposição autoritária da integralidade da herança por meio de instrumentos unilaterais, como o testamento, na medida em que tal hipótese se estaria lesando terceiros, notadamente seus herdeiros, que não participaram do ato – ao menos quando se admita um direito à parcela compulsória da herança pelos herdeiros. Abre, porém, a possibilidade de conformar a liberdade do autor da herança e a garantia dos herdeiros necessários ao admitir a disposição da herança, até mesmo para reduzi-la, desde que por ato voluntário conjunto.

O segundo modelo ideológico é o paternalismo coercitivo, aqui desenvolvido a partir da obra de Sarah Conly.

A autora parte da constatação de que a acrasia faz parte da natureza humana, consistindo em uma fraqueza da vontade que leva o indivíduo a praticar atos contrários aos seus interesses, mesmo quando consciente que tal escolha lhe é prejudicial, provando que o liberalismo não garante boas escolhas. Não por outra razão, segundo a autora, mesmo com amplo acesso à informação, os Estados Unidos da América são compostos por uma população

---

[86] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 35 e 39.

de obesos, não saudáveis e com 20% de fumantes[87]. Embora todos saibam que fumar é prejudicial à saúde, muitos cedem ao prazer ou ao vício, praticando um ato prejudicial a si próprio.

Desse modo, propõe a autora que seria função do Estado, por meio de modelos normativos, proibir determinadas condutas, excluindo-as do campo de autonomia das pessoas, tendo por objetivo auxiliar as pessoas a efetivamente atingirem os objetivos socialmente desejados. Parece ser esta a concepção que informa a proibição de disposição gratuita de todos os bens sem reserva de parte para manter a subsistência do doador (art. 548, CC), na medida em que impede a pessoa de praticar um ato que possa se revelar prejudicial a si mesma. Esta mesma concepção, paternalista e autoritária, justificaria restrições próprias ao direito sucessório, como a proibição da *pacta corvina* (art. 426, CC), ao menos sob a perspectiva de que tal proibição se dá em salvaguarda a perenidade da liberdade de testar, de forma sempre revogável.

A própria autora, porém, adverte que o paternalismo coercitivo não se justifica de forma ampla e irrestrita, mas se submete a quatro critérios, pelos quais as restrições serão justificáveis se: (a) realizar a longo prazo um interesse atualmente valorizado pelo indivíduo; (b) a restrição for eficiente para o fim por ela perseguido; (c) seus benefícios superarem o custo da restrição de liberdade; e (d) for o meio mais eficiente de atingir o objetivo perseguido[88]. Tais critérios permitem, por exemplo, questionar se as restrições à liberdade sucessória adotadas pelo direito civil brasileiro estariam justificadas ao menos por uma corrente de pensamento assumidamente coercitiva.

Por derradeiro, o terceiro modelo (e que oferecer maior potencial para confirmar a proposta desta pesquisa) é o paternalismo libertário, cujos marcos teóricos são Cass Sunstein, professor da Harvard Law School, e Richard H. Thaler, professor da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel de economia de 2017.

A tese central por eles proposta é de que é possível ajudar as pessoas a tomar boas decisões, o que pode ser realizado por meio de informações mais claras e acessíveis, da criação de maior dificuldade para concretizar decisões tidas por prejudiciais, ou mesmo tornar padrão ou supletivas as decisões recomendadas, tudo por meio de uma arquitetura de escolhas que,

---

[87] CONLY, Sarah. Against Autonomy: justifying coercive paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 23-25.
[88] CONLY, Sarah. Against Autonomy: justifying coercive paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 149-152.

embora direcione os sujeitos a tomar certas decisões, não lhes tolhe a autonomia ao facultar-lhe mecanismos de seguir caminhos diversos.

Noutras palavras, cria um regramento padrão considerado mais benéfico aos indivíduos, pressupondo que aquela seria a escolha realizada pelo sujeito, mas garantindo um *opt out* pelo qual poderá tomar uma decisão diferente e até mesmo contrária àquela que era desejada pelo sistema[89].

O direito civil historicamente se vale desse modelo, sobretudo por meio da escolha de regimes jurídicos legais aplicáveis aprioristicamente, mas que poderiam ser substituídos por outros quando o indivíduo optar especificamente por uma regulamentação diversa. É o caso, por exemplo, o regime matrimonial de bens: não é por acaso que o legislador escolheu o regime da comunhão parcial, mas por entender que é o regime que melhor atende os interesses da população em geral. A partir desta premissa, torna este regime "automático", e se os nubentes não escolherem outro, estarão aceitando este regime pela própria omissão. Esta escolha sem dúvida direciona a escolha dos nubentes a um regime pré-escolhido pelo legislador, mas não lhes tolhe a possibilidade de optar por outro regramento, escolhendo regime patrimonial diverso.

Em âmbito sucessório, o Supremo Tribunal Federal recentemente aplicou a técnica da interpretação conforme a constituição para substituir um regime de paternalismo autoritário por um de paternalismo libertário.

No julgamento do tema 1.236, o STF foi chamado a decidir se o artigo 1.641, II, do Código Civil[90], que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, seria inconstitucional por restringir injustificadamente a liberdade do idoso, presumindo sua incapacidade neste tema. O artigo, como historicamente aplicado, era notório exemplo de paternalismo autoritário: sob a questionável premissa de proteger o idoso do "golpe do baú", presumindo que não faria a melhor escolha para si, tolhia sua liberdade de escolha do regime matrimonial de bens. Acaso o STF tivesse apenas declarado inconstitucional a regra, teria legitimado um modelo de liberalismo clássico, que não admite restrições externas à liberdade individual para proteger o próprio titular da liberdade.

---

[89] SUNSTEIN Cass. Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019; _____. Libertarian Paternalism is not an oxymoron. Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em 21/09/2019.

[90] Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos.

Porém, andou bem ao Supremo Tribunal Federal ao optar por uma normatividade de paternalismo-libertário: a regra continua sendo constitucional, mas sua aplicação foi mitigada: quem se casa com mais de 70 anos passa a ter a separação de bens como regime legal, presuntivo, aplicado a partir do silêncio dos nubentes, mantendo assim certo âmbito de proteção (ainda que questionável) ao idoso. Porém, o fez em conversão de um regime obrigatório em um regime supletivo, mantendo um opt out, mantendo, portanto, a liberdade dos nubentes de escolherem um regime diverso, seja ele qual for, desde que o façam expressamente e por escritura pública.

Estas concepções dialogam intrinsecamente com as diversas acepções de liberdade e o modo como os objetivos públicos podem ser instrumentalizados para a sua a restrição, admissão, proteção ou mesmo incremento de liberdade(s), inclusive no Direito Sucessório, que no campo da sucessão testamentária busca proteger e incrementar a liberdade do autor da herança, enquanto no campo da sucessão legítima restringe não só a sua liberdade, como também a dos próprios herdeiros, pretensamente os sujeitos em favor de quem se justificam as normas protecionistas.

1.2.2. A polaridade entre interesses dos herdeiros e interesses do autor da herança e sua possível superação pela releitura em busca de espaços de liberdade

Mesmo demonstrado que o regramento sucessório não admite o mesmo grau de abertura à autonomia privada que outros ramos do Direito Civil, tal fato não parece justificar afirmar que seja engessado ou não admita atuação da autonomia privada.

Estas críticas mais generalistas, de certo modo, parecem decorrer da estrutura segmentada do direito sucessório, estribada em uma dualidade de regramentos e polaridade de interesses de seus sujeitos. Esta dualidade é encontrada já em âmbito constitucional, e depois reproduzida, em maior extensão, no Código Civil.

Revisitando o art. 5º, XXX, da Constituição Federal, verifica-se a consagração do "direito de herança", alçado à categoria de direito fundamental. A redação já é reveladora de uma dupla titularidade deste direito, que não é atribuído apenas ao herdeiro, mas atribuído também ao titular do patrimônio, ao autor da herança. Basta esta constatação para a superação do senso comum de que a herança é um direito titularizado apenas pelos herdeiros, reconhecendo o direito fundamental não *à* herança, mas *de* herança.

Como adverte Celso Ribeiro Bastos, "o direito não é exclusivamente nem daquele que vem a falecer como também não o é daquele que o sucede. O direito à sucessão tem, pois, dois

sujeitos"[91]. Este modelo de dupla titularidade adquire reforço hermenêutico ao se admitir que "a determinação da titularidade de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto"[92].

Desta dupla titularidade decorre igualmente duplicidade de seu âmbito de proteção, na esfera infraconstitucional.

Sob o prisma da titularidade dos herdeiros necessários, com raízes no antigo Direito Germânico, o direito de herança é corolário do princípio da solidariedade familiar[93], servindo de garantia da continuidade patrimonial às gerações futuras e a proteção dos próprios herdeiros contra o arbítrio do testador. Há, aí, notória prevalência de um campo de liberdade negativa, a inadmitir intervenções sobre a parcela dos bens compulsoriamente destinada aos herdeiros (a legítima).

Sob outro vértice, o direito de herança titularizado pelo titular do patrimônio adquire âmbito de proteção diverso. Como decorrência do direito à propriedade, aquele que em vida preservou ou amealhou um patrimônio possui sobre ele poder de disposição, não só enquanto vivo, mas também *causa mortis,* afinal, "não fora o estímulo consistente na possibilidade de transmitir seus bens, sobretudo para os seus filhos, nenhuma razão haveria para que as pessoas, após certa idade, preservassem a sua riqueza"[94].

Assim, o direito de herança deflagra para o seu autor ao menos dois espaços de liberdade: *negativa*, de modo a impedir que com a sua morte o estado confisque o seu patrimônio ou o tribute em tal monta que disso se aproxime; e *positiva*, como aspecto da autodeterminação pessoal que a ele assegura o direito de planejar a sucessão de seus bens[95], que de certa maneira representa a aspiração da própria continuidade, com reflexos não só econômicos, mas também extrapatrimoniais[96]. É este, pois, o campo da sucessão testamentária,

---

[91] BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 148.
[92] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 216.
[93] MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et. al). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 338.
[94] BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 149.
[95] MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et. al). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 338.
[96] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 290.

vocacionado a efetivação do poder de disposição do titular do patrimônio e informado pela liberdade testamentária.

De um lado, sucessão legítima; de outro sucessão testamentária, cada qual com seus sujeitos, regras e princípios próprios.

Esta dualidade, muitas vezes conflitante, se revela na própria estruturação da matéria, dividida em sucessão legítima ou legal, em que a atribuição sucessória e seu regramento são estabelecidos pela própria lei, garantindo aos herdeiros necessários o recebimento de ao menos a metade da herança, e sucessão testamentária, em que a atribuição e regramento podem ser livremente estabelecidos pelo autor da herança.

Não só a estrutura como também a função e os princípios de regência divergem nestes dois campos. Enquanto a sucessão legítima é voltada a proteção dos herdeiros necessários contra o arbítrio do testador e regida pelos princípios da igualdade e da solidariedade familiar, a sucessão testamentária volta-se a garantir ao autor de herança a disposição de seu patrimônio quando de sua morte, e nesta medida, é regida pela liberdade, especificamente pela autonomia privada.

Como aponta Mário Delgado, desta polaridade acaba por contrapor herdeiro e autor da herança:

> "(...) a técnica será invocada para mediar eventuais conflitos que podem surgir entre as posições jurídicas de sucedido e sucessores. Na concretização do direito de herança, muitas vezes, estarão em polos opostos: de um lado, o direito de propriedade e a autonomia privada do testador, fundados nos princípios da liberdade e da livre iniciativa, todos igualmente consagrados na CF/88; e, de outro, o direito de propriedade e o direito à intangibilidade da legítima dos sucessores[97].

Inobstante a potencialidade de conflitos entre estas dimensões, face a unicidade do ordenamento e mesmo da sucessão, tais polos de interesses e seus regimes jurídicos não são absolutamente autônomos, mas permeados por pontos de contato e interferências recíprocas. Ou seja, nem a espacialidade da sucessão legítima é imune à liberdade sucessória, nem a espacialidade da sucessão testamentária imune à igualdade.

Há na sucessão legítima inegáveis espaços de autonomia conferidos aos herdeiros, mas também ao autor da herança e por consenso de ambos. Ilustrativamente, é dado aos sujeitos da sucessão ao escolher, na doação de ascendente para descendentes, se o bem doado será considerado adiantamento de legítima e futuramente computado no direito de herança do

---

[97] DELGADO, Mario. Direito fundamental de herança. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 13.

donatário (art. 544[98]) ou se, de outro lado, deverá ser dispensado do dever de colação quando da abertura da sucessão (art. 2.005[99]), ou seja, não computado na parte legítima do herdeiro donatário.

Da mesma sorte, a própria implementação da sucessão legítima passa pela autonomia dos herdeiros, que podem aceitar ou renunciar à herança (arts. 1.805[100] e 1.806[101]), como também podem estabelecer partilhas desiguais entre si (art. 2.015[102]). Não bastasse, é dado ao testador, unilateralmente, realizar a partilha dos bens que compõe a herança, inclusive aqueles que integram a legítima dos herdeiros necessários (art. 2.014)[103], a revelar liberdade não apenas de dispor de ao menos metade de seu patrimônio, mas também de interferir substancialmente na herança de seus herdeiros por meio da atribuição de bens de acordo com os valores e interesses por ele perseguidos.

Em paralelo, há na sucessão testamentárias restrições à liberdade testamentária. Superada a doutrina da autonomia da vontade que via nesta a própria fonte dos efeitos jurídicos, e admito que a liberdade testamentária, composta majoritariamente pela autonomia privada, tem como fonte a ordem jurídica que a admite (liberdade negativa) e chancela (liberdade positiva), é natural reconhecer que esta autonomia é admitida e pode ser exercida dentro dos limites da ordem jurídica da qual emana[104], sejam eles formais ou axiológicos.

A limitação mais evidente e característica dos sistemas de direito romano-germânico é reserva da legítima aos herdeiros necessários (art. 1.789[105]), voltada, como dito, a evitar os arbítrios do testador em prejuízo a sua família. A pertinência deste limite é bem ilustrada pelo enfático testamento do príncipe Henrique de Orleans, conde de Paris, casado com Isabel de

---

[98] Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.
[99] Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.
[100] Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.
[101] Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.
[102] Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.
[103] Art. 2.014. 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.
[104] "como é possível observar, o próprio sentido da autonomia privada não é pensado como tendo sua fonte na vontade mesma, mas, sim, na ordem jurídica que chancela o regramento que decorre do exercício vontade da autonomia. Isso já permite concluir que só é possível pensar em autonomia privada como algo que se insere no jurídico e, nessa medida, deve ser pensada em seus balizamentos" (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 124).
[105] Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Orleans-Bragança[106], que em pouco mais de 20 linhas repudiava veementemente seus filhos: "nada para meus filhos (...) vos deixo apenas com ódio e lágrimas para chorar"[107]. Tal restrição, é encontrada na quase totalidade dos países europeus de *Civil Law*[108], ainda que em alguns seja resguardado maior grau de liberdade ao testador para dispor desta dos bens que a integram[109].

Para além da restrição da liberdade testamentária em razão do resguardo da legítima dos herdeiros necessários, é possível pensar ainda em outras restrições expressas, como a proibição de designação do tempo em que começará ou cessará o direito dos herdeiros (art. 1.898[110]), de disposição captatória (art. 1.900, I[111]), ou em favor de determinadas pessoas de quem o ordenamento retirou a capacidade sucessória (art. 1.801[112] e 1.802[113]).

Mas há, ainda, espaços de restrição à liberdade testamentária que não são tão claros no ordenamento jurídico e que nos últimos anos têm sido objeto de estudo no Direito Comparado, concentrados sobretudo em dois temas, destacados por Marius Waals[114]: as possíveis restrições à liberdade testamentária por violação à ordem pública, especificamente por meio da análise da

---

[106] Neta pelo ramo paterno de Gastão de Orleans, conde d´Eu, e Isabel de Bragança, a última princesa imperial do Brasil, filha do Imperador Dom Pedro II.

[107] No original: "Je ne vous laisserai que la haine et des larmes pour pleurer" Alguns anos antes, durante a gravação de uma reportagem sobre a nobreza realizada em sua casa, o Conde, sorrindo, teria dito: avisei as crianças, da herança, só lhes restarão migalhas. (PIERRAT, Emmanuel. Dernières volontés: l'histoire des plus incroyables testaments et successions. Paris: La Martinière, 2018, p. 148).

[108] "Even if the deceased has determined in a disposition mortis causa (ie typically by means of a will) who is to receive his or her property, all civilian legal systems attribute some weight to the responsibility that everyone is supposed to feel towards the closest members of their family. They all, in other words, attempt to establish a certain balance between the private autonomy of the deceased and the precept of family solidarity" (ZIMMERMANN, Reinhard. Mandatory family protection in the civilian tradition. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020. p. 649).

[109] À guisa de exemplo, na Espanha e em muitos países de colonização espanhola, como Chile, Colômbia e Equador, ao testador é permitido atribuir metade da reserva necessária a apenas um ou alguns de seus herdeiros necessários. Trata-se do instituto da *mejora,* que acaba por atribuir ao testador o poder de disposição sobre a metade da parcela legítima da herança, desde que tenha por beneficiário um ou alguns dos herdeiros necessários. A outra metade necessariamente deve ser divindade, de forma igualitária, entre os herdeiros necessários (REID, Kenneth; ZIMMERMANN, Reinhard; WALL, Marius. Comparative perspective. In: In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 768).

[110] Art. 1.898. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita.

[111] Art. 1.900. É nula a disposição: I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro.

[112] Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

[113] Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.
Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

[114] WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 1.075-1.076.

proibição de disposições discriminatórias (positivada em diversas constituições e diplomas e direitos humanos) ou do controle de disposições que afetem liberdades existenciais dos beneficiários a quem são dirigidas; e os pactos sucessórios, tema em que fica clara a distinção entre os sistemas de direito romano, em que tais pactos são a princípio proibidos, e os sistemas de direito germânico, em que são amplamente admitidos.

Este intercâmbio entre liberdade e igualdade nos campos da sucessão legítima e testamentária permitem, na linha do objetivo desta tese, revelar espaços de liberdade na sucessão legítima, bem como espaços de coerção no campo da sucessão testamentária (até mesmo vocacionados à preservação e promoção de outras liberdades), a afastar desde já a concepção do fenômeno sucessório como espacialidade composta por dois polos (herdeiros e autor da herança) cujos interesses contrapostos são isolado e submetidos a regimes jurídicos que não permitem a interferência recíproca ou a conformação de interesses.

É o que se passa a fazer, em primeiro lugar, questionando a manutenção de um modelo ideológico de liberdade testamentária que pode não guardar coerência com a ordem pública vigente, e segundo, desafiando a restrição à liberdade sucessória por meio de pactos, buscando, dentro da restrição, espaços de liberdade que permitam a conformação de interesses entre os sujeitos destes polos potencialmente antagônicos.

1.3. RESTRIÇÕES AXIOLÓGICAS: A RELEITURA DA LIBERDADE SUCESSÓRIA EM CONFORMAÇÃO À ORDEM PÚBLICA VIGENTE

Quaisquer fontes de pesquisa, inclusive na espacialidade jurídica, devem ser situadas em seu tempo e em seu espaço, pois seria anacrônico pretender compreender um instituto de outro tempo ou de outra nação pelo conceito ou perspectiva atual vigente no ordenamento local.

Basta pensar como seria incongruente pensar na propriedade do direito francês do medievo, com suas diversas camadas de titularidades, com os contornos que lhe são dados pelo direito contemporâneo. Ou a propriedade alemã da antiguidade, pertencente ao grupo familiar e assim inalienável. Daí a advertência de que "a grande preocupação que se deve ter é a de não empregar conceitos anacrônicos, resistindo à tentação de transpor conceitos e analogias atuais que não têm, necessariamente, vinculação com as definições e compreensões do passado"[115].

---

[115] BERCOVICI, Gilberto. Prefácio. STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020, p. 11.

No entanto, estes possíveis anacronismos podem ser campo frutífero para a releitura de dados institutos, de modo a compreender os contornos nos quais foram pensados e submetê-los a um exame de compatibilidade com a temporalidade vigente. Trata-se, ao fim, de buscar uma possível crise de função do testamento (enquanto instrumento de exercício da liberdade sucessória) a partir de eventual "contraste com os valores reitores da ordem jurídica"[116].

Embora nem mesmo no mais liberal período da modernidade a autonomia tenha sido ilimitada, como se extrai do próprio Código Napoleão, em que a autonomia privada já se submetia à ordem pública, é certo que o conteúdo de ordem pública do início do século XIX na França e diverso daquele que formava a ordem pública no Brasil do início do século XX, que também já não é o mesmo daquela vigente atualmente, no primeiro quarto do século XXI. O significante "ordem pública" resistiu ao tempo, mas seu significado foi substancialmente modificado ao longo do tempo.

No nascer das codificações, porém, as restrições à liberdade testamentária parecem ter sido menores do que àquelas impostas aos contratos em geral. Excetuada a limitação quantitativa à parcela disponível da herança, parece ter sido concebida em modelo refratário à outras restrições, sobretudo a interesses coletivos, como se extrai da doutrina de Troplong sobre o Código Civil francês de 1804:

> "Em vão se procuraria uma lei mais espiritualizada, mais liberta do império das formas materiais, da intervenção usurpadora do Estado, das pretensões abusivas do interesse coletivo sobre o interesse individual, do que uma legislação que, em poucas palavras, atribui apenas à palavra do homem o poder de transmitir a propriedade a título oneroso, e a um simples documento holográfico o direito de dispor dela para além do túmulo"[117]

Na doutrina brasileira imediatamente posterior ao Código Civil de 1916, encontra-se a mesma primazia da vontade do testador, que deveria ser debatida a partir dos "resultados benefícios, como elemento moralizador" que a ela são presumidamente atribuídos:

---

[116] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

[117] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface, p. 4. No original : "Ce Code est une assise fondamentale de notre liberté civile; il a donné aux droits privés et à cette liberté du père de famille et du propriétaire, les plus amples développements. Partout, il a préféré et fait prévaloir les combinaisons les plus libérales. L'on chercherait en vain un droit plus spiritualisé, plus dégagé de l'empire des formes matérielles, de l'intervention usurpatrice de l'État, des prétentions abusives de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel, que dans une législation qui, pour tout dire d'un mot, assure à la seule parole de l'homme la puissance de transférer à titre onéreux la propriété, et à un simple écrit olographe le droit d'en disposer au delà du tombeau".

> "A liberdade de testar só por um aspecto, mas este da maior relevância para nós brasileiros, se me afigura digna de discussão, de largo debate após acurado estudo, não de afogadilho, como foi no Senado, mas na imprensa, nos livros de doutrina (...) O aspecto de que falo e a que me refiro é o novo vigor que tal reforma vem trazer à autoridade paterna, tornando o chefe da família árbitro da distribuição dos bens e não escravo da vontade ou do interesse dos filhos. (...) Assim, e reproduzindo algo do que deixei ali estampado, digo que, pondo de parte considerações somenos ou ridículas tomadas à autonomia da vontade individual e ao absoluto do direito de propriedade, protraído além dos limites da vida terrena, é por seus resultados benefícios, como elemento moralizador, que deve ser encarada e debatida a liberdade de testar.[118].

O caráter ético à época atribuído à sucessão testamentária não tinha por paradigma a ordem pública ou mesmo os limites da autonomia privada, mas sim a presunção de benevolência e de sapiência do testador, que deveria ser respeitado por ter sempre a melhor solução. Liberdade esta vocacionada não apenas a atribuição patrimonial, mas também "como meio de forçar à obediência os filhos pela perspectiva de serem contemplados ou deserdados"[119].

Como se vê, a liberdade testamentária é a mesma, mas os valores que a informam são outros, a justificar o desenvolvimento de diversos trabalhos doutrinário em experiências estrangeiras sobre as possíveis restrições à liberdade testamentária por violação à ordem pública, especificamente por meio da análise da proibição de disposições discriminatórias (positivada em diversas constituições e diplomas e direitos humanos) ou do controle de disposições que afetem liberdades existenciais dos beneficiários a quem são dirigidas[120].

São estas possíveis restrições à liberdade sucessória em razão da ordem pública que ora nos interessam, notadamente por fazer emergir o questionamento sobre a possível incidência do princípio da igualdade no campo da sucessão testamentária, por meio da proibição da discriminação. É dizer, seria permitido ao testador instituir um herdeiro ou legatário exclusivamente por critério de gênero, raça, nacionalidade ou religião? Ou submeter a disposição a condição de que o herdeiro seja homem, ou de determinada religião, ou mesmo raça? Na mesma senda, surge a indagação de se esta mesma ordem pública justificar a limitação da liberdade testamentária como forma de proteção da liberdade existencial do beneficiado. Noutras palavras, se poderia o beneficiário ser compelido, pela "mão morta"[121] do testador, a

---

[118] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, introdução, pág. xxiv

[119] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, introdução, pág. xxii.

[120] WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 1.075-1.076.

[121] "I believe, and will try to demonstrate, that the slant our law takes toward the degree of control the dead should have over the living implicates profound theme in our conversation about what this nation stands for. Are we, for

tomar decisões marcadamente existenciais em razão da coerção patrimonial exercida pela condição testamentária.

Conquanto há muito habitem os debates de Direito das Sucessões em diversos países da Europa continental[122], estes temas foram pouco debatidos no Brasil[123], inobstante o especial potencial de desenvolvimento face a proibição de discriminação vertida no artigo 3º, IV, da Constituição Federal[124], e no qual o Direito Civil pode ser funcionalizado em razão da conservação e promoção de liberdades[125], a legitimar a investigação sobre a restrição de uma liberdade patrimonial em favor da conservação de uma liberdade existencial.

O recurso ao Direito Comparado permitirá o primeiro contato com o tema e o desenvolvimento que teve em outros sistemas, lançando luzes não só sobre as hipóteses fáticas em que foram veiculados como também sobre a racionalidade utilizada pela experiência estrangeira no cotejo entre liberdade testamentária e ordem pública.

Foi nos países de Common Law que estes temas encontraram terreno fértil tanto na doutrina[126] quanto na jurisprudência. Em profícua análise sobre os precedentes que envolveram

---

example, more interest in protecting the desires of wealthy individuals who once lived than we are in establishing rights in property for living? (…) The first step in answering such questions is to develop some understanding of how dead hand control emerged" (CHESTER, Ronald. From here to eternity? Property and the dead hand. USA: Vandeplas Publishing, 2007, p. 2).

[122] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória. In: Atas das Jornadas Internacionais 'Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares'. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020; DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by *boni mores*: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, vol. 11, n. 3, 2000; RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010; RÖTHEL, Anne. Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011; SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019.

[123] Dentre os poucos estudos encontrados em que os temas foram abordados em maior profundidade, destaca-se: VELOSO, ZENO. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997; NEVARES, Ana Luiza Maia: A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; NONATO, Orozimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957; CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel/PR , v. 4, n.4, 2015.

[124] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[125] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

[126] Ronald Chester aponta que o desejo controle dos sucessores e de certo modo até mesmo de imortalidade por meio das disposições testamentárias remetem aos tempos anglo-saxões, notadamente aos séculos IX e X (CHESTER, Ronald. From here to eternity? Property and the dead hand. USA: Vandeplas Publishing, 2007, p. 9). Também se debruçaram sobre o tema BEGLEITER, Martin D. Taming the 'unruly horse' of public policy in wills and trusts. Quinnipiac Probate Law Journal. Vol. 26. n.2. 2012; ELMORE, Christopher T. Public policy or political correctness: addressing the dilemma of applying public policy to inheritances issues. ESTATE PLANNING JOURNAL, V. 199, 2009; HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011.

estas temáticas, Matthew Harding, professor associado na Melbourne Law School, evidencia como a Common Law tem tradicionalmente admitido a discriminação em matéria de doações, testamentos e trust, porém, não de modo consistente ou sincero[127].

Embora a grande maioria das decisões admitam a validade das disposições discriminatórias, o autor aponta um trio de precedentes ingleses em que se percebe uma certa simpatia dos tribunais pelos destinatários de disposições motivadas pela caridade.

Em Re Dominion Student´s Hall Trust, o instituidor, com o motivo expresso de promover a comunidade entre os países da Commonwealth, determinou que o Trust este deveria manter uma casa para moradia de estudantes estrangeiros em Londres, porém, restrita aos estudantes de origem europeia. A Corte entendeu que, no ano do julgamento (1946), que a finalidade de sua instituição somente poderia ser cumprida se suprimida a restrição de origem dos estudantes. Em Re Mere´s Wills Trust (1957), o Saint John´s College, de Cambridge, se recusou a aceitar uma deixa testamentária para concessão de bolsas de estudo restrita a alunos de origem inglesa, escocesa ou irlandesa, por entendê-la discriminatória. O tribunal não foi tão longe ao ponto de reconhecer a discriminação, mas declarou a restrição nula em razão da incerteza quanto ao critério a ser utilizado para sua apuração. Por fim, em Re Lysaght (1966), o Royal College of Surgeons recusou doação que excluía a aplicação dos recursos em favor de alunos de origem católica ou judia. O tribunal, embora tenha se esquivado de analisar se a discriminação ofendia a ordem pública, determinou a remoção da restrição, permitindo a aplicação dos recursos independentemente da fé do aluno beneficiado[128].

O autor constata que em nenhum dos três casos os tribunais ingleses expressamente interferiram nas disposições testamentárias por considerá-las discriminatórias, mas ainda assim, invocaram outros argumentos para poder afastar a discriminação, "evidenciando uma certa vontade por parte dos juízes de responder às preocupações das partes interessadas em relação às disposições discriminatórias"[129].

Diversamente, na jurisprudência canadense encontra-se precedentes que expressamente afastam a disposição discriminatória. Em Re Canada Trust Co. (1990) a Corte de Apelação de Ontario analisou o caso da Leonard Foundation, criada por um trust em 1923,

---

[127] HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 304.
[128] HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 305-306.
[129] No original: "Arguably, then, these three cases indicate a certain willingness on the part of judges to respond to the concerns of interested parties about discriminatory dispositions" (HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 306).

especificamente para fornecer bolsas de estudos em colégios e universidades. Pelo regramento do trust, não seriam elegíveis para estas bolsas "todos que não fossem cristãos da raça branca, todos que não fossem de nacionalidade ou ascendência britânica"[130]. O próprio trustee da Fundação pleiteou judicialmente a flexibilização da condição, especificamente quanto estribada em critério de raça, nacionalidade ou religião. Na decisão, a Corte de Apelação foi expressa ao determinar a revisão da disposição por questão de ordem pública, consignando o juiz Robins que "dizer que um trust baseado em noções de racismo e superioridade religiosa viola a ordem pública é exacerbar o óbvio"[131].

Em relação às disposições condicionadas a elementos discriminatórios, constata-se que embora em alguns casos as Cortes tenham invalidado tais condições, apenas o fizeram quando constada a certeza de que foram motivadas unicamente por um preconceito em relação às pessoas ou grupos que atendessem ao critério de discriminação, e não como regra geral, confirmando a tradição inglesa pela admissão de disposições discriminatórias como regra. Em Blathwayt v. Baron Cawley[132] (1976), última oportunidade em que a Câmara dos Lordes enfrentou a matéria, o julgamento teve por objeto disposição testamentária sob condição resolutiva caso qualquer dos herdeiros se tornasse católico. A Corte não considerou a condição inválida, argumentando que se tratava de disposição realizada em 1936, que a discriminação por si só não seria causa de invalidade, e ainda que sua supressão implicaria inevitável interferência na liberdade testamentária. Ainda assim, o voto condutor proferido por Lord Wilberforce consignou expressamente que a crença de que, ao seu tempo, tais disposições se tornariam inadmissíveis face aos padrões sociais predominantes:

> "Meus Senhores, não duvido que as concepções de política pública devam acompanhar os tempos e que os tratados e estatutos amplamente aceites possam indicar a direção em que essas concepções, tal como aplicadas pelos tribunais, se devem mover. Pode muito bem ser que condições como esta sejam, ou pelo menos estejam a tornar-se, inconsistentes com os padrões agora amplamente aceites. Mas a aceitação deste facto não me convence de que se justifica, particularmente em relação a um testamento que entrou em vigor já em 1936 e que foi por duas vezes objeto de apreciação judicial, introduzir pela primeira vez uma regra de direito que iria muito

---

[130] "The trust deed stipulated that the class of those eligible for the scholarships excluded 'all who are not Christians of the White Race, all who are not of British Nationality or of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate or who recognize any such authority, temporal or spiritual" (HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 306).

[131] No original: "[t]o say that a trust premised on . . . notions of racism and religious superiority contravenes public policy is to expatiate the obvious'" (HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 307).

[132] UNITED KINGDOM. House of Lords. Blathwayt v Baron Cawley (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024.

> além da mera prevenção da discriminação por motivos religiosos. Com efeito, isso implicaria uma redução substancial de uma outra liberdade, firmemente enraizada no nosso direito, que é a da disposição testamentária. A discriminação não é a mesma coisa que a escolha: ela opera numa área mais vasta e menos pessoal, e nem por disposição expressa nem por implicação a seleção privada se tornou ainda uma questão de ordem pública"[133].

Mesmo na Common Law, em que a liberdade testamentária ordinariamente não é limitada nem mesmo por uma parcela compulsória em favor de terminados herdeiros, percebe-se, senão uma mudança de paradigma, ao menos um direcionamento das decisões para tanto, especificamente para inadmitir disposições sucessórias embasadas em critérios discriminatórios ou contrários à ordem pública.

Ainda que em temporalidade mais recente e em menor número de decisões, as restrições da liberdade testamentária em razão da ordem pública também já foram objeto de deliberação em sistemas de Civil Law, tanto pelo vértice da validade da disposição face a proibição de discriminação quanto por sua interferência indevida em espaços de liberdade existencial dos herdeiros ou beneficiados.

Apenas no âmbito de Cortes Superiores, em Pla & Puncernau v. Andorra o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reformou decisão dos tribunais de Andorra para inadmitir uma interpretação do testamento que fizesse distinção entre filhos biológicos e adotivos, a partir de uma disposição testamentária em favor de filhos "legítimos"[134].

Na mesma linha, o acórdão 4642/2013 do Supremo Tribunal da Espanha, reconheceu expressamente a aplicação da proibição à discriminação às disposições testamentárias, inclusive em relação a testamentos lavrados anteriormente à Constituição espanhola[135].

Na Alemanha, em caso envolvendo contrato sucessório da família real da Prússia e que apenas admitia como herdeiros os sucessores do sexo masculino que se casassem com

---

[133] No original: "My Lords, I do not doubt that conceptions of public policy should move with the times and that widely accepted treaties and statutes may point the direction in which such conceptions, as applied by the courts, ought to move. It may well be that conditions such as this are, or at least are becoming, inconsistent with standards now widely accepted. But acceptance of this does not persuade me that we are justified, particularly in relation to a will which came into effect as long ago as 1936 and which has twice been the subject of judicial consideration, in introducing for the first time a rule of law which would go far beyond the mere avoidance of discrimination on religious grounds. To do so would bring about a substantial reduction of another freedom, firmly rooted in our law, namely that of testamentary disposition. Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection yet become a matter of public policy" (UNITED KINGDOM. House of Lords. Blathwayt v Baron Cawley (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024).

[134] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 4ª Seção. Pla and Puncernau v. Andorra nº 69498/01. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815, acesso em 12 de janeiro de 2024.

[135] TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia STS 4642/2013, de 01 de março de 2013. Disponível em https://poderjudicial.es/search/contenidos.action, acesso em 31 de janeiro de 2024.

esposas de igual nobreza, o Tribunal Federal (BGH) decidiu que, a princípio, a liberdade testamentária deve prevalecer sobre a proibição das discriminações previstas no artigo 3º da Constituição alemã[136], decisão esta que foi anulada pelo Tribunal Constitucional por não examinado adequadamente se condição imposta (casamento na nobreza) era suficiente para violar gravemente a liberdade matrimonial dos potenciais herdeiros[137].

Esta breve exposição dos casos corroborar a relevância do tema e sua pertinência também nos sistemas de família romano germânica.

Apresentados os debates sobre a limitação da liberdade testamentária em razão da ordem pública no Direito Comparado, é possível prosseguir com a análise da interação entre tais princípios no âmbito do Direito brasileiro, primeiro a partir do cotejo entre liberdade testamentária e não discriminação e, em um segundo momento, o embate entre liberdade testamentária e liberdade existencial dos beneficiários.

1.3.1. Liberdade testamentária e não discriminação: a incursão da igualdade no domínio da liberdade

A primeira indagação nada mais faz do que perquirir se há espaço para o princípio da igualdade na sucessão testamentária. Não há dúvida de que a igualdade é princípio norteador da sucessão legítima, determinando a distribuição equânime da herança entre seus beneficiários. A indagação se coloca no campo da sucessão testamentária[138], notadamente se, de algum modo, estaria o testador vinculado (e assim, limitado) pelo princípio da igualdade. Afinal, liberdade e igualdade podem ser vistas um oxímoro, uma contradição em termos, afinal, liberdade é escolha, e escolher é tomar um no lugar de outro, optar por um, em detrimento dos demais. Escolher é, naturalmente, desigualar.

---

[136] TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

[137] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. BvR 2248/01, de 22 de março de 2004 - Hohenzollern. Disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/rk20040322_1bvr224801.html, acesso em 23 de janeiro de 2024.

[138] "A liberdade de testar consiste em poder decidir como distribuir a riqueza acumulada durante a vida e a quem, tratando desigualmente os filhos salvo o limite infranqueável da legítima (...) A divisão igualitária é própria da sucessão intestada, em que é a lei quem designa os sucessores e a lei não pode estabelecer desigualdades" (ALOY, Antoni Valquer. Liberdad de testar y liberdad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 117).

Constatado o possível conflito entre liberdade e igualdade, é preciso antes delimitar o modo de atuação do princípio da igualdade para, apenas em um segundo momento, adentrar na investigação e perquirir seus reflexos no âmbito da sucessão testamentária.

Dentre as várias acepções de igualdade, a que ora interessa é a igualdade enquanto proibição de discriminação, enquanto o "ideal de igualdade" voltado à superação de determinadas discriminações como parte do processo civilizatório e que, ao menos desde a segunda guerra mundial, se tornou não só estandarte da opinião pública como também mandamento jurídico resguardado por diversas constituições e diplomas internacionais[139]. É apenas a igualdade em sua conformação de não discriminação que se cogita limitar a liberdade testamentária.

A primeira premissa adotada para a reflexão é que desigualdade e discriminação não são sinônimas. Haverá desigualdade sempre que determinado ato ou conduta atribuir um tratamento diferente a um em relação ao outro ou aos demais, ao passo que somente haverá discriminação quanto o ato ou conduta atribuir tratamento diverso em razão de um elemento objetivo de diferenciação. Assim, a diferenciação imotivada, ou não estribada em um critério objetivo de distinção, implica tratamento desigual, mas não pode ser reputada discriminatória, posto não se estribar em nenhum elemento objetivo de diferenciação.

Na mesma linha, a segunda premissa é reconhecer que nem toda a discriminação (diferenciação a partir de um critério objetivo) é ilícita ou juridicamente reprovada. A diversidade impõe que em certas situações o sistema jurídico não só tolere como defira tratamento desigual, e quando essa desigualdade é fundada em um critério objetivo, defira tratamento discriminatório, sem que tal discriminação seja ilegítima ou injustificada: "aos maiores é dispensado tratamento inequiparável àquele outorgado aos menores; aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres"[140].

Em todos estes casos, há um elemento de *discriminem* que justifica a atribuição de um tratamento jurídico diverso em favor de um ou de outro. O tratamento deferido aos menores toma como critério de distinção a reduzida maturidade, a justificar maior proteção, ao passo que o regramento dos médicos, dado o conhecimento específico e a função que desempenham, justifica tenha um regime jurídico diverso do dado ao advogado, ao ponto de lhe ser exigível,

---

[139] BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 2ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 43.
[140] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13.

por exemplo, o dever de socorro. Em ambos os casos o critério de diferenciação adotado é diretamente relacionado ao objetivo que se pretende atingir e, nesta medida, justificado.

De consequência, não são toleradas discriminações cuja característica adotada para a diferenciação não apresentem um nexo de correlação lógica entre o fator de diferenciação escolhido e a desigualdade de tratamento em função dele atribuída, sob pena de discriminação injustificada. Tome-se por exemplo que "as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, *caput* da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc"[141]. Certamente não haveria nexo de correlação apto a justificar a reserva de vagas nas universidades a pessoas de olhos azuis, ou a adeptos de determinada religião, pois tais atributos não encontrariam conexão fática com o ensino jurídico, interesse perseguido pela oferta de vagas em universidades públicas.

Embora *a priori* seja vedada a discriminação a partir da raça, sexo, classe social ou da crença religiosa, admite-se sejam adotados como elementos de distinção para justificar um objetivo legitimamente perseguido, sobretudo a promoção da igualdade material, como se dá por meio de ações afirmativas voltadas a colmatar determinada desigualdades materiais. Nesta linha, é legítima a discriminação para reserva de cotas das universidades públicas aos estudantes de escolas públicas (justificada, também, pela incapacidade financeira deste grupo arcar com os custos de uma universidade privada, ou pela reconhecida disparidade qualitativa entre o ensino básico público e privado, que tornaria desigual a competição em igualdade formal), como também a distinção entre homens e mulheres para deferir a estas um tratamento jurídico mais protetivo em relação àqueles, justificado em razão dos espantosos índices de violência doméstica e feminicídio que assolam o país[142].

Ainda que não haja, portanto, uma definição apriorística e absoluta quanto a elementos de discriminação que sejam sempre permitidos ou sempre proibidos, é possível afirmar discriminações que adotam determinados critérios de distinção são, *a priori*, vedadas pelo ordenamento jurídico (ainda que, frise-se, passíveis de derrotabilidade). Dentre eles, destacam-se os critérios contidos no art. 3º, IV, da Constituição Federal, como "origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", chamados pela doutrina norte-americana de *fatores suspeitos,* ordinariamente não são tolerados. Como aponta Norberto Bobbio, "jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre

---

[141] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.
[142] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

os homens: a raça (ou, de modo geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social"[143].

Por fim, a terceira premissa é reconhecer que inobstante a igualdade seja objetivo (CF, art. 3º, IV) e direito fundamental (CF, art. 5º, *caput*), desempenhará papeis diferentes no Direito Público e no Direito Privado[144]. Sua aplicação terá maior intensidade em determinadas relações jurídicas, como as de Direito Público, e menor intensidade em outras, como nas relações de Direito Privado, no qual não se exige um tratamento igualitário a todos: quem contrata o faz com o sujeito com quem deseja contratar, escolhendo de forma livre entre todos aqueles com quem poderia fazê-lo; quem se casa o faz com a pessoa por si escolhida, recusando todas as demais; quem dispõe *causa mortis* o faz em favor de quem lhe apetece. Portanto, já de início fica claro que a liberdade testamentária, inserta no Direito Privado, não se submete ao mesmo grau de realização da igualdade próprio do Direito Público[145].

Firmadas tais premissas é possível questionar se a liberdade do testador seria ampla ao ponto de permitir disposições discriminatórias, como tradicionalmente admitido na Common Law inglesa[146] e sustentado em sistemas de Civil Law por Esteve Bosch Capdevila[147] e Peter

---

[143] BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 2ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 43.

[144] "Há espaços distintos reservados ao Direito Privado e ao Direito Público, com princípios, metodologia e conceitos jurídicos próprios, os quais, embora possam eventualmente se comunicar, interpenetrar e confundir, guardam sua autonomia e sua filiação a um sistema autônomo, o que implica o reconhecimento de um estatuto epistemológico para o Direito Privado" (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 39).

[145] No mesmo sentido: "A igualdade dos filhos não é nem poderia ser absoluta em termos patrimoniais. Isso porque o Direito das Sucessões, como ramo do Direito Civil, que, por sua vez, faz parte do Direito Privado, é o norteado pela vontade e tem por base a liberdade. É por isso que a sucessão legítima é subsidiária, somente aplicando-se a ordem de vocação hereditária se testamento não houver" (SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). Consultor Jurídico - Conjur. Publicado em 12 de agosto de 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2, acesso em 12 de janeiro de 2024).

[146] HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 304.

[147] Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade Rovira y Virgili, na Espanha. "Finally, let us suppose that the testator establishes apparently discriminatory clauses in his or her will. For example, let us suppose that I appoint my male children as my heirs; or I exclude from the succession any people related to me through adoption. Are these provisions valid? In my opinion, the testator can choose whoever he or she wants to be his or her heirs; that is, once the legitima portio has been respected, the testator has the right to freely choose his or her successor or successors. It is the law, rather than the testator, that cannot discriminate. Exercising the right to choose a successor, however it may be done, cannot give rise to discrimination. Let us imagine that the testator has three children, two of which (A and B) are his or her direct natural children, and a third (C) who is the testator's son through adoption. If the testator says "I appoint A and B as my heirs", would anyone doubt the validity of such a provision? And does it not amount to the same thing if the testator says "I appoint my direct natural children"?" (CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 87-88).

Hambro[148], ou, em caso negativo, qual seria o grau de restrição a ela imposto pelo princípio da igualdade.

É dizer: seria válida a cláusula testamentária que discrimina em razão do sexo, p.e., deixando determinado legado ao "primeiro neto homem"? A aposição de condição é sem dúvida lícita[149], mas seria lícita a condição fundada exclusivamente em critério de gênero (pertencer ao sexo masculino)? Propõe-se, para resposta a tais indagações, submetê-las às premissas anteriormente traçadas, quais sejam: (a) distinguir desigualdade de discriminação; (b) perquirir se a discriminação seria lícita e, portanto, juridicamente admitida; e (c) a eventual relevância da justificação para aferição da licitude ou ilicitude da disposição.

Há disposições testamentárias que podem gerar desigualdade, que favorecem um em detrimento de outro, mas embora criem distinções, não podem ser tidas por discriminatórias. Como adverte Du Toit, os benefícios testamentários são, por definição, baseados em preferências e na possibilidade de tratamento desigual[150]. Tomemos por exemplo a seguinte disposição: "deixo para minha neta Sofia a casa onde resido. Nada para meu neto Lúcio". Deixar um legado à neta Sofia e nada ao neto Lúcio certamente implica em um tratamento desigual entre ambos, porém, lícito e permitido. A liberdade testamentária autoriza não só a realização de escolhas, como dispensa o testador de justificá-las[151].

A atribuição à neta Sofia pode ter as mais variadas razões: uma maior afeição, a retribuição pelo cuidado por ela deferido ao testador, ou até mesmo motivos de menor relevância, como o fato de os contornos de seu rosto lembrarem aos da falecida esposa do testador, ou torcer pelo mesmo time de futebol que o testador. A só escolha de um neto, em detrimento de outro, implica tratamento desigual, mas não discriminatório. A escolha se deu

---

[148] Professor da Universidade de Oslo, Noruega. "As a rule, a testator can decide how the estate is to be divided. The decisions made in a will may be based upon prejudices that most people find distasteful, but that would have no consequences for the validity of the will. The testator may decide that a certain amount shall be divided between his or her grandchildren provided they are born in wedlock and exclude adopted children. The testator can exclude a sibling as an heir because he or she is homosexual or has converted to a religion the testator dislikes. The only general prohibition in our law is contained in AS J 64, the wording of which is as follows: "A disposition in a will is invalid if it stipulates a use or destruction which obviously serves no meaningful purpose." (HAMBRO, Peter. The Norwegian approach to forced share, the surviving spouse´s position and irrevocable wills. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 234).

[149] Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

[150] DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by *boni mores*: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, 2000, vol. 11, n. 3, p. 381.

[151] É o que se extrai do artigo 1.897 do Código Civil. Esclarece a doutrina: "o que o legislador quis preceituar com a redação do referido dispositivo é que, se o testador quiser, poderá dizer qual o motivo que o levou a beneficiar certa pessoa como herdeira ou legatária" (VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 672).

por vontade do testador, e isso é o único motivo que se pode extrair daquela disposição. É esta a posição de José Fernando Simão, exprimida em crítica sobre o citado caso de Guaxupé:

> "Se a parte é disponível, eu posso dispor em favor de qualquer pessoa (por exemplo, de meu amigo Zeno Veloso, e não em favor de meu amigo Mauricio Bunazar). Teria eu discriminado Bunazar ao não o contemplar com a parte disponível? Se o sistema permite que eu, respeitando a legítima, deixe toda a parte disponível a um só de meus filhos, qual seria o problema em deixar apenas a um só de meus netos? Se o raciocínio do magistrado fosse aplicado a todo e qualquer testamento, o resultado seria o fim, a morte da liberdade de testar. Alguns exemplos tornam óbvia a questão:- se eu testar a parte disponível em favor de meu filho (sexo masculino) e não de minha filha (sexo feminino), haveria nulidade da deixa por sexismo; - se eu testar a parte disponível em favor de meu amigo caucasiano e não de meu amigo negro, haveria nulidade da deixa por racismo; - se eu testar a parte disponível em favor de meu amigo heterossexual e não de meu amigo homossexual, haveria nulidade da deixa por homofobia; - se eu testar a parte disponível em favor de meu filho maior e não de minha filha menor, haveria nulidade da deixa por sexismo e por desproteger o incapaz"[152].

Como se vê, no campo da sucessão testamentária seria nefasta a equiparação de desigualdade à discriminação, a ponto aniquilar, por completo, a própria liberdade testamentária. Em nenhum dos exemplos citados pelo autor há a eleição de um critério objetivo de diferenciação que permita reputar as disposições discriminatórias. A simples designação de determinada pessoa, em detrimento de outras, acarreta desigualdade, mas não discriminação. E no campo do Direito Privado, a desigualdade, por si só, é amplamente admitida.

O autor reforça seu argumento ao invocar ainda a irrelevância do motivo subjetivo que levou o testador a realizar a disposição. No caso de Guaxupé, limitou-se a testadora a designar os netos que desejava ver agraciados, nominando um a um, sem apresentar o motivo da disposição ou se valer de qualquer outro critério para a designação dos mesmos senão a denominação. Em casos tais, é despicienda a investigação do motivo subjetivo da disposição, não revelado pela testadora, afinal, "o motivo, as razões para se celebrar um contrato ou se fazer um testamento são irrelevantes para o sistema. E nem poderia ser diferente. A razão ou motivo, apenas quando declarada como razão determinante do negócio jurídico, é motivo de invalidade"[153], como expressamente dispõe o artigo 140 do Código Civil[154].

---

[152] SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). Consultor Jurídico - Conjur. Publicado em 12 de agosto de 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/, acesso em 12 de janeiro de 2024.
[153] SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). Consultor Jurídico - Conjur. Publicado em 12 de agosto de 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/, acesso em 12 de janeiro de 2024.
[154] Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

Revisitando os precedentes da Common Law constata-se a apresentação de idêntica conclusão, notadamente de que somente poderia ser tomada por discriminatória a disposição testamentária que expressamente tenha adotado um elemento objetivo de discriminem. Em *Blathwayt v Baron Cawley*[155] a Câmara dos Lordes apreciou a validade de uma condição resolutiva aposta no testamento, segundo a qual qualquer herdeiro se fosse ou se tornasse católico romano perderia o direito à herança. A condição foi contestada, em outras razões, por ser considerada discriminatório em razão da religião, e, portanto, inválida. Na discussão, Lord Balcombe sustentou que a disposição seria mesmo contrária à ordem pública[156], mas neste ponto prevaleceu a posição Lord Wilberforce, para quem "a discriminação não é a mesma coisa que a escolha: atua numa área mais vasta e menos e menos pessoal, e nem por disposição expressa nem por implicação a escolha privada se tornou uma questão de ordem pública"[157].

Mesmo autores da Common Law que defendem a proibição de disposições testamentárias discriminatórias reconhecem que mesmo quando a disposição possa ter sido subjetivamente motivada por discriminação, se não expressar o elemento de distinção, a disposição der ser considerada lícita. Isso porque a restrição a tais disposições não se daria em favor ou em proteção do herdeiro ou da pessoa preterida, mas sim da ordem pública, da cultura de não discriminação. Somente quando a natureza da distinção é explicitamente declarada que se torna inadmissível, posto que discriminatória[158].

---

[155] UNITED KINGDOM. House of Lords. Blathwayt v Baron Cawley (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024.

[156] Colhe-se de sua intervenção: "a opinião pública é agora contra a discriminação com base na raça, sexo ou religião e a discriminação não deve ser encorajada pelos tribunais que consideram que tais cláusulas são válidas e aplicáveis. As Leis de Relações Raciais tornam ilegais algumas formas de discriminação. O direito de cada homem envolve um grilhão correspondente para outra pessoa. O direito de uma pessoa dispor dos seus próprios bens pode ser restringido pela lei contra a discriminação. À luz do desenvolvimento geral da opinião pública nos últimos 30 anos, a lei inglesa não deveria permitir a discriminação representada por esta cláusula. Não é uma manifestação de religião reter a propriedade de uma pessoa porque a sua religião é diferente da sua". No original: "public opinion is now against discrimination on grounds of race, sex or religion and discrimination should not be encouraged by the courts holding that such clauses are valid and enforceable. The Race Relations Acts make some forms of discrimination illegal. The right of every man involves a corresponding fetter on someone else. A person's right to dispose of his own property may be fettered by the law against discrimination. In the light of the general development of public opinion in the last 30 years English law should not allow such discrimination as is represented by this clause. It is not a manifestation of religion to withhold one's property from a person because his religion is different from one's own".

[157] No original: "Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection yet become a matter of public policy".

[158] "A public culture of respect for, and pride in, identity is not undermined in circumstances where discriminatory treatment is known to be discriminatory by no-one other than the person meting it out. So, if I have three children, Adam, Bill and Carla, and my beliefs that women are not equipped to manage property lead me to make a gift of my property only to Adam and Bill, that disposition should be upheld if Adam and Bill are identified as donees by name, notwithstanding that the disposition is motivated by a desire to discriminate against Carla on grounds of her sex. On the other hand, if I make a class gift to 'my male children', the discriminatory nature of the disposition has been made explicit, and the disposition should be invalidated. Considering this hypothetical situation shows that the distinction between what is permissible and what is not permissible in view of collective autonomy-serving

Por fim, a exigência de que o elemento objetivo de diferenciação seja explícito para que a disposição possa ser considerada discriminatória também encontra respaldo na doutrina e em precedentes de tribunais de Civil Law.

Em Pla & Puncernau v. Andorra[159], o Tribunal Europeu de Direitos Humanos expressamente afirmou que não era possível extrair do texto da disposição testamentária uma discriminação expressa entre filhos biológicos e adotivos, e nestes termos, interpretou que a disposição testamentária em si não era discriminatória, mas apenas a interpretação que lhe foi dada pelos Tribunais de Andorra, ao dela extrair a citada diferenciação.

Na mesma linha, no precedente de 19 de abril de 2005, o Tribunal Constitucional Alemão, em caso que envolvia a deserdação de um filho, reconheceu que a garantia constitucional à herança compreende também o direito dos herdeiros a uma parcela mínima do patrimônio, consignando, porém, que "o testador não é obrigado pela constituição a tratar seus descendentes de forma igualitária"[160], a evidenciar que a desigualdade, por si só, convive harmonicamente com a liberdade testamentária.

O tema foi pouquíssimo ventilado na doutrina brasileira, merecendo destaque a posição defendida há mais de uma década por Ana Luiza Maia Nevares. Segundo a autora, "é inegável que escolher a pessoa a ser contemplada em testamento é ato da mais absoluta liberdade e, em tese, não pode haver restrição a esta escolha individual", a revelar que no campo da sucessão testamentária, a igualdade encontra-se subordinada à liberdade. Ressalva, porém, que eventual invalidade não decorreria da desigualdade, mas "do fato de o testador justificar a

---

goods is sometimes a fine one" (HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011, p. 303–326).

[159] "The sole remaining question is therefore whether the notion of "son" in Carolina Pujol Oller's will extended only, as the High Court of Justice maintained, to biological sons. The Court cannot agree with that conclusion of the Andorran appellate court. There is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons. The Court understands that she could have done so but, as she did not, the only possible and logical conclusion is that this was not her intention" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 4ª Seção. Pla and Puncernau v. Andorra nº 69498/01. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815, acesso em 12 de janeiro de 2024).

[160] "A liberdade de fazer um testamento como um componente da garantia do direito à herança inclui o poder do testador de ordenar, durante sua vida, uma transferência de sua propriedade após sua morte para um ou mais sucessores legais que se desviem da sucessão legal, em particular para excluir um herdeiro legal da participação na herança e limitá-la em valor à parte obrigatória legal (cf. BVerfGE 58, 377 [398]). Dessa forma, o testador tem a possibilidade de regular a sucessão por meio de uma disposição de propriedade após a morte, em grande parte de acordo com seus desejos e ideias pessoais (consulte BVerfGE 58, 377 [398]; 99, 341 [350f.]). Em particular, o testador não é obrigado pela constituição a tratar seus descendentes de forma igualitária (BVerfGE 67, 329 [345])." (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 349). O precedente também é referenciado por José Fernando Simão no texto supracitado.

escolha, ou seja, apresentar os seus motivos expressamente no ato de última vontade, sendo estes pautados por uma discriminação peremptoriamente vedada pela Constituição"[161].

Assim, a primeira conclusão é que embora se possa cogitar da incidência do princípio da igualdade no campo da sucessão testamentária, seu grau de aplicação seria reduzido, não impondo um tratamento igualitário pelo testador, mas apenas restringindo a sua liberdade testamentária ao proibir tratamento discriminatório. Assim, apenas a igualdade em sua conformação de não discriminação poderia ser invocada como limitativa da liberdade testamentária. Ainda, que somente podem ser consideradas discriminatórias as disposições desiguais em que se possa constatar o critério de distinção ou o motivo da diferenciação.

A partir destas conclusões, cumpre perquirir em que extensão as disposições testamentárias que contenham motivo ou critério discriminatório expresso se submetem ao princípio da igualdade. Como já apontado, tomando-se por discriminação o tratamento desigual embasado em algum critério objetivo, é forçoso antecipar que nem toda discriminação poderá ser considerada ilícita, na medida em que nem toda escolha estribada em critério objetivo o é.

Pelo contrário, as escolhas determinadas por certo motivo ou condicionadas a determinado fato são expressamente permitidas pelo ordenamento, como se infere do art. 1.897[162] do Código Civil. O citado artigo permite a nomeação de herdeiro ou legatário não apenas de forma "pura e simples" (ou seja, apenas mediante nominação) [163], como também "sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo", hipóteses em que necessariamente haverá um elemento objetivo que demonstrará o critério de escolha, usualmente um motivo expresso ou uma condição. O mesmo se extrai do art. 1.901, I[164], ao permitir até mesmo a nomeação de pessoa incerta, quando acompanhada de um critério objetivo que permita sua determinação por terceiro.

São exemplos trazidos pela doutrina, dentre as condições positivas, a disposição em favor do sobrinho se tiver se formado em medicina[165], se passar no concurso do Ministério

---

[161] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230.

[162] Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

[163] Em comentário ao dispositivo, elucida José Fernando Simão: "se nenhum elemento for previsto no testamento, considera-se a nomeação pura e simples, passando a produzir efeitos desde a morte do testador" (SIMÃO, José Fernando. Comentário ao artigo 1.897. In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1704).

[164] Art. 1.901. Valerá a disposição: I - em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado.

[165] SIMÃO, José Fernando. Comentário ao artigo 1.897. In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1704.

Público ou se continuar trabalhando para minha família[166], e dentre as condições negativas a disposição em favor do sobrinho "se ele não tiver casa própria"[167]. Em relação às disposições por certo motivo, cita-se o exemplo da nomeação de um herdeiro "pelo fato de ter sido ele o bombeiro que lhe salvou a vida", ou que só fez a disposição "em remuneração a certo serviço"[168].

Daí decorre que o legislador já realizou a ponderação entre liberdade testamentária e igualdade, admitindo como regra geral a prevalência da primeira sobre a segunda, ou seja, tomando por lícitas as escolhas realizadas pelo testador, ainda que impliquem tratamento desigual. A questão que se coloca é se esta escolha legislativa é, em algum nível, afetada pelo princípio da não discriminação, insculpido nos artigos 3º, IV, e 5º, caput, da Constituição Federal. O raciocínio para construção desta resposta pode partir de duas correntes doutrinárias: a que defende a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais e a que advoga a eficácia apenas mediata ou indireta.

A primeira corrente, da eficácia direta, constitui a posição majoritária na doutrina brasileira[169], e já adotada pelo Supremo Tribunal Federal[170]. De autores que a compõe, extrai-se que "o processo de constitucionalização do direito brasileiro fez-se forte no Direito Civil, em particular no Direito de Família, não sendo possível excluir o Direito das Sucessões da

---

[166] VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 650.

[167] SIMÃO, José Fernando. Comentário ao artigo 1.897. In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1704.

[168] SIMÃO, José Fernando. Comentário ao artigo 1.897. In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1705.

[169] "O Direito Civil brasileiro experimenta um amplo domínio da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Há, porém, um número não insignificante de autores que seguem o modelo de três níveis (Robert Alexy), dos deveres de proteção (Canaris) e da eficácia indireta, mesmo com variações" (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 300). Especificamente na doutrina constitucional, parece existir menor consenso: "Apesar do aperfeiçoamento das investigações sobre a matéria, não há um consenso em torno da forma de incidência da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontrando-se na doutrina constitucional cinco orientações que, cada uma à sua forma, desaguam entre aqueles que reconhecem nos direitos fundamentais uma eficácia apenas mediata nas relações entre particulares e os que veem mesma eficácia de forma imediata vinculando diretamente as relações entre os particulares" (FREIRE, Alexandre. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: conceitos, teorias e análise jurisprudencial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (et. al). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51).

[170] "A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2 Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ. Relator para o acórdão: min. Gilmar Mendes. J. 11.10.2005).

'filtragem constitucional'"[171], filtragem esta derivada justamente do desenvolvimento da eficácia direta dos direitos fundamentais como corolário da chamada constitucionalização[172].

Seguindo esta perspectiva, o princípio constitucional da igualdade incidiria diretamente sobre a liberdade testamentária, como filtro de validade que reduziria sua extensão ao dela tolher a faculdade de realizar disposições discriminatória, na medida em estas forem contrárias à própria Constituição.

É o que se extrai do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, ao enunciar como objetivos da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Tendo o ordenamento alçado o mandamento de não discriminação a categoria de objetivo da República, é decorrência lógica que os atos contrários a este objetivo não encontram respaldo jurídico, mormente quando guardem relação com um dos critérios de discriminação expressamente declinados: origem, raça, sexo, cor ou idade.

Daí que, admitida a eficácia direta dos direitos fundamentais, a norma extraída do artigo 3º se aplicaria não apenas ao Estado, mas também aos particulares, obstando as discriminações nele contidas e, acaso realizadas, ficam viciadas no plano da validade. Verticalizando a análise, duas observações parecem se fazem necessárias.

Em um, a proibição deve ser lida pela perspectiva funcional, notadamente de acordo com propósito declinado pelo próprio dispositivo, qual seja, promover o bem de todos e a igualdade em sentido material. Nesta linha, as discriminações positivas, realizadas em favor de sujeitos que tenham um déficit de proteção em razão de um dos citados critérios, são consonantes à Constituição e devem ser consideradas válidas.

Em dois, do texto "quaisquer formas de discriminação" não pode ser extraída norma de proibição absoluta de quaisquer diferenciações, mas tomando o significante discriminação em seu significado de "tratamento desigual ou injusto dado a uma pessoa ou grupo, com base em preconceitos de alguma ordem"[173]. Do enunciado qualquer discriminação, portanto, extrai-se como norma uma cláusula geral limitativa apenas de diferenciações efetivamente

---

[171] BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 321.

[172] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 260.

[173] "Discriminação", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2024, https://dicionario.priberam.org/ discrimina%C3%A7%C3%A3o, acesso em 13 de janeiro de 2024.

discriminatórias, estribadas em preconceitos axiologicamente inadmitidos pelo ordenamento jurídico[174].

A partir delas, parece ser possível recorrer, por analogia, à metodologia de apreciação da constitucionalidade dos atos legislativos face ao princípio da igualdade apresentada por Jorge Reis Novaes[175] para, com as necessárias adaptações, desenhar um regramento de como se daria a filtragem constitucional das disposições testamentárias a partir do mandamento da não discriminação. Nestes termos, a apuração da adequação constitucional tomaria como ponto de partida os seguintes fios condutores:

a) Discriminações que tomem por elemento de diferenciação a "origem, raça, sexo, cor e idade" [176] ou outra proibida pela Constituição[177], devem ser consideradas *suspeitas* (categoria cunhada pela jurisprudência norte-americana[178]), de modo que, se a disposição estiver fundada exclusivamente em um destes critérios, deve prevalecer a presunção de ilicitude, ante a contrariedade aparente em relação a norma constitucional.

---

[174] "Pois bem, visto o caráter não absoluto da igualdade, a expressão constitucional "sem distinção de qualquer natureza" deve ser entendida como a vedação do estabelecimento de discriminações (no sentido de preconceitos ou injustiças), a partir de quaisquer qualificativos atribuíveis às pessoas. Dentro da pluralidade de significados do termo distinção, o que fica proibido é o estabelecimento de discriminações, não o estabelecimento de meras diferenciações. E, por certo, tais diferenciações (as distinções que atendem aos critérios acima abordados) poderão considerar quaisquer atributos das pessoas relacionados à sexualidade, à cor da pele, ao credo religioso, ao local de nascimento, às posses econômicas (importante em matéria tributária) etc." (BONAVIDES, Paulo. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80).

[175] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 101-160.

[176] "Historicamente repetiram-se e ainda se reproduzem na atualidade situações em que as diferenciações se fundamentam em fatores claramente atentatórios da igual dignidade e reconhecimento devidos a todas as pessoas pelo fato de o serem. São conhecidas as mais comuns discriminações em razão do sexo, da raça, da religião professada, da ideologia ou filiação partidária, da língua ou do território de origem, da orientação sexual, da doença, da pertença a minorias impopulares (...). É precisamente porque há, hoje, um precipitado imediatamente reconhecível das discriminações mais frequentes e de resultados mais desastrosos que os textos constitucionais podem proibir expressamente algumas delas" (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 110).

[177] Dentre outras, a proibição a discriminação relativa à filiação, prevista no art. 227, § 6º: "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[178] "Os critérios de diferenciação considerados "suspeitos" nos EUA, desenvolvidos basicamente pela jurisprudência da Supreme Court, equivalem, na Alemanha, a certos critérios de diferenciação expressamente proibidos constitucionalmente pelo art. 3, III, GG, segundo o qual "ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado por causa de seu sexo, sua etnia, sua raça, sua língua, da região da qual se origina ou de sua origem social, sua fé, de sua ideologia religiosa ou política". O uso de critérios próximos daqueles justifica um controle de constitucionalidade mais minucioso, representando maior intervenção do Judiciário na criação de critérios diferenciadores que, em princípio, cabe exclusivamente ao poder discricionário do Legislativo. O legislador tem, tanto nos EUA, como na Alemanha ou no Brasil, uma ampla margem discricionária, dentro da qual pode decidir sem ferir o direito à igualdade. Contudo, enquanto nos EUA tais critérios são "muito suspeitos", de modo a autorizar uma maior intensidade do exame revisional judicial quanto à sua constitucionalidade, na Alemanha são em si, como propósitos do tratamento desigual, absolutamente proibidos" (Canotilho, José Joaquim, G. et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 230).

Exemplificativamente, seria inválida a disposição "em favor de meus filhos brancos", ou "em favor das minhas netas que nascerem mulheres".

b) Pode ocorrer, porém, de o próprio testador pretender realizar uma discriminação positiva, ou seja, visando dar efetividade a uma igualdade material ou fática, valer-se de um destes critérios tidos por *suspeitos* para fazer uma disposição em favor de uma ou mais pessoas que se apresentem em tal condição. Neste caso, e sendo a suspeita apenas uma presunção, a disposição poderá ser considerada válida se o testador tiver demonstrado que a diferenciação foi "essencialmente determinada por razões justificadas ou por necessidade de compensação ou promoção de uma igualdade real"[179]. Cria-se, porém, um ônus de justificação ao testador[180] que ordinariamente não lhe é exigido. Exemplificativamente, seria válida a disposição "em favor de meus filhos brancos, visando equipará-los patrimonialmente a seus irmãos, posto que a mãe deles não deixou qualquer patrimônio, enquanto a de seus irmãos é de família argentária", ou "em favor de minhas netas mulheres, pois virão ao mundo em uma sociedade reconhecidamente sexista que lhes impõe mais deveres e lhes atribui menor remuneração em relação aos homens".

c) As diferenciações que não apresentarem critério discriminatório suspeito (não expressamente indicado pela Constituição Federal) devem ser avaliadas em concreto[181] a partir da cláusula geral da proibição de "quaisquer outras formas de discriminação" do art. 3, IV, da Constituição, para a qual é possível contribuir ao menos com dois parâmetros iniciais:

c.1.) quando o critério de discriminação não for um dos expressamente vetados pela Constituição, mas (i) resulte em afetação grave a um direito fundamental; ou (ii) decorra da especial vulnerabilidade de um grupo a preconceitos, hostilidade ou estereótipo[182], a ele deve ser aplicado o mesmo regime dos critérios suspeitos (itens 'a' e 'b' supra). São exemplos,

---

[179] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 113.

[180] "El testador, pues, puede discriminar a sus descendientes en el momento de ordenar su sucesión, pero habrá que atender a las razones de esa discriminación y comprobar si se trata de motivos lícitos o ilícitos o contrarios a las buenas costumbres" (ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 43-44). Em tradução livre: o testador pode, por conseguinte, discriminar os seus descendentes no momento de ordenar a sua sucessão, mas os motivos dessa discriminação devem ser ponderados e deve verificar-se se os motivos são lícitos, ilícitos ou contrários aos bons costumes.

[181] "Resta saber que outras discriminações devem igualmente, por razões análogas, ser também vedadas ou, em contrapartida, autorizadas. Estas dificuldades impeliram a doutrina e a jurisprudência a descolar o *problema* da igualdade para o plano do controle. Não sendo possível determinar objetivamente os critérios de diferenciação admissíveis, tudo residiria em saber até onde poderiam as decisões do legislador democrático neste domínio ser sindicáveis pelo juiz constitucional. (...) Em última análise, só uma análise caso-a-caso, de responsabilidade do juiz, pode apurar quando a diferenciação é puramente motivada pelo preconceito, a hostilidade ou a intenção discriminatória em desfavor do grupo ou categoria mais desfavorecido" (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 111 e 113).

[182] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 114.

respectivamente, a disposição condicionada à conversão e prática do beneficiário ao catolicismo, e a disposição que submeta o recebimento da herança a submissão a um teste de HIV e seu resultado negativo.

c.2.) quando a diferenciação não se enquadrar como critério suspeito tampouco nas hipóteses cogitadas acima, o reconhecimento constitucional da liberdade sucessória em favor do autor da herança deve ser tomado como fator hermenêutico a legitimar a presunção de validade da diferenciação, derrotável apenas mediante fundamentação que demonstre tratar-se de uma discriminação constitucionalmente inadmissível. De fato, "do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função. O estatuto jurídico do patrimônio redimensiona-se, sem perder a essência, embora ontologicamente se reinsira como outra terra na Constituição"[183]. Na filtragem da disposição testamentária, não se pode olvidar que a função do testamento é justamente instrumentalizar a liberdade, e liberdade é, em essência, escolha. Assim, exemplificativamente, parecem válidas discriminações com base em critérios de diferenciação não diretamente relacionados à pessoa, como uma disposição em favor de torcedores de determinado time de futebol, condicionada a determinado êxito acadêmico ("lego em favor dos meus filhos que possuírem curso superior") ou escolha de determinada profissão ("em favor do meu primeiro neto que cursar medicina").

Seriam estes, em conclusão, alguns parâmetros a serem adotados quando da submissão de disposições testamentárias discriminatórias ao filtro da legalidade constitucional, especificamente, a ponderação com o princípio da igualdade, a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Não há, porém, consenso na doutrina brasileira quanto a aplicabilidade direita dos direitos fundamentais em relações entre particulares, advogando uma segunda corrente, minoritária, mas composta por respeitáveis juristas[184], a eficácia mediada ou indireta dos direitos fundamentais às relações interprivadas, não sem ressalvar as restritas e excepcionais hipóteses de aplicação imediata. Portanto, convém perquirir se, também por esta corrente, se o princípio constitucional da não discriminação seria um limite à liberdade testamentária.

---

[183] FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 95.
[184] Dentre outros: LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. RTDC: Entrevista com o Prof. Antônio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 603.

O modelo de compreensão da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais às relações interprivadas tem por fundamento central justamente o respeito a liberdade. Conforme Virgílio Afonso da Silva:

> "O ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um *efeito absoluto* nas relações provadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o privado. (...).
> Mas, ao contrário do que uma primeira leitura poderia dar a entender, a liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado não são absolutas, senão estaríamos diante de uma separação total entre o âmbito dos direitos fundamentais e do direito privado (ou outros ramos do direito) e, por conseguinte, diante de um modelo de não-efeitos dos primeiros no âmbito dos segundos.
> Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas, *por intermédio* do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos efeitos indiretos"[185].

Metodologicamente, o modelo toma como premissa que os direitos fundamentais atuam não apenas como direitos subjetivos exigíveis face ao Estado, tanto em uma dimensão negativa, de abstração, quanto positiva, por prestações, mas também com uma função adicional: a de expressar o *sistema de valores* (também chamada ordem objetiva de valores) daquele ordenamento jurídico. Valores que, mais do que mera declaração de intenções, irradiam par ao direito infraconstitucional e seriam vinculantes em sua interpretação, notadamente no fenômeno da constitucionalização do Direito. Esta irradiação se daria sobretudo, ainda que não exclusivamente, por meio das cláusulas gerais, cujo conteúdo valorativo deve ser construído a partir do sistema de valores exprimido pelos direitos fundamentais. Adverte ainda Virgílio Afonso da Silva que, "ao contrário do que muitos ainda pensam", esta valoração não pode ser realizada por meio de valores morais ou extralegais, mas sim "no sistema de valores consagrado pela constituição"[186].

Desta forma, a construção da norma a partir das cláusulas gerais se daria por meio dos valores expressados pelos direitos fundamentais, formadores do conteúdo, por exemplo, da ordem pública. Em exemplo que interessa ao tema deste capítulo, dispõe o artigo 122 do Código Civil que "são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos

---

[185] SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.
[186] SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78.

bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes".

Em sentido mais amplo, estatui o art. 166, III[187], a nulidade do negócio jurídico que tenha objeto ilício, sendo tal objeto não o bem ou coisa objeto da prestação, mas, "em termos imediatos, a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, e em termos mediatos, aquilo sobre o que incidem tais relações, vale dizer, coisas ou fatos que se pretende obter com a prática do ato"[188], sendo tal objeto ilícito quanto quando "atenta contra a lei, a ordem pública ou os bons costumes, por exemplo, os atos que visam restringir a liberdade profissional, industrial, comercial ou a liberdade de contratar, ou ainda, a corretagem matrimonial"[189].

Ordem pública e bons costumes[190] são justamente cláusulas gerais, a partir das quais os valores dos direitos fundamentais se infiltram no Direito Privado e por meio delas produzem efeitos nas relações privadas. Atuam como filtros de validade dos atos jurídicos, notadamente quando suas condições ou objetos contrariem os valores objetivamente incorporados pelo sistema jurídico, dentre os quais, aqueles que compõe os direitos fundamentais. Na experiência estrangeira, diversos ordenamentos que reconhecem a liberdade testamentária como um dos princípios fundantes do direito sucessório, admitem sua limitação pelos direitos fundamentais, precisamente pela sua aplicação indireta por meio das cláusulas gerais da ordem pública e dos

---

[187] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

[188] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 518.

[189] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 518.

[190] Foi justamente a clausula geral dos bons costumes que, valorada de acordo com a ordem de valores da Constituição Alemã, constituiu a *ratio decidendi* do famoso caso Lüth. Determina o parágrafo 826 do BGB que aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causar dano a outro, fica obrigado a indenizá-lo. O Tribunal Constitucional construiu o conteúdo valorativo desta cláusula justamente a partir do direito fundamental da liberdade de expressão, decidindo que a atuação de um particular conforme tal valor não pode ser considerada contrária aos bons costumes. Para a descrição do caso, remete-se a: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 248-259.

bons costumes. É o caso da Alemanha[191], Espanha[192], Holanda[193], Eslovênia[194] e da África do Sul[195].

Ordem pública e bons costumes são cláusulas gerais, e, portanto, de conteúdo indeterminado. Inobstante a desejada indeterminação, é possível definir uma moldura, os limites conceituais dentro dos quais seu conteúdo será construído em determinado tempo e espaço.

A cláusula geral da ordem pública pode ser tomada como "o conjunto de princípios estruturantes de um sistema jurídico que salvaguardam a proteção da ordem social e de interesses fundamentais do Estado e da Comunidade" [196], e "relaciona-se mais com direitos pessoais (direitos de personalidade, direito da família, v.g. proteção dos interesses da criança) do que com direitos patrimoniais". No campo dos direitos patrimoniais, reporta-se, por exemplo, aos "contratos que exijam esforços desmensurados ao devedor, restrinjam demasiado sua liberdade pessoal ou econômica ou estabeleçam obrigações perpétuas"[197].

Seu conteúdo, embora dinâmico e mutável, terá por fonte o próprio ordenamento jurídico, sobretudo seus veículos normativos (constituição, leis, regulamentos, etc.). Na Common Law, a ordem pública, nominada *public policy,* possui significado próximo,

---

[191] "The constitutional guarantee of freedom of testation in article 14 of the *Grundgesetz*, coupled with the fact that *Grundrechte* operate only indirectly horizontally, imply that fundamental rights do not constitute a direct limitation on freedom of testation in German law. These rights do, however, guide the courts in its interpretation and application of the good morals criterion" (DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by *boni mores*: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, 2000, vol. 11, n. 3, p. 381).

[192] LAPUENTE, Sergio Cámara. Freedom of testation, legal inheritance rights and public order under spanish law. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: european perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 299.

[193] "Chapter 1 of the Dutch *Grondwet* guarantees a number of fundamental rights (*Grondrechten*). Chapter 1 contains, inter alia, an equally clause (article 1) which prohibits discrimination on the grounds of religious, belief, political opinion, race, gender or any other consideration. (…) It is accepted that these rights enjoy at least indirect horizontal application in appropriate circumstances. They are therefore instrumental in the determination of Dutch juridical concepts such as good faith and good morals" (DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by *boni mores*: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, 2000, vol. 11, n. 3, p. 375).

[194] KRALJIC, Suzana. Freedom of testation in Slovenia. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: european perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 260.

[195] "Freedom of testation is recognized as one of the founding principles of South Africa law of testate succession. According to this principle, testators are free do dispose of their assets in a will in any manner they deem fit. Freedom of testation is not, however, completely unfettered (…) In South African law as in Roman and Roman-Dutch law, an important restriction bases upon social considerations dictates, that effect will not be given to testamentary provision if compliance with such will be *contra bonos mores* or against public policy" (DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by *boni mores*: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, 2000, vol. 11, n. 3, p. 358).

[196] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 182.

[197] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 182.

notadamente de "princípios e padrões relacionados considerados pela legislação ou pelos tribunais como fundamentais para o Estado e para a sociedade"[198]. Nesta medida, o mandamento da não discriminação em razão da origem, raça, sexo, cor, idade ou filiação está compreendido no conceito de ordem pública enquanto revelador dos valores perseguidos pelo ordenamento jurídico e, de consequência, atua por meio desta na filtragem da validade dos atos jurídicos negociais[199].

Em paralelo, à cláusula geral dos bons costumes é usualmente atribuído o conteúdo composto pelas "conceptualizações morais perseguidas pelos habitantes de um determinado espaço num período de tempo circunscrito e para eliminar as atuações jurídicas que com elas se não coadunem"[200]. Inobstante tenham por fonte os usos e critérios de uma determinada população, não apreendem padrões reprováveis que não convenham ser mantidos, mas "as regras morais prosseguidas pelos elementos mais nobres – mais corretos, mais honestos – desse conjunto". Com este perfil, também são identificados como a moral social dominante, a moral vigente, ou a consciência moral do cidadão comum[201], e no direito brasileiro, assume a função de "elemento limitador da liberdade de cunho existencial, ou autonomia privada extrapatrimonial"[202]. Sob o signo de *public morality,* são tidos na Common Law como "os ideias ou crenças morais comuns de uma sociedade"[203].

A submissão destes parâmetros ao banco de provas da realidade permitirá uma aferição mais clara da ordem pública enquanto limitação da liberdade testamentária, ao menos em relação aos critérios de diferenciação mais comumente invocados, como a qualificação da filiação e o sexo do herdeiro.

1.3.2. Liberdade testamentária e discriminação pela origem da filiação

---

[198] "Public policy. 1. Broadly, principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society. Courts sometimes use the term to justify their decisions, as when declaring a contract void because it is 'contrary to public policy'". (GARNER, Bryan A. (Ed. Chief). Black's Law Dictionary. 9 ed. United States of America: West, 2004, p. 1351).

[199] "A ordem pública coloca um limite positivo à possibilidade de regulamentação e auto-regulamentação. O ato de autonomia lesivo das diretrizes constitucionais, contrastando com a noção mesma de ordem pública, não é merecedor de tutela e não tem efeito no ordenamento do Estado. O ato não apenas não deve contrastar com um conceito negativo de ordem pública, mas deve, outrossim, harmonizar-se com as escolhas e os valores de fundo do ordenamento" (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 442-443).

[200] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 184.

[201] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 185.

[202] CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 174.

[203] "Public morality. 1. The ideals or general moral beliefs o fa society. 2. The ideals or actions of an individual to the extent that they affect others" (GARNER, Bryan A. (Ed. Chief). Black's Law Dictionary. 9 ed. United States of America: West, 2004, p. 1100).

São reiterados os casos de disposições testamentárias fundadas em critério de filiação que acabam submetidos aos tribunais para análise de sua validade, sobretudo no Direito Comparado.

O mais conhecido caso é Pla & Puncernau v. Andorra, julgado em 2004 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos[204], cujos contornos fáticos podem ser assim sumariados: em 1949 a sra. Carolina Pujol Oller faleceu, deixando três filhos: Francesc-Xavier, Carolina e Sara. Seu testamento, lavrado em 1939, deixava seu patrimônio para seu filho Francesc-Xavier. Caso ele não pudesse receber o patrimônio, determinava que fosse destinado à sua filha Carolina, e, em terceiro lugar, para o filho de Sara, Josep Pla. Na sequência, determinava o testamento que "o futuro herdeiro deveria deixar o patrimônio para um filho ou neto legítimo e de um casamento canônico"[205]. Se esta condição fosse ou não pudesse ser cumprida, determinava o testamento que o patrimônio deveria ser entregue a um filho ou neto dos demais herdeiros nomeados.

O herdeiro Francesc-Xavier se casou com Roser Puncernau (em casamento canônico) e em 1969 adotaram um filho, Antoni Pla Puncernau. Em 1995, Francesc-Xavier fez um testamento deixando o patrimônio que recebeu de sua mãe para seu filho Antoni, vindo a falecer em 1996.

Sob o argumento de que Fransesc-Xavier não cumpriu a condição testamentária ao legar o patrimônio para seu filho Antoni Pla Puncernau, já que não seria um filho "legítimo e de um casamento canônico", Carolina e Immaculada Serra requereram a nulidade da transmissão dos bens legados e que estes retornassem ao espólio de Carolina Pujol Oller e, de consequência, fossem a elas entregues, na qualidade de bisnetas da testadora.

Em 1999 o Tribunal de Batlles julgou improcedente o pedido das autoras, sob o argumento de que não se poderia afirmar "que a testadora, ao inserir aquela disposição, tivesse por intenção excluir os filhos adotivos ou não-biológicos da sucessão. Se esta fosse sua intenção, ela a teria deixado expressa". No ano seguinte o Tribunal Superior de Andorra reformou a decisão ao reconhecer que, de acordo com o direito vigente à época da lavratura do testamento e da abertura da sucessão, filhos adotivos não eram considerados filhos legítimos,

---

[204] EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 4ª Seção. Pla and Puncernau v. Andorra nº 69498/01. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815, acesso em 12 de janeiro de 2024

[205] No original: ""The future heir to the estate must leave it to a son or grandson of a lawful and canonical marriage ..." *("El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni ...)*".

de modo que a intenção da testadora, portanto, foi a de restringir a sua sucessão aos filhos e netos biológicos, frutos de um casamento canônico.

Antoni Pla Puncernau recorreu ao Tribunal Constitucional de Andorra, pleiteando a anulação da decisão por ter violado o princípio da igualdade perante a lei e da igualdade na filiação, consagrados no artigo 6º da Constituição. O Tribunal Constitucional considerou o recurso inadmissível por considerar que a decisão do Tribunal Superior se limitou ao apurar e clarificar a vontade da testadora, e em momento algum teria a própria decisão sugerido a existência de diferenciação entre filhos adotivos e biológicos. Contra a decisão do Tribunal Constitucional, Antoni recorreu ao TEDH, alegando que as decisões dos Tribunais andorranos violaram seu direito a partir de uma "injustificável discriminação com base na filiação".

Para o TEDF, a questão se resumia a apurar "se a noção de 'filho' constante do testamento de Carolina Pujol Oller se estendia apenas, como sustentou o Supremo Tribunal de Justiça, aos filhos biológicos", apontando que, ao contrário do entendimento das Cortes Superiores de Andorra "não há nada no testamento que sugira que a testadora pretendia excluir os netos adoptivos". Nesta linha, a Corte de Estrasburgo concluiu que se "a disposição testamentária, tal como redigida por Carolina Pujol Oller, não fazia qualquer distinção entre filhos biológicos e adoptados, não era necessário interpretá-la nesse sentido. Tal interpretação equivale, portanto, à privação judicial dos direitos sucessórios de um filho adotivo", atribuindo assim a discriminação não a testadora, mas a interpretação da disposição testamentária realizada pelo Tribunal recorrido[206].

Embora a decisão não tenha se debruçado especificamente sobre a possibilidade ou não de a própria testadora realizar uma discriminação com base na origem da filiação (na medida em que atribuiu tal discriminação ao Tribunal, e não a testadora), foi clara ao determinar que o princípio da não discriminação deveria ser respeitado pelos tribunais aos interpretar uma cláusula testamentária[207], o que autoriza considera-lo como um limite à liberdade testamentária.

---

[206] "The sole remaining question is therefore whether the notion of "son" in Carolina Pujol Oller's will extended only, as the High Court of Justice maintained, to biological sons. The Court cannot agree with that conclusion of the Andorran appellate court. There is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons. The Court understands that she could have done so but, as she did not, the only possible and logical conclusion is that this was not her intention. (…) Since the testamentary disposition, as worded by Carolina Pujol Oller, made no distinction between biological and adopted children it was not necessary to interpret it in that way. Such an interpretation therefore amounts to the judicial deprivation of an adopted child's inheritance rights" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 4ª Seção. Pla and Puncernau v. Andorra nº 69498/01. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106815, acesso em 12 de janeiro de 2024).

[207] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória. In: Atas das Jornadas Internacionais 'Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares'. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, p. 247.

A decisão de Pla & Puncernau v. Andorra foi fundamental para a mudança da jurisprudência espanhola sobre o tema, que no âmbito dos tribunais superiores, havia se consolidado na década de 1990 no sentido da validade das disposições condicionais em favor dos filhos legítimos (excluindo filhos adotivos).

O tema foi diversas vezes ventilado quando os Tribunais eram desafiados a confrontar um fideicomisso em favor de filhos legítimos (comum na Espanha) com o princípio constitucional da igualdade. Na decisão de 23 de maio de 1991, o Supremo Tribunal de Justiça da Espanha manteve a disposição testamentária, afirmando que "os artigos 14º e 39º. dois da Constituição espanhola não implicam uma 'constitucionalização' dos direitos dos filhos no que respeita à sua igualdade em relação aos seus pais não consanguíneos, sem qualquer discriminação possível"[208]. Na mesma linha, a decisão de 19 de julho de 1993 o Superior Tribunal de Justiça da Catalunha decidiu que a invocação do princípio, positivado nos artigos 14º e 39º da Constituição, não teria qualquer consistência, pois, "em suma, a questão dos direitos dos filhos adoptivos é uma questão de legalidade ordinária e não de legalidade constitucional"[209].

A partir de Pla & Puncernau v. Andorra a reprodução destes precedentes se tornou insustentável. Em sentido muito próximo ao decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o acórdão nº 4642/2013 do Supremo Tribunal Espanhol, proferido em 01 de março de 2013, reconheceu não só a aplicabilidade do princípio da não discriminação às disposições testamentárias, como o admitiu inclusive de forma retroativa.

O litígio teve por pano de fundo disposição testamentária que determinava ao herdeiro fiduciante a obrigação de conservar e transmitir os bens a seus "filhos e descendentes legítimos"[210], tendo o fiduciante transmitido o patrimônio para um filho adotivo.

---

[208] No original: "los arts. 14 y 39.dos de la Constitución Española no implican una «constitucionalización» de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de sangre, sin posible discriminación de si son «intra» o «extra» matrimoniales, como se infiere del párrafo tres del mismo art. 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos en relación a la familia del adoptante" (ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 120).

[209] No original: "La alusión al principio de igualdad con cita de los arts. 14 y 39 de la Constitución no tiene ninguna consistencia. (…) En resumen, el tema de los derechos de los hijos adoptivos es una cuestión de legalidad ordinaria y no de legalidad constitucional" (ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 121).

[210] "La cuestión de fondo que plantea el presente caso gira en torno a si procede considerar herederos por sustitución fideicomisaria a los actores, hoy recurridos, como hijos o descendientes del fideicomisario, adoptado en su día en adopción simple, que premurió al fiduciario y padre adoptante, el cual recibió la herencia del fideicomitente causante con el gravamen de conservar y transmitir los bienes de la misma, en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición, a sus respectivos hijos y descendientes legítimos" (TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia STS 4642/2013, de 01 de março de 2013. Disponível em https://poderjudicial.es/search/contenidos.action, acesso em 31 de janeiro de 2024).

Assentando a corte que o ponto central do recurso residia na "interpretação do testamento de acordo com a nova realidade social após a entrada em vigor da Constituição espanhola, em particular a necessária adaptação da legislação civil ao princípio da igualdade de tratamento de todos os filhos, sem discriminação dos filhos adoptivos", a corte desproveu o recurso de cassação, mantendo o cumprimento da disposição testamentária independente de origem biológica ou adotiva da filiação, ainda que para isso tenha sido necessário reconhecer a eficácia "retroativa do princípio constitucional da igualdade ou da não discriminação (artigos 14.º e 39.º da Constituição Espanhola) no que respeita às relações jurídicas sucessórias não esgotadas ou pendentes de execução" [211].

Esta decisão tornou-se o precedente em que se estriba a doutrina espanhola ao advogar a existência de uma regra geral pela qual "qualquer condição testamentária ligada a uma distinção entre filhos em razão de sua filiação matrimonial ou não matrimonial deve ser reputada ilícita", ressalvando, porém, que um testador pode licitamente deixar sua parte disponível a um filho em detrimento de outro, desde que esta disposição não esteja condicionada a origem matrimonial ou não de seu nascimento[212].

Na Alemanha, a questão foi apreciada pelo Tribunal Federal em caso envolvendo a família Hohenzollern, herdeira do império alemão e casa real da Prússia (BGHZ 140, 118 [213]). Em 1938, o Kaiser Guilherme II e seu primogênito, príncipe Guilherme da Prússia (príncipe herdeiro), entabularam contrato sucessório pelo qual o primeiro renunciava ao seu patrimônio em favor do segundo e, conjuntamente, estabeleciam as seguintes disposições sucessórias:

> "§ 1.
> O príncipe herdeiro nomeia seu segundo filho, o príncipe Luís Fernando, como seu único herdeiro. Ele deve ser o primeiro-herdeiro. Os herdeiros seguintes serão os descendentes da linhagem masculina do príncipe herdeiro designado no §2. Serão nomeados na ordem lá indicada, com a condição de que apenas um deles herde, de

---

[211] No original: "Respecto a los motivos centrales del recurso, esto es, los que impugnan directamente la existencia de derechos hereditarios desde la ordenación dispuesta por el testamento de don Roque, motivos primero, segundo, tercero y quinto, la fundamentación de ambas Instancias se plantea, principalmente y metodológicamente, desde la perspectiva de la interpretación testamentaria en orden a la nueva realidad social tras la entrada en vigor de la Constitución Española, particularmente de la necesaria adaptación de la normativa civil al principio de igualdad de trato sucesorio a todos los hijos, sin discriminación de los adoptivos".

[212] No original: "Cualquier condición testamentaria ligada a una distinción entre hijos por razón de su filiación matrimonial o no matrimonial debe reputarse ilícita, con las consabidas consecuencias que ya se han indicado. Es preciso insistir en que el testador puede instituir único heredero a su hijo Manuel y a su otro hijo Pedro únicamente atribuirle la legítima; eso es ejercicio de su libertad de testar, que permite tratar de manera desigual a los hijos, pero si está condicionando la sucesión a que Manuel es hijo matrimonial y Pedro no matrimonial incurre en una discriminación que no tiene amparo en la legislación vigente" (ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 120).

[213] TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

> acordo com os princípios da sucessão por nascimento e da sucessão por linhagem. Esta sucessão deve durar tanto quanto a lei permitir (BGB § 2109).
> Qualquer pessoa que, de acordo com as conclusões do tribunal arbitral (§ 10), não provenha de um casamento em conformidade com os princípios da antiga constituição da Casa de Brandemburgo-Prússia ou viva num casamento que não conforme a constituição da Casa, não poderá ser herdeiro (é incapaz de herdar).
> (...) § 2.
> Os herdeiros subsequentes ao herdeiro anterior indicado no § 1º deverão ser descendentes de sua linhagem masculina.
> (...) *§ 11.*
> Este contrato de herança deixa de vigorar se o tribunal arbitral referido no §10 determinar, com base no contrato suplementar de 1938 lá mencionado, que a conservação dos bens da antiga propriedade em uma única mão, como exigido pela Lei da Câmara de 1920 e pelo contrato, tornou-se impossível devido a uma mudança significativa nas circunstâncias ou deixou de ser justificável por razões económicas"[214].

Com a intenção de manter a unidade do patrimônio da família, o contrato estabelecia um fideicomisso, pelo qual o herdeiro nomeado seria fiduciário dos herdeiros subsequentes, designados a partir de um critério de primogenitura masculina e sob a condição do vocacionado se casar ou estar casado "em conformidade com os princípios da antiga constituição da Casa de Brandemburgo-Prússia". Tais princípios determinavam que o herdeiro da Casa de Hohenzollern apenas poderia se casar por um "casamento igualitário", ou seja, com alguém de igual nobreza.

O príncipe Luís Fernando, herdeiro nomeado no contrato, casou-se com a grã-duquesa Kira Kyrillovna da Rússia, com quem guardava parentesco em 7º grau, ambos descendendo da rainha Vitória da Inglaterra), cumprindo assim a condição testamentária relativa a um casamento igualitário.

O litígio quanto as disposições testamentárias apenas emergiram quando da sucessão de Luís Fernando, que teve sete filhos: o primogênito Frederico Guilherme, o segundo filho Miguel, as filhas Maria Cecília e Kira, Luís Fernando (quinto filho), Cristian Sigismundo e Xenia, todos com o status de príncipes da Prússia. Os dois filhos homens mais velhos, Frederico

---

[214] No original: "§ 1. Der Kronprinz setzt seinen zweiten Sohn, Prinz L.F., zum alleinigen Erben ein. Er soll Vorerbe sein. Nacherben nach ihm sollen die in § 2 genannten weiteren Abkömmlinge im Mannesstamme des Kronprinzen sein. Ihre Berufung erfolgt in der dort angegebenen Reihenfolge mit der Maßgabe, daß immer nur einer nach den Grundsätzen der Erstgeburtsfolge und der Erbfolge nach Stämmen Erbe wird. Die Nacherbschaft soll solange dauern, als das Gesetz (BGB § 2109) es zuläßt. Erbe kann nicht sein (erbunfähig ist), wer nach den Feststellungen des Schiedsgerichts (§ 10) nicht aus einer den Grundsätzen der alten Hausverfassung des Brandenburg-Preußischen Hauses entsprechenden Ehe stammt oder in einer nicht hausverfassungsmäßigen Ehe lebt. (...) § 2. Nacherben nach dem in § 1 eingesetzten Vorerben sollen seine Mannesstammabkömmlinge werden. (...) §11. Dieser Erbvertrag tritt in vollem Umfange außer kraft, wenn das in § 10 bezeichnete Schiedsgericht auf Grund des dort erwähnten Zusatzvertrages 1938 feststellt, daß die geschlossene Erhaltung des früheren Hausvermögens in einer Hand, wie sie nach dem Hausgesetz von 1920 und dem Vertragswerk von 1938 gewollt war; infolge wesentlicher Änderung der Verhältnisse unmöglich oder aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr vertretbar geworden ist". Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/1bvr2248_01.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

e Miguel, se casaram fora da realeza. Assim, para dar cumprimento ao contrato sucessório, o príncipe Luís Fernando lavrou testamento em 1981 nomeando como seu único herdeiro o seu neto Jorge Frederico, filho de seu terceiro filho homem, casado com a condessa Donata, da Castell-Rüdenhausen, eleitora do antigo Império Alemão e assim de igual grau nobiliárquico.

Com o falecimento do príncipe Luís Fernando em 1994, seu filho Frederico Guilherme buscou invalidar o contrato sucessório e o testamento de seu pai, arguindo, dentre outras razões que serão ulteriormente exploradas, que a condição de se casar com uma mulher "de igual nobreza" seria inválida, notadamente pelo artigo 3º, III, da Constituição Alemã, proibir discriminação em razão do sexo, paternidade, raça, língua, origem, religião ou opinião política. Assim, como a disposição discriminaria sua esposa em razão de sua paternidade e origem, em prejuízo seu e de seus descendentes homens, requereu fosse declarado o único herdeiro, conforme os critérios estabelecidos pelo contrato sucessório de seu pai e avô.

Tanto o Juízo de Sucessões quanto o Tribunal Regional consideraram a disposição do §1º do contrato sucessório inválida por violar a cláusula geral dos bons costumes positivada no §138 do BGB[215], que conforme o Tribunal Federal Alemão (BGH), "deve ser compreendida a partir do sistema de valores da Constituição, tal como estabelecido, em particular, pelos direitos fundamentais"[216]. Estas decisões são exemplos de como os tribunais alemães realizam o cotejo entre o princípio da não discriminação e a liberdade testamentária, notadamente pela aplicação indireta daquele por meio da cláusula geral dos bons costumes, reconhecendo, assim, que a igualdade constitui, ainda que de forma mediata, um limite material à liberdade testamentária. Inobstante os Tribunais tenham reconhecido a invalidade da condição, negaram o pedido de declaração de que o príncipe Frederico Guilherme seria o único herdeiro, pois tal condição não afetaria a nomeação do herdeiro contida no testamento.

Irresignado, o primogênito recorreu ao Tribunal Federal Alemão, que negou provimento ao recurso do herdeiro preterido por reconhecer a validade da condição imposta no §1º do contrato sucessório.

Ao se debruçar especificamente sobre o cotejo entre a não discriminação e a condição imposta aos sucessores, o BGH inicia o tópico reconhecendo que a igualdade positivada no artigo 3º, III, da Constituição Alemã é parte essencial do sistema de valores desta e como tal

---

[215] É o que se extrai do relatório do Tribunal Constitucional Alemão: BVerfG, decisão de 22 de março de 2004, 1 BvR 2248/01. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/1bvr2248_01.htm, acesso em 22 de janeiro de 2023.

[216] TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

deve ser considerada na aplicação da cláusula dos bons costumes. Porém, na linha libertária que caracteriza o direito sucessório alemão, advertiu a Corte que a liberdade testamentária também goza de proteção constitucional (art. 14, 11) e, a princípio, deve prevalecer sobre a proibição das discriminações previstas no artigo 3º. No curto excerto que dedicou ao tema, decidiu o BGH:

> "A liberdade de testar também goza de proteção dos direitos fundamentais (art. 14.º, 11.º GG). Mesmo que o testador faça uma diferenciação arbitrária, esta pode ser uma expressão da sua liberdade testamentária. Por isso, uma disposição testamentária que contrarie as proibições de diferenciação previstas no artigo 3.º III da Lei Básica só pode ser imoral à luz da liberdade testamentária em casos excepcionais e muito limitados.
> Em princípio, não será considerado excepcional se o testador utilizar em sua disposição critério que viole o artigo 3.º, III, da Lei Básica, se ao fazê-lo prosseguir outros objetivos abrangidos pela liberdade testamentária, tais como, em particular, a regulação da sua situação financeira e questões conexas que se tornem necessárias quando da sucessão. A situação pode, no entanto, ser diferente se a disposição testamentária, de acordo com a vontade comprovada do testador e as circunstâncias do caso concreto, em particular o âmbito e os efeitos do testamento, visar e for objetivamente capaz de diminuir permanentemente a dignidade da pessoa em causa devido à caraterística a que a diferenciação está ligada.
> (...) Em todo o caso, os descendentes discriminados conservam o direito a uma quota-parte obrigatória da herança, nos termos dos §§ 2303 e seguintes do BGB"[217].

Da decisão é possível extrair que, para o Tribunal Federal Alemão, a proibição à discriminação pode sim consistir em uma limitação material à liberdade testamentária, mas apenas de forma excepcional e em casos muito limitados. A regra é de que na ponderação entre a liberdade testamentária e igualdade, deve preponderar a liberdade testamentária, sendo legítimo ao testador inclusive realizar distinções com base nos critérios do artigo 3º, III, nomeadamente o sexo, paternidade, raça, língua, origem, religião ou opinião política. Em

---

[217] No original: "Auch die Testierfreiheit genießt aber grundrechtlichen Schutz (Art. 14 11 GG). Selbst wenn der Erblasser eine willkürliche Differenzierung vornimmt, kann dies Ausdruck seiner Testierfreiheit sein. Deshalb kann eine den Differenzierungsverboten des Art. 3 III GG widerstreitende letztwillige Verfügung im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein. Ein solcher Ausnahmefall wird grundsätzlich nicht schon dann in Betracht kommen, wenn der Erblasser zwar in seiner letztwilligen Verfügung unter Verstoß gegen Art. 3 III GG differenziert, damit aber andere, von der Testierfreiheit gedeckte Ziele verfolgt wie insbesondere die aus Anlaß des Erbfalls erforderlich werdende Regelung seiner Vermögensverhältnisse und damit sachlich zusammenhängende Fragen. Anders kann es dagegen liegen, wenn die letztwillige Verfügung nach dem festgestellten Willen des Erblassers und den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Reichweite und den Auswirkungen des Testaments, darauf gerichtet und auch objektiv geeignet ist, den Betroffenen wegen des Merkmals, an das die Differenzierung anknüpft, nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen. (...) In jedem Falle verbleibt den diskriminierten Abkömmlingen das Pflichtteilsrecht in Höhe der Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils nach Maßgabe der §§ 2303 ff. BGB". (TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024).

confirmação a esta conclusão, o Tribunal incluiu, em *obiter dictum,* que "os descendentes discriminados conservam o direito a uma quota-parte obrigatória da herança".

A jurisprudência alemã acaba por validar, nestes termos, a polaridade entre os interesses do autor da herança e os interesses dos herdeiros que caracteriza o direito sucessório dos países de origem romano-germânica. No polo da sucessão testamentária, prevalece como vetor axiológico a liberdade, ao passo que no polo da sucessão legal, prevalece o vetor da igualdade.

Na mesma decisão o BGH reconhece, porém, a interferência recíproca entre tais polos ao admitir, ainda que excepcionalmente e em hipóteses pontuais, que uma disposição testamentária pode ser invalidada em razão do princípio da não discriminação. Para isso, porém, exige não apenas que o testador tenha adotado como critério de diferenciação um dos elementos do artigo 3º, III, mas que adicionalmente que (a) a disposição tenha por finalidade diminuir permanentemente a dignidade da pessoa discriminada; e (b) no plano concreto, sua aplicação for objetivamente capaz de fazê-lo, critérios que apenas poderão ser apurados e densificados a partir das circunstâncias do caso concreto.

No Brasil, são raras as decisões que confrontaram as disposições testamentárias à proibição de discriminação em razão da filiação. Nas Cortes Superiores, vocacionadas a criação de precedentes, os três precedentes do Supremo Tribunal Federal[218] se referem a sucessões abertas anteriormente a vigência da Constituição de 1988, portanto, quando a discriminação em razão da filiação era consagrada pela própria legislação. No Superior Tribunal de Justiça, há apenas um julgamento sobre o tema, notadamente o Recurso Especial n º. 203.137/PR[219], referenciado por Ana Luiza Maia Nevares[220]. Embora o STJ não tenha conhecido o recurso especial, houve profícuo debate entre os ministros sobre o tema.

O cenário fático consistia no testamento público do bisavô dos recorridos, pelo qual legou a nua propriedade de determinados bens de seu patrimônio "exclusivamente aos filhos legítimos" de seu neto Rivadávia, "inclusive os que venham a nascer", legando o usufruto dos mesmos ao referido neto. Rivadávia se casou e teve um filho, Carlos, advindo na constância de seu casamento, e após separar-se de fato de sua esposa, mas ainda sem ter se divorciado, teve

---

[218] STF, Plenário, Ação Rescisória nº 1.811/PB. Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli. J. 03/04/2014; STF, Primeira Turma, RE nº 163.167/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 31/10/97; STF, Primeira Turma, RE n nº 162.350, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ de 22.09.1995.

[219] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. REsp n. 203.137/PR, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/2/2002, DJ de 12/8/2002.

[220] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 225-228.

outros dois filhos, Luiz Henrique e Alice, por ele devidamente registrados. Na data da lavratura do testamento, apenas o primeiro neto havia nascido, e quando do falecimento do testador, o segundo filho já havia sido concebido, mas não havia nascido.

No inventário de Rivadávia, o Juízo da Sucessão determinou a partilha dos bens que compuseram o legado deixado por seu avô entre seus três filhos, de forma igualitária. Irresignado, o filho Carlos ajuizou então ação declaratória objetivando o reconhecimento de ser ele o único filho legítimo, e, portanto, o único legitimado a receber os bens que compuseram o legado. A ação foi julgada procedente em primeira instância, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a reformado, julgando improcedente a ação, não por eventual invalidade da disposição discriminatória, mas por interpretação do testamento. Segundo o acórdão, a disposição testamentária "beneficiou indistintamente *todos* os filhos sanguíneos [...], inclusive os que viessem a nascer, pouco importando serem frutos de casamento ou de concubinato", concluindo assim que a expressão "filhos legítimos", contida no testamento, deveria entender-se como filhos verdadeiros, independentemente de terem ou não advindo do casamento.

O filho Carlos recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando, dentre outras razões, que a legislação da época do testamento (1975) distinguia entre filhos legítimos e ilegítimos a partir do critério matrimonial, e que a igualdade de filiação advinda com o artigo 227 da Constituição Federal não poderia ser aplicada retroativamente, nem mesmo para fins de interpretação do testamento.

Na Quarta Turma houve divergência, colhendo-se três modelos decisórios.

O primeiro modelo, encabeçado pelo Ministro Relator, Sálvio de Figueiredo Teixeira, assenta-se na constatação de que a questão demandaria interpretação do testamento e a reapreciação do conjunto probatório analisado pelo TJPR, o que não é admitido em sede de recurso especial, pelo que não conheceu do recurso sem ter de enfrentar o cotejo entre liberdade testamentária e não discriminação. Em voto vista que compõe o mesmo modelo decisório, acompanhou o relator o Ministro Barros Monteiro, acrescentando que “nesta sede não se reaprecia asserção de contrariedade a texto constitucional”.

Com outro perfil decisório, apresentou voto vista o Ministro Cesar Asfor Rocha, conhecendo do recurso. No mérito, o Ministro registrou, “com ênfase, que, à época em que foi celebrado o testamento, o Código Civil fazia expressa distinção entre filhos legítimos – os decorrentes do casamento - e ilegítimos - provindos de pais não casados entre si”, pontuando ainda que “o testador faleceu antes de 1988, portanto em período anterior à Constituição Federal, quando só então deixou de haver discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos”, de modo que a vontade do testador não poderia ser outra senão aquela contemporânea de seu

tempo. A título de obiter dictum, consignou em seu voto que "não se pode perder de vista que, no caso, o testador dispôs sobre a sua porção disponível. Sendo assim, ele poderia livremente deixá-la integralmente para um determinado, identificado e nominado bisneto seu". Por estas razões, conhecia e provia o recurso de Carlos, no que foi acompanhado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior.

Por fim, o terceiro modelo decisório reflete o voto vista apresentado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, enfrentando diretamente a questão da eficácia constitucional sobre as disposições testamentárias, e não para fins de interpretação do mesmo, mas para perquirição da validade das disposições eventualmente confrontantes com o texto constitucional. Foi o voto:

> "Não me parece, na circunstância dos autos, que se deva ter preocupação com a vontade do testador para interpretar e aplicar seu testamento. É que, no sistema constitucional vigente, não há mais a distinção entre filho legítimo e ilegítimo, nem a lei poderá estabelecê-la; a que assim dispunha se tem hoje por revogada. A força constitucional, penso, atua também sobre a vontade da parte, de forma que aquela distinção feita pelo testador - acredito que com a intenção manifesta de discriminar - hoje não prevalece. Não porque se deva interpretar o testamento de um modo ou de outro, mas porque a Constituição não faz a distinção, tornando-a ilícita"[221].

O antagonismo mais intenso se dá entre o segundo e o terceiro modelo sucessório. O segundo modelo teve como *ratio decidendi* o fato de a abertura da sucessão ter sido anterior à Constituição Federal de 1988, marco a partir do qual deixou de ser permitida a discriminação entre os filhos. Tal argumento, porém, poderia ser colocado à prova se considerado que a Constituição de 1967, então vigente, já consagrava o princípio da igualdade[222], de forma genérica e não especificamente em relação à filiação, mas ainda assim apta a dela se extrair a proibição de discriminação. O que mais chama a atenção, porém, é o *obiter dictum* consignado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, de que "não se pode perder de vista que, no caso, o testador dispôs sobre a sua porção disponível", o que parece referendar a posição de que o campo da sucessão testamentária é regido pela liberdade plena, sendo insuscetível de interferência pelo princípio da igualdade.

O terceiro modelo, de outro lado, apresenta como *ratio decidendi* que o princípio da igualdade na filiação sufragado pela Constituição torna ilícito o exercício de liberdade testamentária que se mostre com ele incompatível. Trata-se, aqui, de verdadeiro espaço de coerção, de restrição da autonomia patrimonial do testador decorrente de uma escolha

---

[221] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. REsp n. 203.137/PR, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 26/2/2002, DJ de 12/8/2002.

[222] BRASIL. Constituição do Brasil de 1967. Art. 150. (...) § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

constitucional, embora a decisão seja questionável se analisada pelo vértice da irretroatividade do preceito constitucional[223].

Esta mesma divergência de posições também é encontrada na doutrina nacional.

Por oportunidade da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, realizada em dezembro de 2004 (portanto, após 16 anos de vigência da Constituição Federal), foram apresentadas duas propostas de enunciados relativos ao artigo 1799, I, do Código Civil[224], especificamente quanto a designação da prole eventual.

O primeiro, de autoria de Mario Luiz Delgado Régis, com o seguinte texto:

> "O art. 1.799, inc. I, deve ser interpretado em consonância com o princípio que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1.899 c/c o art. 112). Se dos expressos termos do testamento se puder concluir que o testador só pretendeu beneficiar filhos consanguíneos da pessoa designada, não se poderá interpretar extensivamente a cláusula de modo a contemplar também os filhos adotivos".

A justificativa apresentava a existência de divergência doutrinária quanto a interpretação do significante "prole eventual", sustentando Maria Helena Diniz e Arnoldo Wald que nele se incluíam apenas os filhos consanguíneos, legítimos ou legitimados, ao passo que Zeno Veloso, Giselda Hironaka e Silvio Venosa que nele entendiam compreendidos também os filhos adotivos. O ponto central para o proponente era justamente "o sopesamento de dois princípios gerais: o que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1.899 c/c o art. 112) e o que assegura a igualdade de todos os filhos, inclusive dos adotivos (CC, art. 1.596)"[225].

Como encaminhamento, o proponente apresenta duas soluções, uma para o caso de o testador ter expressamente restringido a prole eventual em razão de algum qualificativo, outra em que apenas se refere "filhos", sem qualquer qualificação.

Tendo o testador restringido a disposição a filiação de determinada origem, advoga "com a devida vênia aos respeitáveis entendimentos em sentido contrário, deve ser de logo afastada qualquer discussão que invoque o princípio da igualdade como regra impeditiva do estabelecimento de discrímen em desfavor de filho adotivo", uma vez que a disposição não

---

[223] O voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar aplicaria retroativamente a Constituição Federal de 1988, já que a abertura da sucessão ocorrera em momento anterior. Esta aplicação retroativa em matéria sucessória diverge das decisões do Supremo Tribunal Federal, que em três oportunidades declarou a irretroatividade da igualdade de filiação para as sucessões abertas anteriormente a vigência da Constituição: STF, Plenário, Ação Rescisória nº 1.811/PB. Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli. J. 03/04/2014; STF, Primeira Turma, RE nº 163.167/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 31/10/97; STF, Primeira Turma, RE n nº 162.350, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ de 22.09.1995.

[224] Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

[225] Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 406.

estaria se referindo a filhos do testador, mas de pessoa por ele designada, dentro de sua esfera de autonomia de escolha, a recomendar "prevalecer a vontade do testador". Em relação a segunda hipótese:

> "Se o testamento se refere apenas a filhos, sem qualquer especificação de sua origem, não se poderá interpretar a cláusula de modo a restringir o direito dos filhos adotivos, a qual deve ser lida e interpretada conforme a Constituição, entendendo-se que o testador não quis estatuir qualquer fator de discriminação. Do contrário, se dos expressos termos do testamento se puder concluir que o testador só pretendeu beneficiar filhos consanguíneos, não se poderá interpretar extensivamente a cláusula de modo a contemplar também os filhos adotivos"

Nítida a posição do proponente em favor da liberdade testamentária, chegando a afirmar que deve ser "afastada qualquer discussão que invoque o princípio da igualdade como regra impeditiva do estabelecimento de discriminem em desfavor do filho adotivo". Alguns questionamentos podem ser opostos à argumentação vertida. Ao afirmar que a expressão "filhos" deveria ser "interpretada conforme a Constituição, entendendo-se que o testador não quis estatuir qualquer fator de discriminação", a proibição constitucional à discriminação é invocada como elemento de interpretação da vontade do testador, e não como um valor incorporado pela Constituição por meio de norma cogente (princípio). Disto, duas objeções podem ser opostas. Uma, que o argumento invoca a Constituição como elemento de interpretação da vontade do testador, elemento este externo ao testamento[226] e ao próprio testador, que não perece guardar relação com o critério subjetivo de interpretação da vontade testamentária[227]. Outra, que ignora a força normativa Constituição e subverte sua hierarquia, tomando-a por norma supletiva, afastável pela vontade do testador. Não se ignora que a liberdade é o princípio norteador da sucessão testamentária, mas toda liberdade é limitada[228], sobretudo por normas de ordem pública, como parece ser o caso.

---

[226] VELOSO, Zeno. Testamentos. 2 ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 580-581.

[227] Giselda Hironaka apresenta semelhante apontamento: "o fato de as pessoas indicadas no testamento como pais da prole contemplada terem adotado uma criança não pode representar presunção de tamanho ranço. Com efeito, adotar uma criança não pode ser visto como uma hipótese de *substituir* ou *desviar* a disposição testamentária. (...) Assim interpretando a norma do art. 1.799 em seu inciso I, garante-se efetividade à norma constitucional do art. 226, 6" (HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil. V. 20. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93-94).

[228] "Onde há autonomia e poder de disposição, há também limites, muito mais no direito sucessório do que noutros domínios do direito privado (limites subjetivos, objetivos, extrínsecos, intrínsecos...), devido às características do próprio sistema sucessório". No original: "Donde hay autonomía y poder de disposición también hay limites, mucho más em el Derecho sucesorio que em otras parcelas del Derecho privado (limites subjetivos, objetivos, extrínsecos, intrínsecos...), por las propias características del sistema sucesorio" (DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez. Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 28).

Ao analisar a mesma proposta, Ana Luiza Maia Nevares reconhece o argumento apresentado pelo proponente, de que "escolher a pessoa a ser contemplada no testamento é ato da mais absoluta liberdade e, em tese, não pode haver restrição quanto a esta escolha individual", porém, joga luzes sobre a questão ao trazer o debate de volta ao seu ponto nevrálgico, notadamente se é dado ao testador "justificar a escolha, ou seja, apresentar seus motivos expressamente no ato de ultima vontade, sendo estes pautados por uma discriminação peremptoriamente vedada pela Constituição da República"[229].

Para a autora, tal hipótese representaria deixa testamentária que contém objeto ilícito (art. 166, II, CC), devendo, neste caso, ser considerada não escrita a eleição de natureza discriminatória" ao passo que, em alguns casos, não se estaria diante de hipótese de ilicitude, mas de ausência de merecimento de tutela diante do ordenamento jurídico, apurada a partir da ponderação entre a autonomia privada do testador e objetivos e princípios constitucionais" [230].

O segundo enunciado foi apresentado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, nos seguintes termos: "o filho eventual de pessoa existente à época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.799, I, CC, abrange os filhos resultantes da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho, não se restringindo aos filhos relativos ao parentesco natural"[231].

Como justificativa, sustenta que dada a possibilidade de o filho eventual ser aquele decorrente de outra origem que não a consanguinidade, "deve-se considerar a incidência automática da regra principiológica contida no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, a igualdade material entre os filhos independentemente da origem, inserida atualmente na legislação infraconstitucional", de modo que a expressão 'filhos ainda não concebidos', deve ser lida como "filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida relativamente às pessoas determinadas pelo testador e existentes à época da abertura da sucessão".

Diversamente da proposta apresentada por Mário Delgado, a justificação não enfrenta a hipótese de a disposição testamentária expressamente excluir ou diferenciar a prole eventual em razão da espécie de filiação, de modo que não é possível dela extrair, com segurança, qual seria a posição do proponente quanto ao grau de eficácia do princípio da igualdade sobre a liberdade testamentária, ainda que a argumentação apresentada possa ser lida como indicativa

---

[229] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230.
[230] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230-231.
[231] Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 402-403.

de posição em favor da restrição da liberdade testamentária face a "incidência automática" da proibição de discriminação.

Ao final, o Enunciado aprovado acabou redigido com outro texto, diverso de ambas as propostas: "Enunciado 268. Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva"[232], prevalecendo assim a posição da liberdade irrestrita defendida por Mário Delgado.

A aprovação do enunciado não logrou a sedimentação do tema em sede doutrinária, persistindo a posição daqueles que sufragam necessidade de uma interpretação Constitucional da disposição, que reconhecem que, existindo subordinação expressa do testador de que a prole eventual deveria ser de biológica, a "condição desse jaez é inconstitucional por representar discriminação (...) havendo-se por não escrita qualquer condição de natureza discriminatória"[233].

Evidenciada a divergência de posições tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, cumpre buscar o enquadramento da questão no direito brasileiro a partir da legislação, mister que não pode tomar outro caminho que não aquele que inicia pela análise da norma constitucional, eis que hierarquicamente superior, para em sequência proceder a análise também a partir da legislação infraconstitucional, sem deixar de atentar para a unicidade do sistema. É o que se passa a fazer.

No Direito brasileiro, a igualdade entre os filhos decorre do princípio da igualdade, de maior amplitude, e encontra-se guarnecida também de forma específica pela Constituição Federal, especificamente no artigo 227, §6[234], que proíbe "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

---

[232] Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 70.

[233] HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil. V. 20. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94. Na mesma linha, sufragando a necessidade de interpretação à luz do princípio da igualdade: "O Direito deve haurir seu sentido da realidade social, acompanhando as transformações oriundas da vida, configurando-se num discurso normativo capaz de dialogar intimamente com a sociedade, concebendo-se como aberto, logo, plural. Tal acepção acerca do direito foi possível devido à compreensão de que o sistema jurídico deve pautar-se nas normas constitucionais que, por sua natureza principiológica, fornecem o instrumento ideal para que um direito poroso e sensível à realidade se perfaça. Eis a índole do Direito Civil contemporâneo que no campo da filiação se expressa (aquele direito atinente ao vínculo de parentesco natural em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos, ou ainda entre os pais que os receberam como se os tivessem gerado), em especial com a interpretação de suas normas à luz do princípio da igualdade" (FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. v. XVIII. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 48).

[234] Art. 227. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esta disposição não apenas retira do sistema jurídico a diversidade de regimes jurídicos então existentes para filhos biológicos ou adotivos, legítimos ou ilegítimos, como também incorpora a igualdade na filiação como um valor constitucional que passa a compor a ordem pública nacional. Como assinalou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ação rescisória nº 1.811/PE[235], "a discriminação entre espécies de filhos é prática que entendemos ser perversa e incompatível com os valores culturais e constitucionais vigentes". Representando a igualdade na filiação um valor constitucional[236], a interpretação do direito infraconstitucional não pode ignorá-la ou dela desviar.

A igualdade na filiação se encontra incorporada também na legislação infraconstitucional, notadamente no artigo 1.596 do Código Civil[237], norma imperativa de proibição a "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

A liberdade testamentária insculpida no art. 1.857 do Código Civil[238] tem sua extensão delimitada pela norma constitucional, na medida em que não pode ser interpretada em perfil que admita ou legitime a violação dos valores consagrados pela norma constitucional, hierarquicamente superior tanto em perspectiva formal quanto axiológica.

A disposição testamentária, enquanto exercício de liberdade do autor da herança, não pode ser exercida de forma cristalinamente incompatível com a Constituição, contrariando frontalmente um valor por ela assegurado, como a igualdade na filiação. Se assim o fizer, estará em âmbito externo aos limites da liberdade positiva conferida ao autor da herança e será tida como inválidas. A tal constatação se chega por meio da interpretação conforme a Constituição, quer aceita como método hermenêutico[239] ou como controle de constitucionalidade[240], mas de

---

[235] STF, Plenário, Ação Rescisória nº 1.811/PB. Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli. J. 03/04/2014.

[236] "A isonomia dos filhos, mais do que simplesmente igualar direitos patrimoniais e sucessórios – o que por si só já seria louvável, embora o art. 51 da Lei do Divórcio, de 1977 (11 anos antes da Constituição), a rigor, já o tivesse determinado – traduz nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações familiares" (TEPEDINO, G. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 476 *Apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, José Joaquim, G. (et al.). *Comentários à Constituição do Brasil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2237).

[237] Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[238] Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

[239] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV. v. 2. nº. 11. Jan-Jun. 2006, p. 211; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534.

[240] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 6ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 312-313; ZAVASCKI, Teori. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo. v. 212. Out/2012, p. 5; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1137-1138.

todo modo independentemente da aplicabilidade mediata ou imediata dos direitos fundamentais às relações[241].

Sequer seria possível afirmar a necessidade de ponderação entre dois direitos fundamentais, notadamente o direito de herança (art. 5º, XXX, da CF), titularizado pelo testador, e o direito à não discriminação em razão da filiação (art. 227, §6 º, CF), já que eventual antinomia entre ambos seria facilmente pelo critério da especialidade, já que a o direito à herança é dotado de grau de generalidade nitidamente superior ao princípio da igualdade na filiação, esta dotada de substancial grau de especialidade, já que direcionada especificamente para relações de filiação, sendo portanto uma densificação do macro princípio da igualdade aplicável a um universo de relações jurídicas muitíssimo mais restrito.

Também pela legislação infraconstitucional a disposição testamentária que aplique discriminação em razão da filiação seria tida por ilícita, e por diversas razões.

O testador que instituir herdeiros ou legatários utilizando-se de qualificativos como "legítimos", "biológicos" ou "adotivos", acaba por revelar, ainda que não deliberadamente, o motivo que o leva a realizar a disposição: a distinção entre filiações a partir de sua origem. No mais das vezes, é intuitivo concluir que uma disposição "em favor de meus netos de sangue, nascidos ou que venham a nascer", ou "para meu primeiro neto concebido por um filho casado" não é assim redigida ao acaso, mas sim motivada por uma preferência declarada (no sentido de deixada clara) por meio da qualificação empregada. Tal preferência nada mais é que o motivo que levou o testador a adotar determinada adjetivação.

Sendo possível, com alguma segurança, extrair que o motivo do testador foi a distinção entre diferentes filiações, a disposição testamentária não ultrapassará o filtro de validade do artigo 166, III, do Código Civil[242], notadamente por conter um motivo ilícito, "que nega os valores e os fins da ordem jurídica" [243]. Ao contrário do falso motivo, que somente constitui

---

[241] RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 168-173.

[242] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

[243] "Todos estão de acordo em que o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 22). No mesmo sentido, "a ilicitude importa sempre contrariedade ao direito, porque se configura em situações que consubstanciam a não realização dos fins da ordem jurídica" (MELO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287-291). Destaca-se que "para a caracterização da 'contrariedade ao direito', é irrelevante a qual ramo do direito pertença a norma jurídica violada (direito civil, penal, administrativo, constitucional, etc.), como também é irrelevante a natureza do direito infringido, se um direito absoluto (e portanto erga omnes) ou relativo: em ambas as hipóteses se estará diante de um ato contrário ao direito" (BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A ilicitude como requisito da responsabilidade civil no direito de família: o cotejo entre a doutrina e a jurisprudência.

suporte fático da invalidade por erro quando estiver expresso (art. 140, CC), a regra de nulidade do negócio quando em razão da ilicitude do motivo não reproduz esta exigência, "admitindo-se que tal motivo seja extraído pelo intérprete das circunstâncias negociais"[244].

Ainda que assim não fosse, a disposição também seria nula pela ilicitude de seu objeto (art. 166, II, CC). O objeto desta disposição (atribuição patrimonial restrita a filiação de certa origem) adquire a pecha de inválido em uma dupla dimensão: por contrariedade direta à lei, na medida que realiza distinção proibida pelo artigo 1.596, e por contrariedade à ordem pública, conquanto, estriada exclusivamente em um critério de filiação, afronta o valor constitucional da igualdade na filiação.

Estabelecidas estas premissas, não parece fazer sentido, na ordem jurídica brasileira, a importação dos requisitos impostos pelo Tribunal Federal Alemão no caso Hohenzollern, para o qual a disposição testamentária apenas seria considerada (ilicitamente) discriminatória se, além de adotar como critério de diferenciação um daqueles vetados pela Constituição, adicionalmente (a) tivesse por finalidade diminuir permanentemente a dignidade da pessoa discriminada; e (b) no plano concreto, sua aplicação for objetivamente capaz de fazê-lo.

A incongruência com o sistema brasileiro, ao menos a partir da perspectiva adotada neste capítulo, se localiza na justificação da ilicitude, que ao final, definirá também a natureza da norma invalidante. Os dois requisitos adicionais exigidos pelo BGH, notadamente a finalidade do testador e a aptidão concreta violar a dignidade da pessoa discriminada, revelam que o escopo de proteção é direcionado ao discriminado, à pessoa concreta, cuja violação da dignidade justifica a invalidade da disposição discriminatória. Trata-se, assim, de norma de proteção individual, voltada especificamente ao sujeito concreto.

É neste ponto que a perspectiva difere do modelo brasileiro, em que as normas que invalidam a disposição discriminatória, seja pela ótica da incompatibilidade com os valores constitucionais ou da ilicitude do motivo ou do objeto, apresentam como escopo a proteção social a partir da preservação da ordem jurídica, revelando assim uma natureza regulatória e não de proteção individual, também seguida pelo acórdão 4642/2013 do Supremo Tribunal da Espanha.

Constatado que o bem jurídico tutelado é o próprio sistema jurídico (constituição, lei e ordem pública), torna-se irrelevante o fato de a disposição ter sido dolosamente direcionada

---

In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela. (Org.). Responsabilidade Civil e Direito de Família. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v. 1, p. 432).

[244] SCHREIBER, Anderson. Comentário ao artigo 166. In: In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 103.

à diminuição da pessoa discriminada ou sua aptidão em cumprir tal objetivo[245]. A ilicitude se dará em razão do antagonismo entre a disposição e os valores tutelados pelo sistema jurídico, ou ainda pelas restrições impostas pela legislação infraconstitucional, independentemente do dano que pretenda ou tenha capacidade de causar na pessoa discriminada.

É preciso pontuar que a sanção jurídica pode variar de acordo com a natureza da disposição discriminatória. No caso de disposição pura e simples (deixo a fazenda Congonhas para meus filhos biológicos), a disposição em sua integralidade será nula, nos termos do art. 166 do Código Civil. Tal texto, dotado unicamente do critério de distinção da filiação em razão da origem, permite aferir tanto a ilicitude a partir do motivo quanto do objeto da disposição, ambos contrários à lei e à ordem pública. Porém, a disposição testamentária pode também veicular a discriminação por meio de condição: 'deixo a fazenda Congonhas para meu primeiro neto, desde que seja legítimo e consanguíneo'. Nesta hipótese, o art. 123, II, do Código Civil sanciona a condição com a nulidade, estendendo-a também ao negócio que lhe é subordinado, ou seja, nulifica toda a disposição testamentária, de modo que, acaso sobreviesse um neto ilegítimo ou adotivo, nada receberia, pois o próprio legado seria nulo.

A escolha legislativa pela nulidade de toda a disposição submetida à condição é, acertadamente, criticada pela doutrina e deveria ser repensada, pois como resultado final, prejudicaria o beneficiário da disposição (o sujeito discriminado). Mesmo não tendo praticado o ato inválido ou com ele concorrido, a nulidade da disposição acabará por privá-lo da herança ou do legado ante a nulidade da própria disposição. Melhor seria, de lege ferenda, adotar a proposta de Zeno Veloso, a quem parece "mais razoável fulminar de nulidade apenas a condição imoral, valendo o legado como disposição pura e simples, e não condicional"[246], compartilhada por relevante doutrina[247].

Em conclusão, e na linha das premissas gerais anteriormente apresentadas:

---

[245] "A boa ciência tem demonstrado que a intencionalidade constitui circunstância de todo irrelevante quando se trata de caracterizar a infração indireta da norma jurídica, salvo se a própria norma jurídica a tem como elemento de seu suporte fático. Por se tratar de um modo de infringir a norma jurídica, não importa se foi intencional, de má-fé, fraudulenta (o que ocorre na grande maioria dos casos), ou se foi inocente, se o figurante não conhecia a proibição ou a imposição, e, portanto, tenha agido de boa-fé, sem a mínima intenção de praticar a infração" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 12 ed. Dão Paulo: Saraiva, 2013, p. 135).

[246] VELOSO, ZENO. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 43.

[247] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 249; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 549.

a) a nomeação de herdeiro ou legatário, de forma pura e simples, deve ser considerada lícita quando não houver no testamento qualquer elemento de discriminação em razão da origem da filiação. Assim, ainda que o testador nomeie três herdeiros testamentários, um a um, e estes três nomeados sejam justamente seus netos nascidos de relação matrimonial, deixando de nomear os netos fruto de relação extra matrimonial, a disposição não pode ser considerada discriminatória, pois aparenta consistir em simples escolha, desacompanhada de elementos que possam fazer presumir seja ela estribada em critério discriminatório[248];

b) a nomeação de herdeiro ou legatário expressamente estribada na origem da filiação, e desacompanhada de qualquer razão justificante que permita afastar seu caráter discriminatório, deverá a princípio ser considerada inconstitucional, por violação direta ao artigo 227, 6, da Constituição Federal; ou nula, pela ilicitude de seu objeto (CC, art. 166, II), ou ainda se a discriminação for seu motivo determinante (CC, art. 166, III). Há, nesta hipótese, uma presunção de invalidade;

c) a disposição testamentária que se valer da origem da filiação como modo de determinação dos herdeiros, e não como critério discriminatório, pode ser considerada como válida caso não se apresente discriminatória ou apresente justificação para o critério adotado. Cogita-se na seguinte disposição: 'deixo minha parte disponível em favor dos meus netos fruto da relação extraconjugal de "minha filha, posto que ao contrário de seus irmãos, nada receberão na sucessão de seu pai, desprovido de posses", ou "deixo para meus netos fruto da relação extraconjugal de minha filha, por terem sido eles quem mais conviveram comigo nos últimos anos". Nestes termos, a origem da filiação foi utilizada apenas para designação dos herdeiros, não para lhes atribuir um tratamento deficitário ou injustificado (discriminatório). Por pressuposto lógico, este tipo de disposição parece depender de explicitação pelo testador, sob pena de não ser possível aferir a justificação do critério invocado.

A partir destas conclusões, constata-se que o regime jurídico de restrição testamentária promovido pelo princípio da igualdade na filiação confirma o modelo jurídico geral anteriormente proposto para a aferição da validade das disposições testamentárias face à igualdade enquanto não discriminação.

---

[248] Como no caso do testamento de Guaxupé/MG, já relatado. Não seria possível afirmar, a partir de uma disposição pura e simples, que o testador escolher aqueles herdeiros por seres 'legítimos', e não por ter maior contato com eles, ou terem eles lhe dado maiores cuidados e atenção, ou mesmo por qualquer motivo de menor relevância, como acreditar que eles, por serem mais religiosos, rezarão por sua alma, ou crer que os nominados terão mais lembranças dele do que os netos mais novos – todas causas que tornariam a seleção dos herdeiros mera escolha, e não discriminação. Nesta medida, inexistindo certeza quanto a discriminação, o princípio da conservação do testamento recomenda seja julgada válida a disposição.

1.3.3. Liberdade testamentária e discriminação em razão do sexo

Talvez o critério de diferenciação que deflagre maior número de reflexões nas sucessões contemporâneas seja o sexo (ou gênero[249]), pois inobstante há trinta e cinco anos se enuncie a igualdade constitucional entre o homem e a mulher, ainda se fazerem presentes ecos de uma sociedade caracterizada pelo patriarcado e pela primazia da descendência masculina, afinal, não é tarefa simples a superação deste paradigma de mais de 20 séculos e que ainda hoje reflete no Direito Sucessório.

Não há como compreender a interface entre gênero e o fenômeno sucessório sem antes olhar para a dinâmica dos sujeitos da sucessão no plano da vida, afinal, o Direito é sobretudo um instrumento social. Invocando Pontes de Miranda, "antes de tudo deve esmerar-se o jurista no obter a noção da realidade social, em sua estática e em sua dinâmica, em sua anatomia e em sua fisiologia, porque, sem ela, não teria sentido as noções particulares, dependentes, posto que específicas, dos fenômenos jurídicos"[250]. A captação desta realidade social será fundamental para o melhor desenvolvimento da aferição dos limites eventualmente impostos pela proibição à discriminatórias em razão do sexo à liberdade testamentárias.

É por todos conhecida a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Porém, ninguém, em sã consciência, acreditaria que a lei, por si só, seria capaz de alterar imediata e infalivelmente a realidade social. Assim o fosse, os crimes seriam terríveis lembranças de um passado longínquo, e não uma reiteração cotidiana e de perspectiva duradoura. Ao contrário das leis naturais, como a gravidade, as normas jurídicas podem ser violadas, e o são a todo momento.

Parece ser este o cenário vivenciado pela igualdade de gênero perseguida pela Constituição Federal, que inobstante estatua de forma clara e insofismável que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5, I), proíba a discriminação em razão do sexo (art. 3, IV) e que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (art. 226, §6), colhe da realidade vivida um inegável déficit feminino na espacialidade da família, da carreira profissional, do papel cultural e,

---

[249] Gênero é aqui tomado como elemento subjetivo constituído por aspectos psicológicos, sociais e culturais relativos aos "padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos" (VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexualidade.* In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 412), enquanto o vocábulo 'sexo' designa elemento biológico e objetivamente aferível.

[250] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito.* v.1. Campinas: Bookseller, 2005, p. 115.

também, na sucessão *causa mortis,* como demonstram os estudos sistematizados por Ligia Ziggiotti de Oliveira[251].

Na espacialidade da família, a despeito do enunciado normativo de igualdade de direitos e obrigações[252], os dados relativos ao exercício da parentalidade revelam uma atribuição primária dos deveres parentais às mulheres: "cerca de 5,5 milhões de crianças sequer têm filiação paterna registrada, o que denota uma obscura faceta do homem no cuidado pelo outro, ao passo que confirma um excesso de atuação da mulher neste mesmo âmbito"[253]. No recorte das mulheres casadas, com trabalho remunerado e filhos com menos de 12 anos, "53% afirmam não contar com ajuda substancial dos companheiros, considerando, 64% delas, mais decisiva a participação solidária de outras mulheres na criação dos pequenos, especialmente das avós destes"[254]

O mesmo se verifica na atribuição da guarda dos filhos menores. Segundo as Estatísticas do Registro Civil de 2020 (IBGE), em 31,3% dos divórcios com filhos menores foi aplicada a guarda compartilhada dos filhos, enquanto em 57,3% a guarda foi atribuída exclusivamente à mãe e apenas em 4,1% ao pai[255], evidenciando a atribuição dos cuidados à prole primordialmente à figura materna.

No âmbito da conjugalidade o exercício dos direitos e deveres também está distante do paradigma da igualdade, mormente na assunção dos deveres domésticos. Estudo realizado em 2012 constatou que as mulheres "são as principais responsáveis pelas tarefas de lavar/passar roupa (94%), cozinhar e lavar louça (92%), limpar móveis e varrer (86%) e comprar produtos para a casa (76%)"[256]. "Em 2010, mais da metade das mulheres que deixaram definitivamente seus ofícios o fizeram para se dedicar com exclusividade à família"[257].

---

[251] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016.
[252] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
[253] THULER, Ana Liési. Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil. Florianópolis: Editora Mulheres, 2009, apud OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016, p. 36.
[254] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016, p. 99.
[255] CARNEIRO, Luciane. Guarda compartilhada dos filhos já chega a quase um terço dos casos de divórcio no país, diz IBGE. Valor Econômico, 18/02/2022.
[256] ÁVILA, Maria Bethânia; FERREIRA, Verônica. Trabalho produtivo e reprodutivo no cotidiano das mulheres brasileiras. *In:* Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres. Org.: Maria Bethânia Ávila; Verônica Ferreira. Recife: SOS Corpo Instituto Feminista para a Democracia; Instituto Patrícia Galvão, 2014, p. 27, *apud* OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016, p. 97.
[257] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016, p. 121.

A atribuição primária das atividades de cuidado com os filhos e do lar acaba por exigir das mulheres aquilo que se convencionou tratar de um "terceiro turno", executado após as 8 horas de trabalho diário. O que se percebe é que o tão festejado ingresso das mulheres no mercado de trabalho, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, pode não ter sido tão emancipador, na medida em que apenas lhe atribuiu mais uma atividade, sem que para isso tenha conferido os meios materiais para se desligar dos serviços domésticos por elas anterior e historicamente realizados.

A seu turno, é possível intuir que a necessidade de despender maior tempo no exercício das tarefas parentais e domésticas seja, senão a causa, ao menos fator relevante para a menor mobilidade e ascensão profissional das mulheres. O "terceiro turno" realizado para cuidado dos filhos e do lar as impede de realizar horas extras, cursos de capacitação ou mesmo happy hours e momento de confraternização com seus colegas e superiores, elementos que invariavelmente serão sopesados quando da escolha da pessoa a ser promovida.

Parece natural, nesta linha, que a promoção acabe por recair a um homem que pode dispender de tempo para realizar horas extras, cursos e ainda ganhar a simpatia de seus colegas, o que é referendado pela constatação de que "a mobilidade e a ascensão em emprego são possibilidades que dizem muito mais respeito a mulheres sem filhos do que a mulheres com filhos"[258]. Embora não possua representatividade estatística, é sintomático que hoje, entre seus 11 componentes, a única ministra mulher do Supremo Tribunal Federal nunca tenha se casado tampouco tenha filhos[259]. Mesmo na magistratura, a realização profissional feminina parece antagônica à conjugalidade[260].

E nesta incessável marcha da causalidade, a maior ascensão profissional entre os homens acaba por refletir em sua remuneração: segundo dados de 2022 fornecidos pelo IBGE, uma brasileira recebe, em média, 78% do que ganha um homem[261]. Sem surpresa, a maior renda

---

[258] LOOZE, JESSICA. Young women's job mobility: the influence of motherhood status and education. *In*: Journal of Marriage and Family, August 2014, volume 76, number 4. Minneapolis: The National Council on Family Relations.

[259] "Carmen Lúcia vem de uma família de sete irmãos e foi interna em colégio de freiras até a idade de prestar vestibular. Nunca se casou e, segundo sua prima, a economista Silvana Antunes, sempre anunciou que não o faria. 'Ouvi várias vezes de sua boca que não se casaria. Vou me dedicar à profissão, dizia'" (LINHARES, Juliana; ZALIS, Pieter. Carmen Lúcia, nova presidente do STF: entre rosas e espinhos. Veja Brasil. Publicado eletronicamente em 11/09/2016).

[260] Ainda que se pense que a carreira pública permite que as mulheres consigam de fato se realizar também no espaço familiar, como diz o senso comum, os dados evidenciam que a carreira altera substancialmente a vida privada das mulheres. Enquanto apenas 9,8% dos juízes homens são solteiros, 23,3% das juízas o são. O índice de separados/divorciados apresenta percentual proporcional. (VIANNA, L.W. (*et al*).. Corpo e alma da magistratura brasileira. Rio de Janeiro: Iuperj/Editora Revan, 1997).

[261] DYNIEWICZ, Luciana. Diferença salarial entre homens e mulheres vai a 22%, diz IBGE. CNN Brasil. Publicado eletronicamente em 08/03/2023.

não raro faz o homem ser visto pela figura do provedor e justifica que priorize o trabalho às atividades parentais e domésticas, reforçado o papel cultural historicamente de cuidadoras atribuído às mulheres e reiniciando um ciclo vicioso de reprodução dos papeis culturais. Daí a constatação de que "a desigualdade entre os gêneros, marcante na estrutura patriarcal da sociedade brasileira, não é natural, mas sim posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama das reações sociais"[262].

Ao revés da emancipação feminina, pressuposto material de uma igualdade entre gêneros, o que se constata é a reprodução deste roteiro historicamente marcado nas novas gerações, desde já vocacionadas a seguir o mesmo script: entre crianças de 6 a 14 anos, "enquanto 81,4% das meninas arrumam sua própria cama, 76,8% lavam a louça e 65,5% limpam a casa, apenas 11,6% dos seus irmãos homens arrumam a sua própria cama, 12,5% dos seus irmãos homens lavam a louça e 11,4% dos seus irmãos homens limpam a casa"[263].

Este papel, que de regra não é de protagonista, é representado também na sucessão familiar.

Afere-se, ainda hoje, a conservação de um modelo social em que o gênero feminino tem sua atuação voltada ao cuidado e ao espaço do lar, enquanto do gênero masculino atribui-se o papel de provedor, próprio da ambiência dos negócios, ainda que inconscientemente. Não por outra razão, permanece viva a primazia do filho homem na sucessão dos negócios paternos, sobretudo nas empresas familiares. Colhe-se de autores da psicologia:

> "O paradoxo do pai, segundo Zoja, refere-se ao fato de que ser pai é cumprir a função arquetípica de superar a natureza cujo caminho está sempre em construção e em algum momento deverá implicar sua sucessão pelo filho. Dessa forma, a insegurança do pai no exercício de seu papel é também experimentada pelo filho, na forma de expectativas e sentimentos ambivalentes de ser protegido e de não sucumbir à autoridade paterna, para poder sucedê-lo de forma adequada.
> O princípio psicológico paterno representa a consciência em movimento cuja transformação resulta na construção da lei. Enquanto o filho cresce e se desenvolve, o pai experimenta a ação corrosiva do tempo, que promove o envelhecimento e antecipa a consciência de sua morte. Esse é o conflito entre o puer e o senex, arquétipos do jovem e do velho. Há, ainda assim, algo que se mantém constante no processo de mudança no inconsciente coletivo: o papel do pai enquanto espírito transformador e reconciliador entre gerações no âmbito da construção de valores.
>
> (...) Sobre o paradoxo do pai, Luigi Zoja assinala que "o pai é uma construção, o pai é um artifício: diferentemente da mãe que preserva no campo humano uma condição consolidada e onipresente no que diz respeito à vida animal. (...) Além da aparência

---

[262] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 64.
[263] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016, p. 25.

> imposta pela cultura patriarcal, quando comparado à mãe, o pai é muito mais inseguro a respeito de sua própria condição"[264].

Na literatura empresarial encontram-se os mesmos paradigmas. Emerson de Almeida, cofundador da Fundação Dom Cabral, ao relatar diversos casos de sucessão empresarial que acompanhou durante sua atuação na Fundação, destacando entre as dificuldades a necessidade de o fundador ou executivo reconhecer a hora de passar o bastão à nova geração. Narra o autor:

> "Como a plataforma dessa estação, que é a vida, a permanência no cargo de presidente é transitória e passageira, e a sucessão é como o trem que renova a empresa. Entretanto, cabe aqui lembrar que muitos líderes têm dificuldade de enfrentar o fato de que devem "assim chegar e partir".
> Isso é tão legítimo quanto o sentimento de um pai ao conduzir a filha ao altar do casamento. Seria natural o pai experimentar o dilema de cumprir as funções de preparar a filha para o mundo e querer permanecer como protetor e provedor. Após anos de carinhos, preocupações, conselhos. e aprendizados, aquela criança cresceu e se tornou uma linda noiva, pronta para trilhar novos rumos. Nesse sentido, alguns pais são mais preparados para isso, outros menos, mas sempre haverá gente "a sorrir e a chorar"[265].

Ainda que possivelmente o tenha feito de forma inconsciente, não passa despercebida a referência ao homem (ainda que na condição de pai) como "protetor e provedor", e mesmo que o excerto trate da sucessão na presidência de uma empresa, a figura da filha, do gênero feminino, é invocada não para representar o descendente que está chegando para assumir o cargo, mas sim a saída da filha para desempenhar um novo papel, o de "uma linda noiva, pronta para trilhar novos rumos". Os exemplos trazidos pelo livro demonstram uma permanência da velha primazia dos filhos homens na sucessão dos negócios, e, não raro, a continuidade se dá pelos genros, como ocorreu na WEG, em que Sérgio Schwartz, casado com a filha de um dos fundadores (Werner Voigt), tornou-se vice-presidente da companhia quando da passagem do comando da empresa para a terceira geração[266]. São raízes de uma cultura de mais de vinte séculos, profundamente fixadas e naturalizadas, a ponto de muitas vezes serem inconscientemente reproduzidas.

É neste ponto que o Direito pode proporcionar instrumento de transformação social, de superação de um paradigma patriarcal não apenas de forma retórica ou discursiva, mas de

---

[264] BRANDÃO, Célia. Identidade e sucessão: interface da psicologia com as empresas familiares. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). Empresas familiares: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Noeses, 2015, p. 155-156.
[265] ALMEIDA, Emerson. A sucessão como ela é: de sentimentos a jogos políticos nas organizações. São Paulo: Benvirá, 2016, p. 121.
[266] ALMEIDA, Emerson. A sucessão como ela é: de sentimentos a jogos políticos nas organizações. São Paulo: Benvirá, 2016, p. 127-134.

efetivo fomento à transformação, à promoção de liberdades e de igualdade. Como leciona Daniel Sarmento, "se o exercício efetivo da liberdade por pessoas concretas é fortemente condicionado pela atmosfera cultural em que elas estão inseridas, parece-me evidente que um Estado que valorize a autonomia individual não deve se manter indiferente em relação à cultura vigente".

A busca de espaços de liberdade no campo sucessório, objetivo perseguido na presente tese, não pode ignorar que o incremento da autonomia dos sujeitos da sucessão pode levar, ainda de modo indesejado e por via transversa, à ampliação déficit de proteção feminina e, em última instância, a restrição de sua liberdade em sentido substancial.

Ana Carla Harmatiuk Matos e Isabela Hümmelgen, advertem que neste cenário de condições de desigualdade entre homens e mulheres, com a ampliação da autonomia sucessória, "abre-se a possibilidade de agravar ainda mais a condição de desigualdade das mulheres no processo de sucessão, devido à perpetuação dos reflexos do patriarcalismo" [267].

Em uma cultura de sucessão masculina, o autor da herança, mesmo movido pela nobre premissa de garantir uma igualdade quantitativa, é naturalmente direcionado a realizar a partilha dos bens (em vida ou em testamento) alocando no quinhão dos herdeiros homens os meios de produção e as sociedades operacionais. Ou, nos típicos casos de concentração do patrimônio familiar em uma *holding*, atribuir aos filhos homens o controle societário da empresa familiar, seja por atribuição de maior número de cotas, seja por acordos de sócios vinculantes. Sendo todos estes atos lícitos, já que acobertados pelo manto da liberdade sucessória, a preocupação das autoras se confirma na constatação de que quanto maior for a liberdade sucessória, maior será o risco de agravar a disparidade entre herdeiros do sexo feminino e herdeiros do sexo masculino.

Esta é a chave de compreensão que permite conceber que em certos casos, a restrição de uma liberdade sucessória (p.e., em razão da ordem pública) pode, em verdade, representar instrumento de conservação e ampliação de outras liberdades. Tornar mais difícil o exercício de certas liberdades cujo projeto constitucional não gostaria de ver exercida de forma generalizada pode conduzir, sem extirpar a faculdade de realizar o ato, ao incremento de outras liberdades. A deserdação fornecer exemplo ilustrativo: todo testador tem liberdade para deserdar seus herdeiros necessários. Porém, a submissão (restrição) desta liberdade a um rol de

---

[267] MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63.

hipóteses taxativas, sem privar por completo o testador desta faculdade, promove uma significativa proteção aos direitos do herdeiro, inclusive sob a ótica de proteção de liberdade enquanto insubordinação[268], especialmente relevante em situações que seu projeto existencial é composto por concepções de vida não compartilhadas pelo autor da herança.

Esta constatação permite retomar a análise da restrição da liberdade testamentária em razão da proibição de discriminação pelo sexo, tendo por premissa que tal restrição poderá apresentar, ainda que de forma apenas potencial, aptidão não só para dar concretude ao valor da igualdade de gênero enquanto objetivo constitucionalmente eleito, como também para ampliar a esfera de proteção e mesmo de liberdade do grupo de pessoas vulneradas pelo preconceito de gênero[269], especialmente a liberdade enquanto não subordinação, instrumento para oposição intrafamiliar contra os ecos de um patriarcado que embora sepultado pelo discurso normativo, permanece vivo nas práticas sociais.

A verticalização daí decorrente permite questionar se é dado ao testador nomear herdeiro ou legatário em razão de seu sexo. Estaria dentro de sua liberdade testamentária condicionar a transmissão patrimonial ao sexo de nascimento do beneficiado? Poderia ele, movido por tradição familiar ou outro desejo, beneficiar os herdeiros de um gênero em detrimento de outro? A construção de respostas a estas questões servirá como banco de provas a referendar, ou não, o modelo jurídico geral anteriormente proposto para a aferição da validade das disposições testamentárias face à igualdade enquanto não discriminação.

Já se assentou constatou que os valores constitucionais constituem limitação a liberdade de testar, seja diretamente pela não conformação de disposições a eles contrárias (inconstitucionalidade), seja pela ilicitude dos negócios cujo objeto, motivo ou condição sejam

---

[268] "Pretende-se, aqui, simultaneamente apontar a impossibilidade de se supor uma autonomia individual irrestrita – por meio da constatação de que o sujeito se forja em meio a redes de poder que o 'assujeitam', formando, inclusive, por esse meio, a sua individualidade – e de identificar espaços de auto constituição (que podem residir no cuidado de si e na resistência ao poder). Na leitura que aqui se realiza, toma-se a compreensão foucautiana como remetendo a uma noção que poderia ser chamada, quiçá, de liberdade como resistência ou 'insubmissão'. Trata-se, ao invés de reconhecer a liberdade como ausência de coerção, tomá-la como resistência ao poder. (...) "Vem à tona, neste ponto, a questão sobre 'se' e 'como' seria possível identificar algum espaço de liberdade desse sujeito, um espaço em que ele deixa de ser sujeito sujeitado e passa a ser o ator (autor) de sua própria vida" (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 49-51)"

[269] "Sendo a titularidade patrimonial, habitualmente, relacionada aos homens, é lógico que se presuma como deles, em tais ocasiões, o controle dos bens do núcleo familiar. Por consequência, representa, à primeira vista, interesse destes proprietários a flexibilização de determinadas normas de ordem pública, pelo que as amarras do ordenamento jurídico, indicadas como restritivas à autonomia privada, por vezes, podem funcionar como blindagem para os grupos cuja vulnerabilidade se encontra agravada" (OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Perspectivas críticas a partir de gênero, autonomia privada e direito sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). Direito das sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 206).

ilícitos, assim considerados aqueles contrários à lei, aos bons costumes ou a ordem pública. O que se passa a perquirir, portanto, é o grau de limitação imposto pelo princípio da não discriminação em razão do sexo à liberdade testamentária no direito civil contemporâneo e, a partir dele, a validação ou não dos critérios anteriormente oferecidos para validação das disposições discriminatórias.

Novamente, a experiência estrangeira oferece frutífero ponto de partida, a revelar a transição de regramentos sucessórios vinculados à preferência masculina e a primogenitura para regramentos igualitários.

Na Inglaterra, desde a conquista normanda de 1066 até 1925, "se alguém morresse intestado (...) seus bens imóveis seriam transferidos todos a seu herdeiro, ao passo que os bens móveis seriam transmitidos a sua esposa e parentes próximos". Em relação aos imóveis, a regra era da não divisão, de modo que "quando alguém morresse deixando vários descendentes, seu filho mais velho, ou, se este tivesse falecido, o filho mais velho deste, receberia todos os imóveis"[270]. As reformas de 1925 aboliram tanto a primogenitura quanto a preferência masculina, determinando hoje a partilha igualitária entre os herdeiros. No âmbito da sucessão testamentária, como não há no direito inglês garantia de uma parcela necessária aos herdeiros, ainda é permitido ao testador dispor da integralidade de seu patrimônio, que pode vir a ser flexibilizada pelo Judiciário caso não tenha contemplado cônjuge ou parentes que não possuem recursos para a própria manutenção[271].

Nos países de Civil Law, é enriquecedora a experiência por países monárquicos na adequação dos regramentos sucessórios da nobreza, frutos de seu tempo, mas ainda existentes, aos valores constitucionais da igualdade de gênero dos tempos contemporâneos. Na França, por exemplo, a lei sálica era invocada desde a sucessão de Luís X em 1316 para justificar a sucessão real exclusivamente masculina. A manutenção ou não desta regra não precisou ser enfrentada em solo francês dada a queda da monarquia e instituição de um regime igualitária na sucessão legítima imposto pelo Código Napoleão. Já na Espanha, que mantém até hoje o regime monárquico, o debate se impôs.

---

[270] No original: "So, if someone died intestate in the period between 1066 and 1925, his realty would pass to his heir, while his personalty would pass to his spouse and next of kin. (…)Put simply, where someone died leaving a number of descendants, his eldest son, or, if he were dead, his eldest son's eldest son, took all the realty" (KERRIDGE, Rofer. Intestate Succession in England and Wales. In: In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 325).

[271] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 83.

Historicamente, as leis que regiam a sucessão dos títulos nobiliárquicos previam expressamente a preferência dos herdeiros homens em detrimento das mulheres. Em sede jurisprudencial, havia se instalado uma divergência entre a posição do Tribunal Constitucional, que pelo acórdão 126/1997 havia declarado a constitucionalidade da distinção em razão do sexo, em razão dos títulos de nobreza serem hoje meramente honoríficos e pela distinção manter viva a memória histórica que levou a tal distinção. Em decisão anterior, de 22/03/1991, o Tribunal Supremo da Espanha havia afirmado a invalidade da distinção, em razão da força derrogatória da Constituição espanhola em relação a qualquer discriminação em razão do sexo. A Lei 33/2006 encerrou a divergência, estabelecendo já em seu artigo primeiro que homens e mulheres têm igual direito em suceder nos títulos nobiliárquicos espanhóis, "sem que se possa preferir às pessoas em razão de seu sexo na ordem regular de chamamento" [272].

Segundo Antoni Vaquer Alloy, catedrático da Universidade de Lleida, este 'chamamento' inclui também a designação testamentária, pela qual não se pode designar o herdeiro ou a ordem de chamamento em razão de seu sexo. O autor reconhece que o testador é livre para escolher o beneficiário de acordo com suas preferências, mas não para realizar a escolha por meio de elementos de identificação considerados discriminatórios, como o sexo, a religião ou a raça. Face à garantia de igualdade entre homens e mulheres, eventual condição testamentária que outorgue ou restrinja direitos exclusivamente em razão do sexo deve ser considerada ilícita, por ser contrária à lei e aos bons costumes[273].

No Brasil, revisitando a doutrina nacional, encontra-se a posição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que analisando o artigo 1.799 do Código Civil, indaga se a deixa em favor de prole eventual condicionada ao sexo seria lícita, e ao que responde que "condição desse jaez é inconstitucional por representar discriminação em razão do sexo, ou da origem dos filhos, havendo-se por não escrita qualquer condição de natureza discriminatória"[274], e também de Ana Luiza Maia Nevares, para quem, quando o testador *justifica* a disposição com base em

---

[272] La ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, estableciendo expresamente su art. 1° que el hombre y la mujer tienen igual estrecho a suceder en las Grandezas de España y en los títulos nobiliarios "sin que pueda preferirse a las personas por razón de su regular de llamamientos". Estos llamamientos, por su sexo en el orden puesto, destacadamente, los testamentarios, por lo que no cabe en incluyen, testamento llamar con preferencia a la sucesión en el título nobiliario al varón con preferencia a la mujer" (ALOY, Antoni Vaquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 118).

[273] ALOY, Antoni Vaquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 119.

[274] HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil. V. 20. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94

uma discriminação peremptoriamente vedada pela Constituição, ter-se-á uma deixa testamentária que contém objeto ilícito (CC, art. 166, II)[275].

Em âmbito jurisprudencial, em que pese o tema não tenha sido analisado por Tribunais Superiores, já foi levado a apreciação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão referida por André Arnt Ramos e Daniele Teixeira[276].

A ação buscava a anulação do testamento deixado pelo sr. Juarez Martins, e também da disposição testamentária em que deixava sua parte disponível a seu filho Manoel, por estar baseada no gênero do filho, em prejuízo de suas filhas mulheres.

Segundo a acórdão, afirmavam as filhas que o Tribunal deveria realizar uma 'correção axiológica da disposição de última vontade', em razão da disposição estar justificada no gênero do filho beneficiado, em violação aos artigos 5º, I, 227, §6º, da Constituição Federal e 1.596 do Código Civil. A disposição nomeava o filho Manoel que, *verbis*, "era seu filho homem quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio"[277].

O acórdão expressamente admitiu o argumento de que a disposição contrária ao princípio da igualdade poderia levar à sua nulidade, a corroborar que a liberdade testamentária encontraria limite material na proibição de discriminação em razão do gênero. Porém, afastou tal argumentação a partir da interpretação do testamento, entendendo que a deixa foi motivada não por discriminação, mas sim "nos predicados do filho: 'era seu filho homem quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio'. Isso está muito claro quando o juízo a quo repele a proposta de que a gratidão do pai fosse ofuscada por um "pensamento machista e/ou injusto" [278].

A solução, portanto, não se deu no campo do direito material, mas no campo das provas. O acórdão afirmou que "não é possível extrair dos autos que a vontade do testador tenha violado o princípio da igualdade, impositivo da indistinção da pessoa humana pelo gênero ou

---

[275] NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 230.
[276] RAMOS, André Luiz Arnt; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e gênero: algumas reflexões. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 34-36.
[277] TJPR. 12 Câmara Cível. Apelação Cível n. 0001130-63.2015.8.16.0071. Rel. Alexandre Gomes Gonçalves, j. 09.05.2018.
[278] "Admitindo-se, porém, o debate na perspectiva de que a violação a princípio constitucional induziria nulidade a ser apreciada de ofício, é preciso dizer que a sentença, a rigor, não se fundamenta no gênero, mas nos predicados do filho: "era seu filho homem quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio". Isso está muito claro quando o juízo a quo repele a proposta de que a gratidão do pai fosse ofuscada por um "pensamento machista e/ou injusto" (TJPR. 12 Câmara Cível. Apelação Cível n. 0001130-63.2015.8.16.0071. Rel. Alexandre Gomes Gonçalves, j. 09.05.2018).

sexo, quando pretendeu beneficiar o filho homem pela disposição de última vontade". Foi sua conclusão:

> "É evidente que o fato de o Sr. Juarez ter testado em favor do filho homem não viola o princípio da igualdade entre os filhos, inscrito no §6º do art. 227 da Constituição Federal e no art. 1.596 do Código Civil, em seus aspectos formal e material. O que o princípio propõe é só a vedação à discriminação entre filhos a partir da condição dos pais ou circunstâncias de seu nascimento, ou mesmo em função da existência ou não de vínculo biológico, quanto a direitos pessoais (uso de nome de família, relações de parentesco, impedimentos matrimoniais e poder familiar) e patrimoniais (alimentos e sucessão)"[279].

A decisão é criticada por André Arnt Ramos e Daniele Teixeira, por levar em consideração "os predicados do filho homem, os quais se resumem, em larga medida, à idade e ao sexo"[280].

Em larga medida, mas não exclusivamente. Neste ponto, a referência do testador ao fato de ser o filho "quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio" parece relevar algo além da idade e do sexo, conquanto relata uma maior cumplicidade em relação ao filho, além de gratidão pelo auxílio na construção do patrimônio. O apontamento é importante pois permite resgatar que a disposição testamentária não exige justificação. A regra primária é a da liberdade de escolha pelo testador, que pode mesmo designar um herdeiro sem motivação, ou por motivo fútil. Apenas a disposição que se revele discriminatória é que estaria eivada de invalidade.

É possível cogitar mesmo de uma disposição testamentária realizada, sim, com base em discriminação de gênero, mas não apenas com base nela, como parece ter sido o caso julgado pelo TJPR. Tivesse o testador cessado a redação da disposição em "era seu filho homem", a presunção militaria a favor da nulidade da disposição.

Como o testador seguiu na redação, somando ao primeiro critério de diferenciação (filho homem) o motivo de ser ele "quem estava ao seu lado para lhe auxiliar na construção do patrimônio", parece, em homenagem ao princípio da preservação do negócio jurídico[281] e da interpretação em favor do testador[282], que a melhor solução seria reconhecer a validade da

---

[279] TJPR. 12 Câmara Cível. Apelação Cível n. 0001130-63.2015.8.16.0071. Rel. Alexandre Gomes Gonçalves, j. 09.05.2018.

[280] RAMOS, André Luiz Arnt; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e gênero: algumas reflexões. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 34.

[281] Código Civil. Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

[282] Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

disposição, preferindo a sobreposição do conteúdo ou motivo lícito nela expresso ao conteúdo ou motivo ilícito que dela seria possível presumir. A presunção de invalidade, assim, dependeria da inexistência de motivo lícito que a possa justificar.

Por fim, o caso analisado pelo TJPR permite ainda uma derradeira constatação, que confirma o ciclo vicioso que leva a perpetuação da desigualdade de gênero. O que acabou por validar a disposição testamentária foi o fato de o filho trabalhar com o pai e tê-lo auxiliado na construção do patrimônio. Estes "predicados", como chamou o Tribunal, refletem cristalinamente o já referido papel de gênero, que atribui às mulheres os papeis de cuidado e circunscritos ao lar e aos homens o papel de provedores e de sucessores nos negócios. No entanto, o papel masculino segue sendo socialmente mais valorizado que o feminino, de modo que a atribuição patrimonial em maior proporção ao filho homem, pelo papel por ele desempenhado, confirma que "não se pode tratar a vulnerabilidade como um dado natural, como uma circunstância individual, mas, sim, como um processo histórico e informado por uma pluralidade de elementos"[283].

No caso concreto, a desigualdade de tratamento entre os filhos parece não ter decorrido de uma concepção discriminatória do testador no sentido de querer impor tratamento deficitário às filhas por serem mulheres, mas inegavelmente pode encontrar origem mediata no papel cultural histórica e socialmente atribuído ao gênero masculino, levando o filho o homem, como causa mediata, a ser aquele que acompanha o pai no trabalho e o auxilia na construção do patrimônio.

Em que pese se trate de decisão de Tribunal Estadual, o acórdão mostra a pertinência e possibilidade jurídica de se questionar a validade de disposição testamentária por violação ao princípio constitucional da não discriminação, a corroborar a posição sufragada por este capítulo.

Especificamente quanto a discriminação em razão do gênero, também parece suficientemente demonstrado que em razão da proibição constitucional de discriminação em razão do sexo (CF, art. 3, IV), da igualdade de direitos entre homens e mulheres (CF, art. 5, I), não só o legislador estaria proibido de realizar diferenciações discriminatórias, como também os particulares, na medida em que a autonomia privada não como fonte jurígena a vontade, mas

---

[283] OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Perspectivas críticas a partir de gênero, autonomia privada e direito sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). Direito das sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 205.

o ordenamento, que apenas a referenda quando exercida de acordo com os objetivos e limites por ele traçados.

Há, ainda, um derradeiro ponto de análise, que decorre de uma aventada admissibilidade, ou ao menos uma possível tolerância social[284] em relação à disposição testamentária estribada no gênero, especificamente quando vertidas em uma condição para a prole eventual: a usual disposição "em favor do meu primeiro neto homem" ou "em favor da minha primeira neta mulher".

A discussão se torna relevante pois uma das causas de invalidade da condição testamentária é ser contrária aos bons costumes (CC, art. 122), de modo que, a contrário sensu, poder-se-ia sustentar que a conformação aos bons costumes emprestaria validade à disposição.

A resposta deve ser negativa, pois a restrição do âmbito de liberdade pelos bons costumes (portanto, com eficácia apenas limitativa) não teria o condão de validar comportamentos que se revelem contrários aos valores que compõe a ordem pública.

As duas cláusulas gerais dizem respeito a concepções morais ou valorativas. Os bons costumes referem aos valores perseguidos por dada população, apontando assim para a moral social dominante, ao passo que a ordem pública é significada como o conjunto de princípios estruturantes de um sistema jurídico, ou seja, nos valores incorporados e perseguidos pelo ordenamento[285].

Em eventual conflito entre a moral social e ordem jurídica, parece intuitivo que esta deva prevalecer, pois caso contrário, o Direito seria apenas instrumento de clausura a um modelo social prevalente, incapaz de incorporar a diversidade ou de exercer, ao menos no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, um papel contra majoritário.

Esta primazia é sustentada por Carlos Ferreira de Almeida, para quem "os bons costumes devem funcionar, somente, como um 'último recurso' para assegurar os princípios a que fazem referência, quando 'a lei, num primeiro momento, ou a ordem pública num segundo momento, não resolvam a questão"[286]. Assim, é possível sustentar aprioristicamente uma

---

[284] A subsistência de uma moral social estribada em papéis de gênero é confirmada empiricamente. Pesquisa realizada pelo Instituto Avon e Data Popular com jovens entre 16 e 24 anos constatou que 96% dos entrevistados afirmam viver em uma sociedade machista; 48% dizem ser errado que uma mulher sair sozinha com os amigos, sem a companhia do marido, namorado ou 'ficante'; 76% criticam aquelas que têm vários ficantes; 80% afirmam que a mulher não deve ficar bêbada em festas ou baladas. É revelador o resultado de que este papel cultural é reproduzido mesmo entre as mulheres: dentre as jovens entrevistadas, 42% reprovam que uma mulher fique com muitos homens, percentual maior do que o apurado nas respostas dos jovens do sexo masculino (41%). CATRACA LIVRE. Os números do machismo no Brasil: pesquisa revela a opinião de jovens entre 16 e 24 anos. Publicado eletronicamente em 03 de dezembro de 2014.

[285] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 182-186.

[286] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 188.

hierarquia entre lei, ordem pública e bons costumes, sendo estes aplicáveis apenas de forma subsidiária àqueles.

Adotada tal formulação, ainda que se constate que dado ato de discriminação em razão do sexo pode ser aceito no âmbito dos bons costumes, ainda assim será inválido, seja pelos bons costumes atuarem apenas de forma negativa (como restrição), seja pela invalidade decorrer de elemento autônomo aos bons costumes, notadamente a violação à ordem pública[287].

Esta proposta de primazia também é encontrada em Pontes de Miranda, ao defender que o costume, quando serve ao organismo social, deve ser incorporado pelo Direito, vencendo a lei. Mas, quando o costume serve apenas a um grupo de indivíduos para a submissão de outro, "se o costume impede a formação ou o traçado definitivo de outro círculo, e é de mister a lei para a criação consciente de forças, será vencido o costume, o pastor conseguirá dominar as ovelhas"[288]. A lei, e ordem pública em sentido mais amplo, acabam por rechaçar estas concepções antissociais, mesmo quando majoritariamente admitidas.

Parece corroborar tal argumento a posição de Daniel Sarmento, de que o reconhecimento de uma liberdade existencial não permite ao Direito interferir nas crenças individuais ou nos valores perseguidos por uma pessoa ou por um grupo, mesmo que estas sejam moralmente reprováveis. Mas não quer isso dizer que o Direito deva se manter neutro em relação à igualdade de gênero, mormente quanto eleita como um dos objetivos da República:

> "Um indivíduo não pode ser proibido de acreditar, por exemplo, que mulheres e homens têm papéis "naturalmente" diferentes na sociedade e de viver de acordo com esta crença. Desde que não pratique atos que configurem discriminação de gênero, esse indivíduo pode orientar a sua vida pessoal por esta convicção: procurar amigos que comunguem dos mesmos valores, evitar ambientes sociais mais arejados, casar-se com uma mulher de temperamento submisso e pedir-lhe que não trabalhe fora etc. Ele tem o direito moral de fazê-lo, de adotar essa compreensão pobre e deturpada, de errar feio em sua vida, desde que não lese direitos de terceiros.
> Mas o Estado não deve se manter neutro na disputa entre compreensões de mundo sexistas e igualitárias. Ele pode – deve – preferir as segundas e favorecê-las, por exemplo, na definição dos currículos escolares, nas suas políticas públicas, nos seus atos simbólicos. Deve fazê-lo para que a sociedade como um todo se torne um espaço

---

[287] Também é possível chegar à resposta negativa por meio de compreensão que, de certo modo, mescla bons costumes e ordem pública ao construir o conteúdo daqueles de forma prospectiva, por meio dos valores constitucionais: "Agora bons costumes, revestido das qualidades de uma técnica legislativa orientada à abertura do sistema, volta-se também para o futuro, vinculando-se à concretização não mais da moral social348 pura e simplesmente, mas, sobretudo, da moralidade constitucional.349 Dito de outro modo, os bons costumes no sentido tradicional do termo estavam ligados à moral social revelada pelo passado e pelos comportamentos reiterados. A concepção constitucionalizada de bons costumes, por sua vez, volta seus olhos para o futuro, a fim de impregnar de sentido constitucional as práticas que ainda serão consolidadas" (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 169).

[288] PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do direito.* v. 4. Campinas: Bookseller, 2005, p. 221-222

> mais propício para que pessoas reais e concretas possam vivenciar a sua liberdade, num ambiente cultural que não as oprima ou estigmatize"[289].

A proposta de funcionalização do Direito Sucessório para a conservação e promoção de liberdades se encontra representada neste excerto. Na primeira parte, parece clara a adoção pelo autor de um liberalismo clássico, no perfil proposto por John Stuart Mill, notadamente de garantir a liberdade do indivíduo de escolher seu projeto de vida, de acordo com suas convicções, desde que não pratique discriminação lesiva[290], ou seja, desde que não viole o direito à igualdade de terceiros. Já segunda parte, parece acolher o paternalismo libertário ao defender a criação de uma estrutura que estimule e direcione os indivíduos a incorporar uma cultura de igualdade de gênero, promovendo assim a promoção de liberdade do grupo historicamente estigmatizado (sobretudo por meio da educação), sem que com isso tolha, em âmbito estritamente individual, a liberdade de persecução de projetos de vida diversos por aqueles que assim desejarem.

Porém, quando a discriminação de gênero deixa a esfera individual e interfere negativamente na esfera jurídica de terceiros, constitui ato contrário aos objetivos da República, à lei e a ordem jurídica como um todo, e nesta medida, não só justifica, mas exige por parte do ordenamento jurídico uma reação, notadamente a de invalidação do ato.

E para tanto, parecem adequados os critérios apontados neste capítulo, notadamente:

a) a validade de uma escolha que não adote explicitamente o elemento de gênero como critério de diferenciação – p.e., "deixo minha parte disponível ao meu filho José";

b) a invalidade de uma escolha estribada exclusivamente em critério de gênero – p.e., "deixo minha parte disponível para meu primeiro neto homem"; e

c) validade, a *priori*, de escolha estribada em elemento de gênero quando tal elemento tenha sido utilizado para a identificação de pessoas contempladas por outra razão – "deixo para minhas filhas mulheres, que cuidaram de mim nos últimos anos", ou acompanhado de razão justificante que revele proteção ou favorecimento do grupo vulnerado pela discriminação – p.e.,

---

[289] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 174.

[290] A posição parece aproximar-se do princípio do dano, tema central da liberdade de John Stuart Mill: "Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material ou moral, não constitui razão suficiente" (MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, 35).

"deixo para as netas que eu venha a ter, para compensar a desigualdade que ainda nos dias de hoje assola as mulheres".

Tais elementos não são propostos como constitutivos de um modelo fechado de análise, mas são como possíveis parâmetros hermenêuticos, dotados de alguma objetividade, que possam oferecer maior segurança e sistematicidade à aferição da validade das disposições testamentárias potencialmente contrárias ao preceito da não discriminação.

1.3.4. Liberdade testamentária e liberdades constitucionais dos beneficiados: limites ao 'controle pela mão morta'[291] no direito brasileiro

Outra restrição material à liberdade testamentária por violação à ordem pública encontra problematização no campo das disposições pelas quais o autor da herança pretende, para depois da morte, controlar aspectos pessoais da vida de seus herdeiros. O pano de fundo do debate se encontra no conflito entre a liberdade testamentária e a resistência, pelos herdeiros, ao controle pela 'mão morta'[292], ou, mais precisamente, nas disposições testamentárias que possam influenciar indevidamente as liberdades existenciais dos beneficiários a quem são dirigidas[293].

Uma vez mais, o recurso à *case law*[294] se mostra como frutífera introdução à análise do tema, pois permitirá de um lado verificar em que perfis de casos a tensão entre liberdade

---

[291] Tradução literal da expressão usualmente adotada na common law: dead hand control.

[292] Embora utilizada também por autores de Civil Law (como Troplong), a expressão "mão morta" para significar o controle do testador após a sua morte teve, e tem, maior utilização na Common Law, onde é usualmente invocada com notória conotação negativa: "This case reveals a broader tension between the competing values of freedom of testation on one hand and resistance to "dead hand" control on the other" (SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Max Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[293] WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 1.075-1.076.

[294] "O direito produzido pelos juízes é outra preocupação dos juristas comparatistas. A diferença entre o estilo judicial literário, discursivo e estreitamente relacionado com os fatos dos tribunais anglo-americanos e o modo formal, austero e abstrato de redigir as sentenças no continente tem sido repetidamente assinalada. Mais importante ainda, o fato de os sistemas de common law reconhecerem o precedente como fonte vinculativa de direito foi durante muito tempo considerado como a diferença essencial entre a common law e a civil law. Não é, pois, surpreendente que abundem os trabalhos comparativos sobre os precedentes jurisprudenciais dos dois lados da Mancha e/ou do Atlântico" (VOGENAUER, Stefan. Sources Of Law and Legal Method in Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. 2nd ed. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 898). No original: "Judge-made law is a further preoccupation of comparative lawyers. The difference between the literary, discursive, and closely fact-related judicial style of the Anglo-American courts and the formal, austere, and abstract mode of writing judgments on the Continent has been noted again and again. Even more importantly, the fact that the common law systems acknowledge precedent as a binding source of law was long taken to be the essential difference between the common law and the civil law. It does not come as a surprise therefore that comparative works on the status of case law on both sides of the Channel and/or the Atlantic abound".

testamentária e liberdade existencial costuma ser ventilada, e de outro quais os argumentos apresentados neste caso para sustentar a prevalência de uma ou de outra.

Na Common Law, há precedentes sobre o tema desde o século XIX[295], em casos nos quais se considerou invalida a disposições testamentárias que determinava aos pais do beneficiário criar os filhos de determinada maneira por causa de dinheiro ou de uma grande herança. As razões invocadas tiveram por mote central a premissa de que a perspectiva do benefício econômico da herança não pode influenciar a realização de valores mais relevantes.

Na House of Lords, Lord Balcombe sumaria as decisões que envolveram a interferência póstuma na criação de filhos, destacando dentre as razões de sua incompatibilidade com a ordem pública que "os seus pais podem ser tentados a educá-lo de uma determinada maneira por causa do dinheiro e não porque considerem isso moralmente correto", do mesmo modo que seria "errado colocar uma pessoa no dilema de ter que criar seu filho de modo que ele renuncie à sua fé ou perca uma grande herança" ou admitir uma disposição que "visa obrigar um pai a enviar um filho para uma escola específica também seria nula porque fazê-lo pode não ser em benefício da criança"[296].

A maior parte das decisões que analisaram o conflito com a ordem pública tem por objeto disposições testamentárias que visam interferir na liberdade matrimonial. Em que pese não haja uma jurisprudência federal sobre o tema nos Estados Unidos, a Suprema Corte do Estado de Illinois logrou construir um modelo jurídico estável a partir de um conjunto de decisões iniciado com o julgamento de Ransdell vs. Boston (1898) e seguido por Winterland v. Winterland (1945), In re Estate of Gehrt (1985) e In re Estate of Max Feinberg (2009).

Ransdell versava sobre um testamento realizado em favor dos filhos (um filho e uma filha) do testador. Especificamente em relação ao filho, que à época da realização do testamento era casado, a disposição determinava que a propriedade dos bens a ele deixados fosse mantida em um *trust*, que lhe garantiria o uso e a renda das propriedades para o resto da vida, ou "até o

---

[295] O grande número de precedentes envolvendo a tensão entre o "controle pela mão morta" e os interesses existenciais dos beneficiários revela tratar-se de questão de relevância social justifica que o tema tenha se galgado grande destaque do Direito Sucessório entre os comparatistas.

[296] No original: "This forfeiture clause is void on grounds of public policy. (1) If a clause like this, as a matter of construction, operates to defeat a benefit to a minor his parents might be tempted to bring him up in a particular way for the sake of the money and not because they thought it morally right. (…) it is wrong to put a person into the dilemma of having to bring up his child so that either he must renounce his faith or lose a large inheritance. (…) A forfeiture clause seeking to oblige a parent to send a child to a particular school would also be void because to do so might not be for the benefit of the child". Os precedentes citados foram *Em re Williams* (1860), *Em re Sandbrook* (1912), *Em re Borwick* [1933], *In re Tegg* (1936). (UNITED KINGDOM. House of Lords. *Blathwayt v Baron Cawley* (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024).

momento em que se tornasse solteiro ou divorciado", quando a propriedade reverteria em seu favor. Se o filho morresse sem filhos e ainda casado, a propriedade dos bens seria revertida em favor de terceiros. Alguns anos após a morte do testador, o filho, que embora separado de fato ainda era juridicamente casado, contestou a disposição sob a alegação de violação de sua liberdade matrimonial.

A Circuit Court deu provimento à ação e a Suprema Corte do Estado referendou esta posição, reconhecendo a existência de uma regra geral "de longa data que as disposições gratuitas que tentem induzir os cônjuges ao divórcio ou a viverem separados são nulas, por razões de ordem pública"[297]. Embora esta tenha sido a tese firmada no precedente, a Suprema Corte deixou de aplicá-la ao caso concreto, por vislumbrar nele uma hipótese de derrotabilidade da regra geral. Na espécie, a Corte verificou que na época da elaboração do testamento, o filho do testador já estava separado de fato, e a disposição não parecia ter por objetivo punir o filho caso permanecesse casado, mas sim garantir a manutenção da propriedade com o filho para que dela pudesse tirar o maior proveito possível. Assim, por encontrar uma função protetiva na disposição, e não o fomento ao divórcio, a Corte criou a primeira hipótese de exceção à regra geral da invalidade das disposições que interfiram na conjugalidade. Outras exceções a seguiriam.

Em Winterland vs. Winterland, a Suprema Corte voltaria a se debruçar sobre o tema. O caso versava sobre o regramento sucessório criado por John Winterland por meio de um Trust, instituindo como única beneficiária sua esposa e, com a morte desta, a divisão igualitária do patrimônio entre seus 11 filhos. Por meio de um adendo posterior, John estabeleceu que a parte destinada a seu filho George deveria ser entregue em fideicomisso ao seu filho Henry, a quem incumbiria entregar a renda dos bens a George "durante toda a sua vida ou até o

---

[297] "In *Ransdell*, the testator's will included provisions for his wife, his son, and his daughter. At the time the will was executed, the son and his wife were separated and cross-suits for divorce were pending. The father's bequest to the son provided that the property be held in trust, giving him use and income of the land for life, or "until such time as he (…) shall become sole and unmarried," at which time the trustee was to convey title to the land to him in fee simple. *Ransdell*, 172 Ill. at 440. If the son died childless while still married to the wife, the land was to go to other devisees. Several years after the father's death, the son, who was still married but living apart from his wife, challenged the provision on public policy grounds. The circuit court granted judgment for the defendants and this court affirmed. This court acknowledged the long-standing rule that conditions annexed to a gift that have the tendency to induce spouses to divorce or to live separately are void on grounds of public policy. *Ransdell*, 172 Ill. at 445. However, the testator's purpose in this case "was simply to secure the gift to his son in the manner which, in his judgment, would render it of the greatest benefit to him in view of the relations then existing between him and his wife" (*Ransdell*, 172 Ill. at 445), which were strained, to say the least. "Certainly," this court noted, "it cannot be said that the condition tended to encourage either the separation or the bringing of a divorce suit, both having taken place long prior to the execution of the will" (SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Max Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

falecimento de sua atual esposa ou que dela se separe pelo divórcio", hipóteses em que a propriedade reverteria em seu favor, e, caso George falecesse antes do implemento destas condições, sua quota deveria ser distribuída igualmente entre seus irmãos.

George faleceu antes de sua esposa, e ela e o filho do casal contestaram a disposição por entendê-la contrária à ordem pública. Mais uma vez, a Suprema Corte referendou a regra estabelecida em Ransdell e a desta vez a aplicou ao caso, já que a disposição teria a tendência natural de encorajar o divórcio, quando, diversamente de Ransdell, não havia separação de fato ou processo de divórcio. Enfatizando a violação à ordem pública, a Corte pontuou que "é política pública deste estado salvaguardar e proteger a relação matrimonial, e este tribunal considerará contrária a essa política e anulará qualquer disposição testamentária que tenda a perturbar ou destruir um casamento existente"[298].

Quatro décadas mais tarde, o Tribunal retornaria ao tema em In re Estate of Gehrt[299]. O testador, Forrest Gehrt, deixou uma parte de seu patrimônio para seis sobrinhos por ele nomeados, todos filhos de sua falecida irmã Edna. Após a morte de um desses sobrinhos, de nome Harold, o testador fez nova disposição deixando a parte originalmente destinada a Harold para a sua viúva, Betty, desde que no momento da morte do testador ela não tivesse voltado a se casar. Acaso se casasse novamente, os bens deveriam ser divididos igualmente entre os cinco irmãos de Harold.

Betty havia se casado novamente e, quando da morte de Forrest, pleiteou o recebimento da parcela destinada a Harold argumentando que a condição representava uma restrição ilegal à sua liberdade matrimonial, devendo ser declarada nula por ir contra a ordem pública. A Suprema Corte não acolheu a pretensão de Betty, criando nova exceção à regra geral estabelecida em Ransdell. Se a contrariedade à ordem pública advém da disposição encorajar o divórcio ou interferir na liberdade matrimonial dos herdeiros, esta razão não se estava presente em In re Estate of Gehrt. A disposição testamentária de Gehrt foi redigida como condição antecedente, que impede a aquisição do direito pelo beneficiário se o fato não se fizer presente no momento da morte (abertura da sucessão) do testador, e, nestes moldes, não possui qualquer potencial de influenciar a liberdade matrimonial do beneficiário. A disposição não pretende

---

[298] "It is the public policy of this state to safeguard and protect the marriage relation, and this court will hold as contrary to that policy and void any testamentary provision tending to disturb or destroy an existing marriage" (SUPREME COURT OF ILLINOIS. *Winterland v. Winterland*, 389 Ill. 384, 59 N.E.2d 661 (Ill. 1945). Jan. 17, 1945. Disponível em https://casetext.com/case/winterland-v-winterland, acesso em 01 de fevereiro de 2024).
[299] SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Gehrt, 134 Ill. App. 3d 308 (1985). Jun. 20, 1985. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-gehrt, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

influenciar a execução de conduta futura, mas apenas toma o estado civil como critério a determinar quem será o beneficiário.

Assim, sob a premissa de que "o testamento só fala a partir da data do falecimento do testador", invocando precedente da Suprema Corte da Louisiana, o Tribunal deixou de aplicar a regra de Ransdell por, em Gehrt, "a disposição em consideração não é aquela que proíbe o donatário de se casar durante sua vida ou mesmo por um período fixo de tempo, nem aquele que dirige o legado caducará no caso de o legatário se casar no futuro", mas vinculada apenas "ao seu estado civil no momento da morte do testador", vinculação esta que não seria contrária à ordem pública"[300].

Encerra o modelo jurídico da Suprema Corte de Illinois o julgamento de In re Estate of Feinberg, julgado em 2009[301]. Max Feinberg criou um Trust ainda em vida, e por disposição testamentária determinou que todo seu patrimônio deveria ser incorporado ao Trust, ficando assim vinculado ao regramento deste. O regramento determinava que sua esposa Erla seria beneficiária vitalícia dos rendimentos do Trust, com poderes para alterar seu regramento e, com a morte desta, os ativos do Trust deveriam ser distribuídos entre seus filhos Michael e Leila, respeitada a "cláusula de restrição de beneficiário".

Tal cláusula, grosso modo, determinava que parcela do patrimônio ficaria em fideicomisso em favor dos descendentes de Michael e Leila, observada a condição de que se "qualquer descendente que se casasse fora da fé judaica ou cujo cônjuge não-judeu não se convertesse ao judaísmo dentro de um ano de casamento seria considerado falecido para todos os efeitos deste instrumento a partir da data de tal casamento"[302] e a parte desse descendente reverteria para os filhos do testador. Após a morte de Max, a viúva alterou o regramento, dividindo o patrimônio do Trust em cinco partes, que quando de sua morte seriam revertidas a cada um de seus netos, respeitada a "cláusula de exclusão".

---

[300] "The provision under consideration is not one forbidding the donee to marry during her lifetime or even for a fixed period of time, nor one that directs the legacy shall lapse in case the legatee should marry in the future, but rather one that is conditioned upon her status at the time of the testator's death. Certainly, such a provision is not against good morals, and we know of no law prohibiting the same" (SUPREME COURT OF LOUISIANA. Succession of Ruxton, 78 So. 2d 183, 226 La. 1088 (La. 1955). Feb. 14, 1955. Disponível em https://casetext.com/case/succession-of-ruxton, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[301] SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[302] No original: "However, any such descendant who married outside the Jewish faith or whose non-Jewish spouse did not convert to Judaism within one year of marriage would be "deemed deceased for all purposes of this instrument as of the date of such marriage" and that descendant's share of the trust would revert to Michael or Leila" (SUPREME COURT OF ILLINOIS. *In re Estate of Feinberg*, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

Todos os cinco netos do testador se casaram entre 1990 e 2001, antes do falecimento da matriarca, em 2003. Apenas um neto, John (filho de Leila), cumpria a condição da cláusula de exclusão e teria direito a receber sua parte. Sua prima Michele, filha de Michael, buscou a anulação da "cláusula de exclusão", por contrariedade à ordem pública.

A ação foi julgada procedente e, por maioria, a Corte de Apelação decidiu que a clausula em questão é "inválida por interferir seriamente e limitar o direito dos indivíduos de se casarem com uma pessoa de sua própria escolha"[303]. Em recurso à Suprema Corte, o recorrente sustentou que a cláusula tinha por objetivo "encorajar e apoiar o Judaísmo e a preservação da cultura judaica em sua própria família" e "não tem efeito prospectivo que possa posteriormente influenciar as decisões de um descendente em relação ao casamento ou divórcio porque, após a morte de Erla, não restaria qualquer patrimônio".

A decisão da Suprema Corte entendeu que a disposição, nos moldes da alteração promovida por Erla, era válida. E o fez por duas razões. A primeira, pois a cláusula possuía a natureza de condição precedente, incapaz de influenciar o comportamento dos beneficiários, já que apenas apura a existência ou não de determinada situação no momento da abertura da sucessão, afastando a causa de invalidade da disposição. A cláusula, neste perfil, servirá apenas para a identificação dos beneficiários, sem exigir deles qualquer conduta.

A segunda, de que a liberdade testamentária legitima a preferência do testador em apoiar uma causa específica, valor ou interesse pessoal, mesmo em detrimento dos potenciais beneficiários, desde que este interesse não viole a ordem pública[304]

Na espécie, apurou a Corte que "a intenção de Max ao restringir a distribuição dos seus bens era beneficiar os descendentes que optaram por honrar e promover o seu compromisso com o Judaísmo, casando-se dentro da fé", tendo inclusive expressado "sua preocupação com a potencial extinção do povo judeu, não apenas pelo holocausto, mas pela diluição gradual como resultado de casamentos mistos com não-judeus", interesse legítimo e que sob nenhum prisma

---

[303] "A divided appellate court affirmed, holding that "under Illinois law and under the Restatement (Third) of Trusts, the provision in the case before us is invalid because it seriously interferes with and limits the right of individuals to marry a person of their own choosing" (SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[304] "Hence, there is nothing illegitimate about a testator's preference for supporting a particular cause, value, or personal interest over the interests of potential beneficiaries, so long as the condition stated in the will or trust does not, at the relevant time, violate public policy." SUPREME COURT OF ILLINOIS. In re Estate of Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

é contrário à ordem pública. Não pretendia, portanto, controlar a liberdade matrimonial de seus herdeiros, mas conservar os valores judaicos.

Semelhante justificação foi utilizada pelo Tribunal de Apelação de Mahoning, Ohio, em Shapira v. Union National Bank (1974). Tratava-se também de disposição testamentária que vinculava o recebimento do legado atribuído a um dos três filhos do testador a condição do legatário "estar casado no momento da minha morte com uma garota judia cujos pais eram judeus" e, caso não estivesse, "sua parte neste legado deverá ser mantida por meu executor por um período não superior a sete anos e se meu filho Daniel Jacob se casar dentro do período de sete anos a uma menina judia cujos pais eram judeus, meu executor é instruído a entregar sua parte de meu legado a ele". Ultrapassado o período de sete anos sem o implemento da condição, sua parte nos bens deveria ser entregue ao Estado de Israel[305].

Em que pese se baseie também em posição mais liberal de que a condição de se casar com pessoas de determinada fé restringe apenas parcialmente a liberdade matrimonial, de modo insuficiente a violar a ordem pública, a principal razão de decidir em Shapiro está na disposição subsidiária em favor de Israel, pois "demonstra a profundidade da convicção do testador" e que "seu propósito não era meramente negativo, destinado a punir seu filho por não realizar seus desejos". Pelo contrário:

> "seu plano testamentário inequívoco era que os seus bens fossem usados para encorajar a preservação da fé e do sangue judaico, esperançosamente através dos seus filhos, mas, se não, então através do Estado de Israel. Se este julgamento foi sábio não cabe a este tribunal determinar. Mas é dever deste tribunal honrar a intenção do testador dentro dos limites da lei e da ordem pública. A prerrogativa concedida a um testador pelas leis deste Estado de dispor de seus bens de acordo com sua consciência tem direito a tanta proteção e execução judicial quanto a prerrogativa de um beneficiário de receber uma herança".[306]

---

[305] "My son Daniel Jacob Shapira should receive his share of the bequest only, if he is married at the time of my death to a Jewish girl whose both parents were Jewish. In the event that at the time of my death he is not married to a Jewish girl whose both parents were Jewish, then his share of this bequest should be kept by my executor for a period of not longer than seven (7) years and if my said son Daniel Jacob gets married within the seven year period to a Jewish girl whose both parents were Jewish, my executor is hereby instructed to turn over his share of my bequest to him. In the event, however, that my said son Daniel Jacob is unmarried within the seven (7) years after my death to a Jewish girl whose both parents were Jewish, or if he is married to a non Jewish girl, then his share of my estate, as provided in item 8 above should go to The State of Israel, absolutely" (COURT OF COMMON PLEAS, Mahoning County, Probate Division. Shapira v. Union National Bank, 39 Ohio Misc. 28, 315 N.E.2d 825 (Ohio Com. Pleas 1974). Jan. 22, 1974. Disponível em https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[306] "In the opinion of this court, the provision made by the testator for the benefit of the State of Israel upon breach or failure of the condition is most significant for two reasons. (…) Second, and of greater importance, it demonstrates the depth of the testator's conviction. His purpose was not merely a negative one designed to punish his son for not carrying out his wishes. His unmistakable testamentary plan was that his possessions be used to encourage the preservation of the Jewish faith and blood, hopefully through his sons, but, if not, then through the State of Israel. Whether this judgment was wise is not for this court to determine. But it is the duty of this court to honor the testator's intention within the limitations of law and of public policy. The prerogative granted to a testator

Destes precedentes já é possível extrair alguns parâmetros iniciais na colisão entre liberdade testamentária e liberdades existenciais a permitir a apreensão de um modelo jurisdicional.

Primeiro, que diversamente do que se constatou na interseção da liberdade testamentária com o princípio da não discriminação, em que foi possível estabelecer parâmetros gerais para a apuração da validade da disposição, a interferência das disposições testamentárias sobre liberdades existenciais dos beneficiários parece apresentar perfil mais casuístico, no qual parece ser imprescindível a análise das circunstâncias do caso concreto, muitas vezes externas ao próprio texto das disposições testamentárias. A apuração dos motivos do testador, ao menos na Common Law, ocupa lugar de destaque na apuração da conformação ou não da disposição com a ordem pública, como se extrai de Ransdell vs. Boston, em que a intenção benevolente em favor do beneficiário foi suficiente para excetuar o caso da submissão à regra geral da invalidade.

Segundo, o conflito não se dará sempre entre o exercício de uma liberdade patrimonial (testamentária) e uma liberdade existencial do beneficiário, pois como ficou claro em Feinberg e Shapira, a atribuição patrimonial realizada pela disposição testamentária é mero instrumento para a realização de um interesse existencial do autor da herança, como a promoção de sua fé religiosa, não sendo possível afirmar uma preponderância apriorística da liberdade existencial influenciada sobre a liberdade testamentária.

Terceiro, que não basta a disposição ter potencialidade de interferir na liberdade existencial do herdeiro ou legatário para supor sua contrariedade à ordem pública. É preciso, (i) que seja uma interferência que restrinja extensamente a liberdade existencial em questão[307] e (ii) que tenha potencial concreto de direcionar o comportamento do beneficiado, colocando-o no dilema entre ceder ou abdicar a uma grande vantagem, o que não ocorreria com disposições que implicam pequena limitação à liberdade existencial, cujo benefício ofertado seja

---

by the laws of this state to dispose of his estate according to his conscience is entitled to as much judicial protection and enforcement as the prerogative of a beneficiary to receive an inheritance" (COURT OF COMMON PLEAS, Mahoning County, Probate Division. Shapira v. Union National Bank, 39 Ohio Misc. 28, 315 N.E.2d 825 (Ohio Com. Pleas 1974). Jan. 22, 1974. Disponível em https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

[307] UNITED KINGDOM. House of Lords. *Blathwayt v Baron Cawley* (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024; COURT OF COMMON PLEAS, Mahoning County, Probate Division. *Shapira v. Union National Bank*, 39 Ohio Misc. 28, 315 N.E.2d 825 (Ohio Com. Pleas 1974). Jan. 22, 1974. Disponível em https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

insuficiente a criar um dilema ao interessado ou ainda quando realizada na forma de condição antecedente, desconhecida pelo beneficiário até a abertura da sucessão.

No âmbito da Civil Law, a questão perpassa a um senso comum de que no período da modernidade prevalecia sempre a vontade do testador, mesmo quando voltada à manipulação de liberdades existenciais. Este senso comum parece encontrar justificativa na concepção (então dominante) de que a liberdade testamentária é a voz não só do proprietário, que pelo testamento exerce seu poder de disposição para além da morte, mas também do pai de família, a quem era atribuído o poder parental de conduzir os filhos de acordo com seus valores e projetos, prolongado para o pós vida por meio do testamento. É o que se extrai da obra de Troplong, do final do século XIX:

> "o direito de testar, esse direito de uma vontade mortal que dita leis além da vida, nos leva até lá tão naturalmente que Leibnitz o derivou da imortalidade da alma. Sem ir tão longe, é suficiente que a vontade se apresente como um privilégio da liberdade privada e como uma jurisdição do proprietário e do pai de família, para conduzir a mente aos mais elevados caminhos da jurisprudência. Dissemos, em nosso pequeno tratado sobre propriedade sob o Código Napoleônico, que o testamento é o triunfo da liberdade no direito civil"[308].

Disto, em verdade, não se pode extrair que durante a modernidade não foram admitidas restrições à liberdade testamentária, que já na redação original do Código Napoleão encontravam limite na ordem jurídica e nos bons costumes[309]. Trata-se, portanto, de um limite interno, inerente a própria composição da liberdade testamentária. No Brasil, o Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas já trazia um rol das condições que seriam especialmente proibidas, dentre as quais o domicílio permanente em certo lugar, a mudança ou permanência em dada religião, a de casar com pessoa determinada ou de não casar, em geral[310], todas voltadas ao exercício de uma liberdade existencial.

---

[308] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface, p. 2. No original: " le droit de tester, ce droit d'une volonté mortelle qui dicte des lois au delà de la vie, nous y transporte si naturellement, que Leibnitz le faisait dériver de l'immortalité de l'âme. Sans aller jusque-là, il suffit que le testament se présente comme un privilège de la liberté privée et comme une juridiction du propriétaire et du père de famille, pour conduire l'esprit dans les voies les plus hautes de la jurisprudence. Nous avons dit, dans notre petit Traité de la propriété suivant le Code Napoléon, que le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil".

[309] Art. 900. Em qualquer disposição inter vivos ou testamentária, consideram-se não escritas as condições impossíveis ou contrárias à lei ou aos bons costumes. No original : "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites".

[310] "Art. 633. São especialmente proibidas as condições seguintes: 1° A de habitar sempre em um lugar determinado, ou de submeter a escolha de seu domicílio à vontade de um terceiro (art. 179). 2° A de mudar, ou não mudar, de religião. 3. A de prestar juramento promissório para execução ou abstenção de um ato. 4° A de casar com pessoa determinada, ou por consentimento e aprovação de um terceiro, ou em certo lugar, ou em certo

Nas obras brasileiras que antecederam a Constituição de 1988 e, portanto, se estribaram em um outro perfil de "ordem pública", mesmo quando reconheciam a primazia da autonomia da vontade na sucessão testamentária, apontavam sua submissão à ordem pública e, a partir desta, a intangibilidade de certas liberdades individuais. Ao discorrer sobre a sucessão testamentária, advertia Carlos Maximiliano: "respeita-se a autonomia da vontade. Esta prevalece, embora mal orientada, injusta; desde que não transgrida texto legal imperativo ou proibitivo e de ordem pública", e ampliava este limite no campo das condições testamentárias, tomando como ilícita a condição "atentatória dos direitos fundamentais e inalienáveis do homem e do cidadão"[311].

Na mesma linha, Itabaiana de Oliveira admitia a invalidade das condições testamentárias que violassem "o princípio geral da liberdade civil, política e religiosa", ainda que "não sejam imorais em si mesmas"[312].

Nesta espacialidade e temporalidade, mereceram atenção as disposições condicionadas a questões matrimoniais, "não só por serem muito comuns em atos de última vontade, mas também porque despertaram, entre os grandes juristas, calorosa controvérsia" [313]; que exigiam seguir determinada carreira profissional ou deixar de segui-la; que determinavam a fixação de domicílio em lugar determinado ou a mudança de religião[314]; ou de forma mais geral a condição "que não se cumpre senão pondo em perigo ou prejudicando a saúde, a liberdade ou a integridade de alguém, e a que importa em locação de serviços por tempo indefinido ou tão longo que absorva a existência inteira"[315].

Não há uma uniformidade doutrinária quanto a classificação apriorística do que constituiria ou não uma condição ilícita. Por exemplo, Orosimbo Nonato sustenta ser ilícita a condição de seguir determinada profissão, ao passo que Carlos Maximiliano a admite como lícita, sendo ilícita apenas a condição que proíba qualquer atividade, fomentando o ócio.

Quanto as condições relativas à religião, Carlos Maximiliano afirma serem ilícitas as condições que exigem o ingresse em determinada ordem religiosa (tornar-se padre, pastor, etc.),

---

tempo; não a de casar em geral. 5° A de celibato perpétuo, ou temporário; ou a de não casar com pessoa determinada, ou em certo lugar, ou em certo tempo; 6. A de permanecer no estado de viuvez, ainda mesmo que seja imposta a viúvo ou viúva que tenha filhos de seu primeiro casamento, e que os filhos sejam menores" (FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil. v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 182).

311 MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 95 e 222.

312 ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. 4 ed. v.2. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 482.

313 NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 266-279.

314 ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. 4 ed. v.2. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 484.

315 MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 222.

embora admita a condição de não ser padre ou freira[316], ao passo que Itabaiana de Oliveira retira do âmbito de liberdade testamentária qualquer disposição relativa à escolha de religião, "poque não se deve permitir que, em matéria de pura consciência como esta, possam influir considerações de interesse todo material"[317]. Na mesma linha dos precedentes da *House of Lords*, Carlos Maximiliano também considera ilícitas as condições testamentárias que interfiram no exercício da autoridade parental ou nos deveres conjugais, por contrariedade à ordem pública[318].

Para a aferição da validade ou invalidade da condição testamentária, o julgamento passaria primariamente pelo exame objetivo da violação da ordem pública, dos bons costumes ou dos direitos fundamentais do beneficiado, mas admitiria também a apuração da finalidade buscada pelo testador, embora esta "nem sempre com efeito decisivo". Deste modo, "abre-se exceção para o caso de ser a exigência inspirada por motivos elevados e justos"[319].

O que se constata em todas as posições é que no conflito entre a liberdade testamentária e as liberdades existenciais, na maior parte das vezes o critério definidor da prevalência (ou licitude) da liberdade testamentária passa por um teste de conformidade com as cláusulas gerais da ordem pública e dos bons costumes, que compreendem respectivamente as normas fundamentais da ordem econômica ou social, e os valores sociais comuns a determinado povo em determinado tempo, a exigir maior cautela na reprodução de soluções apriorísticas que

---

[316] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 227.
[317] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. 4 ed. v.2. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 484.
[318] "Interessam à sociedade, mais do que ao indivíduo, consideram-se de ordem pública as leis referentes ao poder paterno e ao marital; por este motivo, se as condições atentam contra um ou outro, impõem atos ou fatos que importem em diminui-los, em restringir o arbítrio ou a autoridade do chefe da família, ou faze-lo renunciar àqueles direitos inalienáveis; não prevalecem, e infirmam a cláusula respectiva. Em atos *causa mortis* nada se admite em contrário à hierarquia doméstica e à ordem das famílias — a sociedade conjugal, ao pátrio poder do homem ou da mulher, a autoridade marital e aos deveres da mesma decorrentes" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 231).
[319] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. v.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 222 e 229. Dentre os motivos que excepcionariam a regra, cita: "por exemplo, desviar alguém do jogo, do concubinato, ou de más companhias; da vida desregrada, em suma; obrigar a mãe a não abandonar o filho e dele não se separar senão temporariamente; fazer um preceptor concluir o preparo intelectual e moral de certos mancebos; concitar um criado a servir até a morte pessoa. que o estima e precisa da sua assistência; influir no ânimo de mulher de vida irregular, para que more com os seus, ou com uma família honesta, ou se recolha temporiamente a um convento ou retiro; obter que um sábio ou mestre preclaro continue a ensinar em determinada cidade; prender um indivíduo á prática de dever moral, como seja o de fazer companhia ao pai, valetudinário ou bom conselheiro, ao cônjuge, aos filhos. Enfim, a cláusula prevalece, desde que não envolva uma simples violação indefinida do direito alheio; merece apoio, sobretudo, quando o prazo da residência ou companhia é limitado, ou por ser fixo, ou por terminar com a vida do assistido, ou com a função pública a que se refira o ato causa mortis".

podem ter sido construídas sobre os alicerces de valores jurídicos ou mesmo morais que já não prevalecem em tempos atuais[320].

A intrínseca vinculação entre a validade das disposições testamentárias e as cláusulas gerais da ordem pública e dos bons costumes permite compreender porque o conflito entre liberdade testamentária e liberdades existenciais somente ganha maior atenção dos juristas de Civil Law após o advento das Constituições do pós-guerra, que ao elevarem a proteção da pessoa ao centro de preocupação dos ordenamentos, acabaram por refundar a ordem jurídica ao retomar a centralidade da pessoa e, de consequência, nas liberdades existenciais.

No âmbito do Direito Comparado, há divergência desde a antessala da discussão, notadamente se as condições testamentárias que envolvam a esfera pessoal do beneficiário podem ser consideradas ilícitas.

A doutrina espanhola encampa tanto a resposta positiva quanto negativa.

De um lado, Esteve Bosch Capdevila responde negativamente. Para o autor, embora a Constituição Espanhola reconheça como direitos fundamentais diversas liberdades individuais, como a liberdade partidária e religiosa, de escolher o local de sua residência e de contrair casamento, as condições testamentárias relativas a estas escolhas devem ser consideradas válidas. Para fundamentar sua posição, Capdevila apresenta quatro motivos: primeiro, não está claro que estes direitos fundamentais possuem uma eficácia horizontal, aplicável entre particulares; segundo, ordinariamente o testador é guiado por um motivo legítimo quando subordina a disposição a determinada condição, e a presunção deve ser neste sentido; terceiro,

---

[320] Troplong já defendia, em 1872, que a regra romana de proibição de disposições testamentárias que restringissem o casamento (e.g., condição de não casar) deveriam ser lidas na França do século XIX de modo crítico, justamente pela mudança do paradigma: "O direito romano teve um motivo político que não existe mais no mesmo grau hoje. Era preciso combater o despovoamento que se seguiu às guerras civis e o gosto exagerado pelo celibato com o qual Roma estava infectada. Ele teve que ajudar as reformas introduzidas pelos políticos da época para incentivar o casamento. Todo um sistema de regeneração social e economia política proibia qualquer coisa que, minimamente, pudesse afastar as pessoas do casamento; a condição si non nupserit não escapava de seus rigores. Graças a Deus, nossa moral é bem diferente; não reclamamos do vazio da população; não deploramos o desrespeito sistemático ao casamento. O casamento tem seu devido lugar na vida. Essa é uma boa razão para não sermos excessivamente exigentes com relação às condições que regem o celibato" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, p. 258-259). No original: "Le droit romain avait, en l'érigeant, un motif politique qui n'existe plus aujourd'hui au même degré. Il avait à lutter contre la dépopulation qui avait suivi les guerres civiles, contre le goût exagéré du célibat, dont Rome était infectée (3). Il fallait, prêter secours aux réformes introduites par los politiques du temps pour exciter au mariage. Un système tout entier de régénération sociale et d'économie politique proscrivait tout ce qui, de près ou de loin, pouvait éloigner du mariage; la condition si non nupserit ne devait pas échapper à ses rigueurs. Grâce au ciel, nos mœurs sont bien différentes; nous ne nous plaignons pas du vide de la population; nous n'avons pas à déplorer le mépris systématique du mariage. Cette union tient dans la vie le rang qui lui appartient. C'est là une grande raison pour ne pas se montrer trop ombrageux sur les conditions relatives au célibat. Le Code ne s'en occupe pas d'une manière spéciale, comme l'avaient fait trop légèrement les lois de 1791 et de l'an 1r, aujourd'hui abrogées. Il s'en rapporte à la conscience du juge pour se tenir dans la limite de nos mœurs et de nos idées".

o beneficiário não é obrigado a nada, na medida em que lhe é dado não aceitar a disposição feita em seu favor; e por fim, que o Código Civil da Catalunha, ainda que implicitamente, admite condições que podem ser consideradas coativas à liberdades individuais, como a condição de se casar constante do artigo 423, 15-1[321], o que permite tomar esta condição como harmônica à ordem pública[322].

De outro, Antoni Vaquer Aloy propõe um modelo de aferição da ilicitude da disposição a partir do grau de interferência que ela exerce na liberdade do sucessor.

Na esfera matrimonial, o autor toma como regra geral o artigo 793 do Código Civil espanhol, que considera como não escrita a condição absoluta (geral) de não se casar. Tal regra estaria excetuada apenas se imposta ao viúvo ou a viúva por seu consorte ou pelos ascendentes ou descendentes dele, pois além de constar no próprio artigo 793, a exceção é sistematicamente coerente com outras regras do Código Civil que estabelecem o casamento do viúvo ou da viúva como condição resolutiva de direitos hereditários. Em interpretação a contrário senso, admite como válidas as condições específicas de não se casar com pessoa determinada ou de um grupo determinado, já que não implicam restrição absoluta à liberdade matrimonial, podendo o herdeiro casar-se com qualquer outra pessoa que não aquela ou as pertencentes àquele grupo. Nesta mesma linha, sustenta a invalidade da condição de se casar com pessoa certa, posto implicar uma limitação intolerável à liberdade matrimonial, excluindo qualquer outra pessoa que não a designada, hipótese excepcionada quando o sucessor já estiver noivo e, portanto, a disposição não tenha o condão de direcionar a escolha. E, tratando-se de condição de se casar, de forma genérica, admite a condição como válida, por não representar suficiente restrição à liberdade matrimonial[323].

No âmbito da liberdade religiosa, consagrada no artigo 16 da Constituição da Espanha, o autor cita precedente que admitiu como válida a disposição testamentária subordinada a condição resolutiva no caso de algum dos herdeiros "tiver adotado um estado religioso, será excluído da herança", que para o autor não restringe a liberdade religiosa, na medida em que não impõe ao beneficiário que faça nada que não desejasse fazer, como seria o caso da condição

---

[321] "Artículo 423-15. Cumplimiento de la condición. 1. Únicamente se considera cumplida la condición si el cumplimiento se produce una vez muerto el testador, salvo que se trate de la condición de contraer matrimonio o de una condición que no pueda volverse a cumplir o cuyo cumplimiento no pueda reiterarse, aunque en el momento de testar el causante ignorase su cumplimiento".

[322] CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 85.

[323] ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 101-107.

de adotar determinada religião ou ingressar em uma ordem religiosa[324]. Como regra geral, porém, presume a invalidade das disposições que tentem interferir nesta seara, advertindo que "é preciso conservar uma das liberdades mais preciosas da pessoa contra as tentações de testadores tirânicos de alterá-la"[325].

Nos Países Baixos, Michel Milo cita interessante precedente do Tribunal de Alkmaar, envolvendo disposição testamentária que estabelecia um usufruto em favor da viúva do testador, subordinado a condição resolutiva caso ela se casasse novamente, decidindo o Tribunal que a condição não era contrária aos bons costumes. O autor aponta que embora à primeira vista a decisão possa parecer equivocada, já que implica restrição ampla à liberdade matrimonial, pode ser considerada lícita a partir da constatação de que a legislação sucessória dos Países Baixos não atribui ao cônjuge sobrevivente uma parcela obrigatória sobre a herança, de modo que autor da condição testamentária poderia até mesmo ter deserdado o cônjuge[326]. A questão, porém, não parece residir na violação de direitos sucessórios da pessoa a quem é imposta a condição, mas sim na interferência de sua liberdade pessoal, não abordada pelo autor.

Peter Hambro aponta que a Noruega reconhece como um princípio geral (ainda que não codificado) que as disposições testamentárias não podem violar a lei ou o senso comum de decência. Embora o significante "senso comum de decência" seja demasiadamente amplo, a doutrina considera que a condição de se casar com determinada pessoa, de se divorciar ou de se converter para outra religião não são admitidas. A justificação para tal restrição é que "estes são assuntos pessoais que, de acordo com os sentimentos de justiça e crenças norueguesas são assuntos privados que não devem ser influenciados por fatores externos, como os testamentos"[327].

Tanto o Código Civil de Portugal quanto da Itália possui previsão expressa para as condições restritivas de liberdade. O Código Civil italiano atribui o vício de nulidade para qualquer restrição que envolva o casamento (art. 636), e, segundo Andrea Fusaro, "a doutrina

---

[324] ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 107-108.

[325] No original: "es preciso mantener una de las libertades más preciosas de la persona ante las tentaciones de testadores tiránicos de alterarla" (ALOY, Antoni Valquer. Libertad de testar y libertad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 113).

[326] MILO, J. Michael. Acquisition of property by succession in Dutch Law: tradition between autonomy and solidarity in a changing society. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 220

[327] No original: "These are personal affairs that according to legal feelings and beliefs in Norway are private matters that should not be influenced by external factors, such as wills" (HAMBRO, Peter. The Norwegian approach to forced share, the surviving spouse´s position and irrevocable wills. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 234).

também considera nula as restrições relativas a: idade e estado civil, quem e quando se pode casar, se e quando se pode ter filhos"[328]. A codificação portuguesa é mais detalhada. Dispõe os artigos 2.232 e 2.233[329]:

> "Art. 2.232 (Condições contrárias à lei). Consideram-se contrárias à lei a condição de residir ou não residir em certo prédio ou local, de conviver ou não conviver com certa pessoa, de não fazer testamento, de não transmitir a determinada pessoa os bens deixados ou de os não partilhar ou dividir, de não requerer inventário, de tomar ou deixar de tomar o estado eclesiástico ou determinada profissão e as cláusulas semelhantes.
> Art. 2.233 (Condição de casar ou não casar). 1. É também contrária à lei a condição de que o herdeiro ou legatário celebre ou deixe de celebrar casamento. 2. É, todavia, válida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário".

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a regra é a ilicitude das condições que envolvam decisões matrimoniais, observada a exceção do art. 2.233, 2, cuja justificação para o autor é que "não há, nesta hipótese, a intenção de cercear a liberdade do legatário, mas a de prover às suas necessidades, se e enquanto se mantiver em certo estado; rigorosamente, não se está a impor a condição de não casar, mas a estabelecer-se apenas o prazo de duração do benefício, de tal modo que, efetuando-se o casamento, caduca o benefício"[330], ou seja, o caráter protetivo da disposição afastaria a coerção inicialmente cogitada. Generalizando esta exceção, o autor conclui que "as condições contrárias à lei, referidas no artigo 2232., não serão nulas quando não houver efetivo intuito de cercear a liberdade, nem a restrição se tome em si mesma escandalosa", tornando lícita, p.e., a deixa de objetos religiosos sujeita a condição do credor condicional não mudar de religião.

Na Alemanha a questão, há muito debatida pela doutrina, ganhou relevo com o julgamento do célebre caso envolvendo a Casa de Hohenzollern. Em síntese, discutia-se a validade da disposição sucessória que apenas admitia como herdeiro aquele que se casasse com esposa de igual nobreza (cláusula de igualdade), e para além da ventilada ilegalidade da disposição por implicar discriminação em razão da origem, os recorrentes também

---

[328] "Italian commentators also hold void restrictions on: age and marital status, who and when somebody can get married, if and when to have children, the prescription to get married and have children" (FUSARO, Andrea. Freedom of testation in Italy. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 194).
[329] PORTUGAL. Código Civil de 1966. Disponível em https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075, acesso em 19 de fevereiro de 2024.
[330] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 567-568.

questionaram em que extensão o testador pode exercer pressão sobre o exercício das liberdades fundamentais constitucionalmente protegidas[331], como a liberdade de se casar.

A alegação dos autores da ação era de que a cláusula que condicionada o recebimento da herança ao herdeiro se casar com pessoa de igual nobreza era inválida pois incompatível com os padrões atuais de decência do povo alemão, violando assim a cláusula geral dos bons costumes (BGB, §138[332]).

O Tribunal Regional de Hechingen invalidou a condição, por contradizer uma liberdade constitucionalmente protegida (liberdade de casar-se), na medida em que exerce pressão sobre uma decisão altamente pessoal de escolha de um parceiro para a vida. O Tribunal considerou que a condição restringia gravemente as possibilidades de escolha dos herdeiros, já que limitada a um pequeno grupo de pessoas que cumpririam o requisito de nobreza, sem encontrar justificação que a legitime, já que embora anteriormente pudesse visar a sucessão ao trono da Prússia, hoje teria perdido sua função. Nestas circunstâncias, decidiu que "a liberdade de testar, protegida constitucionalmente, deve ficar em segundo lugar em relação à liberdade de casar"[333].

O Tribunal Federal Alemão não concordou com a decisão do Tribunal Regional.

Para a Corte Federal, a cláusula que subordina a condição de herdeiro a um casamento dentro da nobreza não violaria os bons costumes nem da época em que o testamento foi firmado, nem no momento do julgamento, tampouco representaria exercício inadmissível de direito, também vedado pelo BGB (§242). O Tribunal principia sua fundamentação pontuando que o direito sucessório alemão se rege pelo princípio da liberdade testamentária, ainda que esta não seja absoluta, estando limitada pela parcela obrigatória destinada aos herdeiros necessários, e adicionalmente pela lei (§134) e pelos bons costumes (§138). Para se compreender o conteúdo do que seriam os bons costumes, a Corte remete aos valores da Constituição Alemã, sobretudo em referência aos direitos fundamentais. Isso impediria que o juiz avaliasse a moralidade de uma disposição testamentária de acordo com seus próprios valores ou crenças, mas apenas em casos excepcionais e particularmente graves.

---

[331] RÖTHEL, Anne. Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 158.

[332] BGB, §138. Negócio jurídico imoral. (1) Um negócio jurídico que ofenda a decência comum é nulo". No original:"§138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig ".

[333] TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

Especificamente em relação ao conflito com a liberdade matrimonial, o Tribunal Federal reconhece que a "cláusula de igualdade" pode influenciar na escolha do cônjuge pelo herdeiro designado, mas isso não a torna inválida, por duas razões.

A primeira pelo Tribunal não ter identificado no caso Hohenzollern uma interferência grave na liberdade de se casar: "no caso em apreço, é difícil determinar qual o peso que a intervenção terá e qual o significado que a influência do testador na liberdade de casar pode ter para os descendentes afetados". Para o Tribunal, não ficou claro que qualquer dos herdeiros designados pudesse, "em certa medida, ser comprado na escolha da sua esposa em razão da cláusula de incapacidade hereditária", sobretudo considerando que os descendentes excluídos mantiveram seu direito à parcela compulsória do patrimônio.

A segunda, por não verificar uma intenção do testador em pressionar a escolha matrimonial dos descendentes de seu herdeiro nomeado, pois, quando o testamento foi realizado e o príncipe Guilherme nomeado herdeiro (1938), seus descendentes (a quem a cláusula se dirigia) sequer haviam nascido. Pelo contrário, entendeu que a condição foi motivada para a seleção do herdeiro que receberia o patrimônio constituído pelas gerações anteriores, de acordo com a tradição familiar da Casa. Nestes moldes, a cláusula estaria vocacionada para a seleção do herdeiro, e não para direcionar a liberdade de casamento de um descendente a certo grupo de pessoas. Sopesando estes elementos, foi a conclusão do BGH:

> "É precisamente esta preocupação do testador de escolher como herdeiro, entre os descendentes, aquele que lhe parecia mais apto a continuar a herança a seu favor que sempre foi servida pela liberdade testamentária constitucionalmente garantida. Tendo em conta o âmbito de aplicação limitado da cláusula de incapacidade, o direito a uma parte obrigatória que resta aos descendentes desfavorecidos e o testamento do testador, que não visa a difamação, mas sim a regulação da sua herança de forma compreensível, as privações dos descendentes não se revelam tão significativas no presente caso que não possam ser aceites em nome da liberdade testamentária. Por conseguinte, não há violação do §138 do BGB."[334].

Desta decisão é possível extrair alguns dos critérios utilizados pelo Tribunal Federal Alemão para avaliar se uma disposição testamentária limita suficientemente uma liberdade

---

[334] TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024. No original: "Gerade diesem Anliegen des Erblassers, unter den Abkömmlingen denjenigen als Erben auszuwählen, der ihm am besten geeignet schien, den Nachlaß in seinem Sinne fortzuführen, dient von jeher die verfassungsrechtlich verbürgte Testierfreiheit. Im Hinblick auf den begrenzten Anwendungsbereich der Erbunfähigkeitsklausel, das den benachteiligten Abkömmlingen verbleibende Pflichtteilsrecht und den nicht auf Diffamierung, sondern nachvollziehbar auf die Regelung seines Nachlasses gerichteten Testierwillen des Erblassers erweisen sich jedenfalls im vorliegenden Fall die Beeinträchtigungen der Abkömmlinge nicht als so gewichtig, daß sie nicht um der Testierfreiheit willen hinzunehmen sind. Ein Verstoß gegen § 138 BGB liegt deshalb nicht vor".

existencial para ser considerada inválida: (a) se a restrição imposta é absoluta ou relativa, ou seja, se limita integral ou parcialmente a liberdade do herdeiro; (b) a demonstração concreta de que a disposição exerceu influência suficiente sobre o herdeiro, a ponto de afetar sua liberdade, devendo-se levar em consideração também o eventual recebimento de uma parcela compulsória; e (c) se houve intenção do testador de influenciar ou direcionar o exercício da liberdade existencial do herdeiro a quem a condição é imposta, ou se serve a interesse legítimo do testador.

Contra a decisão do BGH, os descendentes preteridos endereçaram reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG), alegando que a decisão violou sua liberdade matrimonial, pois ignorou a importância fundamental do dever de proteção do Estado no que diz respeito à liberdade de casar, prejudicando o descendente preterido em razão de seu casamento "inadequado".

O Tribunal Constitucional acolheu a reclamação, não por discordar da conclusão alcançada pelo BGH, mas por vislumbrar na decisão um déficit de fundamentação, notadamente pelo Tribunal ter "julgado mal a importância do direito fundamental do reclamante à liberdade de casamento", deixando de enfrentar todas as circunstâncias que poderiam afeta-la.

Na fundamentação, a Corte Constitucional explicita os parâmetros já fixados em outros precedentes do Tribunal e que devem ser considerados no cotejo entre a liberdade testamentária e a liberdade matrimonial, sendo eles:

a) A liberdade testamentária é direito fundamental, intimamente ligada à garantia de propriedade e, como esta, goza de uma proteção forte como elemento de garantia da liberdade pessoal, autorizando o testador a regular sua sucessão de acordo com seus desejos e ideias pessoais, tendo inclusive a "liberdade de não ter que alinhar a sucessão patrimonial com as convicções sociais gerais ou com as opiniões da maioria"[335];

b) A cláusula de igualdade contida no testamento em análise possui, potencialmente, capacidade de influenciar indiretamente a liberdade de casar do descendente do herdeiro nomeado, pois:

> "Dado que a celebração de um casamento que não é igualitário no sentido da constituição da casa está associada à exclusão total da herança, o descendente depara-se com a alternativa de não contrair tal casamento ou de perder a sua posição como herdeiro subsequente. A intervenção continua mesmo após a celebração de um

---

[335] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. BVerfG, decisão de 22 de março de 2004, 1 BvR 2248/01. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/1bvr2248_01.htm, acesso em 22 de janeiro de 2023. No original: "Die Testierfreiheit umfasst auch die Freiheit, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen".

> casamento que não seja igual no sentido da constituição da casa. Isto deve-se ao facto de o descendente ainda poder ser nomeado herdeiro subsequente se viver em casamento doméstico pelo menos no momento em que ocorre a sucessão subsequente. Uma vez que o casamento é protegido pelo artigo 6.º, n.º 1, da Lei Básica como uma parceria fundamental (cf. BVerfGE 62, 323 <330>), a cláusula de igualdade constitui uma interferência indireta e contínua"[336].

c) A avaliação das circunstâncias constitucionalmente relevantes deveria ter abordado: (i) se a cláusula era capaz de criar uma pressão injustificada sobre o descendente para se casar, inclusive pelo fato de ter conhecimento da condição; (ii) se o valor do espólio era adequado, tendo em conta o estilo de vida e outras circunstâncias financeiras; (iii) ponderação com precedente do Tribunal Superior Regional que considerou inválida cláusula que subordinava a sucessão ao consentimento prévio para o casamento; (iv) se o reclamante, em querendo cumprir a cláusula de igualdade e se casar em igual nobreza, teria opções realistas para escolher sua parceira; (v) se a cláusula de igualdade, após a abolição da monarquia, ainda seria adequada a justificar uma restrição à liberdade matrimonial; e (vi) até que ponto a pressão econômica emanada da cláusula influenciou o reclamante no momento de seu casamento.

É possível extrair da decisão que, embora não exista uma metodologia própria na Alemanha para resolver o conflito entre liberdade testamentária e outras liberdades constitucionais, no sentido de um procedimento com fases definidas e critérios pré-estabelecidos, há um modelo jurisprudencial que oferece os instrumentos (de certo modo, indagações) usualmente utilizados pelos Tribunais para tal aferição de eventual prevalência de um ou de outro no caso concreto.

De toda sorte, ambas as decisões reconheceram, no plano abstrato, uma possível limitação material da liberdade testamentária em favor de outras liberdades pessoais. A doutrina a admite de forma mais ampla, apurando Anne Röthel que esse "entendimento bastante restrito

---

[336] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. BVerfG, decisão de 22 de março de 2004, 1 BvR 2248/01. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/1bvr2248_01.htm, acesso em 22 de janeiro de 2023. No original: "Dadurch, dass an die Eingehung einer nicht im Sinne der Hausverfassung ebenbürtigen Ehe der vollständige Ausschluss von der Erbfolge geknüpft wird, sieht sich der Abkömmling vor die Alternative gestellt, eine solche Ehe nicht zu schließen oder seine Position als Nacherbe zu verlieren. Der Eingriff dauert auch nach der Schließung einer nicht im Sinne der Hausverfassung ebenbürtigen Ehe fort. Dies liegt darin begründet, dass der Abkömmling möglicherweise noch zum Nacherben berufen wird, wenn er zumindest im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls in einer hausverfassungsmäßigen Ehe lebt. Auf den Beschwerdeführer wurde damit mittelbar auch nach Eingehung einer im Sinne der Hausverfassung nicht ebenbürtigen Ehe dahin gehend Druck ausgeübt, diese Ehe wieder zu lösen. Da die Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG als grundsätzlich unauflösliche Lebensgemeinschaft geschützt ist (vgl. BVerfGE 62, 323 <330>), liegt in der Ebenbürtigkeitsklausel ein mittelbar wirkender und fortdauernder Eingriff".

da liberdade testamentária está de acordo com a opinião esmagadoramente maioritária nos escritos académicos"[337].

Ainda que o Tribunal Constitucional tenha apresentado maior e mais detalhado número de questionamentos para enfrentar o tema, de certo modo eles incorporam e referendam os três critérios extraídos da decisão do BGH, sendo possível afirmar que, para ambos os Tribunais, os critérios centrais para aferição podem ser resumidos a três: (a) se a restrição é absoluta ou relativa e, sendo relativa, era capaz no plano concreto de influenciar em grau injustificado a escolha do herdeiro, o que se afere, p.e., pelo valor da herança, pelo patrimônio pessoal e custo de vida do herdeiro, se receberia uma parcela compulsória independente da deixa testamentária, se ele tinha conhecimento da disposição, se renunciou a outras oportunidades concretas em razão dela; (b) se o herdeiro tinha opções realistas de atender a disposição testamentária, ou seja, se a despeito de sua liberdade negativa de cumprir ou não cumprir a condição, possuía os meios materiais necessários para realizar a escolha em exercício de liberdade substancial. No caso concreto, se existiam mulheres de igual nobreza ainda solteiras, em qual número e se mantinha proximidade afetiva com tal grupo; (c) se há um interesse legítimo perseguido pelo testador a justificar a restrição à liberdade do herdeiro a quem é imposta, ou se a disposição consistia em mero capricho, tinha por espoco prejudicar ou ao menos interferir injustificadamente em escolhas pessoais do herdeiro.

Nas obras brasileiras posteriores à Constituição vigente (e, portanto, tomando em consideração a ordem pública composta pelos valores e objetivos incorporados pelo novo diploma constitucional) não se encontra uma abordagem sistematizada sobre o tema, mas a continuidade de análises pontuais sobre a licitude de condições relacionadas às questões matrimoniais, de religião e profissão[338]. Destacam-se, porém, as monografias de Zeno Veloso[339] e de Luiz Paulo Vieira de Carvalho[340] que enfrentaram a validade das condições testamentárias como tema central.

A sistematização proposta por Zeno Veloso principia por considerar ilícitas as condições que "restringem a liberdade individual, afrontam direitos da personalidade ou

---

[337] RÖTHEL, Anne. Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 158.

[338] Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, versão digital, item 465.

[339] VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997.

[340] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

agridem a dignidade humana", justificando que "há direitos essenciais, necessários para o livre desenvolvimento da atividade humana, que devem, por esta razão, ficar intactos nas mãos de seu titular, não se podendo admitir que um terceiro, por meio de uma restrição incluída em um ato, pretenda restringir ou paralisar em outrem o livre exercício de um desses direitos"[341]. A partir deste modelo geral, afirma a necessidade de análise casuística em razão dos numerosos casos que a vida apresenta.

Esta necessidade de análise concreta se justificaria pela constatação de que algumas condições que restrinjam liberdades individuais, e assim aparentem ilicitude, podem ser fruto de propósitos e finalidades lícitas, e até mesmo nobres do autor da estipulação, de onde se extrai que o motivo da condição, mesmo quando implícito, será elemento relevante para fins de interpretação. Exemplifica Zeno Veloso com as seguintes disposições: "dar-te-ei a renda se casares; minha biblioteca jurídica será tua se te formares em Direito; doarei meu material cirúrgico se te tornares médico; minha loja será tua se fores comerciante; manterei o comodato do apartamento enquanto fores casado"[342].

A proposta do autor, portanto, é de um modelo apriorístico que não admite condições que restrinjam liberdades individuais, mas que pode ser excetuado quando da condição for possível extrair uma razão justificante que afaste a aparente ilicitude.

Neste modelo, afirma que "as condições relativas ao estado civil das pessoas são, em geral, consideradas ilícitas. Mas, evidentemente, há exceções", que dependerão das circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, admite como lícitas, em geral, as condições de casar, pois corresponderia a um desejo de quase todos os indivíduos, e "na generalidade dos casos, uma vantagem atribuída a alguém sob a condição de casar, longe de lhe cercear a liberdade, quanto à escolha do estado civil, apenas lhe fornece os meios de satisfazer uma ardente aspiração". Porém, aponta que "quando demonstrado ser o proveito econômico o móvel do ato ou ser o beneficiado invencivelmente infenso ao casamento ou inapto a contraí-lo em condições normais, poder-se-á falar em imoralidade"[343].

Se a condição tiver por escopo o casamento com determinada pessoa, cita a existência de posições antagônicas da doutrina, uma no sentido de que "a condição de casar com determinada pessoa suprime toda a faculdade de escolha" e outra no sentido de que "no caso da liberalidade ser feita para a hipótese de se consorciar o beneficiário com pessoa já por ele

---

[341] VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 36-37.
[342] VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 37.
[343] VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.

escolhida, será válida a condição", reafirmando assim "a tese de que o assunto não comporta generalizações e o caso concreto, com suas motivações, conjunturas e circunstâncias, revelará a moralidade, ou não, da disposição"[344]. O mesmo se daria entre as condições que envolvam o estado eclesiástico, que de um lado podem implicar restrição indevida de liberdade, mas de outro podem ser justas e nobres, como na deixa de um crucifixo em favor de um herdeiro se ele se tornar padre ou não mudar de religião.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho, ainda que partindo das mesmas premissas, propõe um modelo mais generalista, tomando como critério o grau de intensidade da restrição exigida: para o autor, serão ilícitas as condições que restrinjam de forma absoluta determinados direitos individuais, como "deixar de trabalhar para o resto da vida" ou mudar de religião. Porém, "se a restrição não for absoluta, isto é, se não afetar inteiramente a liberdade da pessoa a quem se dirige, havendo apenas limitação relativa (ex.: não trabalhar em determinada atividade ou não casar com determinada pessoa), muitos proclamam que, por tal motivo, a condição será válida"[345].

Neste ponto é possível correlacionar a funcionalização dos institutos de direito sucessório em favor da(s) liberdade(s) com a observância da ordem pública. Isso porque a necessidade de recorrer a casuística e o pleno reconhecimento de que não é possível traçar critérios abstratos ou estanque para a aferição da validade da condição testamentária sugere que o cotejo não tem como parâmetro a ordem pública (compreendida como "conjunto de normas que regulam os interesses fundamentais do Estado ou que estabelecem, no Direito Privado, as bases jurídicas da ordem econômica ou social"[346]), como acontece em relação às disposições discriminatórias.

Em que pese a liberdade componha o núcleo essencial da ordem pública, a abrangência desta acaba por não oferecer parâmetros seguros para a aferição da validade, a recomendar que em alguns casos o cotejo se dê mesmo entre a liberdade testamentária e a própria liberdade do beneficiário, em seus diversos perfis. Esta especificação torna coerente, por exemplo, a utilização do grau de restrição imposta pela condição como critério de validade, pois caso o parâmetro se dê em relação à ordem pública (enquanto limite interno), não parece ser possível admitir a validade da condição nem mesmo quando implique baixo grau de violação. De outro

---

[344] VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.
[345] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 544.
[346] AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80.

vértice, nas situações em que o parâmetro de validade é a liberdade do beneficiário, o debate se desloca para o plano dos princípios[347], cuja aplicação 'na maior extensão possível' comporta a incorporação de graus de restrição como critério de validade.

De todas as fontes pesquisadas, merece destaque a obra de Anne Röthel, sucessora de Reinhard Zimmermann como diretora do Instituto Max Planck de Hamburgo, que além de desenvolver o tema de forma mais profunda, oferece uma construção original a partir da cisão entre uma dimensão regulatória e outra protetiva. A autora parte das decisões proferidas no caso Hohenzollern para apresentar interessantes reflexões sobre o que chamou de proteção contra o poder testamentário, especialmente relevante para a presente tese por apresentar novas perspectivas sobre a interferência da liberdade testamentária (ou poder testamentário)[348].

A primeira constatação da autora é fundamental para qualquer pretensão de entender a interferência recíproca de liberdades no campo sucessório: toda liberdade é suscetível ao poder, e o poder testamentário é, intrinsecamente, um instrumento de direcionamento de comportamentos (um *nudge,* na perspectiva de Cass Sunstein): a simples possibilidade de se fazer um testamento já exerce influência sobre o comportamento dos herdeiros legais e seu relacionamento com o testador, mesmo que de forma não intencional. De forma intencional, pode tanto ser invocada como ameaça de disposição em favor de terceiros, antes mesmo da existência do próprio testamento, ou como instrumento de arquitetura comportamental deliberadamente direcionado a obtenção de um comportamento específico, seja ele "o desejo de atenção e cuidado amoroso contínuo"[349] ou mesmo o direcionamento do projeto de vida do herdeiro.

Por isso, a qualquer reflexão sobre a sucessão testamentária não pode desconsiderar que o "poder" testamentário é intrínseco à própria liberdade sucessória, de modo que capacidade de influir em comportamentos é natural e deve ser respeitada. A liberdade testamentária por certo encontra limites, mas é, ainda e antes deles, uma liberdade.

A despeito de o Direito das Sucessões brasileiro e alemão apresentem substanciais diferenças entre si, como se verá em tópico próprio no capítulo seguinte, no que concerne ao

---

[347] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 222-224.
[348] RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010, p. 32-66.
[349] RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010, p. 34. No original: "Mit der offengelegten Erbeinsetzung mag der Wunsch nach fortgesetzter liebevoller Zuwendung und Pflege verbunden sein, die unterschwellig in den Raum gestellte Möglichkeit der Enterbung bis zum letzten Atemzug tut Weiteres zur Disziplinierung von Lebensgefährten, Kindern und Anverwandten".

poder do testador sobre os herdeiros e legatários parecem adotar o mesmo perfil, como se denota a partir da comum admissibilidade da aposição de condições e encargos aos beneficiados, além da possibilidade de nomeação de um executor ou testamenteiro (BGB, §2.197; CC, art. 1.976) para supervisioná-los no cumprimento das disposições deixadas.

Ana Röthel aponta que na Alemanha este poder testamentário sobre o comportamento dos herdeiros era tradicionalmente visto como uma influência benevolente do testador, um paternalismo (autoritário, já que não admite flexibilização), até que na segunda metade do século XX a jurisprudência iniciou a travessia para um perfil de "moralização", passando a inadmitir a utilização de vantagens ou desvantagens econômicas para influenciar a liberdade de decisão em matérias pessoais[350]. No Brasil, há identidade quanto ao ponto de partida, encontrando-se desde a doutrina da primeira metade do século XX[351] a mesma apreensão benevolente do poder testamentário sobre seus herdeiros, mas já não quanto a travessia, a despeito do verdadeiro "convite" de Eroulths Cortiano Junior e André Arnt Ramos ao desenvolvimento do tema[352].

Para sistematização das restrições construídas a partir da segunda metade do século XX pela jurisprudência alemã, a autora propõe um modelo de apreensão a partir de duas perspectivas ou modos de atuação do Estado.

Pela perspectiva regulatória a imposição de restrições é teleologicamente direcionada a proteção dos valores incorporados pelo sistema jurídico (ordem pública) e do sentimento geral de decência do povo alemão (bons costumes), valores estes que seriam incompatíveis com a utilização de vantagens ou desvantagens econômicas para influenciar a liberdade de decisão em

---

[350] Intervindo, por exemplo, pela doação de uma casa para a governanta sob a condição de que não se casasse (BGH, FamRZ 1956, 130); ou pelo legado realizado por um padre em favor de seu sobrinho, com a condição de que ele entrasse para o clero (BayObLG, SeuffArch, 50, n. 97).

[351] "A liberdade de testar só por um aspecto, mas este da maior relevância para nós brasileiros, se me afigura digna de discussão, de largo debate após acurado estudo, não de afogadilho, como foi no Senado, mas na imprensa, nos livros de doutrina (...) O aspecto de que falo e a que me refiro é o novo vigor que tal reforma vem trazer à autoridade paterna, tornando o chefe da família árbitro da distribuição dos bens e não escravo da vontade ou do interesse dos filhos. (...) Assim, e reproduzindo algo do que deixei ali estampado, digo que, pondo de parte considerações só menos ou ridículas tomadas a autonomia da vontade individual e ao absoluto do direito de propriedade, protraído além dos limites da vida terrena, é por seus resultados benefícios, como elemento moralizador, que deve ser encarada e debatida a liberdade de testar. (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, introdução, pág. xxiv).

[352] "Apesar das reduzidas preocupações dos autores brasileiros em relação à liberdade de testar (ou ao seu espectro da autonomia da vontade no âmbito do direito das sucessões) e da consequente tímida jurisprudência acerca do tema, a notícia do trato que outras experiências jurídicas dispensam a essa expressão da autonomia privada e seus limites consubstancia valioso estímulo a investigações científicas condicentes ao paulatino aprimoramento do direito das sucessões brasileiras" (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel/PR , v. 4, n.4, 2015, p. 64.

matérias pessoais[353] - o que, em certa medida, encontra raízes nos Fundamentos da Metafísica dos Costumes de Kant (1785)[354], berço da ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como objeto ou instrumento para a concepção de um fim). A inspiração, portanto, foi a ideia de que as decisões pessoais não devem estar à venda. Por consequência lógica, admite-se como exceção a interferência do testador quando for constatado que a disposição foi realizada por motivos respeitáveis, harmônicos aos valores da ordem pública ou da decência.

Esta perspectiva regulatória é a que guiou a maior parte dos estudos sobre o tema no Direito Comparado, e, ao adotar como elementos de análise, de um lado, o motivo e conteúdo da disposição testamentária, e de outro, elementos axiológicos metaindividuais (ordem pública e bons costumes), viabiliza a construção de modelos (ou ao menos de critérios) mais amplos de solução, já que os valores paradigmas serão sempre os mesmos. Como o leitor atento já deve ter percebido, foi também o fio condutor das reflexões anteriores sobre a interface da liberdade testamentária com a não discriminação, ainda que lá o valor paradigma tenha sido a igualdade enquanto aqui é a liberdade existencial.

A segunda perspectiva visualizada por Röthel é a protetiva, deslocando o interesse protegido pela intervenção dos valores gerais (próprios da perspectiva regulatória) para o interesse individual e concreto do destinatário da disposição, notadamente sua liberdade. Nesta perspectiva, o limite à liberdade testamentária é construído a partir da constatação de uma possível heteronomia imposta ao herdeiro a partir de uma relação estruturalmente desigual entre ele e o testador, e a aferição da (i)licitude se desloca do campo dos motivos e do conteúdo da disposição testamentárias para o grau de restrição por ela provocado na esfera de liberdade(s) do herdeiro, enquanto sujeito concreto circundado pelas circunstâncias únicas de sua vivência[355]. Esta perspectiva protetiva e concreta representa frutífera espacialidade para o desenvolvimento da presente tese, notadamente por oferecer hipótese de conflito entre diferentes perfis de liberdade no âmbito do Direito Sucessório.

---

[353] Intervindo, por exemplo, pela doação de uma casa para a governanta sob a condição de que não se casasse (BGH, FamRZ 1956, 130); ou pelo legado realizado por um padre em favor de seu sobrinho, com a condição de que ele entrasse para o clero (BayObLG, SeuffArch, 50, n. 97).

[354] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

[355] É exemplo, uma vez mais, o caso Hohenzollern, em que o Tribunal Constitucional Alemão anulou a decisão do BGH especificamente por não ter analisado adequadamente em que medida a condição testamentária teria deflagrado uma pressão irracional na liberdade do herdeiro de escolha da esposa, determinando fossem levadas em consideração elementos circunstanciais únicos do destinatário da condição, como seu estilo de vida, condições financeiras e mesmo capacidade realista de atender a disposição.

As teses contrárias a esta perspectiva usualmente[356] invocam o argumento de que a disposição testamentária não poderia violar substancialmente a liberdade do herdeiro, em razão de duas circunstâncias: (a) a herança constitui um benefício, e, portanto, não teria o condão de piorar a situação jurídica do herdeiro anterior à abertura da sucessão; e (b) ao herdeiro é sempre facultado renunciar à herança caso entenda que a condição imposta não justifica a restrição de liberdade.

A primeira circunstância parece consistir em falácia indutiva: parte de premissas corretas, mas chega à conclusão falsa, ou ao menos frágil. De fato, antes da abertura da sucessão os herdeiros não possuem direito em relação à herança[357], menos ainda no âmbito da sucessão testamentária face a perene revogabilidade das disposições, de modo que, em nenhum cenário a disposição testamentária poderia lesar o patrimônio do herdeiro (*status quo ante*), ao menos não na esfera patrimonial.

Duas objeções podem ser levantadas: uma, e menos relevante, é que a partir da abertura da sucessão o beneficiário da disposição já se tornará titular do direito em razão da *saisine,* ou, sendo uma disposição condicionada, titular da expectativa de direito. Nesta medida, a insubmissão à condição lhe acarretaria, sim, prejuízo consistente na perda de uma expectativa que já havia ingressado em sua esfera jurídica. Perde, ao menos, a oportunidade concreta de receber aquela herança ou legado.

Outra, e mais relevante, é que a questão não se coloca no plano patrimonial, mas sim da conservação de liberdade(s) da pessoa a quem a disposição é dirigida, e esta liberdade pode (potencialmente, frise-se) sim ser violada pela disposição quando o beneficiário, em razão de um déficit de liberdade substancial, não consiga resistir a coerção por ela exercida, o que pode se dar tanto após a abertura da sucessão como antes dela, na hipótese do beneficiário já ter sido informado de seu conteúdo. Portanto, em determinadas hipóteses, a coerção exercida pode restringir gravemente o âmbito de liberdade gozada pelo herdeiro, a relevar um prejuízo em sua

---

[356] Cita-se, por todos, BEGLEITER, Martin D. Taming the 'unruly horse' of public policy in wills and trusts. Quinnipiac Probate Law Journal. Vol. 26. n.2. 2012.

[357] A inexistência até mesmo de uma expectativa de direito à herança é contestável, ao menos na sucessão legítima, pois a situação jurídica do parentesco enquanto descendentes ou ascendente constitui outra situação jurídica, a de herdeiro necessário, garantindo-lhe (ainda que com eficácia diferida para após a abertura da sucessão) o recebimento de uma parcela compulsória da herança. O fato de poder não existir herança (que é duvidoso, já que o titular do patrimônio teria de falecer sem ser proprietário sequer das roupas íntimas que usava) não torna a atribuição legal eventual, pois atua apenas no âmbito de sua quantificação. O inventário negativo, em que não há herança a ser transmitida, não altera a atribuição em favor dos herdeiros. Esta posição, reconhecidamente minoritária, é sufragada ao menos pela faculdade legal conferida aos herdeiros necessários de invalidar a doação inoficiosa mesmo antes da abertura da sucessão, o que perpassa prévio reconhecimento, ao menos, de um direito eventual dos herdeiros.

esfera jurídica, notadamente a impossibilidade concreta de desenvolvimento de seu projeto pessoal "de acordo com seus próprios valores, interesses e desejos"[358].

A segunda circunstância, notadamente de que ao herdeiro é sempre facultada a possibilidade de renunciar à herança, somente é verdadeira quando analisada no plano da liberdade formal abstratamente assegurada, no qual, de fato, ao herdeiro é sempre possível renunciar. Porém, o Direito Civil, ao menos no campo do Direito Contratual, incorpora também uma noção material de liberdade, que pode justificar "perquirir se efetivamente quem contratou tinha, materialmente, um conjunto razoável de escolhas"[359], a deflagrar reflexos na esfera de validade (p.e., vícios de lesão e coação) ou eficácia do ato (p.e., contrato de adesão), mesmo em hipóteses externas às opções legislativas, como se extrai das situações de superendividamento[360] [361].

Face a proteção constitucional da liberdade (em seus diversos perfis) e a centralidade do papel por ela desempenhado na unidade sistêmica do Direito Civil, não há razão para que esta dimensão material da liberdade não seja incorporada também na espacialidade do Direito das Sucessões, observadas as devidas adequações. Tanto em um quanto em outro emergem conflitos entre a autonomia privada de uma parte e a de outra. Se ao contratante só é atribuída especial proteção face a autonomia do outro contratante quando (e em razão de) não estiver em posição de tomar uma decisão suficientemente autodeterminada, o mesmo tratamento deve ser deferido ao herdeiro em similar situação, notadamente quando, por circunstâncias próprias e concretas, não estiver em posição de decidir de forma suficientemente adequada entre a submeter sua liberdade pessoal ao recebimento da herança, ou recusa-la para manter aquela.

É possível cogitar que um déficit patrimonial do herdeiro pode tornar a "oferta" da herança irrecusável, mesmo quando implique a renúncia a uma liberdade existencial. Na

---

[358] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81.

[359] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 272.

[360] Ao submeter a tese da função como Liberdade(s) à espacialidade dos contratos, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk apresenta diversas vertentes pelas quais a incorporação da dimensão material da liberdade pelo Direito dos Contratos pode levar a restrições de eficácia e mesmo de validade do pacto, como (i) a inadmissibilidade do exercício de liberdade formal que inviabilize o exercício concreto de liberdades fundamentais constitucionalmente protegidas, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; (ii) o reconhecimento de uma função normativa que impõe contributos em favor da(s) liberdade(s) do outro contratante, que pode ser instrumentalizada, por exemplo, a partir de deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva, que concretamente deflagre deveres de proteção à liberdade da contraparte (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 299-307).

[361] Não se advoga a existência de um regime geral de invalidade ou ineficácia baseado em desequilíbrio contratual, o que certamente não foi adotado pelo Direito brasileiro, mas sim a possibilidade de reflexões que possam deflagrar, respeitada a estrutura do Direito Civil, efeitos diversos.

decisão do BVerfG – Hohenzollern, o Tribunal implicitamente admitiu esta possibilidade ao eleger o valor do espólio, o estilo de vida e outras circunstâncias financeiras do herdeiro como circunstâncias que deveriam ter sido ponderadas para aferir, ou não, uma possibilidade concreta de renúncia.

Ana Röthel ainda adverte que o déficit de liberdade pode decorrer também dos efeitos emocionais da herança em razão de seu valor simbólico no relacionamento intergeracional ou ainda por representar a identidade da família, um "idioma de relacionamento" [362] que vai muito de seus efeitos patrimoniais. A estrutura transgeracional, *per se*, indicaria um potencial especial de ameaça e pressão pelo testador, decorrente tanto do papel familiar por ele desempenhado quanto da proximidade da relação, mais provável entre relações mais próxima como pais e filhos do que entre relações mais remotas. Recusar a disposição testamentária é recusar a última vontade do testador, negar o último desejo de um membro da própria família, em relação a quem pode se sentir emocionalmente ligado e moralmente obrigado. Também pela perspectiva do ambiente social esta recusa não pode ser equiparada a recusa a uma oferta contratual, mormente considerando que afeta outros integrantes do grupo familiar, como os descendentes do renunciante, que podem fazê-lo se sentir obrigado a aceitar para não os privar, no futuro, da herança familiar.

Para além, é mais difícil tomar uma decisão do que aceitar o regramento supletivo, como já demonstrado pelos estudos de teoria comportamental[363], o que permite inferir que a admissibilidade de uma aceitação tácita da herança constitui, deliberadamente ou não, mecanismo há muito utilizado pelo Direito Sucessório para direcionar os herdeiros à aceitação da herança.

Daí a insuficiência do argumento de possibilidade de recusa no plano da liberdade formal, quando diversas circunstâncias do plano da vida podem inviabilizar o exercício concreto de autodeterminação sobre entrar ou não na "gaiola de ouro"[364] ofertada pelo testador.

---

[362] No original: "Beziehungsidiom" (RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010, p. 45).
[363] SUNSTEIN Cass. Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
[364] "Devido ao significado pessoal da herança, o herdeiro pode encontrar-se numa situação em que não lhe seja possível tomar uma decisão suficientemente autónoma quanto a entrar ou não na "gaiola dourada"". No original: Hier kann der Erbe aufgrund der personalen Bedeutsamkeit des Erbgeschehens in einer Situation sein, in der es ihm nicht möglich ist, hinreichend selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob er in den „goldenen Käfig" (RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010, p. 46).

Há, ao menos potencialmente, um conflito entre liberdades que não pode ser solucionado aprioristicamente pela só liberdade de recusa.

Estas considerações até aqui declinadas são suficientes a desvelar mais uma hipótese de restrição da liberdade testamentária, agora não em favor dos valores do sistema, mas como meio de conservação ou promoção de liberdade(s) dos herdeiros ou legatários. Porém, tratando-se de uma tese que se pretende propositiva, é possível ir além e oferecer, sem pretensão de construir uma metodologia composta por fases sequenciais e rígidas, alguns pressupostos de investigação.

Deixada de lado neste momento a perspectiva regulatória, é possível delimitar o debate, reconhecendo que o conflito dá apenas entre liberdades: de um lado a liberdade testamentária e de outro a liberdade do herdeiro por aquela direcionada (que pode tomar os mais diversos perfis: matrimonial, religiosa, corporal, etc.). Estas liberdades colocadas em posições antagônicas são ambas juridicamente reconhecidas e protegidas pelo ordenamento[365].

Hierarquicamente, a liberdade testamentária goza do status de garantia constitucional, cuja regulamentação infraconstitucional não prevê restrição para o caso de conflito com outras liberdades do herdeiro. Há, sim, restrição na própria legislação infraconstitucional a afastar do âmbito de proteção testamentária as disposições contrárias à ordem pública e aos bons costumes, mas neste ponto o debate retornaria ao âmbito regulatório, escapando de sua dimensão protetiva.

Esta demarcação permite afirmar um âmbito de liberdade positiva do testador que, a princípio, está desvinculado dos interesses do herdeiro, salvaguardados por meio das regras de sucessão legítima. Disso decorre que, em regra, sequer existe um conflito juridicamente relevante quando a disposição testamentária exigir um comportamento do herdeiro. Pelo contrário, a submissão de exercício de certas liberdades pelo herdeiro está pressuposta na autorização legal à imposição pelo testador de condição, modo e encargo.

É dizer: o sistema jurídico admite que o testador possa exigir comportamentos dos herdeiros, inclusive, sem perquirir sua motivação. Apenas haverá efetivamente conflito, a exigir a demarcação de limites, quando o exercício da liberdade testamentária exigir do herdeiro o exercício de uma liberdade de alçada igualmente constitucional, direcionado pelo testador. É

---

[365] "An alternative approach is to argue that testamentary conditions may be objectionable as offending against fundamental rights (…) Such an argument is necessarily complicated by the fact that the relevant rights operate in both directions, as freedom of testation appears to be itself recognized as at least being of constitutional significance" (CHALMERS, James. Testamentary conditions and public policy. In: REID, Kenneth; WAAL, Marius; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative. v. 5. Edinburg: Edinburg University Press, 2007, p. 103-104).

apenas aqui que o sistema jurídico abre espaço para a intervenção estatal, notadamente no reconhecimento de um dever de proteção das liberdades fundamentais[366].

Aqui emerge o primeiro pressuposto de investigação: apenas quando existir potencial restrição a uma liberdade fundamental do herdeiro é que se poderá excetuar a primazia da liberdade testamentária e buscar uma conformação de interesses, a referendar que o interesse juridicamente protegido do herdeiro não é a herança ou o patrimônio (ainda que a propriedade seja um direito fundamental, não é uma liberdade), mas sim uma liberdade fundamental colocada em xeque pela perspectiva de uma herança.

Sejam permitidos alguns exemplos deliberadamente extremados: um testador muito rico deixa sua toda a parcela disponível de seu vasto patrimônio para seu motorista, torcedor fanático do Flamengo, que sabe ser pai de quatro filhos e ter imensa dificuldade em manter o sustento da família, e para quem a perspectiva de dar um futuro melhor aos filhos não passa de mero vislumbre fruto de infundado otimismo. Sádico, o testador condiciona esta herança ao fato de o motorista passar a torcer para o Vasco, seu time do coração, para o qual jurou um dia converter o motorista.

O motorista pode odiar o Vasco, e odeia. Pode amar o Flamengo, e ama. A escolha pode lhe ser sacrificante, e o é, mas não há conflito no plano normativo. Criar este verdadeiro dilema ao beneficiado, impor esta condição que para ele é tão drástica, é permitido ao testador pelo sistema jurídico. Não há espaço para intervenção, e menos ainda para restrição à liberdade testamentária, em favor de um interesse que juridicamente sequer é protegido[367].

Estivesse a disposição condicionada não a mudar de time, mas ao motorista entregar seu carro, por ele herdado de seu falecido pai, automóvel este ao qual dedica incontáveis horas semanais de cuidado e é seu bem favorito no mundo, em doação, a um amigo do testador que, coincidentemente, é participante recorrente da competição local na qual pilotos amadores competem, dentro de uma arena, até que apenas um último carro esteja em funcionamento. A

---

[366] "Es necesario adoptar, en suma, una nueva perspectiva que tome en consideración las múltiples dimensiones de la libertad, sin mutilaciones, porque la libertad, como capacidad de autodeterminación, es indivisible y el hombre concreto de nuestros días está sometido a múltiples dependencias sociales. No basta con proteger la libertad de las injerencias estatales. La posición de superioridad y la consiguiente propensión al abuso o la arbitrariedad no es una característica exclusiva del poder público. Los órganos del Estado pueden abusar, y de hecho abusan, de su poder, pero el ciudadano no se encuentra desprotegido en este ámbito. Es mucho más problemática la garantía de la libertad frente a los poderes sociales, porque éstos han gozado en ocasiones de una relativa impunidad" (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 222).

[367] A tese reconhece que seria possível argumentar que a escolha de um time de futebol esteja compreendida dentro do direito a uma identidade pessoal, porém, não a referenda, e por isso, não vê aqui espécie de direito de personalidade.

propriedade é direito fundamental. O Direito Civil reconhece proteção ao valor afetivo das coisas. Mas ainda assim, não haveria conflito que justificasse a restrição da liberdade testamentária.

Estes exemplos servem para afastar a tentação de, sob a justificativa de proteger uma liberdade fundamental, realizar juízos de valor sobre as escolhas dos envolvidos, seja a preferência do testador pelo Vasco ou o grau de amizade ao amigo por ele contemplado como legatário indireto, ou mesmo pela escolha venal de trocar o time desportivo por uma herança.

O motorista pode recusar uma herança de dezenas de milhões para poder manter seu carro. Esta escolha pode ser ruim, mas é legítima. O testador poderia atribuir seu patrimônio a fins muito mais relevantes, preferindo antes destiná-lo a simplória conversão de um torcedor. A escolha pode ser vulgar, mas é legítima. No âmbito de direitos disponíveis, cabe ao beneficiário dirigir sua vida de forma autônoma, "incluindo a decisão de aceitar uma herança que esteja vinculada a obrigações que restrinja a liberdade e coloque sua 'venalidade' à prova (...) É a autonomia do testador e do herdeiro que sustentam a sucessão voluntária e garante que ela seja reconhecida"[368].

É dele, inclusive, o direito de errar e se arrepender depois.

Mesmo a existência de reconhecido déficit do herdeiro no âmbito de sua liberdade material de escolha não parece ser suficiente a autorizar a intervenção nas escolhas das partes. O motorista, sem dúvida, não tem condições financeiras suficientes a lhe permitir, realisticamente, recusar uma grande herança para manter seu carro ou seu time, mas isso não permite negar validade à disposição testamentária.

O déficit de liberdade material é sem dúvida relevante, mas por si só não é elemento suficiente a desafiar a liberdade testamentária. Na hipótese aventada, a ausência de liberdade substancial fará com que o motorista tenha de se desfazer de seu carro, não sendo factível que possa exercer a liberdade de recusar a herança e permanecer com o automóvel.

Basta pensar que estudante sem recursos, ao se mudar para a capital do Estado, precisa de um local para dormir. Ele não possui recursos senão para alugar uma cama no dormitório comum no mais barato albergue da cidade. Há déficit de liberdade material, mas o contrato é válido e eficaz[369]. O mesmo estudante passa em dois vestibulares: o da melhor faculdade da cidade, cuja mensalidade consegue pagar, desde que continue residindo no albergue; e o de uma

---

[368] RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010, p. 49.

[369] Sequer seria possível alegar lesão, posto inexistir desproporcionalidade nas prestações.

faculdade mediana, que lhe ofereceu bolsa de 50%, a permitir que alugasse um loft só para si. Por certo não gostaria de estudar na faculdade mediana, mas não seria factível continuar morando no albergue por cinco anos. Sua escolha foi direcionada não por uma liberdade substancial, mas pela carência de recursos. Também não foi uma escolha autônoma, já que fortemente influenciada pela oferta de bolsa. Mas nem por isso o contrato não seria eficaz.

Em um mundo de recursos limitados, a escassez torna toda escolha uma renúncia às outras opções nas quais o recurso poderia ter sido aplicado, de modo que toda escolha implica renúncia de outras possibilidades. O cidadão de recursos limitados que compra um apartamento renuncia à possibilidade, concreta, de comprar uma casa. Todo exercício de liberdade, portanto, acaba por restringir a liberdade material futura da própria pessoa.

A distinção parece residir na natureza do interesse violado em razão de uma conduta não autonomamente guiada. As liberdades não fundamentais ontologicamente se submetem a influências externas. Quem pretende adquirir um bem não quer se desfazer do seu dinheiro, mas precisa, sob pena de não poder licitamente adquiri-lo. O consumidor é diuturnamente influenciado por propagandas comerciais, e a rigor todas as pessoas na sociedade contemporânea têm suas escolhas direcionadas por meio de arquiteturas comportamentais (nudges) e na maior parte das vezes sequer se apercebe disso.

É o maior grau de proteção atribuído às liberdades constitucionais que as retira do trânsito jurídico, que não admite sejam direcionadas por terceiros que não o seu titular. E é apenas no âmbito destas liberdades que a ausência de uma liberdade substancial pode levar a invalidade ou ineficácia do ato jurídico, seja ele contratual ou sucessório, pois dever de proteção do Estado contra a interferência indevida nas liberdades constitucionais dos cidadãos parece demandar uma nova postura do Direito Sucessório, notadamente na validação ou rejeição de disposições que possam representar uma dominação questionável dos mortos sobre os vivos[370].

Aferida a existência de um conflito entre liberdades fundamentais, o segundo pressuposto de investigação é afastar suposições apriorísticas que, no plano abstrato, determinem a prevalência de uma sobre a outra.

No conflito entre liberdade testamentária e outras liberdades fundamentais, não é possível afirmar a prevalência abstrata de uma sobre a outra. Seria possível argumentar que a

---

[370] Sobre o tema, embora não referendada pela presente tese, reporta-se a advertência de Maria de Nazareth Lobato Guimarães, de que "o direito sucessório é regulamentação de interesses e relações dos vivos" (GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. In: Revista de Direito e Estudos Sociais, 1971, p. 4., *apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 212).

liberdade testamentária é dotada de caráter patrimonial, e nesta medida, recuaria face a primazia de liberdades de caráter existencial.

O argumento, porém, não resiste quando colocado à prova: ainda que se possa afirmar a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, dela não é possível extrair uma submissão geral e irrestrita dos interesses patrimoniais aos interesses existenciais, sobretudo considerando que a propriedade é, também ela, direito fundamental e condição material de exercício de liberdades. Como indica Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, "definir aprioristicamente a prevalência de liberdade(s) é impor uma unidade axiológica que é incompatível com o caráter plural de que está revestido o conceito de liberdade tal como proposto, na seara da sociedade complexa"[371].

Também parece equivocado pressupor que a liberdade testamentária apenas concretiza interesses patrimoniais. Pelo contrário, seu exercício pode evidenciar realização de interesse existencial, como ficou claro em In re Estate of Feinberg[372] (2009) e Shapira v. Union National Bank[373] (1974), nos quais a condição testamentária voltava-se a preservação da fé judaica, tão cara a Shapira ao ponto de ter nomeado como herdeiro substituto o Estado de Israel.

Partindo destes pressupostos, a conclusão caminha para a constatação de que, inexistindo preponderância entre as liberdades postas em conflito, a solução para o conflito entre liberdade sucessória e liberdades fundamentais deverá inexorável ser extraída a partir da verificação, no caso concreto, dos possíveis graus de realização e de sacrifício de cada uma[374], que somente poderão ser sopesados a partir dos inputs oferecidos pelas referências do caso concreto – sem, no entanto, desconsiderar os parâmetro até traçados como pressupostos desta análise casuística.

A decisão BVerfG – Hohenzollern parece confirmar que é o caso concreto que dará as referências das quais serão extraídos os critérios de aferição do grau de sacrifício e realização das liberdades envolvidas.

Revisitando os critérios que a Corte entendeu que deveriam ter sido considerados, fica claro que alguns deles apenas fariam sentido naquele caso concreto, sendo de todo incapazes

---

[371] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 221.
[372] SUPREME COURT OF ILLINOIS. *In re Estate of Feinberg*, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024.
[373] COURT OF COMMON PLEAS, Mahoning County, Probate Division. *Shapira v. Union National Bank*, 39 Ohio Misc. 28, 315 N.E.2d 825 (Ohio Com. Pleas 1974). Jan. 22, 1974. Disponível em https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk, acesso em 01 de fevereiro de 2024).
[374] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 227.

de formar um critério uniforme para as decisões envolvendo liberdade matrimonial: é o caso da determinação, pelo Tribunal, de que fosse analisada se a cláusula de igualdade, após a abolição da monarquia, ainda seria adequada a justificar uma restrição à liberdade matrimonial. O critério, indubitavelmente, apenas faz sentido nos casos que envolvam o restritíssimo universo dos integrantes de famílias reais.

Anne Röthel, ao final de seu texto, apresenta conclusão diversa, defendendo que a incompatibilidade destas disposições testamentárias se revela na imposição de um dilema ao herdeiro, restrito ao momento da aceitação ou renúncia da herança. Nestes termos, o objetivo do sistema seria "liberar" o herdeiro deste dilema, o que pode ser realizado pela invalidação de toda a disposição.

Esta solução, porém, não parece adequada a um direito sucessório vocacionado à conservação e promoção de liberdades. Pelo contrário, sua aplicação acabaria por sacrificar integralmente a liberdade testamentária ao invalidar inteiramente a disposição, e conservaria apenas parcialmente a liberdade do beneficiário da disposição, que de um lado, teria resguardada a liberdade constitucional que o testador gostaria de manipular, mas de outro, tem também tolhida sua liberdade de aceitação, pois, se não está em causa a venalidade da aceitação, cumpre ao herdeiro, e apenas ao herdeiro, decidir se a disposição apresenta efetivamente um dilema ou um benefício pelo qual ele estaria alegremente disposto a aceitar, independente da restrição que o acompanha.

A solução por meio da ponderação, de outro lado, parece mais adequada à realização da liberdade enquanto função.

Sopesados os graus de realização e de sacrifício dos interesses envolvidos, p.e., nos casos em que a liberdade do beneficiário se sobreponha à liberdade testamentária, será possível invalidar somente a condição, mantendo a disposição atributiva, quando o testador não declarar expressamente o contrário. Assim, o sacrifício da liberdade testamentária não será integral, mas apenas parcial, retirando o conteúdo condicionante e mantendo o conteúdo dispositivo. Mantém-se ao testador a liberdade negativa em sua plenitude, negando apenas parcela de sua liberdade positiva, no que concerne à condição.

Pela perspectiva do herdeiro, esta resposta conserva integralmente a liberdade existencial que a condição tentava controlar, e ainda promove maior liberdade material, ao permitir o recebimento da disposição patrimonial realizada em seu favor e, nesta medida, maior capacidade de realização de liberdades em âmbito concreto.

1.4. RESTRIÇÃO LEGAL E A BUSCA DE ESPAÇOS DE LIBERDADE FACE A PROIBIÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS

Um derradeiro espaço de diálogo entre Direito Sucessório e liberdade(s) está na inadmissão de pactos ou contratos sucessórios, tema que ganha especial relevância em razão do contrato ser o instrumento, por excelência, de realização da autonomia privada.

Encontram-se no regramento legal do direito sucessório diversas figuras jurídicas e institutos, próprios daquele campo do direito, que são instrumentalizadas por meio de negócios jurídicos, a exemplo da aceitação e renúncia da herança. Há, também, contratos que envolvem o direito sucessório, como na hipótese de cessão do direito à sucessão aberta, e até mesmo contratos entre herdeiros e autor da herança a respeito da sucessão, como a doação em adiantamento de legítima e a partilha em vida. A tais disposições se convencionou chamar de sucessão negocial, contratual ou pacto sucessório.

Estes pontos de contato entre o contrato e a sucessão ganham especial dimensão em razão de uma proibição legal e genérica aos contratos sucessórios, localizada contemporaneamente no artigo 426 do Código Civil brasileiro. Segundo tal dispositivo, "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva", levando a doutrina a afirmar que "a citada disposição é digna de sancionar a absoluta incompatibilidade entre a lógica da regulação contratual e a lógica da questão sucessória" [375].

Partindo da premissa de que o Direito Civil é por excelência o Direito das Liberdade(s)[376], cumpre examinar como esta liberdade é simultaneamente garantida e limitada pelo Direito Civil em suas diversas disciplinas.

De um lado a liberdade ocupa a centralidade axiológica do direito contratual: o contrato é concebido como instrumento de exercício da autonomia privada, voltado especificamente a permitir que a os próprios sujeitos regulamentem suas relações de acordo com os interesses que valorizam e os objetivos que desejam atingir.

De outro lado, há disciplinas do Direito Civil em que, à primeira vista, a liberdade ocuparia papel secundário, como no direito sucessório, constituído majoritariamente por regras de ordem pública que regulam a transmissão patrimonial do autor da herança para as pessoas

---

[375] CACCAVALE, Ciro. Contrato e successioni. In: ROPPO, Vincenzo. Trattato del contratto. Milano: Giufrè, 2006, p. 407-408.
[376] CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites de sua prestabilidade. Tradução de Paulo Mota Pinto. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 31, número 95, setembro de 2004, p. 283-284.

que o sucederam, ainda que admita, de forma limitada e com regulamentação supletiva, disposições de última vontade pelo próprio autor da herança[377].

O ponto de contato entre estas duas disciplinas se dá, precisamente, na disciplina dos contratos sucessórios, a justificar a investigação de como este instrumento é, ou ao menos poderia ser funcionalizado em favor conservação, criação e ampliação de liberdades.

1.4.1. Delimitação do objeto de investigação: pactos, contratos e negócios jurídicos

Da leitura da doutrina que se debruçou sobre o tema da sucessão contratual verifica-se uma pluralidade de termos utilizados pelos autores para se referir aos contratos sucessórios, ora tratados indistintamente como negócios jurídicos sobre sucessão, ora como contratos sucessórios ou ainda pactos sucessórios. Tecnicamente, negócio jurídico, contrato e pacto são figuras jurídicas distintas, a suscitar a importância da elucidação de cada qual para se saber, ao final, de que se está a falar.

Não se trata de distinção meramente teórica, mas de substancial repercussão prática. Basta pensar que se a regra restritiva do artigo 426 do Código Civil determina que "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva", seria possível cogitar de interpretações que afastassem do campo de aplicação da regra proibitiva outras figuras que não o contrato[378], a exemplo dos pactos e dos negócios jurídicos.

Como adverte Judith Martins-Consta, "termos e expressões que hoje nos soam como sinônimos, ou quase – tais quais contrato, pacto, estipulação, acordo, convenção, negócio, consentimento mútuo, ajuste de vontades -, denotam, ao longo dos tempos e dos diversos espaços geográficos, ideias dissimiles"[379].

O próprio signo contrato teve diversas significações ao longo dos tempos. No Direito Romano arcaico não existia a ideia de um contrato, ou mesmo de um vínculo jurídico abstrato. *Contrahere* era um verbo, que significava realizar, perpetrar, concitar, ou seja, designava a

---

[377] "A transmissão patrimonial pelo exercício da autonomia do autor da herança no âmbito sucessório é sensivelmente mais restrita, sendo exercida, basicamente, por meio da sucessão testamentária, tendo em vista as rígidas e inflexíveis regras impostas pela sucessão legítima e pela anacrônica vedação da celebração de pactos sucessórios" (DUTRA, Eder Gomes. Premissas para um direito sucessório mínimo. Londrina: Thoth, 2021, p. 71).
[378] FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 29/09/2017, p. 150-168.
[379] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 25.

realização de um ato. Não por outra razão, era seguido de um substantivo que denotava este ato, como, por exemplo, o *contractus emptiones* (realizar, celebrar uma venda), não guardando relação com um acordo de vontades, mas apenas designando a consequência concreta de um ato realizado. Desta acepção passou-se a identificar o contrato como ato de contrair obrigações, como a realidade da concreta de uma das quatro formas de típicas de obrigações consensuais: a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato[380]. Apenas estes quatro tipos eram reconhecidos como obrigatórios e, nesta medida, providos de *actio,* ou seja, da possibilidade de serem forçosamente cumpridos por determinação da autoridade estatal[381].

Como os contratos eram operações típicas, e nesta medida restritos aos quatro tipos citados, as outras obrigações contraídas pelas pessoas ficavam à margem dos tipos contratuais, sendo designados de *pacta*[382]*,* acordos "não obrigatórios" na medida em que não se podia invocar a autoridade estatal para exigir-lhes o cumprimento. Isto porque, no Direito Romano, era a forma que criava o direito, e, portanto, sem forma não há a correspectiva obrigação. *Pactum*, nesta temporalidade, nada mais era do que um acordo inidôneo a constituir um vínculo jurídico obrigacional. "Daí o brocardo que continuou, inclusive na primeira Idade Média, a ser repetido pelos romanistas: '*ex nudo pacto nulla nascitur actio*'"[383].

A distância entre a pluralidade de pactos realizados na prática cotidiana e as restritas hipóteses típicas dos contratos romanos tornou inexorável a necessidade de reformulação das espécies contratuais. A partir das discussões dos jurisconsultos durante a Idade Média, sobretudo quanto à natureza do contrato e a fonte da obrigação, a centralidade da forma como fonte obrigacional é substituída em favor da valorização do consenso, e, a partir daí, passou-se a reconhecer que não era a solenidade das formas típicas que permitia a *actio,* mas sim os simples pactos, os simples consensos. Os pactos, então, passam a se equiparar aos contratos, e ambos a ter como fundamento o consenso[384].

---

[380] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 30.

[381] MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. Revista do Instituto de Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Organon, Porto Alegre, v. 6, n. 19, 2013, p. 21.

[382] "*Pactum* no singular e *pacta* no plural. Nominativo neutro da segunda declinação. Logo utilizar em português a expressão antecedida pelo artigo definido feminino ("a" pacta corvina) é um equívoco gramatical" (SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma releitura à luz do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JR, Marcos; CORDIANO JR., Eroutlhs. Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 778.

[383] MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. Revista do Instituto de Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Organon, Porto Alegre, v. 6, n. 19, 2013, p. 22. "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations

[384] À guisa de exemplo e aproveitando as interlocuções entre Direito e Literatura, tanto Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk quanto François Ost escreveram sobre o Fausto, de Goethe, tratando como sinônimos os pactos e os

A partir da modernidade, o significante "pacto" não recebeu contornos precisos, sendo de certo modo deixado de lado pelas legislações e mesmo pela literatura jurídica. É possível, porém constatar duas realidades no Direito Civil que passam a ser designadas pela expressão pacto.

Em uma, mais abrangente, pactos e contratos são tratados de forma indistinta[385], embora ainda guardem distinções em razão da amplitude conceitual. No sistema francês, por exemplo, o significado do antigo *pacto* passa a ser contido pelo significante de *convenção*, denotada como "todo ato jurídico que consista num acordo"[386], distinção também encontrada na literatura italiana[387]. Da mesma sorte, o sistema alemão também distingue a categoria do contrato (*Vertrag*), de âmbito mais restrito, da categoria mais abrangente do negócio jurídico (*Rechtsgeschaft*)[388], mais próxima aos pactos do direito comum.

---

contratos. Em seu *ensaio sobre a autonomia privada e o sujeito de direito nas codificações civis, ou 'a aspiração fáustica e o pacto de Mefisto,* Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma que, de forma equiparada aos contratos modernos, o pacto descrito na obra "assegura ao Fausto o gozo tendencialmente ilimitado das possibilidades definidas no 'pacto' (...) para que possa, no exercício de sua autonomia privada, buscar (em vão) a satisfação de sua ilimitada 'aspiração fáustica'. De forma similar, Ost, em *Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico,* realiza o paralelo entre pacto e contrato demostrando como tanto o pacto firmado entre Fausto e Mefistófeles como o contrato do mercador Antônio com o judeu Shylock evidenciam uma forma instantânea e imutável de pacto, que deveria ser cumprido literalmente e independentemente de qualquer juízo de valor em relação ao conteúdo ajustado, tal qual o contrato o moderno.

[385] "Estas distinções perderam a sua razão de ser no direito moderno, especialmente depois da obra de Savigny, que afasta a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os em sinonímia que o direito moderno traz quase perfeita. E dizemo-la quase perfeita, porque a terminologia jurídica ainda se compraz em reservar a expressão pacto para a designação de alguns contratos acessórios (e. g.: pacto adjeto à nota promissória, pacto comissório na compra e venda, pacto nupcial). Não obstante tal especificidade, todos eles poderão, sem quebra da boa linguagem, denominar-se contratos, como ainda não ofenderia a boa técnica apelidar de pacto qualquer contrato típico" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022 p. 27).

[386] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 46.

[387] MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. p. 34.

[388] "What a common law sees as a contract the BGB would describe as a contractual relationship of obligation (vertragliches Schuldverhältnis). Alternatively, the German lawyer wpuld speak of a legal transaction (Rechtsgeschaft) that consists of two corresponding declaration of intention or declarations of 'will' (willenserklärung): offer and acceptance. (…) The concept presupposed by §311, I, is that of a *legal transaction* (*Rechtsgeschaft*), which is accordingly more fundamental that a contractual relationship of obligation. The concept 'legal transaction' describes the power given to a person by law to determine his legal relationship with others through their mutual conduct. (…) Contract is thus but one incidence of a legal transction. Accordingly, freedom of contract is only one aspect of personal autonomy in the field of private law. For other legal transactions reflect personal autonomy. They include, for instance, the making of a will (§1937), the transfer of property in chattels (§929) or in land (§§873, 925), and the giving authority (§168). (MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contracts: a comparative treatise*. 2° ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 26-27).

Por outra, os pactos tem seu significado reduzido a "cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar feitio especial" [389] ou contratos acessórios. Certo é, porém, que a categoria jurídica dos pactos perdeu não só a definição precisa de seus contornos como também o acolhimento pelos juristas, que hoje dela pouco se utilizam, senão para designar realidades pontuais como os pactos sucessórios.

Os contratos tiveram melhor sorte em seu desenvolvimento conceitual.

No plano legislativo, a concepção de contrato enquanto convenção é adotada pelo Código Civil dos franceses de 1804, que assim o define: "o contrato é uma convenção mediante a qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou a várias outras, a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa"[390]. A localização topográfica do regramento dos contratos no *Code Napoleon*, dentro do título destinado "as formas de aquisição da propriedade", e a expressa referência às obrigações de "dar, fazer ou não fazer" deixam claro que o contrato tem por objeto relações de natureza patrimonial.

A patrimonialidade que o caracteriza em sua gênese ainda se apresenta como atributo do contrato em alguns ordenamentos, certamente não só pela estrutura que lhe foi dada pelo *Code Napoleon*, mas também por sua função[391], notadamente de viabilizar a circulação de bens e a alocação de riscos no desenvolvimento de dado negócio. Em alguns ordenamentos, como o italiano[392], tal característica se encontra expressa no próprio texto legal, que define o contrato como "o acordo entre duas ou mais partes para estabelecer, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial"[393].

Noutros ordenamentos, porém, a patrimonialidade não chega a constituir uma marca característica dos contratos, embora presente na maior parte de suas aplicações no plano na

---

[389] "No Direito moderno, o termo pacto significa a cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar feitio especial. Pacto não é mais, como no Direito Romano, a convenção desprovida de sanção" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 42).

[390] No original de 1.804: "Art. 1.101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". A partir da reforma legislativa de 2016, a redação do artigo 1.101 passou a ser "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

[391] "O contrato ocupa lugar central entre as fontes das obrigações: é ele, nas economias de mercado, o instrumento jurídico por excelência da circulação de bens e serviços, assim como da colaboração entre os agentes econômicos para a consecução de finalidades comuns" (VICENTE, Dario Moura. Direito Comparado. V. II. Coimbra: Almedina, 2017, p. 35).

[392] "As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediatamente – para a ideia de operação econômica" (ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 8).

[393] "Art. 1.321. Nozioni. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

vida. É o caso do ordenamento português[394], que admite a aplicação dos contratos não só às áreas marcadamente patrimoniais do direito civil, como nas relações obrigacionais e do direito das coisas, como também em disciplinas marcadas por interesses extrapatrimoniais, como o Direito de Família, afirmando Inocêncio Galvão Telles que "os contratos de família são regulados diversamente dos contratos patrimoniais. Mas esta particular disciplina não basta a torná-los estranhos uns aos outros, e a fazer desaparecer as afinidades que entre eles existem, uma vez que todos tiram a sua origem do acordo das partes"[395].

O Direito brasileiro não seguiu a corrente portuguesa.

Entre nós, ainda que a patrimonialidade não seja característica atribuída legalmente à categoria do contrato, como o é no Código Civil italiano, e a codificação civil não confira ao contrato definição da qual se possam extrair características de relações patrimoniais, como é possível extrair do Código Civil dos franceses, a literatura jurídica reconhece nos contratos o escopo imediato de "viabilizar a circulação de riquezas", de produzir "efeitos obrigacionais na esfera patrimonial"[396], evidenciando a característica da patrimonialidade[397], estando assim funcionalmente vocacionado para regular operações patrimoniais entre vivos.

Judith Martins-Costa extrai esta funcionalidade tanto da estrutura do Código Civil, que regulamenta na parte geral a categoria mais ampla do negócio jurídico, tratando da categoria contratual dentro do Livro I da parte especial, destinado ao Direito das Obrigações. A autora aponta, ainda, que os princípios de caráter geral constantes do Título V (Dos contratos em geral) se referem primariamente à regulação de interesses patrimoniais, como a liberdade de contratar (vinculada à iniciativa econômica) ou a função social (vinculada à ordem socioeconômica). A corroborar, no campo dos direitos reais, é o contrato o instrumento considerado como título translativo da propriedade, além do Código se utiliza do signo *contrato* quando se refere no artigo 1.424 a constituição de garantias reais. Na mesma linha, no campo do direito de família,

---

[394] "O Direito português acolhe, igualmente, a noção de negócio jurídico e adere à orientação ainda mais genérica, denominando 'contrato' qualquer negócio bilateral pelo qual se constitua, transmita modifique ou extinga obrigações, bem como atue como fonte de direitos reais, familiares, ou sucessórios. Consequentemente, naquele sistema são coincidentes os conceitos de contrato e de negócio jurídico" (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 45).

[395] TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Lisboa: Lex, 1965, p. 47.

[396] "Emprega-se o vocábulo contrato em sentido amplo e restrito. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 45).

[397] "O segundo traço distintivo comumente utilizado para a caracterização dos contratos é a sua patrimonialidade. A despeito do silêncio do legislador, a necessária distinção entre as situações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais parece demandar a patrimonialidade para a identificação do contrato no direito brasileiro" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil: contratos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, capítulo 1, item 3.

é só na parte destinada ao direito patrimonial de família (Título II) que se encontram referências a contratos (arts. 1.647, parágrafo único, 1.711, parágrafo único e 1.725)[398].

Para além da patrimonialidade, o elemento cerne, essencial, que não só caracteriza como é pressuposto à existência do contrato é o acordo de vontades, no plural, a pressupor sua característica bi ou plurilateralidade[399], requisito comum em todos os ordenamentos de família romano-germânica[400].

Esta característica do contrato já o acompanha desde a versão original do Código Civil dos franceses de 1804, que exige para o contrato a formação por duas ou mais pessoas, o que, paralelamente ao seu marcado viés patrimonial, confirma sua positivação como categoria voltada a regular as relações sociais que dependem de interações intersubjetivas, desenvolvidas sobretudo por meio do mercado, por trocas, de forma coerente ao ideário social e econômico que marcou a França pós-revolução e permanece vigente ainda hoje[401]. Para que haja contrato, é indispensável a presença de dois ou mais sujeitos, sem os quais não seria possível o mútuo consenso enquanto elemento essencial desta categoria jurídica[402].

Nestes termos o contrato escapa da moldura da tipicidade que o caracterizou no direito romano e, na forma como positivado no *Code*, adquire contornos de generalização e abstração suficientes a encampar um número ilimitado de relações patrimoniais envolvendo duas ou mais pessoas formadas a partir do consenso, do acordo de vontades. Ante a identidade de objetos e efeitos, o uso do significante *pacto* deixa progressivamente os textos jurídicos, que preferem o signo do *contrato*, consagrado pelo Código Civil.

Paralelamente à categoria de contrato, mas com um intervalo de quase um século em relação ao *Code Napoleon*, o BGB alemão apresentou outra roupagem aos acordos de

---

[398] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 48-50.

[399] "Considerada a subespécie dos negócios jurídicos bilaterais (ou plurilaterais), os contratos qualificam-se como aqueles formados, em regra, pelo encontro de duas ou mais declarações negociais que se combinam par ao estabelecimento de um mútuo regulamento de interesses. Aí está o dado estrutural, sendo a bilateralidade (ou plurilateralidade) elemento cerne do conceito. Podemos assim dizer que, para o Direito, um contrato é, estruturalmente, uma atividade comunicativa voluntária entre dois ou mais sujeitos qualificados como suas 'partes', expressada em um acordo contratual" (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 41).

[400] VICENTE, Dario Moura. Direito Comparado. V. II. Coimbra: Almedina, 2017, p. 37.

[401] "A relação intersubjetiva que se estabelece entre os agentes econômicos pressupõe uma complementaridade de necessidades e uma contraposição objetiva de interesses: a nossa interdependência social depende em larga medida dessa circunstância de precisarmos uns dos outros" (ARAÚJO, Fernando. Economia: conceitos introdutórios para juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 82).

[402] VICENTE, Dario Moura. Direito Comparado. V. II. Coimbra: Almedina, 2017, p. 37.

vontade[403], desenvolvida pela pandectística alemã e posteriormente adotada por outras codificações, dentre as quais o Código Civil brasileiro de 2002: a de negócio jurídico.

A distinção fundamental entre estes dois sistemas se verifica pelo direito francês eleger o contrato como principal categoria jurídica para o exercício da autonomia privada, ao passo que no Código Civil Alemão de 1896 a categoria do contrato "é construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o negócio jurídico"[404].

Esta categoria, introduzida no plano legislativo pelo BGB mas elaborada um século antes pela escola da Pandectística e já mencionada anteriormente, amplia ainda mais o grau de abstração e generalização para incorporar ao negócio jurídico, além dos contratos (relações patrimoniais bi ou plurilaterais derivadas do consenso), todas as demais situações jurídicas derivadas de uma declaração de vontade, mesmo quando se apresente de forma unilateral ou mesmo sobre relações não patrimoniais ou externas às relações de mercado, como o casamento, a adoção, o reconhecimento de filhos, o testamento[405], dentre tantos outros.

O Código Civil brasileiro de 2002 adotou esta categoria mais ampla de negócios jurídico[406], definida por Pontes de Miranda como a "declaração privada de vontade que tende a produzir resultados jurídicos" [407], categoria da qual o contrato, de objeto restrito às relações patrimoniais, é apenas uma das espécies.

---

[403] MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contracts: a comparative treatise*. 2° ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 9-10; 25-28.
[404] ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 47.
[405] ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 48.
[406] "Negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela *efeitos constitutivos de direito* – e esta é a sua característica específica secundária. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16). "O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas. É o mesmo dizer-se, tecnicamente: sendo livre de declarar ou manifestar a vontade, a pessoa declara-a ou manifesta-a; e a regra jurídica introduz no mundo jurídico a sua vontade" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante.*Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Costa (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 168).
[407] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXII. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111

Há ao menos duas razões centrais que justificam o nosso Direito não tomar como sinônimos *contrato* e *negócio jurídico.* A primeira, para admitir a atribuição de força normativa a declarações unilaterais, aptas a compor negócios jurídicos, mas não contratos. A segunda é que, mesmo dentro das relações bilaterais ou plurilaterais, por razões históricas a categoria dos contratos se revela mais próxima das relações patrimoniais, tendo a doutrina brasileira preferido a utilização da categoria do negócio jurídico para o regramento de interesses extrapatrimoniais, como aqueles que envolvem direitos de personalidade, direito de família e outros tantos que não se destinem à circulação patrimonial[408].

Destas distinções é possível extrair uma conclusão prévia e suscitar ao menos duas interessantes questões relativas ao tema dos contratos sucessórios.

A conclusão preliminar é de que no direito contemporâneo o significante *pacto* perdeu prestígio, mas pode ainda ser considerado de forma genérica como qualquer *acordo de vontades* ou *convenção* (e nesta medida, tomando como critério o grau de generalidade, se aproxima mais do negócio jurídico bilateral), como também pode ser empregado como sinônimo de contrato. Em que pese o pacto e contrato tenham gêneses diversas e no passado significações e eficácias distintas, a experiência mostra que tais expressões têm sido usualmente empregadas como sinônimos, a justificar as reiteradas referências na literatura jurídica aos pactos sucessórios como acordos de vontade que tenham por objeto a herança de pessoa viva[409]. Não se justifica, portanto, distinguir pacto de contrato sucessório.

É possível questionar, porém, se para o direito das sucessões há efeito prático na distinção entre contrato e negócio jurídico. Sendo os contratos vocacionados à regular relações de natureza patrimonial, acordos que tenham por objeto apenas interesses extrapatrimoniais são externos a este instituto, devendo ser classificados como negócios jurídicos, e nesta roupagem, podem estar fora do âmbito de aplicação das restrições legais impostas especificamente aos contratos.

---

[408] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 47-48.

[409] É esta a definição dada por Rafael Cândido da Silva, para quem "os pactos sucessórios são concebidos, em sentido amplo, como qualquer convenção cujo objeto seja a herança de pessoa viva. Em outras palavras, são as estipulações que atribuem um direito privativo sobre toda ou parte de uma sucessão não aberta" (SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança: estudo sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 19).

Finalmente, a segunda indagação emerge da constatação de que todo contrato é negócio jurídico, mas nem todo negócio jurídico é contrato[410]. Para ser contrato, é imprescindível a declaração de vontade coincidente de ao menos dois sujeitos, a excluir desta acepção todos os negócios jurídicos unilaterais, como as renúncias, o testamento e a aceitação da herança. Neste ponto, a o emprego das acepções técnicas destas duas categorias poderia justificar a ausência de subsunção entre a hipótese de incidência da regra proibitiva do artigo 426 do Código Civil brasileiro à renúncia de herança de pessoa vida, ou mesmo a sua aceitação, posto que se tratam de negócios jurídicos unilaterais, e não de contratos[411].

Estas indagações serão colocadas à prova nos capítulos seguintes, em especial na reconstrução histórica da proibição dos pactos sucessórios e quando da proposta de um modelo libertário de conformação de interesses entre os sujeitos da sucessão.

1.4.2. A repulsa histórica à sucessão contratual e suas justificativas

Não é incomum a afirmação de que o direito contratual repele as disposições sucessórias[412], ou ainda que o direito sucessório não admitiria contratação[413]. Tal leitura, porém, parece conflitante com um Direito Civil que se apresenta como espaço privilegiado das liberdades da pessoa, além de fechar os olhos à realidade e ao perceptível crescimento da demanda por maior autonomia no campo do direito sucessório[414].

Constata-se, de fato, uma repulsa histórica à sucessão contratual, como se pode extrair já da classificação do fenômeno sucessório.

Revisitando a doutrina, verifica-se que a maior parte dos autores que analisam o direito sucessório o fazem ou a partir de apenas duas classificações, notadamente a sucessão legítima

---

[410] Registre-se a ressalva a tese proposta por Juliana Pedreira da Silva do contrato sem negócio jurídico: SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

[411] Aceitação esta que parece mesmo ser admitida pelo sistema quando da aceitação da doação como antecipação de legítima, conforme se extrai do art. 544 do Código Civil: "a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança".

[412] "O único campo em que, embora atinja o patrimônio, escapa à técnica contratual é o das Sucessões. É vedado entre nós qualquer contrato sucessório, na forma do art. 426 do Código Civil, de modo que as operações de circulação de riqueza aí previstas terão a forma de legados, testamentos, sucessão hereditária *ex lege* e codicilos, mas não a forma de contratos" (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011, p. 50).

[413] "Nesses termos, o ordenamento pátrio veda a possibilidade de se celebrar contrato dispondo sobre a herança de pessoa viva, nos moldes estampados no artigo 426 do Código Civil" (VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 120).

[414] Como se evidencia pelo grande número de trabalhos acadêmicos, artigos e livros nos últimos anos sobre a temática, dos quais se destaca a obra coletiva capitaneada por Daniele Teixeira, intitulada Planejamento Sucessório, que já conta com três tomos de artigos jurídicos sobre o tema.

e testamentária, ignorando a possibilidade de sucessão contratual, ou a partir de uma tripartição que, embola reconheça ao lado da sucessão legítima e da sucessão testamentária também a sucessão contratual, o faz já afirmando-a inadmissível.

No primeiro grupo, destacam-se Carlos Maximiliano, que ao classificar o fenômeno sucessório, afirma que a sucessão "divide-se em legítima, quando decorre da lei, e testamentária, oriunda de disposições de última vontade"[415] e Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, que ainda no capítulo introdutório sobre os fundamentos da sucessão, o apresenta apenas sob duas formas "testamentária e legítima (...), considerando-se a primeira forma como uma consequência da liberdade de dispor da propriedade (elemento individual) e a segunda, como uma manifestação da vontade presumida do defunto, da compropriedade familiar e do direito eminente do Estado"[416].

A omissão quanto a uma terceira modalidade de sucessão, estribada no contrato, não se deu em hipótese alguma de forma impensada, ou ainda menos pelos autores desconhecerem as discussões sobre o tema, afinal cada um deles apresenta capítulo específico em suas obras sobre os pactos sucessórios. Trata-se, assim, de silêncio eloquente, de omissão deliberada que decorre de suas opiniões pela inadmissibilidade de tais contratos e revela firme posição pela separação entre contratos e sucessão.

Tal sistemática, que se vale da omissão como instrumento de repulsa a possibilidade de contratualização do direito sucessório, acabou sendo reproduzida nos debates parlamentares da elaboração do Código Civil de 2002. No relatório parcial apresentado ao Congresso Nacional sobre o livro do Direito das Sucessões, afirmam os relatores que "o nosso direito, emanado das duas fontes, na síntese que delas conhecemos nos Códigos modernos, fundiu as duas tendências, instituindo, a par da sucessão legítima, a sucessão testamentária (...) são os dois fulcros em que se assentam as regras de sucessão"[417].

Da mesma sorte, a doutrina que se debruçou sobre o direito sucessório após o Código Civil de 2002 parece ter seguido esta opção metodológica, optando por classificar a sucessão

---

[415] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. V.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 2.
[416] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. 4 ed. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 50.
[417] "O nosso direito, emanado das duas fontes, na síntese que delas conhecemos nos Códigos modernos, fundiu as duas tendências, instituindo, a par da sucessão legítima, a sucessão testamentária. O elemento familiar, definido por meio do parentesco, e o elemento individual, caracterizado pela liberdade de testar, são os dois fulcros em que se assentam as regras de sucessão" (BARROS, Celso; DINIZ, Raimundo. Relatório parcial: parte especial, livro V, do Direito das Sucessões, e Livro Complementar, Disposições Finais e Transitórias. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406/2002. Tomo IV. Brasília: Edições Câmara, 2012, p. 1631).

apenas em legítima ou testamentária, conforme se extrai das obras de Silvio Rodrigues[418], Caio Mário da Silva Pereira[419], Silvio de Salvo Venosa[420], Flávio Tartuce[421], Francisco Cahali[422], Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[423].

Confirma a repulsa histórica à sucessão contratual a constatação de que mesmo aqueles autores que, ao tratar dos fundamentos ou das espécies de sucessão, apresentam a tríade da sucessão legítima, testamentária ou contratual, o fazem para imediatamente refutá-la.

Assim o fez Clóvis Beviláqua, tachando de inexistente tal espécie sucessória ao afirmar que "a vocação hereditária resulta da disposição da lei ou da vontade humana. No primeiro caso, temos a sucessão legítima, e, no segundo, a testamentária ou contratual. Em nosso direito, não há sucessão contratual"[424], Washington de Barros Monteiro, que a toma como intolerável[425] e Maria Helena Diniz, ao afirmar que o nosso direito não a admite[426].

Inobstante a aversão ordinariamente manifestada por tais pactos, a complexidade do tema parece nunca ter permitido uma recusa em uníssono à sucessão contratual, de modo a atrair o reconhecimento de elementos que advogam a favor da possibilidade de interação entre o contrato e o direito sucessório, e mesmo de uma espécie própria de 'sucessão contratual'.

Orosimbo Nonato, ainda que se posicionando pela proibição, reconhece que é necessária uma ponderação e avaliação cuidadosas dos argumentos que justificam sua inadmissibilidade da sucessão contratual, pois há também argumentos favoráveis à sua admissibilidade. Após contrapor os argumentos de cada posição, conclui que "decotados os exageros da argumentação dos partidários radicais da vedação estudada, e até repelidos certos

---

[418] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15-16.
[419] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1-2.
[420] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 9-11.
[421] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9.
[422] CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 45-50.
[423] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. v. 7. Direito das Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51-53.
[424] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 24.
[425] "A sucessão defere-se, pois, por lei ou por testamento. O Código Civil brasileiro de 2002, a exemplo do de 1916, não tolera sucessão contratual. Os pactos sucessórios acham-se formalmente prescritos, dispondo o art. 426, de modo peremptório" MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito das sucessões. v.6. 36 ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13-14).
[426] "A sucessão só pode advir de lei ou de testamento, pois nosso direito não admite sucessão contratual, já que, pelo art. 426 do Código Civil, proibidos estão os pactos sucessórios, dado que 'não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa vida'" DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 30-31).

motivos que não se afiguram razoáveis, restam em favor da orientação tomada pelo nosso legislador, na esteira do italiano e outros, considerações mui persuasivas"[427].

De outro lado e de forma flagrantemente minoritária, a expressa admissão de uma modalidade de sucessão derivada do contrato é encontrada em Walter Moraes[428], que o faz estribado sobretudo na opinião de Inocêncio Galvão Telles. Segundo o professor português, "assim como a sucessão legal se desdobra em duas variantes, a legítima e a testamentária, assim a sucessão voluntária compreende também duas, a testamentária e a contratual. Estas últimas modalidades entroncam num ato do de cuius"[429].

A partir destas lições, é possível afirmar que o direito sucessório brasileiro foi construído e encontra-se alicerçado em dois modelos: o da sucessão legítima e o da sucessão testamentária, a princípio, sem deixar espaço para a sucessão contratual. Esta exclusão repousa, seguramente, na repulsa aos pactos sucessórios, há muito enraizada na história do direito, e cujas razões serão indispensáveis para uma oportuna releitura no direito contemporâneo.

Guilherme Braga da Cruz aponta que já "o direito romano foi francamente hostil aos pactos sucessórios, embora não tenha chegado a formular, a este propósito, qualquer construção jurídica (...) nem sequer na época justiniana, uma proibição genérica dos pactos sobre sucessão futura"[430]. Neste domínio, segundo o autor, o direito procedeu casuisticamente, limitando e condenando, uma a uma, as várias espécies de pactos sucessórios, da mesma forma que também foi casuisticamente que, cedendo à prática que teimava em não ceder à proibição, acabou por admitir hipóteses excepcionais de pactos sucessórios.

Os pactos de instituição de herdeiro tiveram sua primeira restrição no início do baixo império, sob Diocleciano, que consultado sobre a validade de uma de uma disposição de pacto dotal em que os nubentes se instituíam mutuamente como sucessores recíprocos nos bens extra dotais, a "declara que essa cláusula é de todo destituída de valor, porque é ofensiva da liberdade de testar, visto que a herança só se pode dar a estranhos por meio de testamento"[431], regra que acabou sendo invocada para invalidar pactos sucessórios de instituição de forma genérica.

---

[427] NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 34.
[428] "A sucessão por causa morte decorre da lei ou da vontade do autor. É *legítima* no primeiro caso, ou *legal*, - *testamentária* no segundo. Esta divisão domina toda a ordem jurídica sucessória, informando-lhe tanto o enunciado normativo, como a sua formação histórica, seus rumos e sua evolução. Terceira espécie de sucessão é a contratual, mais conhecida entre nós como *pacto sucessório*" (MORAES, Walter. Teoria Geral e Sucessão Legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 3).
[429] GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das Sucessões. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 115.
[430] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 97.
[431] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 98.

A vedação aos pactos renunciativos seria ainda mais antiga, aparecendo já em textos da época clássica[432], sendo a hipótese mais comum à da renúncia da filha dotada à herança paterna, citada em texto de Papiniano, "com o fundamento de que as convenções dos particulares não podem prevalecer sobre a autoridade das leis" e que mais tarde seria reproduzida no Código de Justiniano (C. 6, 20, 3)[433].

Por fim, o autor cita a proibição aos pactos sobre a sucessão futura de terceiro, reprovada tanto por meio de venda quanto de doação ou mesmo aceitação, que após reiterada prática encontrada proibida no Código Teodesiano (C. Th, 2, 24), em razão "de estes pactos serem desonestos ("improba") e contrários aos bons costumes ("contra bonos mores")". A proibição a esta modalidade de pacto não era absoluta, admitindo como exceção expressamente consagrada por constituição de Constantino "a partilha da herança materna feita pelos filhos em vida da mãe, desde que esta dê o seu consentimento e nele persevere até a morte"[434].

É ainda no campo da vedação aos pactos sobre a sucessão de terceiro que mais tarde adveio a regra que acabaria por ser mais amplamente generalizada, notadamente a proibição dos pactos sucessórios constante no Código de Justiniano (C. 2, 3, 30), que declara nulas tais convenções por serem "odiosas e cheias de tristíssimas e perigosas consequências ("odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus")", afirmando Guilherme Braga da Cruz que seria estaria nesta justificativa de Justiniano o berço do argumento mais amplamente utilizado para o repúdio aos contratos sucessórios e que acabou mesmo por justificar sua designação como *pacta corvina*, precisamente por pressupor que deles decorre um desejo de morte do terceiro do qual versa a sucessão contratada, a ponto de colocar em perigo sua própria vida. Desta mesma razão, o próprio Justiniano extrai uma interpretação lógica, segundo a qual "a convenção sobre a sucessão dum terceiro deixa de ser imoral e de representar um perigo para a vida do de cuius se este der o seu expresso consentimento e se perseverar nesse consentimento até à morte"[435].

---

[432] Período que compreende a temporalidade entre os anos de 1.500 antes da era cristã até o ano de 284 d. C., da era cristã.

[433] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 99.

[434] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 100.

[435] "Si voluntatem suam eis accommodaverit et in es usque ad extremum vitae spatium perseveraverit" (CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 100-101). Curioso notar como, passados quase quinze séculos do Código Justiniano, a razão por ele invocada é ainda hoje reproduzida para repudiar os pactos sucessórios, e mesmo transportada para sustentar a proibição de outras espécies de pacto para além daquela para a qual foi construída, notadamente o pacto sobre herança de terceiro, e mesmo de forma contrária a exceção de Justiniano para os contratos que contam com a participação ou anuência do autor da herança.

Com as invasões germânicas e a decadência do testamento romano, os pactos sucessórios encontram terreno fértil em toda a Europa ocidental, e nela se espalham ao longo da alta Idade Média, quando passam a ser admitidos como sucedâneos do testamento para a instituição de herdeiro. Da mesma sorte, os pactos renunciativos passam a ser "acolhidos com a mais franca simpatia por todos os direitos costumeiros da Europa ocidental desde o século XII, e sobretudo, a partir do século XIII"[436].

Nas vicissitudes da história, os contratos sucessórios encontram luzes durante a idade das trevas, mas estas logo fraquejam com o renascimento do direto romano, e ao fim são apagadas na autora das codificações tão influenciadas pelo iluminismo.

Deve-se aos romanistas a construção de uma teoria geral para os contratos sucessórios que os próprios romanos nunca chegaram a desenvolver, estribada na regra geral de que são todos, em princípio, proibidos e nulos, tomando como razão central a proibição à pacta corvina, então expandida para todas as modalidades de pactos sucessórios, e como razões especiais, aos pactos renunciativos, a contrariedade à ordem pública, e aos pactos institutivos, uma ilegítima limitação à liberdade de testar[437].

No campo das exceções, adverte Guilherme Braga da Cruz que a maior parte dos romanistas, e também dos canonistas, conservada aquela já consagrada por Justiniano ao emprestava validade aos contratos sobre sucessão de terceiro quando o autor da herança com ele consente e mantém seu consentimento até a morte. Dada a maior aceitação social, a maior parte das exceções se deu na espacialidade dos pactos renunciativos, onde diversos expedientes do direito comum permitiram sua manutenção, como o de fazer acompanhar a renúncia de juramento[438], ou de o pacto ser realizado não entre o renunciante e o autor da herança, mas entre o renunciante e os beneficiários desta, com o consentimento do autor da herança, o que transmutaria a natureza jurídica do contrato, de pacto renunciativo para pacto sobre a sucessão de terceiro, admitido quando integrado pela anuência deste. Por fim, por pressão social tanto da nobreza quanto das práticas costumeiras, "no começo do século XVI a aceitação generalizada dos pactos sucessórios nos contratos antenupciais tinha já adquirido foros de autêntico dogma jurídico em todos os países da Europa ocidental" [439].

---

[436] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 100.

[437] SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança: estudo sobre a autonomia provada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 34

[438] Exceção expressamente consagrada nas Ordenações Filipinas, Livro 4, título 70.

[439] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 105-109.

Na era das codificações fortaleceu-se a repulsa aos pactos sucessórios e suas exceções anteriormente admitidas foram progressivamente reduzidas ou suprimidas.

Já a primeira das grandes codificações instituiu a proibição geral aos contratos sucessórios. A redação original do Código Napoleão de 1804, estabelecia no artigo 893 que "só se poderá dispor de bens, gratuitamente, por doação entre vivos ou por testamento, nas formas abaixo estabelecidas"[440], a afastar a possibilidade de tanto de doação *causa mortis* quanto de sucedâneos ao testamento – regra que permanece ainda vigente no Código Civil dos franceses. A única exceção admitida era a instituição sucessória no contrato de casamento (art. 1.082)[441], obstando, portanto, de forma absoluta os contratos renunciativos ou sobre a herança de terceiros. O óbice legal teria por justificativa a proteção dos herdeiros contra acordos que pudessem acarretar-lhes graves consequências, como também a preservação da própria liberdade sucessória do autor da herança[442].

O Código Civil italiano de 1865 também adotou a proibição geral aos pactos sucessórios, ainda que por meio de regras esparsas: proibia a renúncia à herança de pessoa viva e a alienação do respectivo direito (art. 954), declarava nula a venda do direito à herança ainda não aberta (art. 1460) e proibia que o pacto antenupcial alterasse a ordem legal de vocação hereditária (art. 1.380). A codificação de 1942 concentrou estas regras de proibição no art. 458 do código, com a seguinte redação: "Proibição dos pactos sucessórios. É nula toda convenção pela qual se dispõe da própria sucessão. Também é nulo e sem efeito todo ato de disposição de direitos que possa resulta de uma sucessão ainda não aberta, ou renúncia à mesma"[443], ainda vigente, e que somente pela reforma de 14 de fevereiro de 2006 passou a admitir como exceção

---

[440] No original: "On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies". Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes, acesso em 20 de outubro de 2023.

[441] Art. 1.082. O pai e a mãe, os outros ascendentes, os parentes colaterais dos cônjuges, e mesmo os estrangeiros, podem, por contrato de casamento, dispor da totalidade ou de parte dos bens que deixarem no dia da sua morte, tanto em benefício dos referidos cônjuges como em benefício dos filhos que nascerem do seu casamento, no caso de o doador sobreviver ao cônjuge donatário. No original: "Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire". Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes, acesso em 20 de outubro de 2023.

[442] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 294.

[443] Tradução de Rafael Cândido da Silva. No original: "Divieto di patti succes-sori. E nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi" (SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança: estudo sobre a autonomia provada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 51).

o pacto de família, previsto no art. 768-bis do código civil vigente e restrito à sucessão das empresas familiares[444].

Na Espanha, o Código Civil de 1889 seguiu a orientação francesa e, em seu artigo 658[445] restringiu a atribuição sucessória à legítima e a testamentária, cuja redação ainda se encontra vigente e obsta a sucessão contratual. Em complementação, estabeleceu em seu artigo 1.271, segunda sentença, que "não podem ser celebrados contratos relativos a uma herança futura senão aqueles que têm por objeto a participação, entre vivos, na partilha de uma herança, nos termos do artigo 1.056"[446], referindo este artigo a possibilidade de partilha realizada em testamento ou em vida pelo autor da herança, em especial para manter indivisa a atividade agrícola ou industrial por meio da atribuição a apenas um dos herdeiros[447]. A lei de 02 de abril de 2003 alterou a redação do artigo 1.056 para admitir que o pagamento da legítima dos herdeiros não contemplados com os negócios da família poderá ser paga em até cinco anos a partir da abertura da sucessão, com valores que não necessariamente precisariam compor a herança naquele momento[448].

---

[444] Art. 768 (2). O contrato pelo qual, em conformidade com as disposições relativas às empresas familiares e respeitando os diferentes tipos de empresas, o empresário transfere, no todo ou em parte, a empresa, e o titular de ações da empresa transfere, no todo ou em parte, as suas ações, para um ou mais descendentes. No original: Il contrato con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.

[445] Art. 658. A sucessão é conferida pela vontade do homem expressa num testamento e, na ausência de testamento, por disposição da lei. A primeira é designada por testamentária e a segunda por legítima. Pode também ser diferida, numa parte, pela vontade do homem e, noutra parte, por disposição legal. No original: "Art. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley". Disponível em https://www.boe.es/, acesso em 20 de outubro de 2023.

[446] No original: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea participar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056". Disponível em https://www.boe.es/, acesso em 20 de outubro de 2023.

[447] Art. 1.056. (1) Quando o testador fizer, por ato inter vivos ou por disposição de última vontade, a partilha dos seus bens, esta será efetuada na medida em que não prejudique a parte reservada aos herdeiros legitimários. (2) O pai que, no interesse da sua família, quiser manter indivisa uma exploração agrícola, industrial ou fabril, pode fazer uso da faculdade concedida neste artigo, determinando que a sua parte reservada seja paga em dinheiro aos outros filhos. No original: "Art. 1.056 (1) Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. (2) El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos" Disponível em https://www.boe.es/, acesso em 20 de outubro de 2023.

[448] Art. 1.056. (1) Quando o testador procede, por ato inter vivos ou por disposição de última vontade, à partilha dos seus bens, esta é efetuada na medida em que não prejudique a parte reservada aos herdeiros legitimários. (2) O testador que, para a conservação dos seus negócios ou no interesse da sua família, pretenda conservar indivisa uma exploração económica ou manter o controlo de uma sociedade de capitais ou de um grupo de sociedades de capitais, pode fazer uso da faculdade que lhe é conferida pelo presente artigo, determinando que a sua quota-parte reservada seja paga em dinheiro aos outros interessados. Para o efeito, não é necessário que haja na herança numerário suficiente para o pagamento, podendo este ser efetuado em dinheiro fora da herança e estabelecido pelo testador ou pelo contabilista-partidor por ele nomeado um diferimento, desde que este não exceda cinco anos a contar da morte do testador, podendo ainda ser aplicável qualquer outro meio de extinção das obrigações. Se a

O Código Civil português de 1867 talvez tenha sido o que mais se aproximou do modelo francês. Proibia genericamente os pactos sucessórios: "Artigo 2. 042. Ninguém pode, nem sequer por contrato antenupcial, renunciar à sucessão de pessoa vida, ou alienar, ou abrigar os direitos, que eventualmente possa ter à herança". A título de exceção, autorizava as doações causa mortis para casamento (art. 1.166[449] e 1.175[450]).

No Código vigente, de 1966, o artigo 2.028 mantém o interdito geral aos pactos sucessórios, dispondo que tais contratos "apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 946°". As exceções compreendem a doação causa mortis que tenha observado as formalidades do testamento (art. 946, 2[451]), a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário introduzida em pacto antenupcial (art. 1.700, 1, a e b[452]), a renúncia recíproca à condição de herdeiros realizada em pacto antenupcial, apenas admitida quando eleito o regime da separação de bens (art. 1700, 1, c[453]), e a partilha em vida (art. 2.029[454]).

---

forma de pagamento não tiver sido estabelecida, qualquer beneficiário legitimado pode reclamar a sua parte reservada nos bens da herança. As disposições do artigo 843.º e do primeiro parágrafo do artigo 844.º não se aplicam à partilha assim efetuada. No original: "Art. 1.056. (1) Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. (2) El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844". Disponível em https://www.boe.es/, acesso em 20 de outubro de 2023.

[449] "Art. 1.166. É licito aos esposados estipular, no seu contracto ante-nupcial, a favor de um delles ou de ambos, as doações ou deixas que bem Ihes parecer, salvas as seguintes restrições".

[450] "Art. 1.175. Póde qualquer dispor em favor dos futuros esposos, ou de um algum delles, de parte de seus bens ou de todos, me vida ou por morte, com tanto que o faça no proprio contracto ante-nupcial, ou em escriptura pública separada, salvo o que se acha ordenado acerca das doações inofficiosas".

[451] "Art. 946. 1. É proibida a doação por morte, salvo nos casos especialmente previstos na lei. 2. Será, porém, havida como disposição testamenteira a doação que houver de produzir os seus efeitos por morte do doador, se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos".

[452] "Art. 1.700. 1. A convenção antenupcial pode conter: a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos; b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados"

[453] "Art. 1.700. 1. A convenção antenupcial pode conter: (...) c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge".

[454] Art. 2.029. 1. Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou de parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados. 2. Se sobrevier ou se tornar conhecido outro presumido herdeiro legitimário, pode este exigir que lhe seja composta em dinheiro a parte correspondente. 3. As tornas em dinheiro, quando não sejam logo efectuados os pagamentos, estão sujeitas a actualização nos termos gerais.

Sem surpresa, as codificações brasileiras seguiram a mesma linha, como se verá tópico seguinte. Por ora é suficiente apontar que o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.089, determinava que "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva", disposição que seria integralmente reproduzida no artigo 426 do Código Civil de 2002.

1.4.3. Um possível *opt out* ao sistema restritivo: os contratos sucessórios excepcionalmente admitido pelo Direito brasileiro

Em que pese a histórica proibição aos pactos sucessórios, esta nunca se apresentou em caráter absoluto, comportando exceções desde o direito romano e mesmo na era das codificações, ainda que restritas às hipóteses legalmente admitidas. Tais exceções representam contratos sucessórios válidos, a revelar a existência, mesmo no direito vigente, de um *opt out* juridicamente permitido para aqueles que, a despeito do direcionamento legal em sentido contrário, desejem regular sua sucessão por meio de negócio jurídico entabula entre vivos. Cumpre verticalizar a investigação para confirmar se também o direito brasileiro admitia instrumentos de exercício de liberdade contratual *causa mortis* e, em caso positivo, se tais hipóteses subsistem no direito nacional contemporâneo.

Embora essa proibição aos contratos sucessórios já estivesse presente nas Ordenações Filipinas[455], e tenha sido mantida na Codificação de 1916[456] e de 2002[457], nunca foi absoluta no Direito brasileiro, admitindo excepcionais hipóteses em que eram permitidas, como se extrai por breve revisitação destas legislações.

Nas Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil de 1603 até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, os contratos sucessórios são mencionados de forma indireta, dentro do regramento das penas convencionais, situado no Livro quarto, Título 70, especificamente nos parágrafos terceiro e quarto:

> "3. Outrosi, se em algum contracto torpe for posta pena, ou em outro, que segundo razão natural não se pode cumprir, não se pode levar, nem demandar tal pena.
> Nem quando o contrato fôr per Direito reprovado, de maneira que per juramento não possa ser confirmado; assi como, se algum homem prometesse a outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos sob certa pena de todos seus bens moveis e de raiz, direitos e auções, havidos e por haver, não reservando delles para si cousa alguma; ou fosse feito contracto sobre a herança de pessoa viva, per que aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja sob certa pena,

---

[455] Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 70, §§3º e 4º.
[456] Código Civil de 1.916, art. 1.089: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".
[457] Código Civil de 2.002, art. 426: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

> porque taes contractos são assi ilícitos e per Direito reprovados, que não podem per juramento ser confirmados: E por conseguinte as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar.
> 4. E sendo os contractos taes, que posto que sejam contra o Direito, podem ser confirmados por juramento, poder-se-há levar a pena entre os contrahentes posta, se o contracto não fôr cumprido por aquelle, que prometeu de o cumprir; assi como, se fosse feito contracto entre dous, ou mais, que speravam ser herdeiros por morte de algum, que ainda seja vivo, que por sua morte algum delles não herdasse em sua herança, ou se algum delles fizer convença com aquelle, de cuja herança se trata, per que não possa herdar nella, ou em outro semelhante caso; porque ainda que tal contracto em alguns casos por Direito não valha, pode-se confirmar segundo Direito Canônico por juramento, por não ser tão reprovado, como os outros, de que se acima fez menção. E por tanto bem se pode pedir e levar a pena prometida em ele, se se não cumprir[458].

Do texto destes dispositivos, depreende-se que o parágrafo terceiro impõe restrição aos contratos que tivessem por objeto "a promessa a outro sob certa pena de o fazer herdeiro" e "contracto sobre a herança de pessoa viva, per que aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja", hipóteses que se limitam aos contratos sucessórios aquisitivos (ou de instituição), por meio do qual se nomeia herdeiro quem, ao tempo do contrato, não o era.

A primeira parte do parágrafo quarto, porém, parece apresentar a primeira exceção a proibição destes pactos, notadamente quando "confirmados por juramento". Tratava-se de procedimento pelo qual os contratantes obtinham "para este fim, uma dispensa do Desembargo do Paço como se vê do §87 do respectivo Regimento". Como o Desembargo do Paço foi extinto pela Lei de 22 de setembro de 1828, sem que tal atribuição fosse concedida à outra autoridade[459], pragmaticamente estaria revogada da admissão excepcional de tais pactos por meio de juramento.

Na sequência, o parágrafo quarto toma por reprovados também os contratos "de cuja herança se trata, per que não possa herdar nela", obstando assim o contrato renunciativo pelos quais quem seria herdeiro deixaria de sê-lo, ou pelo qual alguém se compromete a não herdar de terceira pessoa, e em sua parte final abre uma segunda exceção: encerra o dispositivo estatuindo que "ainda que tal contracto em alguns casos por Direito não valha, pode-se confirmar segundo Direito Canônico por juramento, por não ser tão reprovado, como os outros, de que se acima fez menção".

---

[458] ALMEIDA, Cândido Mendes de. Ordenações Filipinas. Livro Quarto. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870, p. 882.
[459] ALMEIDA, Cândido Mendes de. Ordenações Filipinas. Livro Quarto. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870, p. 882.

Ora, se as próprias ordenações admitiam que o contrato renunciativo "em alguns casos por Direito não valha", é porque, em outros casos, valia. Ou seja, ainda que a regra geral fosse de sua invalidade, havia exceções em que eram admitidos pelo Direito.

Gouveia Pinto afirma que desta disposição "se pode inferir que em alguns casos são válidos; porém, como não achamos lugar algum das Ordenações em que elles se aprovem, antes vêmos no princípio mesmo do § estabelecer que taes contratos são contra Direito", concluindo ao final que "em regra os pactos successorios tanto de succedendo, como de non succedendo são reprovados por Direito, e inadmissíveis em o nosso Foro como torpes, e contrários não só ao Direito comum, mas à razão, e o Direito Natural"[460]. Ao incluir a expressão "em regra", porém, acaba por incidir na crítica que ele próprio faz sobre as ordenações, notadamente de não prever em quais casos os contratos sucessórios seriam admitidos.

Em notas apostas ao texto destes dois parágrafos das Ordenações Filipinas, Candido Mendes de Almeida cita a posição de Coelho da Rocha, para quem, à luz das Ordenações, os pactos sucessórios são proibidos, excetuando-se (a) os que versam sobre herança de terceiro, quando consentido por este; (b) quando contém doação para casamento determinado, ou estipulada no contrato antenupcial, como estaria permitido na Lei de 17 de agosto de 1761[461].

Em terras brasileiras, Lacerda de Almeida compartilha da mesma posição de Coelho da Rocha quanto aos pactos sucessórios admitidos na vigência das Ordenações Filipinas. Revisitando as fontes doutrinárias utilizadas pelos partidários da inadmissão ampla destes contratos, Lacerda de Almeida questiona a exatidão da opinião atribuída aos autores pretéritos, especificamente de que sustentariam a proibição geral dos pactos sucessórios, quando em verdade "tratam todos do pacto de adquirir ou de renunciar herança de terceiro 'adhue viventis', e está nisso a imoralidade, o corvejar sobre o espolio de quem ainda vive, que dá fundamento e razão à prohibição legal", mas esclarece que a proibição se restringiria a estes pactos, pontuando que "em nenhum praxista nosso ou autor estrangeiro dos que podem elucidar e fundamentar a

---

[460] GOUVEIA PINTO, Antonio Joaquim de. Tratado regular e pratico de testamentos, e successões. 4ª ed. Lisboa: Tupographia de José Baptista Morando, 1844, p. 108.

[461] A Lei de 17 de agosto de 1761 regulava a herança dos fidalgos, de seus filhos e suas filhas, e em seu artigo §8, dispunha: "Nos dous casos, acima contemplados, de serem as esposas Damas da Rainha, minha sobre todas muito amada e prezada mulher; ou de serem herdeiras: ordeno pelo que pertence às primeiras, que além da décima das rendas dos bens do casal em que viuvarem, lhes fiquem precipuas as suas tenças por todo o tempo que lhes durar a vida, sem que lhes possa diminuir em razão dellas cousa alguma dos Apanagios, ou alimentos, acima ordenados; E pelo que toca às segundas, que como senhoras das suas casas possam estipular com seus respectivos esposas, assim para a vida como para a morte, as reservas, e condições que bem lhes parecer, como até agora se praticou, sem a menor diferença".

intelligencia desta matéria entre nós vi extender a prohibição de taes pactos às convenções que entre si podem celebrar duas pessoas acerca de suas respectivas sucessões"[462].

Em síntese, ao menos duas exceções à proibição dos pactos sucessórios estariam consagradas nas Ordenações Filipinas: as disposições sobre a própria herança e aquelas realizadas em convenções antenupciais.

Na primeira exceção, alguns autores defendiam estar compreendida a partilha em vida. Embora as Ordenações regulassem a partilha no título XCVI do Livro quarto, sem qualquer referência a esta figura, sustentava Lobão que seria sentimento comum de todos os doutores "que os pais podem tento por acto entre vivos, como por última vontade, dividir os seus bens por seus filhos, ainda com desigualdades, contanto que a cada hum fique salva a legítima"[463]. Segundo Caio Mario, "sua origem histórica é remotíssima, conhecida nos Direitos egípcio, hindu e hebreu. A sua presença em nossos costumes vem do Direito Romano, que a conheceu sob as duas modalidades que ainda hoje se praticam: partilha por via de doação (*divisio parentum inter liberos*) e por meio de testamento (*testamentum parentum inter liberos*)"[464].

Para além desta primeira exceção, admitia também a pactuação *causa mortis* em pacto antenupcial, por considerar que a Lei de 17 de agosto de 1761 não é uma excepcionalidade, de aplicação restrita aos fidalgos, mas sim disposição que traduz prática universalmente aceita, validando assim também a segunda exceção indicada por Coelho da Rocha.

Até aqui já seria possível afirmar que ao menos durante a vigência das Ordenações Filipinas, a regra era a inadmissibilidade dos contratos sucessórios, admitindo a legislação que esta restrição fosse excepcionada, ainda que sem explicitar em quais casos.

Tal desiderato, de explicitar as exceções admitidas, parece ter sido deixado para a doutrina, que a despeito de não ter vacilado em analisar a admissibilidade dos pactos sucessórios, não logrou construir uma posição uniforme sobre o tema, como se extrai dos pareceres emitidos pelos jurisconsultos brasileiros do início do século XX sobre a sucessão de Anna Valderato.

O caso, aparentemente célebre em sua época, é reproduzido por Cândido de Oliveira Filho, professor da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro e advogado da causa, em obra

---

[462] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, p. 517

[463] LOBÃO. Notas a Mello, parte III, título XII, §3, n. 5, *Apud*, BARREIROS, José António. A partilha em vida no Código Civil: ensaio preliminar. Revista da Ordem dos Advogados, ano 37, vol. III, set.-dez. 1977, p. 604.

[464] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390

de publicada pelo próprio autor com o título "Pacto successorio no direito brasileiro"[465]. A lide tinha por cenário fático o pacto antenupcial entabulado por escritura pública datada de 2 de setembro de 1860, tendo por outorgante Anna Julia de Souza e como outorgado Alfredo Camillo Valdetaro com a seguinte previsão:

> **Primeira**. Que a outorgante se dota com todos os bens, direitos e acções, que actualmente possue para que goze de todos os privilégios que por direito são concedidos aos bens dotaes.
> **Segunda**. Que não haverá comunicação alguma nos bens dotaes e nem nos que para o futuro adquirir por herança, legado, doação ou por outro qualquer título.
> **Terceira**. Que fallecendo qualquer dos conjuges serão seus filhos os seus herdeiros.
> **Quarta**. Que fallecendo qualquer dos conjuges sem filhos vivos, será o conjuge supertite hedeiro da meiação dos bens do conjuge falecido; assim, falecendo o marido, a mulher sahirá com os bens dotaes e incommunicaveis e mais com a meiação dos bens do marido, sem que os herdeiros deste tenham direito algum aos bens dotaes e incommunicaveis da mulher, e o mesmo terá logar a respeito do marido, falecendo a mulher sem filhos vivos.
> O que tudo sendo ouvido pelo outorgado dr. Alfredo Camillo Valdetaro, por elle foi dito que aceitava a presente escriptura com todas as condições nella estipuladas[466].

Realizado o casamento, ambos os cônjuges fizeram testamentos: Alfredo, em 1907[467], e Anna em 1915, sem que qualquer deles instituísse ao outro como herdeiro, mas pelo contrário, deixando sua parte disponível em favor de terceiros por eles nomeados. Anna acabou falecendo antes de Alfredo, e em sua sucessão instaurou-se celeuma sobre a validade do contrato sucessório contido na escritura pública antenupcial, bem como sobre quais bens iriam compor o acervo hereditário a que fariam jus os herdeiros instituídos por Anna.

Foram consultados os jurisconsultos da época sobre o caso concreto, especificamente sobre qual teria sido o regime de bens adotado pelas partes, se poderiam os cônjuges ter

---

[465] OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

[466] OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação, p. 39-41. O que se extrai é que, para os bens presentes e futuros de Anna, aplica-se um regime de incomunicabilidade, ao passo que para os bens presentes e futuros de Alfredo, inexistindo disposição específica, aplica-se o regime supletivo da comunhão universal de bens, conforme legislação da época. Ainda que o regime estabelecido seja manifestamente desproporcional, não é ilícito, como advertiu Clóvis Bevilaqua: "Nem cause extranheza a desegualdade, que a convenção antenupcial, assim, estabelece. Permittindo a lei que os conjuges pactuem o seu regime de bens como entenderem, respeitadas as disposições de ordem pública, é claro que pode um dos conjuges estipular, para si, vantagens, que não correspondam ou pareçam não corresponder às do outro. Quando um casal vive, exclusivamente, dos rendimentos do dote trazido pela mulher, não há desegualdade em favor do marido?" (BEVILAQUA, Clóvis. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação).

[467] Merecem menção duas curiosidades sobre o citado testamento. A primeira é que nomeia como testamenteiro o Doutor Amaro Cavalcanti, juiz do Supremo Tribunal Federal, algo no mínimo incomum. A segundo é a escolha do testador que, a despeito de ter considerável patrimônio, assim dispôs quanto ao seu sepultamento: "deve o meu enterro ser feito modestamente, de segunda classe, sem a presença de sacerdotes, nem emblemas de qualquer religião, em cova rasa, onde ficará o cadaver até que, decorridos os cinco annos, sejam os restos recolhidos ao ossario commum".

revogado unilateralmente a nomeação recíproca como herdeiros constante do pacto antenupcial, se poderiam ter em conjunto revogado tacitamente a nomeação recíproca constante do pacto antenupcial e, por fim, quais bens iriam compor o acervo de Anna.

Os pareceres ofertados, mais do que responder ao caso concreto, revelam com cores nítidas as correntes doutrinárias da época.

Pela validade do contrato sucessório entabulado em convenção antenupcial, posicionaram-se Ruy Barbosa, João Mendes Junior, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, Antonio Bento de Faria, Alfredo Pinto Vieira de Mello, João M. de Carvalho Mourão, Epitácio Pessôa[468] e Lacerda de Almeida.

Ruy Barbosa ofereceu parecer defendendo a admissibilidade de pactos sucessórios quando estipulados em contrato antenupcial. Para tanto, reconhece que o título 70 das Ordenações Filipinas exprime uma vedação geral aos contratos sucessórios, mas esta generalidade "mantém intacto o direito peculiar às especialidades", dentre elas, a exceção antenupcial, admita pela Lei de 1761. Atribui tais disposições *causa mortis* a natureza jurídica de doações condicionadas a morte, e como tal, seriam revogáveis por qualquer dos outorgantes antes do implemento da condição pelo primeiro falecimento, revogação esta que poderia se dar pela forma expressa ou tática, mediante a pratica de outro ato contrário à estipulação ou com ela incompatível, como fizeram os cônjuges por meio de seus testamentos[469].

Na mesma linha, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça viu nas cláusulas 3ª e 4ª "um pacto sucessório, ou antes, uma doação causa mortis reciproca entre os esposos". O autor reconhece que embora os contratos sucessórios sejam vedados, as Ordenações implicitamente os admitiam quando firmados em convenções antenupciais, como sustentavam Lobão, Coelho da Rocha, Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho. Sendo válidas as disposições, a elas aplicou o regime jurídico das doações causa mortis, entendendo-as sempre revogáveis, o que foi feito por cada contratante em seu respectivo testamento[470].

Alfredo Pinto Vieira de Mello, embora admitisse no plano abstrato a validade das disposições de última vontade veiculadas por pactos antenupciais, considerou no caso concreto inválida a disposição da cláusula 4ª, por submeter a validade das disposições causa mortis aos

---

[468] "Estou de inteiro accôrdo com as conclusões a que chegou o illustre Sr. Dr. Clóvis Bevilaqua no seu douto parecer, tanto mais quanto sou dos que pensam que o nosso direito não veda a estipulação dos pactos sucessórios nas convenções antenupciais" (PESSÔA, Epitacio. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação).

[469] BARBOSA, Ruy. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

[470] CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

requisitos formais do testamento, dentre os quais a presença de cinco testemunhas exigida pela lei vigente[471]. A posição é interessante pois, ao contrário da maioria da doutrina, invoca a aplicação analógica das regras da sucessão testamentária ao pacto antenupcial.

Carvalho Mourão[472], embora admitam a validade das cláusulas sucessórias, advogam que não poderiam ser revogadas unilateralmente, por não constituírem doação causa mortis, mas sim verdadeiro contrato sucessório, revogável apenas por mútuo acordo.

Em sentido contrário, Clóvis Bevilaqua, o desembargador Joaquim Augusto Ferreira Alves, Inglez de Souza e Abelardo Lobo, tomavam por inadmissíveis os contratos sucessórios, mesmo quando realizados em sede pré-nupcial.

Clóvis Bevilaqua apresentou posição diversa, afirmando que os pactos sucessórios não são permitidos pelo direito brasileiro, nem mesmo em convenções antenupciais, que consistiria em exceção contrária à essência do direito sucessório e dos regimes de bens do casamento, afinal as disposições de última vontade são sempre revogáveis, ao passo que o regime de bens era então imutável. Independentemente da invalidade das disposições, considera que seriam revogáveis, pois a imutabilidade do regime de bens apenas a ele se refere, não se estendendo para as disposições *causa mortis*[473].

Ladeando o projetista do Código de 1916, Joaquim Augusto Ferreira Alves considerou as disposições contidas nas cláusulas 3ª e 4ª "pacto successorio nullo e reprovado pela Lei, referendando sua posição nas próprias Ordenações e também na doutrina de Laffayette, Teixeira de Freitas e Antonio Pires de Albuquerque, sufragando, caso fossem válidas as disposições, terem sido posteriormente revogadas por cada um dos testamentos que lhe seguiram[474]. Chegando a mesma conclusão, mas por argumento diverso, Abelardo Lobo considera que o pacto sucessório é proibido, mas em razão de sua imoralidade, que subsistiria mesmo quando abrigada em pacto antenupcial[475].

Desta breve revisitação histórica colhem-se algumas constatações relevantes ao presente capítulo.

---

[471] MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.
[472] CARVALHO MOURÃO, João M. de. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.
[473] BEVILAQUA, Clóvis. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.
[474] ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. Parecer. São Paulo, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.
[475] LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

A primeira de que, conforme doutrina majoritária da época, durante a vigência das Ordenações Filipinas (1603 a 1917) a proibição dos contratos sucessórios não era absoluta, admitindo as exceções previstas pela legislação, dentre as quais a partilha em vida e as disposições contidas em convenções antenupciais.

A segunda de que a proibição aos pactos sucessórios, ainda que de alcance controverso, não se aplicava às doações *causa mortis*, admitidas pela maioria absoluta dos pareceristas, que inclusive a invocam como fundamento para legitimar a revogabilidade das disposições. Carvalho Mourão é enfático ao apontar essa possível contradição: "se pacto sucessório em convenções matrimoniais e doação causa mortis são a mesma cousa; porque se discute tanto se são, ou não, prohibidos, entre nós, taes pactos? Quem duvida que sejam validas em nosso Direito as doações causa mortis?"[476]. Daí que, a despeito da posição minoritária da doutrina, a proibição aos contratos sucessórios apresentava também como exceção a doação *causa mortis*.

Terceiro, que a interpretação tanto da legislação quanto da doutrina era controversa entre os jurisconsultos. Quanto à legislação, ambas as posições invocam as Ordenações Filipinas, seja para sustentar a excepcional validade dos pactos constantes em pré-nupciais, seja para sustentar sua proibição. Na interpretação da doutrina, como o leitor atento já deve ter percebido, ambas as posições citaram como partidária de sua posição, Augusto Teixeira de Freitas, "o jurisconsulto do império"[477]. Carvalho de Mendonça o invoca como partidário da validade das disposições causa mortis em pactos antenupciais, e Joaquim Ferreira Alves como partidário dos que repudiam a validade destas disposições.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, manteve-se no Direito brasileiro a proibição aos pactos sucessórios, porém, com maior clareza quanto às exceções legalmente admitidas. Reproduzindo a justificativa, de equivocada generalidade, de que todos os pactos sucessórios seriam imorais por fomentar o desejo de morte do autor da herança[478], e de que tais pactos atentariam contra a liberdade sucessória do próprio autor da herança, o artigo 1.089 da codificação expressamente previa regra geral proibitiva, estatuindo que "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva". Mantida a justificativa, permanecem cabíveis as críticas

---

[476] CARVALHO MOURÃO, João M. de. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

[477] VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama, 2010, p. 13.

[478] "O Código Civil, fiel à tradição do nosso direito, condena os pactos sucessórios. Realmente, a sucessão pactícia oferece grandes inconvenientes: a) Determina o surto de sentimentos imorais, porque toma por base de suas combinações a morte da pessoa, de cuja sucessão se trata, sejam os pactos aquisitivos (de succedendo), sejam renunciativos (de non succedendo). (...) Contraria o princípio da liberdade essencial às disposições de última vontade, que devem ser revogáveis, até o momento da morte do disponente" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 204).

que já lhe era dirigidas: nos pactos em que o próprio autor da herança é partícipe, não é razoável supor que ele passará a desejar a própria morte; na mesma senda, é patente o questionável paternalismo autoritário de se restringir a liberdade sucessória do autor da herança sob o argumento de proteger esta mesma liberdade, de protegê-lo contra si mesmo.

Textualmente, a regra já não fazia qualquer distinção ao pacto institutivo ou renunciativo, tampouco entre os pactos que versem sobre a herança de terceiro ou sobre a própria herança, como também não reproduziu a excepcional validade aos pactos mediante dispensa conferida pelo Tribunal do Paço[479], mas o Código excepcionava a proibição geral: "duas exceções, entretanto, insinuaram-se, destruindo a pureza do sistema do Código: a) nos contratos antenupciais, é lícito aos cônjuges regularem a sua sucessão recíproca; b) podem os pais por ato entre vivos, partilhar os seus bens com os filhos (art. 1.776)"[480].

O projeto original apresentado por Clóvis Bevilaqua não continha nenhuma destas exceções[481].

A primeira fora apresentada em proposta da comissão revisora do governo, e previa a possibilidade de doação causa mortis no pacto antenupcial. Acabou consagrada nos artigos 256, 257 e 314, dispondo este que "as doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele. Parágrafo único. No caso, porém, de sobreviver o doador a todos os filhos do donatário, caducará a doação". A doutrina reconhecia que tal hipótese, mais do que uma doação causa mortis, admitia hipótese de instituição contratual (pacto institutivo), cuja admissão apenas se justificava em homenagem ao casamento[482].

---

[479] "Desaparecera a exceção, que as ordenações faziam em favor dos pactos renunciativos (de non succedendo), quando fossem jurados (ord., 4, 70, §3); porque se extinguira o tribunal de desembaraço do paço, autoridade competente para permitir os contratos sob juramento, e essa faculdade não foi concedida a outro qualquer órgão do poder público" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 204).

[480] BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 204.

[481] "O projecto primitivo, que não admittia a successão pactícia, ainda que estabelecida somente nas escripturas antenupciais, não continha disposição semelhante a que se encontra no presente artigo (314) do Código Civil. (...) Este artigo é da comissão revisora do Governo por proposta do dr. Barradas" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 737-738).

[482] "Geralmente, porém, considera-se no art. 314 não a configuração de uma donatio causa mortis, mas o acolhimento de uma exceção no nosso sistema jurídico. (...) É uma instituição contratual permitida em favor do casamento" (NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessões testamentárias. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 48-49); "há, neste caso, de doação para depois da morte do doador, uma verdadeira instituição contractual de herdeiros, que não se coaduna bem com o systema jurídico de ritualidades rigorosas para os testamentos. Não obstante, por influências diversas, introduziu-se nos costumes, pois é, afinal, um pacto sucessório, que muitos autores admittiam nas escripturas antenupciaes, comtanto que se referissem somente aos cônjuges"

A segunda, partilha em vida, também fora proposta pela comissão revisora, e acolhida pela Câmara dos Deputados com a seguinte justificativa:

> "O projecto primitivo não consignava esta disposição, que foi nelle incluída pela Commissão Revisora. O nosso direito reconhecia, pela Ord. do L. 3, tit. 59, a validade das partilhas que se effectuavam por acto entre vivos, entre o pae e o filho, genro e nóra; mas, na pratica, essa prescripção da Ord. foi raras vezes observada; de modo que não se póde dizer que realmente existisse entre nós esse modo de partilhar os bens da herança; eram, em regra, contractos de doação que se faziam entre pae e filho, e só nesse caráter eram considerados. A disposição, pois, do artigo vem firmar esta nova fórma de partilha, e por modo mais conveniente do que o prescripto na citada Ordenação"[483].

Com a aprovação tanto pela Câmara quanto pelo Senado, a partilha em vida foi positivada no artigo 1.776 do Código Civil, com a seguinte redação: "é válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessário".

Em 1975, quando da apresentação do Projeto de Código Civil elaborado pela Comissão dirigida por Miguel Reale, o professor Torquato Castro, responsável pelo projeto do livro das sucessões, afirmou a necessidade de se romper com algumas tradições e regras sucessórias herdadas ainda do Brasil colônia e buscar "maior liberdade para regular esse aspecto"[484].

Em que pese a anunciada liberdade na regulação do tema, o projeto apresentado pela comissão Miguel Reale manteve a dualidade de modalidades de sucessão e a proibição geral aos pactos sucessórios, e ainda foi além, revogando a disposição que permitia excepcional sucessão contratual por meio de doações causa mortis entabuladas no pacto antenupcial, hipótese que estava expressamente consagrada no artigo 314 da codificação anterior[485].

(BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 737-738).

[483] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917; MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida? Revista dos Tribunais, RT 21/221, abr. 1917, p. 290.

[484] "Ainda estamos ligados àqueles velhos processos europeus das sucessões por estirpe genealógica, que está desaparecendo aos poucos. Esses resquícios recebemos do Brasil-Colônia, mas naturalmente não temos muita coisa que ver com isso. Então há necessariamente no Brasil maior liberdade para regular esse aspecto" (CASTRO, Torquato. 9ª Reunião de instalação dos trabalhos, em 14 de agosto de 1975. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406/2002. Tomo I. Brasília: Edições Câmara, 2012, p. 370).

[485] "Vale observar que a tradicional 'doação propter nuptia', para depois da morte do doador, desapareceu do nosso sistema, uma vez que o novo diploma civil não repetiu a dicção do art. 314 do Código anterior, que lhe dava sustentação" (GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de doação. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 64). Em sentido contrário, entende Mario Luiz Delgado que a não reprodução da autorização contida no artigo 314 do Código de 1916 pelo Código de 2002 "não implica dizer também a existência de vedação sobre esse instituto, porquanto se deve ter como norte o princípio da autonomia privada na celebração do pacto antenupcial" (DELGADO, Mario. Direito fundamental de herança. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 41), no entanto, a

Ou seja, a vedação expressa aos pactos sucessórios incorporada pelo Código Civil de 1916 foi não só reproduzida como agravada pela Código Civil de 2002, que extirpou uma das suas já raras exceções expressamente admitidas, reduzindo ainda mais o âmbito de liberdade positiva no âmbito sucessório.

A única exceção mantida pelo Código de 2002 foi a partilha em vida, enunciada no artigo 2.018 da atual codificação e que reproduz, com pequena alteração, o artigo 1.776 do Código anterior. Tratando de contrato que tem por objeto a partição da herança de uma pessoa ainda vida, constitui claro contrato sucessório excepcionalmente admitido, e como bem aponta Mario Luiz Delgado, "havendo quem diga não configurar pacto sucessório, é claro que quem nega essa natureza o faz tão somente para negar que se trata de exceção ao art. 426 do Código Civil"[486].

E é neste ponto que a pesquisa chega ao tema central da tese apresentada, especificamente ao constatar que a despeito da repulsa histórica aos pactos sucessórios, remanesce um espaço de liberdade conjunta aos sujeitos da sucessão, notadamente, a partilha em vida. Na linha dos marcos teóricos adotados, a proibição aos pactos sucessórios parece não representar um modelo de paternalismo coercitivo, que de todo aniquila as possibilidades de construção de um regime sucessório consensual próprio, mas sim um modelo de paternalismo libertário, que estabelece como regra padrão a proibição da contratação e a intangibilidade da legítima, mas salvaguarda aos sujeitos da sucessão um meio de um *opt out,* um espaço de liberdade que lhes permita um regramento próprio distinto dos regimes da sucessão legítima ou testamentária.

Este *opt out* encontra instrumental na única exceção à regra proibitiva dos contratos sucessórios que sempre foi admitida no direito brasileiro: a partilha em vida, que a despeito da potencialidade que lhe é inerente pelo só fato de constituir contrato sucessório permitido, não teve até hoje uma obra monográfica a ela dedicada, tampouco a construção de um modelo jurídico que reflita sua natureza e seus elementos.

A tal figura jurídica ambos os Códigos Civis dedicaram um único dispositivo, cuja redação[487] se limita a atribuir validade à partilha feita pelo autor da herança e seus herdeiros. Constata-se daí que toda a regulamentação legal para a sucessão negocial no Código Civil se

---

ausência de autorização legal expressa atrairia a incidência da proibição geral dos contratos sobre herança, prevista no artigo 426 do Código Civil.

[486] DELGADO, Mario. Direito fundamental de herança. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 41.

[487] Código Civil de 2.002, art. 2.018: "É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários".

encontra, hoje, concentrada apenas no artigo 2.018, com elementos textuais insuficientes à relevação de um regime jurídico.

Seja pela excepcionalidade da regra, seja por desinteresse legislativo, a elaboração de seu regime jurídico parece ter sido deixada para a doutrina[488].

Talvez pelo próprio autor da codificação ter se posicionado contrariamente a inclusão de tal figura no Código de 1.916, e posteriormente tê-la atribuído a pecha de "planta exótica"[489], a doutrina nacional nunca lhe deu grande atenção, produzindo reduzido número de textos a ela dedicados[490], que entre si não lograram atingir um suficiente consenso que pudesse dar ensejo a um modelo jurídico[491]. Não faltaram críticas à partilha em vida, em sua maioria derivadas justamente da ausência de um modelo jurídico suficientemente seguro.

Orlando Gomes denunciou ser figura "de configuração imprecisa e natureza controvertida"[492]. José da Silva Pacheco advertia que por sua "imprecisão e natureza controvertida, vem sendo malhada, em sua trajetória pouco lisonjeira, entre os institutos do Direto das Sucessões"[493]. Caio Mário da Silva Pereira apontou que as críticas da doutrina

---

[488] "A elaboração doutrinária está em desvendar o sistema ínsito ou imanente ao material jurídico (legislação, costumes, etc.), competindo-lhe 'olhar o múltiplo na sua articulação' e interessando-lhe 'quer o desenvolvimento de conceitos, quer a exposição das regras jurídicas segundo o seu nexo interno, quer, por fim, o preenchimento das lacunas da lei (...) por meio da analogia'. O mister doutrinário não é apenas o de explicitar o direito positivado, esclarecendo o significado de seus textos, mas, justamente, o de construir soluções jurídicas úteis à prática, possibilitando resolver os problemas da humana convivência" (MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14-15).

[489] "Entre nós é planta exótica, apesar da tradição romana, que, provavelmente, não medrará" (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. VI. 8 edição, atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269).

[490] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917; MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida? Revista dos Tribunais, RT 21/221, abr. 1917; DUARTE, Paulo Roberto. Doação de paes a filhos com reserva de usufructos. Partilha em vida. Revista dos Tribunais, RT 47/272, jul. 1923; GOMES, Orlando. Parecer. Revista dos Tribunais, RT 176/21, nov. 1948; NUNES, Antônio de Pádua. Partilha em vida. *Revista dos* Tribunais, São Paulo, v. 13, n. 293, mar. 1960; GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980; WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987, p. 7-15; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres, Direito civil, São Paulo: Ed. RT, 1995.

[491] REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico.* São Paulo: Saraiva, 1994.

[492] GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 331.

[493] PACHECO, José da Silva. *Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 635.

ecoaram para a jurisprudência, tornando-a "vacilante e insegura"[494], o que sem surpresa reverberou também em sua pouca aderência social, apurada por Silvio Rodrigues[495].

Mesmo tendo recebido renovada oxigenação pela doutrina nos últimos anos, notadamente pela publicação de relevantes artigos científicos[496], a figura da partilha não teve ainda obra monográfica de maior extensão a ela dedicada, tampouco alcançou consenso quanto a sua natureza[497] e, de consequência, seu regime jurídico.

A limitação da fonte legal a um único dispositivo e a carência de desenvolvimento da figura da partilha em vida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, de certo modo justificam a ausência de um consenso quanto a sua natureza ou quanto ao regime jurídico desta espécie de contrato sucessório. É a partir desta constatação que a pesquisa, reconhecendo a insuficiência do desenvolvimento da partilha em vida no direito brasileiro e, de consequência, uma lacuna a ser preenchida por uma tese de doutoramento, se volta ao direito comparado para nele buscar elementos que possam contribuir com o "canteiro de obras"[498] da partilha em vida, desenvolvido no terceiro e último capítulo.

Sendo certo que não só o Direito brasileiro, mas possivelmente todos os ordenamentos jurídicos de família romano-germânica enfrentam o desafio de conciliar a liberdade sucessória com a proteção da família, e que nesta medida devem possuir institutos cuja função seja correlata a da partilha em vida (incremento de liberdades aos sujeitos da relação jurídica

---

494 "Os civilistas faziam-lhe, contudo, restrições, que ecoavam na jurisprudência, a esse respeito vacilante e insegura" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390).

495 "A prática brasileira, talvez em virtude do uso reduzido do testamento, demonstra ser insignificante o recurso à partilha em vida" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296-297).

496 BARBOZA, Heloisa Helena. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos.* Revista Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016; BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017; RAMOS, André Arnt. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.028 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 301-310; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. Breves notas sobre a sucessão contratual no direito brasileiro: o instrumento da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 81-92; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 483-494. ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 251-268. BUNAZAR, Maurício. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. Salvador, n. 279, setembro de 2023.

497 "Não obstante a partilha em vida estar positivada há mais de um século, não há muitos estudos específicos sobre ela, tampouco consenso sobre sua natureza jurídica" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023).

498 ZIMMERMANN, Reinhard. The new German law of obligations: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 228.

sucessória), o conhecimento, análise e comparação de outros sistemas de matriz romano-germânica apresenta imenso potencial à presente tese.

Partindo da constatação de que diferentes sociedades costumam enfrentar problemas similares[499], a comparação jurídica permitirá colher séculos de desenvolvimento de respostas jurídicas aos mesmos desafios, abrindo caminho não só a uma melhor compreensão do nosso próprio ordenamento (afinal, a análise crítica demanda parâmetros de comparação) como também o recurso àquelas soluções quanto verificada a compatibilidade de sua aplicação ao sistema nacional.

Por estas razões, parece frutífero, antes de construir uma proposta de modelo jurídico para a partilha em vida no Direito brasileiro, compreender como tal figura jurídica foi construída e como se harmoniza com as demais regras sucessórias em outras experiências jurídicas. É o que se passa a fazer no segundo capítulo.

---

[499] "The legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results" (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law.* Translated by Tony Weir. 3rd ed. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing, 1998, p. 35).

2. EM BUSCA DE RESPOSTAS A UM PROBLEMA COMUM: O RECURSO AO DIREITO COMPARADO

2.1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA E JUSTIFICATIVA PARA O RECURSO AO DIREITO COMPARADO

No capítulo anterior foi possível constatar que o direito sucessório brasileiro vive uma dupla crise, dogmática e funcional, decorrentes do desafio de simultaneamente dispor de um regramento que possa de um lado garantir a proteção da família do falecido quando da abertura da sucessão, e de outro permitir suficientes espaços de liberdade para que os sujeitos da relação jurídica sucessória possam regular a sucessão.

É essa constatação que justifica a presente tese, cujo objetivo inicial foi delimitar os espaços de liberdade positiva dentro do direito sucessório e os instrumentos jurídicos que permitam os sujeitos da relação sucessória, nos limites da legalidade constitucional, construir uma normatividade própria para a sucessão familiar.

Neste percurso, destacaram-se ao menos dois espaços de liberdade na espacialidade sucessória: liberdade negativa, voltada à proteção da herança e impeditiva tanto do confisco estatal quanto do irrestrito arbítrio do testador[500]; e liberdade positiva, como decorrente da autonomia privada e, dentre outras faculdades, vocacionada a assegurar ao herdeiro a aceitação, a partilha e a renúncia da herança, e ao testador a livre atribuição patrimonial sobre metade de seu patrimônio e a designação da partilha sobre sua integralidade. Em relação a ambos há no Brasil robusta produção doutrinária e jurisprudencial, de modo que suas balizas se encontram bem delimitadas.

Há ainda um terceiro espaço de liberdade, de fonte negocial, mas historicamente obstado pela proibição legal aos contratos sucessórios. Como já exposto, porém, embora essa proibição já estivesse presente nas Ordenações Filipinas[501], e tenha sido mantida na Codificação de 1916[502] e de 2002[503], nunca foi absoluta, admitindo excepcionais hipóteses em que eram permitidas. Nas codificações brasileiras, a exceção sempre foi a partilha em vida.

---

[500] Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.
[501] Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 70, §§3º e 4º.
[502] Código Civil de 1.916, art. 1.089: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".
[503] Código Civil de 2.002, art. 426: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

A tal figura jurídica ambos os Códigos Civis dedicaram um único dispositivo, cuja redação[504] se limita a atribuir validade à partilha feita pelo autor da herança e seus herdeiros. Constata-se daí que toda a regulamentação legal para a sucessão negocial no Código Civil se encontra, hoje, concentrada apenas no artigo 2.018, com elementos textuais insuficientes à relevação de um regime jurídico.

Seja pela excepcionalidade da regra, seja por desinteresse legislativo, a elaboração de seu regime jurídico parece ter sido deixada para a doutrina[505].

Talvez pelo próprio autor da codificação ter se posicionado contrariamente a inclusão de tal figura no Código de 1.916, e posteriormente tê-la atribuído a pecha de "planta exótica"[506], a doutrina nacional nunca lhe deu grande atenção, produzindo reduzido número de textos a ela dedicados[507], que entre si não lograram atingir um suficiente consenso que pudesse dar ensejo a um modelo jurídico[508]. Não faltaram críticas à partilha em vida, em sua maioria derivadas justamente da ausência de um modelo jurídico suficientemente seguro.

Orlando Gomes denunciou ser figura "de configuração imprecisa e natureza controvertida"[509]. José da Silva Pacheco advertia que por sua "imprecisão e natureza controvertida, vem sendo malhada, em sua trajetória pouco lisonjeira, entre os institutos do Direto das Sucessões"[510]. Caio Mário da Silva Pereira apontou que as críticas da doutrina

---

[504] Código Civil de 2.002, art. 2.018: "É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários".

[505] "A elaboração doutrinária está em desvendar o sistema ínsito ou imanente ao material jurídico (legislação, costumes, etc.), competindo-lhe 'olhar o múltiplo na sua articulação' e interessando-lhe 'quer o desenvolvimento de conceitos, quer a exposição das regras jurídicas segundo o seu nexo interno, quer, por fim, o preenchimento das lacunas da lei (...) por meio da analogia'. O mister doutrinário não é apenas o de explicitar o direito positivado, esclarecendo o significado de seus textos, mas, justamente, o de construir soluções jurídicas úteis à prática, possibilitando resolver os problemas da humana convivência" (MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14-15).

[506] "Entre nós é planta exótica, apesar da tradição romana, que, provavelmente, não medrará" (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. VI. 8 edição, atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269).

[507] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917; MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida? Revista dos Tribunais, RT 21/221, abr. 1917; DUARTE, Paulo Roberto. Doação de paes a filhos com reserva de usufructos. Partilha em vida. Revista dos Tribunais, RT 47/272, jul. 1923; GOMES, Orlando. Parecer. Revista dos Tribunais, RT 176/21, nov. 1948; NUNES, Antônio de Pádua. Partilha em vida. *Revista dos* Tribunais, São Paulo, v. 13, n. 293, mar. 1960; GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980; WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987, p. 7-15; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres, Direito civil, São Paulo: Ed. RT, 1995.

[508] REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico.* São Paulo: Saraiva, 1994.

[509] GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 331.

[510] PACHECO, José da Silva. *Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 635.

"ecoaram para a jurisprudência", tornando-a "vacilante e insegura"[511], o que sem surpresa reverberou também em sua pouca aderência social, apurada por Silvio Rodrigues[512].

Mesmo tendo recebido renovada oxigenação pela doutrina nos últimos anos, notadamente pela publicação de relevantes artigos científicos[513], a figura da partilha não teve ainda obra monográfica de maior extensão a ela dedicada, tampouco alcançou consenso quanto a sua natureza[514] e, de consequência, seu regime jurídico.

É justamente a constatação da limitação das fontes legais a um único dispositivo, bem assim da carência de desenvolvimento da figura da partilha em vida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, de modo a não termos ainda um consenso quanto a natureza ou quanto ao regime jurídico desta espécie de contrato sucessório, que justifica e se revela até mesmo imprescindível o recurso ao Direito Comparado, aqui compreendido tanto pelas fontes normativas de outros países quanto pela metodologia desenvolvida para sua análise comparada.

Sendo certo que não só o Direito brasileiro, mas possivelmente todos os ordenamentos jurídicos de família romano-germânica enfrentam o desafio de conciliar a liberdade sucessória com a proteção da família, e que nesta medida devem possuir institutos cuja função seja correlata a da partilha em vida (incremento de liberdades aos sujeitos da relação jurídica sucessória), o conhecimento, análise e comparação de outros sistemas de matriz romano-germânica apresenta imenso potencial à presente tese. Partindo da constatação de que diferentes

---

511 "Os civilistas faziam-lhe, contudo, restrições, que ecoavam na jurisprudência, a esse respeito vacilante e insegura" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 390).

512 "A prática brasileira, talvez em virtude do uso reduzido do testamento, demonstra ser insignificante o recurso à partilha em vida" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296-297).

513 BARBOZA, Heloisa Helena. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos.* Revista Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016; BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017; RAMOS, André Arnt. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.028 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 301-310; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. Breves notas sobre a sucessão contratual no direito brasileiro: o instrumento da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 81-92; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 483-494. ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 251-268. BUNAZAR, Maurício. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. Salvador, n. 279, setembro de 2023.

514 "Não obstante a partilha em vida estar positivada há mais de um século, não há muitos estudos específicos sobre ela, tampouco consenso sobre sua natureza jurídica" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023).

sociedades costumam enfrentar problemas similares[515], a comparação jurídica permitirá colher séculos de desenvolvimento de respostas jurídicas aos mesmos desafios, abrindo caminho não só a uma melhor compreensão do nosso próprio ordenamento (afinal, a análise crítica demanda parâmetros de comparação) como também o recurso àquelas soluções quanto verificada a compatibilidade de sua aplicação ao sistema nacional.

A comparação poderá potencialmente contribuir não só com a busca por espaços de liberdade dentro do direito sucessório como também para a construção de um modelo jurídico para a partilha em vida, seja pela maior segurança advinda da verificação de semelhanças comuns com figuras jurídicas similares adotadas por outros sistemas jurídicos, pela oxigenação das reflexões em razão das diferentes respostas encontradas, ou até mesmo pela constatação de que podem existir outros espaços de liberdade que apresentem igual ou melhor solução por meio de outras figuras jurídicas.

Decorre de tais potencialidades, dentre outras, que o Direito Comparado se presta justamente a "compreensão de determinada categoria, instituto ou mesmo dispositivo legal de certo ordenamento jurídico ante outro sistema, com vistas à igual compreensão do mesmo ponto no próprio sistema do pesquisador ou ao seu aperfeiçoamento"[516]. Daí a justificação e escolha do Direito Comparado para a compreensão de espaços de liberdade no Direito Sucessório e o desenvolvimento da partilha em vida, enquanto instrumento de autonomia privada dos sujeitos da sucessão.

Não se ignora a existência de posicionamentos doutrinários que veem no Direito das Sucessões uma matéria tão fortemente marcada pelos valores culturais de cada povo que estaria incorporado na própria identidade cultural da nação, profundamente enraizado em sua

---

[515] "The legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results" (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law.* Translated by Tony Weir. 3rd ed. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing, 1998, p. 35).

[516] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. A importância do Direito Comparado no estudo do Direito das Sucessões. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). *Direito das Sucessões: problemas e tendências*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 460. Em outra passagem, reiteram os autores que "mais do que proporcionar o conhecimento de um direito estrangeiro, a comparação faculta ao pesquisador o entendimento profundo do seu próprio ordenamento, possibilitando-lhe a descoberta de novos aspectos e novas perspectivas. O sistema jurídico é reexaminado, ampliando-se os horizontes do jurista nacional" (idem, p. 467).

cultura[517][518]. Sob essa perspectiva, a comparação deveria ser evitada, posto que inadequada[519], seja pelas diferenças entre os sistemas serem tão marcantes a ponto de frustrar a busca por similitudes, seja pelo fato de que "suas peculiaridades devem ser preservadas e protegidas como os costumes ou os trajes de um povo, pelo que qualquer tentativa de harmonização ou unificação dos diferentes direitos sucessórios pode parecer um ato de vandalismo"[520].

Por se tratar de um elemento cultural fortemente enraizado em cada sociedade, o Direito das Sucessões pertenceria ao folclore de um país, e nessa medida deveria ser preservado, revelando assim uma tendência de perpetuação e estabilidade. É dizer: as regras sucessórias teriam determinado contorno porque sempre o tiveram, e dentro deles deveriam continuar. Para Reinhard Zimmermann, "assim se explica que o Direito das Sucessões tenha levado a modesta existência de uma Cinderela negligenciada"[521], esquecida, deixada intocada, como monumentos ou peças de museus[522].

Zimmermann confronta a tese de que o Direito Sucessório estaria de tal modo impregnado pela cultura, a justificar ser ignorado em prol de uma suposta cultura nacional.

---

[517] "Many authors are rather sceptical about the possibility of substantive family and succession law unification. (…) Some legal scholars reject unification and even harmonization on the ground that it will lead to a loss of culture" (PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European Succession Law. In: ANDERSON, M.; AMAYUELAS, E. (ed.). The law of succession: testamentary freedom. Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 6-7).

[518] Em sentido contrário, há autores que sustentam que o Direito das Sucessões estaria dentre os ramos do Direito Privado que não são sensíveis à elementos culturais ou políticos, a exemplo de Gerhard Dannemann, professor da Universidade de Oxford de 1997 a 2002 e atualmente professor da Universidade Humboldt de Berlin: "it is easily overlooked that the presumption of similarity as proposed by Zweigert and Kötz has a much more limited field of application. It applies only to those areas of (a) substantive (b) private law which (c) are not culturally or politically sensitive, thus excluding all of public law, criminal law, procedural law, and even family and inheritance law" (DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 401).

[519] "Poucas áreas do direito privado apresentam uma heterogeneidade tão acentuada de regras nos diversos sistemas jurídicos; regras que parecem difíceis de explicar se não for pela reconstrução de seu desenvolvimento histórico, no qual a economia, a demografia e a estrutura social do sistema em questão parecem estar refletidas - mais do que em qualquer outro dado jurídico. É também por essa razão que as sucessões por morte são frequentemente consideradas um assunto tematicamente inadequado para o reconhecimento comparativo" (ZOPPINI, Andrea. Le Successioni in Diritto Comparato. In: SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Comparato. Milano: UTET, 2002, p. 2).

[520] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 1.

[521] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2.

[522] "It has often been stated that the law of succession is one of the most indigenous branches of the law and that it does not lend itself easily to comparative research. The law of succession is, as it were, a part of a country's cultural goods – like its monuments and museums" (WAAL, Marius J. A comparative overview. In: REID, Kenneth G. C.; WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). Exploring the Law of Succession: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p. 3).

Cita, para afastar o suposto enraizamento, o exemplo dos testamentos testemunhados[523]. Embora por muito tempo a Common Law tenha reconhecido o testamento holográfico, desde o Wills Act de 1837 a Inglaterra e todos os países por ela influenciados passaram a adotar o testamento testemunhado, sem que isso tenha afetado a cultura nacional. Da mesma sorte, embora a Alemanha os Países Baixos integrem a mesma família jurídica, o testamento hológrafo foi introduzido na Alemanha em 1900, embora abolido nos Países Baixos em 1838, onde foi reintroduzido em 2003, novamente sem revelar qualquer interferência ou lesão cultural.

Da mesma sorte, anteriormente a apresentação do projeto do livro de direito das sucessões que viria a compor o BGB, Gottfried von Schmitt teria constatado que "todo território alemão, por menor que seja, possui um regime de sucessão intestada característico", e segundo Zimmermann, percebeu também que "a diversidade de regimes estava estribada em reprodução mecânica e irrefletida da tradição, sem qualquer fundamento na intuição legal de cada população ou sua cultura"[524].

As características e até mesmo tendências comuns de modificação do direito sucessório em diversos países também refutam a tese de sua impregnação cultural, revelando tanto o progresso das regras sobre sucessão quanto a busca por tutela jurídica de interesses comuns, mesmo em países diferentes. Todos os países de família romano-germânica proporcionam uma garantia mínima aos descendentes contra o arbítrio do testador[525], revogaram as antigas regras que diferenciavam o regime sucessório de filhos adotados ou extraconjugais e apresentam tendência pela flexibilização das formalidades testamentárias, além de muitos terem alçado o cônjuge ao status de herdeiro legal[526].

Tudo a demonstrar que o aspecto cultural do direito sucessório ou mesmo a diversidade de regimes entre os diferentes países de modo algum constituem uma limitação à comparação[527], mas pelo contrário, tomar o critério territorial como obstáculo apenas levaria ao

---

[523] Testamentos que além da forma escrita, dependem também de testemunhas de sua elaboração, como é regra no direito brasileiro.

[524] ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). Exploring the Law of Succession: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p. 9.

[525] "All civilized systems of law (except for South Dakota) provide some protection against a testator leaving his family too little by giving or bequeathing his estate to others. Civil law systems tend to have rigid, compulsory shares for the deceased's close relatives while common law systems tend to have discretionary judicial provision available" (HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 8).

[526] ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). Exploring the Law of Succession: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, *passim*.

[527] "Deve-se advertir que a diversidade na origem e no desenvolvimento histórico das instituições não constitui uma limitação à compreensão e à comparação; quando muito, as vicissitudes históricas permitem reconstruir as

inevitável isolamento e consequente privação dos benefícios trazidos pelo Direito Comparado[528], afinal, que nos últimos anos tem se provado extremamente valioso ao estudo do Direito Sucessório[529], inclusive em relação ao escopo desta tese, como constatado por Marius J. Waal, professor da Universidade de *Stellenbosch, na África do Sul*.

O autor relata que as pesquisas de Direito Comparado na espacialidade sucessório nos últimos anos tiveram como um dos principais focos a análise da liberdade testamentária e suas limitações em favor da proteção familiar, e dentro deste campo, especialmente os contratos sucessórios. Neste tema, as pesquisas revelaram duas abordagens fundamentais: a das famílias de direito romano, em que tais contratos a princípio são inválidos, e a da família de direito germânico, em que a princípio são válidos. Todavia, essa diferença "aparentemente gritante" é atenuada pelas exceções admitidas em alguns ordenamentos romanísticos, como o contrato sucessório realizado em pacto antenupcial e a doação causa mortis[530]. No Direito Brasileiro, a exceção que aproxima os sistemas de família romana e germânica parece ser justamente a partilha em vida, a referendar o recurso ao Direito Comparado.

Na bela alegoria de Zimmermann, face a série de recentes estudos dedicados ao Direito Sucessório, inclusive em sede comparatista, a "Cinderela parece estar prestes a se transformar numa bela princesa"[531].

2.2. PREMISSAS METODOLÓGICAS QUANTO AO DIREITO COMPARADO E A JUSTIFICATIVA DE SUA UTILIZAÇÃO NO CAMPO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Uma vez justificado o recurso ao Direito Comparado para o propósito da presente tese, cumpre apresentar as premissas metodológicas deste recurso bem assim a justificação das

---

escolhas de política jurídica feitas por cada sistema" (ZOPPINI, Andrea. Le Successioni in Diritto Comparato. In: SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Comparato. Milano: UTET, 2002, p. 3).

[528] "Cherishing law as a Symbol of culture, whatever the circumstances, will inevitably isolate us from the benefits of comparative law" (PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European Succession Law. In: ANDERSON, M.; AMAYUELAS, E. (ed.). The law of succession: testamentary freedom. Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011, p. 7).

[529] "Comparative research has also proved extremely valuable in a number of more specific areas of the law of succession. This has been demonstrated with reference to testamentary formalities, the law of intestate succession, the principles of freedom of testation and its possible limitations, the institution of the trust, and, finally, the transfer of the estate upon death" (WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 1.085).

[530] WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 1.075.

[531] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 2.

escolhas realizadas pelo autor em sua aplicação, até mesmo para não cair no lugar comum da referência ao Direito Comparado de forma meramente retórica.

Não é raro entre juristas o recurso ao Direito de outras nações e mesmo de outros tempos. Por vezes, sua invocação serve como instrumento de convencimento para demonstrar que a tese sustentada é a correta porque 'sempre foi assim', ou porque é esta a resposta adotada 'em diversos países'. Como aponta Antônio Manoel Hespanha, "a vida de todos os dias ensina-nos que os exemplos históricos dão um certo brilho à argumentação dos juristas e, nesse sentido, podem aumentar seu poder de persuasão" [532].

Embora a comparação seja indubitavelmente fértil à pesquisa científica, pode por vezes enganar o jurista que dela pretende se valer sem atentar a necessidade de um método de pesquisa, ou em outras palavras, de um processo organizado, lógico e sistemático de pesquisa. Basta pensar no exemplo de Ícaro, personagem da mitologia grega que em sua tentativa de escapar da ilha de Creta, ignorou que suas asas eram de cera e acabou caindo no mar Egeu e se afogando. Para o jurista não é diferente: ignorar as características do Direito Comparado pode levá-lo a uma conclusão falaciosa. Daí a necessidade de se dedicar atenção aos aspectos metodológicos.

Ao menos quatro responsabilidades devem ser arrostadas: (1) a fidelidade às respostas encontradas, (2) o reconhecimento que um mesmo instituto pode apresentar significados diversos em outro tempo ou lugar, (3) a busca pela neutralidade interpretativa na maior extensão possível e, por fim, (4) o reconhecimento de que direito comparado não se limita ao direito positivo.

Quanto a primeira, é lugar comum na pesquisa jurídica o desejo quase incontrolável do pesquisador de se valer das fontes históricas ou comparadas apenas para confirmar a tese que apresenta, o que por vezes pode levar até mesmo a certa "manipulação" das fontes para cumprirem tal mister[533]. Assim, há um compromisso de apresentar o resultado encontrado na pesquisa, quer ele corrobore quer infirme o objetivo pretendido.

A segunda preocupação decorre da pluralidade semântica de alguns institutos jurídicos, a recomendar cautela ao situar as fontes em seu tempo e em seu espaço, sem pretender compreender um instituto de outro tempo ou de outra nação pelo conceito ou perspectiva do intérprete. Basta pensar como seria incompatível pensar na propriedade do direito francês do

---

[532] HESPANHA, António Manoel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017, p. 13.
[533] STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020, p. 91.

medievo com os contornos que lhe são dados pelo direito contemporâneo. Daí a advertência de que "a grande preocupação que se deve ter é a de não empregar conceitos anacrônicos, resistindo à tentação de transpor conceitos e analogias atuais que não têm, necessariamente, vinculação com as definições e compreensões do passado"[534].

Tanto no âmbito da História do Direito como do Direito Comparado, a interpretação das fontes também apresenta substanciais dificuldades. Autores como Konrad Zweigert, diretor do prestigiado Instituto Max Planck de Direito Comparado e Internacional Privado (1963-1979), sustentam que ao se deparar com fontes estrangeiras o pesquisador deve buscar seu sentido objetivo, sem se deixar levar por suas experiências ou convicções pessoais[535], para assim afastar os riscos de tradução ou manipulação das fontes. Neste ponto, porém, é preciso desde já uma ressalva: notadamente a de que não existe interpretação neutra.

O pesquisador que se debruça sobre o texto, ao fazê-lo, já possui um paradigma de direito formado a partir de sua cultura e experiências pessoais, que não podem ser simplesmente afastados quando da interpretação, afinal, estando o intérprete inevitavelmente alguém situado em um tempo e um espaço, só pode interpretar a partir desta sua posição[536]. É dizer: "translation does not take place in the vacuum. The outcome is strongly influenced by the way the other culture is thought to be and by the way cultural differences are perceived"[537].

Parece mais crível reconhecer, como faz Michael Stoilles, que "não há caminho seguro no passado, que seria pavimentado com 'fatos objetivos' inquestionáveis"[538]. Se os próprios fatos podem ser questionáveis, não há como presumir que sua interpretação possa ser única ou objetiva, ainda mais quando traduzido e interpretado por um sujeito que carrega consigo uma carga predeterminada de concepções.

Essa perspectiva ganha cores ainda mais interessantes quanto analisada pela perspectiva da interpretação jurídica em geral. Seria ilusório acreditar que se pode atingir a identidade entre o texto interpretado (fonte) e a interpretação dele extraída (resultado). Partindo

---

[534] BERCOVICI, Gilberto. Prefácio. STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020, p. 11.
[535] "Comparatists ought to aspire to 'scientific exactitude and objectivity'. They stress that any examination of foreign law should be 'objective, that is, free from any critical evaluation'". LEGRAND, Pierre; GLANERT, Simone. Foreign law in translation: if truth be told... In: FREEMAN, Michael; SMITH, Fiona. Law and language: current legal issues. V. 15. Oxford: Oxford Press, 2013, p. 515.
[536] LEGRAND, Pierre; GLANERT, Simone. Foreign law in translation: if truth be told... In: FREEMAN, Michael; SMITH, Fiona. Law and language: current legal issues. V. 15. Oxford: Oxford Press, 2013, p. 522.
[537] FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015, p. 7.
[538] STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020, p. 90.

da premissa de que tanto a linguagem como a cultura que lhe atribuem significação são dinâmicas, somente haveria semelhança entre a fonte e a interpretação no exato momento em que estas se tocam, ou seja, no exato momento em que o intérprete tem contato com o texto que lhe guia. A partir daquele momento, tanto a fonte se submete às vicissitudes das transformações linguísticas e sociais de seu tempo/espaço como o próprio resultado da interpretação passa a ter rumo próprio, dinâmico e que toma outro caminho, direcionado ao infinito, e que não mais se identificará com sua fonte.

Metaforicamente, a tradução poderia ver tida como uma reta que apenas tangencia seu objeto de análise, com apenas um do momento de contato, a partir do qual toma rumo próprio, podendo até mesmo passar a ostentar outro significado[539]. Basta pensar no conceito de privacidade. Originalmente desenvolvida por Warren e Brandeis[540] no direito norte-americano para espelhar aquilo que foi traduzido como o "direito de estar só", acabou tomando rumo próprio e passou a significar, com Stefano Rodotà, em outro tempo e outro espaço, o direito "de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito"[541], definição hoje amplamente adotada pela civilística brasileira[542].

Por derradeiro, é comum encontrar pesquisas que, embora se proponham à comparação de sistemas jurídicos, realizam simples cotejo entre o direito positivo de diferentes países, importando institutos e figuras de outros países sem se atentar que o direito positivo (i) cujo texto é apenas o objeto primário do qual se extrai a norma, e (ii) não reflete necessariamente o sistema jurídico, "o direito vivido", que não raro exige adaptações. Neste ponto é muito feliz a metáfora de Leja Foljanty, professora da Universidade de Viena: "se na medicina os órgãos podem ser aceitos ou rejeitados pelo corpo ao qual são transplantados, incorporar uma lei estrangeira oferece uma gama muito mais ampla de reações"[543].

---

[539] FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015, p. 9-11.
[540] WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. Right to privacy. *Harvard Law Review*. v. IV, n. 5, 1890.
[541] RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.
[542] O percurso do significado atribuído à privacidade por ser encontrado em: CORRÊA, Rafael. Responsabilidade Civil e Privacidade: reflexões sobre autodeterminação informativa como expressão de liberdade positiva na construção da personalidade. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016, p. 63.
[543] No original: "Taking up the medical metaphor that underlies the term 'legal transplant', they emphasized that organs could be either accepted or rejected by the body to which they were transplanted – taking up foreign law offers a much broader variety of reactions" (FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015, p. 4).

Por esta razão que antes de se concluir pela possibilidade ou não do transplante de determinada resposta jurídico de outro ordenamento, é imprescindível que a descrição e análise dos ordenamentos comparados não pode se limitar ao cotejo do direito positivo, seja pela necessidade de sua interpretação sistemática, seja pelo texto legal nem sempre corresponde à norma ou ao direito efetivamente aplicado.

Ilustrativamente, o jurista alemão que proceder a leitura do Código Civil brasileiro poderia afirmar, com convicção, que os bens adquiridos onerosamente por pessoas que se casaram após os 70 anos de idade são todos bens particulares, posto que o artigo 1.641 lhes impõem o regime da separação de bens. Ainda que apenas repise o direito positivo, a afirmação estaria equivocada, pois ignora a existência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal[544], amplamente aplicada pela jurisprudência, que torna tais bens comunicáveis entre os cônjuges. Em matéria sucessória, a partir da leitura do Código Civil, seria levado a crer na existência de regimes sucessórios diversos para cônjuges ou companheiros, por desconhecer a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 pelo Supremo Tribunal Federal[545].

A comparação, portanto, não pode se restringir aos enunciados de direito positivo, pois, como adverte Pierre Legrand, "o passo mais importante que o comparatista deve dar a esse respeito é o de rejeitar o ponto de vista positivista e hipomnésico segundo o qual a ideia de 'Direito' estaria limitada somente aos textos que são normativamente imperativos"[546], visão compartilhada por André Luiz Arnt Ramos, para quem "a mirada do estudioso deve buscar não a expressão formal dos textos normativos cotejados, mas a realidade concreta na qual seu conteúdo normativo se faz valer"[547].

Para tanto, cumpre ao comparatista, de acordo com o desiderato por ele perseguido, valer-se também de fontes que revelem o direito enquanto realidade complexa, como a doutrina, a quem compete "explicar o direito positivado, esclarecendo o significado dos textos"[548], e a jurisprudência, responsável pela concreção do direito positivo por meio da solução de casos concretos.

---

[544] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".
[545] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento de 10 de maio de 2017.
[546] LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Concorrente, 2018, p. 64.
[547] RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro.* Curitiba: Juruá, 2018, p. 30.
[548] MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: construção dos modelos doutrinários. In: _____ (coord.). *Modelos de Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14.

Pontuadas as premissas que devem ser observadas na comparação jurídica, é possível avançar para a apresentação e justificação dos elementos de comparação adotados[549].

Embora não exista um único percurso para a comparação jurídica, a maior parte dos estudos de direito comparado se desenvolvem através de três estágios: (i) a seleção do objeto da comparação e os objetivos de sua realização; (ii) descrição dos sistemas jurídicos escolhidos, com ênfase na regulação do objeto; e (iii) a análise comparativa com o ordenamento paradigma[550].

Tendo por objetivo a busca de espaços de liberdade positiva dentro do direito sucessório e os instrumentos jurídicos que permitam os sujeitos da relação sucessória construir uma normatividade própria para a sucessão familiar, o estudo a ser empreendido se dará em sede de micro comparação, ou seja, não terá por escopo a comparação entre diferentes famílias jurídicas ou mesmo ordenamentos amplamente considerados, mas em micro comparação, tendo por recorte apenas o Direito Sucessório de diferentes ordenamentos e, mais precisamente, os espaços de liberdade por eles garantidos aos sujeitos da sucessão e os institutos que os instrumentalizam.

Dentre os diferentes ordenamentos que poderiam ser objeto de comparação, a escolha se estriba em três justificativas. A primeira é de que o Direito Civil brasileiro tem intrínseca ligação com o direito europeu continental, seja por sua origem portuguesa, pela inegável influência que tiveram sobre os responsáveis pelas codificações de 1916 e de 2002, ou mesmo por ainda ser o paradigma de estudo majoritariamente adotado entre nós. "Querendo ou não, todos nós mergulhamos no mundo dos códigos, das Constituições, dos parlamentos, dos tribunais e da divisão de poderes que vieram do velho mundo"[551]. Portanto, justifica-se que a escolha dos sistemas a serem comparados parta da espacialidade da Europa continental.

Dentre tais sistemas, estabelecido que o objetivo da comparação é a busca de espaços de liberdade no campo sucessório, em especial por meio de contratos sucessórios, é de se reconhecer que a escolha de ordenamentos muito próximos apresentará sobretudo semelhanças, reduzindo significativamente o objeto de análise. A diversidade, neste ponto, parece fornecer maior material de análise, pelo que se justifica tomar como primeiro critério de seleção os

---

[549] "Once the researcher decides that he or she should opt for CLR because of the need to survey the diversity of experiences in relation to the felt difficulty in a chosen field, he or she should plan his CLR carefully." (BHAT, P. Ishwara. *Idea and Methods of Legal Research.* Delhi: Oxford Academic, 2020, p. 281).

[550] DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 411.

[551] FONSECA, Ricardo Marcelo. Tradições, traduções, traições: diálogos entre culturas jurídicas. *História do Direito: RHD*. Curitiba, v.1., n.1., p. 355.

sistemas que apresentam na corrente oposta ao Direito Sucessório brasileiro quanto a admissibilidade dos contratos sucessórios, notadamente os sistemas de direito germânico[552].

Com base neste primeiro critério, a pesquisa elege como objeto de comparação o Direito Sucessório da Alemanha e da Suíça, cuja diversidade se apresenta também na adoção de um regime de sucessão intestada por parentesco e, no caso deste último, por um direito civil federal que logrou harmonizar regiões não só de costumes, mas até mesmo de línguas diversas[553].

Sendo certo que também as similitudes são importantes elementos de comparação, paralelamente aos dois sistemas de família germânica já apontados, a pesquisa que se levará a cabo terá por objeto também um sistemas sucessórios de família romana, cuja escolha se baseou em três critérios: sua influência no Direito Brasileiro, recente reforma legislativas sobre o objeto desta pesquisa e por fim diversidade quanto ao regime de sucessão intestada[554], já que é justamente a o regime da sucessão intestada que dita os limites à liberdade sucessória.

Face a tais critérios, destacou-se o Direito Sucessório da francês ante sua notória influência do Código de 1804 sobre o Direito brasileiro, não somente em decorrência do modelo de codificação, mas em especial por ter sido quantitativamente o que mais contribuiu para nossa primeira codificação civil[555] e, especificamente para o objeto da investigação, são as fontes francesas as mais citadas pelos autores brasileiros. Para a escolha do sistema francês ainda corroboraram o fato de apresentar um regime de sucessão intestada próprio, chamado sistema francês, de modo que os três regimes de sucessão intestada teriam um representante na pesquisa,

---

[552] "Learning requires a legal system to take something on board which it does not have, but which another system has. Thus, those interested in legal systems learning from each other will primarily look for difference, and evaluate this difference by forming an opinion as to which rule, institution, theory, or result is to be preferred" (DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 421).

[553] Essa maior diversidade nacional foi o critério que levou à escolha do Direito Suíço em detrimento do Austríaco, igualmente de família germânica.

[554] "Leaving aside a number of variations in detail, a distinction can be drawn between the French system, the three line-system, and the parentelic system" (ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 3).

[555] "Dos Códigos, o que quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil,* 172, menos por si do que pela expressão moderna que dera às regras jurídicas romanas. Em seguida o português, 83; o italiano, 72; os Projetos alemães, 66; o Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 67; o espanhol, 32" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 93).

bem assim a reforma do direito sucessório de 23 de junho de 2006, que "reformou radicalmente a lei francesa de heranças e doações"[556] [557].

Definidos os sistemas que serão objeto da comparação, cumpre buscar dentre a pluralidade de objetivos que podem ser alcançados por meio do Direito Comparado, qual melhor contribui com a presente pesquisa.

Rodolfo Sacco narra que desde a metade do século XIX e por longo tempo, o objetivo do direito comparado era o de colocar em evidência os pontos comuns ou ao menos pontos de contato entre os diferentes ordenamentos jurídicos, buscando assim uma base unitária à "vida jurídica universal"[558]. Atraídos pelo recém (re)despertado ideal de unificação do direito[559], objetivo que continua vivo e latente principalmente na espacialidade da Comunidade Europeia[560], os comparatistas empreenderam diversos projetos de unificação do direito privado, seja por meio de projetos de *soft law*[561], seja por regramento legislativo aplicável a todos os países membros, como o Regulamento UE nº 650/2012 sobre Direito Sucessório. Para buscar tal unificação, a busca por similitudes entre os sistemas se revela fundamental na construção desse "direito europeu"[562], em claro resgate ao outrora dominante *ius commune*.

---

[556] SAINT-AMAND, Pascal Julien. La réforme des successions et des libéralités. Aspects civils et fiscaux. In: BONOMI, Andrea; STEINER, Marco (ed.). Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé. Genève: Librairie Droz, 2008, p. 39.

[557] Em que pese a Bélgica também tenha passado por recente reforma no direito sucessório (Lei Federal de 31 de julho de 2017), dispondo inclusive sobre a possibilidade de um pacto sucessório entre os autores da herança e seus sucessores, preferiu-se o sistema francês por ainda exercer maior influência sobre o direito brasileiro, sobretudo na dimensão doutrinária.

[558] SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado.* Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

[559] "Em 1924 foi fundada a Academia internacional de direito comparado, que floresceu e que permanece atuante. Em seu estatuto consta como sua finalidade precípua a uniformização do direito. Em 1928 nascia em Roma, o UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*, integrante há cerca de algumas décadas da ONU), que promove a uniformização do direito privado" (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado.* Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31).

[560] "The typical solutions discovered by comparative legal research may reveal some general common principles of law, common to several legislations. These general principles have been denominated as comparative legal notions, general superior concepts, *rein Rechtsvergleichenden Kategories*, forming modern version of *ius commune.* The more this general transnational principles are found, the more feasibility of a united legal rule for a particular problem becomes likely" (VERBEKE, Alain-Laurent; LELEU, Yves-Henri. Harmonization of the Law of Succession in Europe. In: *Towards a European Civil Code*. HARTKAMP, Arthur S. (Ed.). 4ª ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 461.

[561] Como são exemplos: os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PDEC), Princípios UNIDROIT, DCFR - *Draft Common Frame os Reference* (Projeto de Quadro Comum de Referência) (AFONSO, Ana Isabel. Apresentação: a relevância do DCFR. In: *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015, p. 21); No mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. V.2. Obrigações.* Coimbra: Almedina, 2017, p. 18-19.

[562] STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020, p. 27.

Por outro lado, essa primazia da busca por pontos comuns recebeu fortes críticas de comparatistas como Pierre Legrand. Partindo da premissa de que a comparação pressupõe a alteridade no reconhecimento do outro direito, como algo diferente do direito nacional, defende o autor que o jurista "necessariamente inscreve o estudo do Direito estrangeiro numa perspectiva diferencial, isto é, sua pesquisa se articula, inevitavelmente, em torno da diferença entre os direitos"[563], de modo que o objetivo primordial da comparação invariavelmente seria a busca pelas distinções, não pelas semelhanças entre os sistemas.

De fato, houvesse dois sistemas idênticos, a comparação seria de todo infrutífera. Comparar presume objetos diferentes, e nesta medida, "deve haver um mínimo de diferença entre os sistemas considerados para que valha a pena efetuar uma investigação comparativa. Já o grau de divergência necessária e os tipos de diferença dependerão do objetivo da pesquisa"[564]. De outro lado, é também possível apontar críticas à eleição das diferenças como objetivo primário da comparação. Como aponta Marius Waal, "esta abordagem pode ter o seu valor, mas arrisca a estagnação e o isolamento face as vantagens da comparação e da harmonização entre os sistemas legais"[565].

O ponto de equilíbrio parece ter aflorado no virar do século, quando estas correntes parecem ter se reconciliado em favor de uma pesquisa comparativa que busque tanto as semelhanças quanto as diferenças entre os sistemas, sem que um objetivo tenha primazia sobre o outro[566], e a partir daí, ganham espaço outros objetivos para a pesquisa comparada.

À guisa de exemplo, a partir da segunda metade do século XX o direito comparado passa a ser defendido enquanto ciência, o que justificou nova alteração de seu objetivo, agora centrado no "melhor conhecimento dos modelos jurídicos" e no "estudo comparativo dos sistemas jurídicos"[567]. Noutras palavras, o Direito Comparado passa a ser instrumento de

---

[563] LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Concorrente, 2018, p. 49.

[564] DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 413.

[565] WAAL, Marius J. A comparative overview. In: REID, Kenneth G. C.; WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). Exploring the Law of Succession: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p. 4.

[566] "Over the last twenty-five years, we have seen some reconciliation of proponents and critics of the functionalist approach, and an agreement might be in sight that propositions of either similarity or difference should be abandoned in favour of an approach which allows equally for both similarity and difference. Some have no presumption in favour of either. Some of those who maintain a presumption of similarity or of difference acknowledge the need to keep the other in sight" (DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 398).

[567] Segundo Rodolfo Sacco, no início dos anos 1960 o direito comparado começa a ser defendido enquanto ciência por autores como Gino Gorla, Zweigert e H. Kötz, e como ciência teria por 'objetivo essencial e primeiro' o melhor

aprimoramento do direito nacional, e nesta perspectiva, destacam-se a abordagem funcionalista, tida contemporaneamente como a mais utilizada em nível de micro comparação[568].

Subjacente à revolta contra o positivismo e o conceitualismo, estava a necessidade de explicar o direito em termos dos objetivos aos quais serve, às suas funções[569]. Partindo da premissa (há muito defendida pelos adeptos da abordagem das semelhanças entre os sistemas) de que "o sistema jurídico de cada sociedade enfrenta essencialmente os mesmos problemas, e mesmo os resolvendo por meios bastante diferentes, muitas vezes alcançam resultados semelhantes"[570], a abordagem funcionalista busca identificar justamente os "meios" pelos quais cada ordenamento resolve um determinado problema.

Nesta linha, a abordagem não se propõe a comparar regras primárias ou de comportamento, mas sim as soluções encontradas para solucionar problemas concretos que geram conflitos de interesses: qual a solução dada pelos países A, B e C ao problema jurídico D? Ou qual figura jurídica ou instituto do país A cumpre a função de determinado instituto jurídico do país B? Focando em problemas concretos e suas soluções, o método revela as diferentes formas de solucionar conflito de interesses usualmente comuns os ordenamentos[571].

Em razão da pluralidade de "métodos funcionais", Ralf Michaels, atual diretor do Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Internacional Privado, sistematizou ao menos três importantes características sobre esta abordagem e sobre as quais há certa uniformidade doutrinária: (1) seu foco é eminentemente factual, primando por resultados empíricos em detrimento de trabalhos teóricos/doutrinários. Em consequência, seu objeto por excelência são as decisões judiciais, que exprimem as respostas concretas dadas pelo direito de determinado

---

conhecimento dos modelos jurídicos. Em 1974 tal posição tornou-se pacífica no IX Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, fazendo com que em 1991 esta instituição modificasse o seu estatuto reduzindo o seu objeto social ao 'estudo comparativo dos sistemas jurídicos', abandonando, portanto, o ideal primário de uniformização. (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado.* Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36-37).

[568] It is widely accepted that at the level of such micro-comparison, the true basis of comparative law is 'functional equivalence'. For instance, the Commission on European Family Law (CEFL), working on harmonising a number of areas of family law such as divorce, maintenance, custody and parental responsibility, has adopted as its method the 'comparative research-based drafting of principles', having been inspired by the American Restatements, and seeks for 'functional equivalents'" (ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, v. VIII, 2007, n. 1, p. 32).

[569] GORDLEY, James; JIANG, Hao; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An introduction to the comparative study of private law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 35.

[570] "The legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results." (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law.* Translated by Tony Weir. 3rd ed. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing, 1998, p. 35).

[571] HOECKE, Mark Van. Methodology of comparative legal research. *Law And Method*. Boom: Boom Juridische Uitgevers, 2015, p. 9-11.

país a conflitos da vida real; (2) seu objeto de estudo deve ser analisado de acordo com a função que desempenha, e não tanto por sua estrutura; e por fim, (3) os institutos e figuras jurídicas diversas podem ser comparados pois, a despeito da disparidade de suas estruturas, podem desempenhar a mesma função em sistemas jurídicos diferentes[572].

Em que pese esta abordagem não se preste à realização de uma macro comparação, aqui tomada como aquela empreendida sobre elementos fundamentais ou estruturantes de cada *sistema* jurídico, possui extraordinária aplicação em nível de micro comparação, na qual "o ponto de referência de toda e qualquer comparação há de ser a função desempenhada pelos institutos ou normas a comparar", grau este próprio ao objetivo de "interrogar como é que esse Direito resolve o problema jurídico cuja solução no nosso Direito pretendemos comparar"[573].

É neste ponto que a abordagem funcional também deflagra especial aptidão para o aprimoramento ou transformação do ordenamento natal do comparatista. Se os diferentes sistemas enfrentam os mesmos problemas e desafios (o que se confirma em relação ao espoco da presente tese), conhecer as soluções encontradas em outras experiências torna o direito nacional muito mais rico, pois de um lado passa a dispor de uma variedade muito maior de soluções aos seus próprios problemas[574], e de outro passa a ter elementos para melhor avaliar a capacidade e eficiência de seus próprios instrumentos na solução dos problemas compartilhados, o que para além de uma inexorável oxigenação pode levar até mesmo ao aperfeiçoamento do sistema interno.

Não por outra razão Gerhard Dannemann verificou que em muitas pesquisas, embora o objetivo primário fosse a melhor compreensão de determinado instituto, o pesquisador acaba por utilizar esse conhecimento para o aprimoramento o Direito e partir do que um sistema pode aprender com o outro[575].

---

[572] MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. *In: The Oxford Handbook of Comparative Law*. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (coord.) 2d ed. Oxford University Press, 2019, p. 342.
[573] DUARTE, Rui Pinto. *Uma Introdução ao Direito Comparado*. Separata da Revista 'O Direito IV'. Coimbra: Almedina, 2006, p. 777-780. No mesmo sentido, ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, v. VIII, 2007, n. 1, p. 33.
[574] "The method of comparative law can provide a much richer range of model solutions than a legal science devoted to a single nation, simply because the different systems of the world can offer a greater variety of solutions than could be thought up in a life time by even the most imaginative jurist who was corralled in his own system … it extends and enriches the 'supply of solutions' and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the 'better solution' for his time and place" (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law.* Translated by Tony Weir. 3rd ed. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing, 1998, p. 15).
[575] "Learning between legal systems is the principal aim of comparative enquiries which look abroad in order to solve a problem at home. Many academic enquiries, although primarily aimed at better understanding, find it appropriate to use this understanding for the purpose of improving the law, and will formulate suggestions as to what the legal systems under consideration could learn from each other" (DANNEMANN, Gerhard. Comparative

Constatada a pluralidade de abordagens do Direito Comparado, dentre as quais a de buscar similitudes ou diferenças entre os sistemas, buscar respostas a problemas comuns ou mesmo permitir a melhor compreensão dos sistemas, cumpre prestar contas ao leitor de qual será a abordagem que guiará a presente pesquisa bem assim de sua justificação.

De início, o que se constata é que as correntes doutrinárias que defendem as diversas abordagens não sustentam a exclusividade de cada uma, mas apenas a primazia, a depender do objetivo pesquisado, o que é facilmente constatável a partir da inadequação de um método funcional para uma investigação em macro comparação, ou da busca pelas diferenças entre os sistemas para um objetivo de unificação. Nesta medida, parece mais frutífero decantar os objetivos da pesquisa e, para cada um deles, verificar qual a abordagem mais eficiente. Para tanto, seja permitida uma breve rememoração.

A presente investigação tem como pano de fundo o difícil equilíbrio entre a liberdade sucessória e a proteção da família do falecido quando da abertura da sucessão. Nesta espacialidade, pretende analisar os espaços de liberdade dos sujeitos da sucessão, e, em especial, delimitar os espaços de liberdade positiva e os instrumentos jurídicos que permitam aos sujeitos da relação sucessória construir uma normatividade própria para a sucessão familiar, de acordo com seus interesses, anseios e preocupações.

Como já apontado por Zimmermann, todos os ordenamentos reconhecem certa liberdade sucessória, a qual é limitada pelas regras da sucessão forçada. Nesta medida, parece que o primeiro objetivo é conhecer o modelo básico da sucessão legítima de cada ordenamento, para a partir dela poder traçar e melhor compreender o modo de atribuição da herança e de proteção dos membros da família. Para tal fim, a abordagem que visa apurar as semelhanças e as diferenças entre os sistemas parece ser a mais adequada, na medida em que a compreensão básica dos sistemas a serem comparados parece ser pressuposto de qualquer comparação, além das respostas quanto às similitudes ou diferenças servirem a referendar limitações comuns ou evidenciar diferenças que possam levar a um repensar sobre o sistema brasileiro.

Compreendido o modelo básico da sucessão legítima, a pesquisa adentrará especificamente na busca por espaços de liberdade conferidos aos sujeitos da sucessão, o que levará a um maior aprofundamento no campo da sucessão testamentária. Aqui, uma vez mais a busca pelas semelhanças e diferenças se revela mais frutífero, uma vez que todos os sistemas partem de um mesmo modelo (sucessão testamentária) e as diferenças deste campo podem

---

Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 421).

revelar a existência de espaços de maior liberdade na sucessão testamentária em um ou outro sistema em determinada circunstância.

Por derradeiro, o cerne da investigação comparativa será os espaços de liberdade atribuídos aos sujeitos da sucessão para que possam construir a própria normatividade, o que recairá sobretudo nos contratos sucessórios, mas poderá revelar também outros instrumentos "substitutos"[576] ao contrato ou ao testamento que possam ampliar a liberdade sucessória. Neste ponto, o modelo funcional será o mais adequado, e terá como principal abordagem as respostas sobre de que modo cada ordenamento garante espaços de liberdade positiva na espacialidade sucessória.

Tais escolhas servem também de roteiro e limitação do objeto da investigação, que serão mais breves em relação ao primeiro ponto e mais aprofundadas no segundo e no terceiro. A diferença de extensão da pesquisa será constatada não apenas em relação a maior ou menor atenção dedicada a cada objetivo em um mesmo ordenamento, como também será constatada entre as investigações de diferentes ordenamentos, aos quais serão dedicados maior ou menor número de páginas. À guisa de exemplo, como a liberdade sucessória é mais ampla no Direito Alemão que em qualquer outro, naturalmente sua análise será mais extensa que as demais.

Delimitados os objetos da comparação e os objetivos de sua realização, é possível avançar para a segunda e terceira etapas da comparação, nomeadamente a descrição dos sistemas jurídicos escolhidos e a análise comparativa.

A fase descritiva é simultaneamente pressuposto[577] e instrumento de comparação. Pressuposto na medida em que constitui o próprio objeto, sem o qual não seria possível qualquer análise, mas também instrumento, já que independentemente de qual seja o objetivo da comparação, a apresentação de outros sistemas por si só permitirá ao leitor realizar a própria comparação com seu sistema natal[578]. Por fim, para facilitar o cotejo entre os sistemas, a fase

---

[576] É comum no direito comparado a referência aos "Wills-substitutes", termo cunhado nos Estados Unidos por Thomas Atkinson, em 1930, para designar os instrumentos que eram usados para evitar a execução de um testamento ou a necessidade de arrecadação e partição judicial do patrimônio de uma pessoa quando de sua morte (BRAUN, Alexandra; RÖTHEL, Anne. Passing Wealth on Death: will-substitutes in Comparative Perspective. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 2).

[577] "Any comparative enquiry will have to describe those rules, legal institutions, theories, or even entire legal systems which are the object of the enquiry" (DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 415).

[578] "Whatever other purposes a study of foreign law may be intended to serve, at a minimum it is no doubt intended to communicate to a domestic audience some aspects of the foreign law. The domestic audience will inevitably compare what the author tells them about foreign law with what they know about their own legal system" (REITZ, John C. How to do comparative Law. The American Journal of Comparative Law, vol. 46, nº. 4, 1998, p. 619).

de análise comparativa será realizada de forma fragmentada, de forma individual e imediatamente após a descrição de cada sistema. Serão estes os objetos do próximo capítulo.

2.3. O DIREITO SUCESSÓRIO ALEMÃO

O direito de herança está expressamente previsto na Constituição Federal Alemã (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG), especificamente em seu artigo 14, I[579], dispositivo que segundo a doutrina contemplar uma dupla proteção ao direito sucessório: de um lado, atribui-lhe o *status* de garantia institucional[580], de modo que a existência de um direito sucessório é da essência do Direito alemão, que o reconhece como uma liberdade negativa do cidadão contra o Estado.

Em um primeiro momento, tal garantia parece ter sido reconhecida exclusivamente em favor do autor da herança, enquanto uma extensão do poder de disposição inerente a propriedade que se projeta para além da morte, tal como decidiu o Tribunal Constitucional Federal na decisão BVerfGE 67/329, de 16 de outubro de 1984[581].

Tal posição parece ter sido superada por julgados posteriores, que passaram a reconhecer que a proteção constitucional do direito a herança contemplaria não só o direito subjetivo do autor da herança de transmitir a sua propriedade quando da morte, como também um direito subjetivo dos herdeiros de receber alguma parcela do patrimônio familiar por meio da herança[582].

Essa ampliação da titularidade pode ser verificada em diversas decisões posteriores do Tribunal Constitucional Federal (e.g., BVerfGE 19, 202; 67, 329 e 91, 346). Apenas para fins elucidativos, na decisão de 22 de junho de 1995 (BVerfGE 93, 165), que versava sobre a

---

[579] "Art. 14. Property – Inheritance – Expropriation. (1) Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws".

[580] Tomada em sentido estrito, garantia institucional representa uma "disposição constitucional consagradora de qualquer instituição ou de qualquer forma ou princípio objectivo de organização social que o Estado deva respeitar" (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 81).

[581] "O reconhecimento da herança privada é fundamental para a garantia do direito sucessório da Lei Básica. A garantia de herança, portanto, tem uma função defensiva orientada para o estado, que não precisa ser aqui discutida. Ao mesmo tempo, aloca o direito sucessório no Direito Civil. Sua tarefa é principalmente resolver adequadamente os conflitos de interesses entre sujeitos juridicamente iguais. Desde o início, há um espaço particularmente grande para os legisladores moldarem. O elemento determinante da garantia ao direito sucessório é a liberdade de fazer um testamento (cf. BVerfGE 58, 377). Como direito de disposição do proprietário após a morte, está intimamente ligado à garantia da propriedade e, como tal, goza de proteção constitucional particularmente forte como elemento de garantia da liberdade pessoal do indivíduo" (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 67. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1985, p. 340-341).

[582] SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 347.

constitucionalidade da base de cálculo sobre o imposto sobre a herança, a Corte Constitucional consignou que "ao direito sucessório do falecido, que é protegido por sua liberdade de testar, corresponde o direito do herdeiro de adquirir por sucessão", explicitando que "o herdeiro também goza de proteção do direito fundamental e pode reivindicá-lo, pelo menos a partir da abertura da sucessão. Caso contrário, a proteção do direito fundamental expiraria com a morte do testador e, portanto, seria amplamente desvalorizada"[583] .

Para além da espacialidade tributária, a Corte Constitucional também reconheceu a fundamentalidade do direito de herança titularizado pelo herdeiro no paradigmático precedente de 19 de abril de 2005, envolvendo caso em que o genitor distribuiu sua herança por testamento, excluindo um dos filhos, que recorreu ao Judiciário para ver garantido seu direito de herança. O Tribunal decidiu que "a participação econômica mínima (...) na herança é protegida como princípio estrutural fundamental do direito à quota hereditária obrigatória aplicável através da garantia do direito sucessório do art. 14, frase 1, da Lei Básica" [584], confirmando, portanto, a dupla titularidade do direito fundamental de herança[585].

Este direito atribuído aos descendentes seria "expressão de uma solidariedade familiar que existe de forma fundamentalmente indissolúvel entre o testador e seus filhos", numa comunidade familiar em que os pais e os filhos não possuem só direitos, mas são também obrigados a assumir responsabilidades uns com os outros. Funcionalmente, a cota hereditária obrigatória estaria vocacionada a "possibilitar a manutenção do vínculo ideal e econômico entre bens e família, independentemente da necessidade específica do filho, após a morte do titular dos bens".

Esta dupla dimensão garante simultaneamente uma parcela mínima da herança aos descendentes, bem assim uma liberdade de disposição suficientemente ampla para que o testador possa dispor de substancial parcela de seu patrimônio de acordo com seus interesses – inclusive, de forma desigual entre os filhos[586].

---

[583] BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 93. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996, p. 175.

[584] BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 332-368.

[585] Confirmando a extensão da proteção constitucional também aos herdeiros: "Interestingly, the German Constitutional Court ruled in 2005 that a certain minimum provision for children in a deceased's estate not only does not violate the constitutional guarantee of 'property and the right of inheritance' in Article 14(1) of the Basic Law (GG), but is itself protected by that constitutional provision" (ZIMMERMANN, Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 270).

[586] "Justamente nos casos de desavença entre o testador e seus filhos ou mesmo de rompimento da relação, o direito à parcela obrigatória impõe limites à liberdade de testamento do autor da herança e à possibilidade de assim 'punir' o filho por meio da deserdação. A parcela obrigatória restringe a liberdade do testador de decidir em que medida

Estabelecidas as premissas constitucionais, no campo infraconstitucional as regras sobre o direito sucessório estão concentradas sobretudo no livro 5º do BGB, especificamente entre os parágrafos 1.922 e 2.385, com algumas previsões também no Código Comercial (HGB), nos atos que regulamenta as uniões estáveis hetero e homoafetivas e em lei especial sobre a sucessão de propriedades rurais.

O direito sucessório alemão adota para a sucessão legítima o sistema de parentesco[587], dividido em classes compostas pelo ancestral comum mais próximo (ou um casal de ancestrais comuns mais próximo) e seus descendentes. A primeira das classes chamada a suceder é a dos descendentes do próprio falecido, ou seja, são chamados a suceder todos os que dele descendem, preferindo-se aos graus mais próximos em detrimento dos mais remotos: primeiro os filhos, depois os netos, bisnetos, e assim sucessivamente. Somente se não houverem herdeiros desta classe serão chamados os herdeiros das classes subsequentes.

A segunda classe de vocação hereditária é composta pelos pais do falecido e seus descendentes, e finalmente, a terceira e última classe de vocação hereditária é composta pelos avós do falecido e seus descendentes.

Nas três classes, a sucessão se dá por estirpe. Na primeira, cada filho cria seu próprio ramo familiar (ou estirpe), tendo cada um destes ramos direito a igual parcela sobre a herança. Na segunda classe, se ambos os genitores estiverem vivos quando da abertura da sucessão, cada um recebe a metade da herança, porém, acaso um ou ambos os genitores sejam pré-mortos, seu quinhão será distribuído a seus descendentes, e.g., irmãos ou sobrinhos do autor da herança. O mesmo ocorre em relação à terceira classe, em que serão chamados a suceder os avós do falecido e seus descendentes, seguindo sempre o princípio da divisão por estirpe.

Por fim, a quarta classe contempla os bisavôs e seus descendentes. Nesta classe e nas posteriores, se houver algum ou alguns dos ascendentes vivos, a herança é partilhada exclusivamente entre eles, deixando-se de se observar a sucessão por estirpe. Assim, se apenas

---

e de que forma quer que os seus filhos participem de sua herança. Desta forma, o direito à quota obrigatória não exclui o tratamento desigual dos filhos pelo testador, mas põe em perspectiva essa possibilidade. (...) O valor da parcela obrigatória também não é estritamente estipulado pela lei constitucional; é apenas necessário garantir que os filhos tenham uma parte inalienável e apropriada dos bens do falecido" BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 353-355).

587 "De acordo com o sistema de parentesco, os descendentes são herdeiros de primeira classe, enquanto os pais do falecido e os descendentes deles constituem a segunda classe, e os avós do falecido e seus descentes a terceira classe (as vezes, com a inclusão de outras classes na mesma linha): este sistema, ao menos em princípio, representa a escolha legal na Áustria, Alemanha, países nórdicos, África do Sul, e de forma atenuada nos Países Baixos (2003), Nova Zelandia, Escócia, Inglaterra, Austrália e muitos estados norte-americanos" (ZIMMERMANN, Reinhard. *Does the Law of Succession reflect cultural differences?* The Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 3).

um bisavô for vivo ao tempo da abertura da sucessão, a ele será atribuída a integralidade da herança. Se apenas três forem vivos, entre eles será dividida a herança, independentemente dos ramos (materno ou paterno) aos quais pertençam[588]. Acaso nenhum dos bisavôs esteja vivo, a herança será dividida apenas entre os descendentes destes de grau mais próximo, excluindo os demais, preferindo-se o grau de parentesco à estirpe.

Ao contrário do direito brasileiro, não há limitação de graus para a sucessão legítima, bastando que o herdeiro e o falecido tenham um ancestral comum (BGB, §1.929, 1). Somente na completa ausência de parentes é que a herança será atribuída ao Estado.

Paralelamente aos parentes do falecido, o cônjuge também ocupa a posição de herdeiro necessário[589], desde que ainda esteja casado e não tenha sido ajuizada nenhuma ação para anulação do casamento ou para o divórcio (BGB, §1.933)[590].

Confirmada a hipótese de caducidade do direito sucessório do cônjuge[591], acaso este não tenha condições de manter o próprio sustento, o direito alemão adota situação próxima à do direito inglês[592], garantindo ao cônjuge sobrevivente, a invés de uma parte da herança, o direito a uma pensão alimentícia, submetida aos mesmos requisitos e na mesma extensão que teria direito caso a tivesse pleiteado na ação de divórcio[593]. O dever de pagar estes alimentos recairá sobre os herdeiros, limitado, porém, ao valor da parte obrigatória da herança que o cônjuge teria direito antes do pedido de divórcio ou de anulação (BGB, §1.856b).

---

[588] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 185.

[589] "O direito estatutário de herança do cônjuge encontra justificativa interna na coabitação conjugal, que afeta tanto as pessoas quanto os bens dos cônjuges e os une legal e economicamente o mais estreitamente possível. O direito de herança do cônjuge persegue simultaneamente objetivos legais e econômicos. Em termos de ética jurídica, a função do direito sucessório conjugal é reconhecer a participação do cônjuge sobrevivo na vida e na personalidade do falecido e permitir que a relação pessoal perdure sob a forma de atribuição de uma parcela de bens. O objetivo econômico da herança é ajudar a garantir continuidade da existência do cônjuge sobrevivente, seguindo de perto o padrão de vida gozado durante o casamento" Tradução extraída de KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 187.

[590] Em que pese o §1.933 apenas exclua a sucessão do cônjuge em caso de divórcio já ajuizado, aponta Matthias Bierhenke que também a separação de fato é apta a excluir a sucessão, desde que tenha transcorrido um ano de separação e ambos os cônjuges tenham concordado em se divorciar, ou três anos, independentemente da vontade de se divorciar (BIERHENKE, Matthias. Aspects de Droit Successoral Allemand. In: ANCEL-LIOGER, Zoé; CALÒ, Emanuele (org.). *Les Successions en droit comparé*. Napoli : Edizioni Scintifiche Italiene, 2016, p. 25).

[591] "A exclusão do direito de sucessão com o início do processo de divórcio (justificado) foi baseada em dois fundamentos: A apresentação da petição tornou óbvio que o direito de sucessão do cônjuge sobrevivente havia perdido sua justificativa intrínseca e, além disso, o direito estatutário de sucessão nessa situação não correspondia mais à vontade presumida do testador" (LEIPOLD, Dieter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 213).

[592] Para o modelo sucessório inglês, remete-se a: ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

[593] LEIPOLD, Dieter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 213.

A apuração da quota destinada ao cônjuge depende de dois fatores: o da classe de herdeiros com os quais concorrerá e o regime de bens escolhido para o matrimônio[594].

De início, §1.931 do BGB atribui ao cônjuge uma quota inicial de um quarto da herança se concorrer com herdeiros da primeira classe (descendentes) e de metade da herança se concorrer com herdeiros da segunda classe (pais do falecido e seus descendentes) ou com os avós do falecido. Se não houverem herdeiros de primeira ou de segunda classe e os avós do autor da herança forem pré-mortos, a integralidade da herança será atribuída ao cônjuge.

Este conjunto de regras estabelecerá uma quota básica do cônjuge sobre a herança, que poderá ser modificada a depender do regime matrimonial de bens.

Caso o falecido fosse casado pelo regime da separação de bens, estabelece o BGB que se o cônjuge concorrer com um ou dois filhos (ou descendentes) do falecido, receberá a mesma cota que cada um deles. Assim, se o cônjuge que era casado pelo regime da separação de bens concorrer com apenas um descendente do falecido, cada um terá direito a metade da herança. Com dois filhos, cada um terá direito a um terço. Em sendo três ou mais descendentes, mantém-se a quota de um quarto em favor do cônjuge (BGB, §1.931).

Aponta a doutrina que tal regra pode gerar situações incoerentes, como no caso de renúncia da herança pelos filhos do falecido[595]: no caso de concorrência com um ou dois filhos, o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação de bens teria direito a metade ou um terço da herança, respectivamente.

Porém, acaso o(s) filho(s) renunciem à herança, a concorrência do cônjuge seria com os herdeiros da segunda classe, hipótese em que, mesmo concorrendo com parentes de classe mais remota e que ordinariamente possuem menor afinidade com o falecido, teria sua quota reduzida para um quarto da herança. Em todos os casos, o direito de herança do cônjuge independe da natureza dos bens, se comuns ou particulares, como também não tem relevância a idade dos filhos ou o tempo de casamento.

Acaso o falecido fosse casado pelo regime legal de bens (equivalente ao regime da participação final nos aquestos do direito brasileiro), a quota do cônjuge sobrevivente será acrescida de um quarto da herança (BGB, §1.371, 1). Assim, terá direito à metade da herança se concorrer com herdeiros da primeira classe, e 3/4 (três quartos) da herança se concorrer com herdeiros da segunda classe ou com os avós do falecido. Na hipótese de o falecido ter optado

---

[594] SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 352.
[595] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 198.

pelo regime da comunhão de bens, não há qualquer alteração ao regime sucessório básico dispensado aos cônjuges.

O regime sucessório do companheiro (união estável) segue o mesmo modelo do regime conjugal previsto no BGB, com pequenas variações pontuais[596] e prescindíveis à finalidade do presente capítulo.

Em que pese o BGB adote o princípio da transmissão imediata, segundo o qual com a morte do autor da herança, seu patrimônio é imediata e automaticamente transmitido aos seus herdeiros (BGB, §1.922, 1), sem que seja necessário qualquer ato dos herdeiros para tanto, o direito constitucional à herança, previsto no art. 14 da Constituição Alemã compreende também uma dimensão negativa, consistente no direito de recusa à herança, faculdade esta instrumentalizada pela figura da renúncia sucessória (BGB, §1.942 e seguintes).

Seja o direito sucessório atribuído por casamento, parentesco ou mesmo pela vontade do falecido, será sempre facultado ao herdeiro renunciar ao direito à herança, desde que o faça dentro do prazo de 6 (seis) semanas a partir de quando o herdeiro tem ciência sobre a sucessão, em ato no próprio Juízo de Sucessões.

O termo inicial deste prazo dependerá da fonte da atribuição sucessória. Para o herdeiro legítimo, este prazo terá início na data em que tiver ciência da morte, ao passo que para o herdeiro testamentário, somente passará a fluir a partir do recebimento de notificação pelo Juízo de Sucessões, e em nenhum caso ultrapassará o prazo de 6 (seis) meses após o óbito. Certificado o decurso deste período ou a aceitação da herança pelo herdeiro, não mais será possível renunciar à herança. Como o herdeiro somente adquire direito à herança com a abertura da sucessão, não é permita a aceitação ou a renúncia à herança de forma antecipada, enquanto o autor da herança ainda estiver vivo[597], tema que será retomado ainda neste capítulo.

No campo testamentário, o princípio da liberdade testamentária permite ao testador a livre disposição de seus bens para depois de sua morte. Tal liberdade, porém, é restrita a matérias de ordem patrimonial, previstas em regime de tipicidade fechada no BGB, elencadas entre os parágrafos 1.937 e 1.940 do BGB, a saber: designar herdeiros, excluir um sucessor (deserdação), atribuir legados e estabelecer encargos. Para além destas matérias, apenas lhe é dado dispor sobre outras que estejam expressamente admitidas em lei, como a partilha dos bens

---

[596] No direito alemão, a figura jurídica equivalente à união estável (Lebenspartnerschaft) é regulada por lei própria (Act on Registered Life Partnerships, de 16 de fevereiro de 2001).

[597] "§1.946. The heir may accept or disclaim the inheritance as soon as the devolution of the inheritance has occurred".

da herança (BGB, §2044, 2048 e 2.049)[598], designação de testamenteiro (BGB, §2.197) ou nomeação de tutor para os filhos menores (BGB, §1.777)[599].

O princípio da liberdade testamentária é ainda reforçado pela qualificação do testamento como ato personalíssimo, de modo que apenas pode ser realizado diretamente pelo testador[600], do que decorre também a impossibilidade de disposição testamentária que atribua a terceiro o poder de especificar quem será a pessoa designada como herdeiro ou qual será o legado a ela atribuído[601].

Ainda em homenagem à conservação da liberdade sucessória do autor da herança, as disposições testamentárias são sempre revogáveis (BGB, §2.253), podendo a revogação ser realizada por testamento posterior, de forma expressa ou por disposições cujo conteúdo seja contrário aos das disposições revogadas, como também pela destruição do instrumento em que o testamento foi feito, ou ainda por pedido de retirada endereçado ao oficial do notariado[602]. A própria revogação pode ser revogada, o que faz presumir a repristinação das disposições objeto da revogação originária (BGB, §2.257).

Ainda que seja um dos princípios fundantes do direito sucessório alemão, a liberdade testamentária não é absoluta, restando conformada pela garantia dos herdeiros necessários a uma parte da herança. Neste ponto, em razão da dupla titularidade atribuída ao direito constitucional à herança (GG, art. 14, 1), notadamente em favor do autor da herança e de seus herdeiros necessários, se de um lado o testador pode dispor de seu patrimônio para além da sua morte, de outro é garantido a estes herdeiros uma parcela compulsória deste patrimônio.

Embora todos os parentes do autor da herança sejam seus sucessores, inexistindo uma limitação relativa ao grau de parentesco, apenas são considerados herdeiros necessários (titulares deste direito a uma parcela da herança) os seus descendentes, seus pais e seu cônjuge ou parceiro de vida registrado (BGB, §2.203), exigido assim a participação destes na

---

[598] "As a result of the automatic devolution to heirs of the indivisible rights and duties of the testator, it is in principle not possible to appoint heirs as particular heirs for certain items in the estate. If the testator leaves several heirs, the estate is classified as a unity of property (§2032 BGB). Each heir can deal with his share of the estate but a co-heir is not able to deal with his share of individual items in the estate (§2033 BGB). Nevertheless, the testator can, give directions with regard to the division of the estate (§2048 BGB). In such a division declaration the testator can direct that certain items in the estate shall go to one of the heirs. Alternatively, the testator can leave legacies (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 197).

[599] SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 357.

[600] BGB, §2064 (para os testamentos) e §2274 (para os contratos sucessórios).

[601] BGB, §2.065, 2.

[602] KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 196.

distribuição da herança. A exigência da presença dos parentes na sucessão talvez seja o traço mais característico do direito germânico antigo ainda presente do regime atual.

Tal participação remonta a longa tradição nos povos germânicos. Segundo Bernard Kannowsi, no período anterior à cristianização, os bens da família eram inalienáveis mesmo em vida, por não pertencerem à pessoa, mas à família, e a ideia de alienação e mesmo de testamento somente teriam se tornado possíveis entre os povos germânicos com a cristianização[603].

No campo legislativo, a reserva compulsória em favor dos descendentes constava desde o primeiro projeto preliminar apresentado por Gottfried von Schmitt na Comissão designada para a preparação do BGB, e foi nele incluída em razão do estudo comparativo levado a cabo por Gottfried ter revelado que era a regra prevalente em diversas regiões da Alemanha[604].

Recentemente, o tema foi invocado como *obiter dicta* em um intrigante caso sobre indignidade sucessória[605] julgado pelo Tribunal Constitucional Federal, no qual apresentou reconstrução histórica sobre a origem da liberdade testamentária no direito germânico e sua limitação pela sucessão familiar:

---

[603] KANNOWSKI, Bernd. Germanisches Erbrecht und Religion. In: ZIMMERMANN, Reinhard. Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 137. O mesmo autor apresenta a tese (minoritária) em sentido contrário, defendida por "Henrich Brunner, que se baseia em argumentos de fontes questionáveis em vários pontos. Um vem da saga Ynlinga, escrita em islandês antigo. Uma passagem dele trata da legislação de ninguém menos que o próprio Odin, o próprio pai dos deuses. A história é assim: '...Odin agora introduziu as leis em seu país que foram válidas para os Aesir desde os tempos imemoriais. Então ele decretou que todos os mortos deveriam ser colocados na pira. Ele disse que todos deveriam ir ao Valhall com tanta riqueza quanto estava com ele em sua pira funerária. Na pira o morto também deveria ter os tesouros que ele teria enterrado no chão. (...) Quanto mais alta a fumaça (ao queimar o cadáver) subisse no ar, mais a pessoa queimada será exaltada também no pós morte, e ela se tornará ainda mais rica, quanto mais posses de viagem foram queimadas com ela'. Assim, ocorre uma espécie de transferência de riqueza para a vida após a morte. Uma sucessão de propriedade *causa mortis*, no sentido que conhecemos hoje, não existe de forma alguma. Se essa saga pode ser usada como fonte, no entanto, parece – para dizer com cautela – um tanto questionável" (KANNOWSKI, Bernd. Germanisches Erbrecht und Religion. In: ZIMMERMANN, Reinhard. Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 122-123).

[604] ZIMMERMANN, Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 271.

[605] As premissas fáticas do caso foram assim resumidas pela Corte: "o recorrente é um dos dois filhos da testadora, falecida em 18 de fevereiro de 1994. Em 1982, ela o havia feito seu único herdeiro em um testamento particular e, no momento de sua morte, morava na mesma casa que seu irmão (autor da ação), que sofria de uma psicose esquizofrênica. Nos últimos anos antes da morte da falecida, quando o autor vivia recluso em um quarto no porão da casa, o autor repetidamente fez sérios ataques físicos a falecida. Depois que ele novamente atacou massivamente a testadora em 13 de janeiro de 1994, ela redigiu outro testamento em 20 de janeiro de 1994. Neste, ela confirmou a nomeação do recorrente como herdeiro e ordenou ainda: "Eu deserdo meu filho violento porque está provado que ele frequentemente me agride (socos na cabeça) e assim aceita minha possível morte súbita." Em 18 de fevereiro de 1994, o autor matou a falecida, por raiva e medo ante sua iminente internação no hospital estadual. Desmembrou o corpo e escondeu suas partes na floresta. Em razão desse ato, o tribunal regional, após obter laudo pericial em procedimento de segurança, determinou a internação do autor em hospital psiquiátrico. Embora o autor pudesse ver que seu ato estava errado, ele não estava em posição de agir de acordo com esse *insight* no momento do ato devido à sua doença mental e, portanto, a um transtorno mental patológico. b) O autor, na presente ação, pede seja garantido seu direito à parcela obrigatória da herança contra o reclamante" (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 337).

> "A liberdade de testar era até mesmo desconhecida no direito germânico antigo. Todos os sistemas jurídicos regionais que vigiam na Alemanha antes da promulgação do BGB previam que os filhos do falecido deveriam compartilhar a herança, tendo a primeira comissão convocada para a criação de um Código Civil para o Reich aprovado, à unanimidade, o direito dos filhos a uma parcela obrigatória da herança de seus ascendentes, direito este que convivia com as hipóteses restritas em que os filhos poderiam ser excluídos da herança em razão de alguma falta grave[606].

Em síntese, o direito sucessório alemão reconhece a liberdade testamentária ao autor da herança, mas a restringe ao assegurar que ao menos uma parcela da herança seja obrigatoriamente atribuída àqueles considerados herdeiros necessários. Quantitativamente, esta parcela obrigatória corresponde à metade do valor da herança (BGB, §2.303), considerado para tanto o valor do patrimônio na data da abertura da sucessão (BGB, §2.311).

Ao conciliar a liberdade testamentária e o direito hereditário dos membros mais próximos da família (herdeiros necessários), o Direito Alemão adota sistemática que a toda evidência atribui preferência à liberdade testamentária.

À guisa de exemplo, ao permitir que o testador designe seus herdeiros, o §1.937 do BGB vai além da simples permissão para nomear outros herdeiros além daqueles já considerados como herdeiros legítimos pela legislação: concede ao testador o poder de nomear todos aqueles que serão seus herdeiros, mesmo que deixe de contemplar um herdeiro necessário. Noutras palavras, se uma pessoa casada e com dois filhos realiza disposição testamentária nomeando seus herdeiros apenas o cônjuge e um dos filhos, apenas eles serão considerados herdeiros, com pretensão a parte dos bens da herança, e não o filho excluído. Em que pese à primeira vista tal faculdade pareça violar o direito sucessório do herdeiro preterido, não o faz, ao menos segundo um critério quantitativo.

Em caso de preterição de herdeiros necessários, o testamento será cumprido tal qual suas disposições. Isso porque ao serem excluídos ou não designados como herdeiros no testamento, os legitimários perdem a condição de herdeiro, e como tal não possuem pretensão a uma fração da herança, tampouco à invalidação do testamento. O que lhes é resguardado é apenas o valor patrimonial que teriam direito sobre a legítima, a ser pago em dinheiro pelo espólio ou pelos demais herdeiros[607].

---

[606] BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 349 e 351.

[607] To some extent, therefore, the rules on compulsory portion mirror those on intestate succession. This is also evident from the fact that the BGB fixes the compulsory portion as one-half of the value of the intestate share. At the same time, however, it must always be kept in mind that persons entitled to a compulsory portion do not become (co-)heirs: they merely have a claim against those instituted as heir or heirs in the will" (ZIMMERMANN,

Tal regime permite ao testador destinar a integralidade dos bens que compõe seu patrimônio aos herdeiros por ele designados[608], hipótese que não afetará a validade ou eficácia do testamento, mas tão somente constituirá em favor do herdeiro prejudicado uma pretensão de compensação, sempre em dinheiro[609] (BGB, §§2.305). Esta compensação deve ser pleiteada pelo herdeiro total ou parcialmente prejudicado, em face do espólio ou dos herdeiros, caso já tenha se realizado a partilha, no prazo prescricional de 3 (três) anos a contar da ciência da morte e de sua exclusão no testamento. Para evitar que o prazo prescricional se eternize ante a necessidade de se demonstrar a ciência do herdeiro preterido, o BGB estabelece que o prazo máximo para o exercício da pretensão indenizatória será de trinta anos.

Por fim, são ainda admitidas duas hipóteses em que os herdeiros necessários são excluídos até mesmo do direito à parcela compulsória que lhes é atribuída: no caso de renúncia pelos próprios herdeiros, ou de terem eles praticado atos graves contra o autor da herança ao ponto de serem considerados indignos de receber qualquer herança, hipóteses estas taxativamente previstas no §2.339 do BGB.

Para além do resguardo (ainda que quantitativo) da parcela compulsória, as disposições *causa mortis* também devem observar as proibições legais (BGB, §134) e a moralidade[610] (BGB, §138), requisitos estes inerentes a qualquer negócio jurídico.

No direito alemão a liberdade sucessória do autor da herança não se resume ao testamento. Ao lado deste, pode o autor da herança, em exercício de sua autonomia, dispor de seu patrimônio para depois de sua morte por meio de negócios jurídicos bi ou plurilaterais,

---

Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 270).

608 "That decision was based, on the one hand, on the paramount importance of freedom of testation: the testator was to be free as to how to dispose of his property and, in doing so, to take into account the personal qualities of his successors as well as the nature of the property left by him. These dispositions were to be respected and to be protected from interference by others as far as possible" (ZIMMERMANN, Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 270).

609 "This is a personal claim against the heir, or heirs, of the deceased to receive the value of a certain part of the deceased's estate. Thus, it is always a claim sounding in money" (ZIMMERMANN, Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020, p. 269).

610 Nos dias atuais se tornaram raros os testamentos considerados contrários à moral. Interessante caso sobre o tema, apresentado por Dennis Solomon, é o do testamento do antigo Principe da Prússia. Segundo o autor "a notable if unusual exception was a testamentary disposition made by the former Crown Prince of Prussia that threatened his decedents in the male line with disinheritance, should they enter into a marriage not befitting their (supposed) social status. Taking into account the considerable fortune involved, the *Bundesverfassungsgericht* declared this undue pressure a violation of the heir's freedom of marriage not justified by the decedent's testamentary freedom (BVerfGK 3, 112)" (SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 356).

como o testamento conjuntivo (*Gemeinschaftliches Testament*) e o contrato de herança (*Erbvertrag*), respectivamente.

O testamento conjuntivo apenas é admitido entre pessoas casadas (BGB, §2.265) ou que vivam em parcerias de vida registradas (LPartG, §10, IV). Sua pertinência está na admissão de disposições recíprocas ou condicionais feitas por um dos cônjuges ou companheiros e cuja eficácia depende das disposições do outro, de modo que a nulidade ou resilição de uma implica ineficácia da outra (BGB, §2.270). São consideras recíprocas as disposições que um cônjuge faz a favor do outro, ou em favor de um parente de seu cônjuge ou pessoa a ele próxima[611].

Estas disposições recíprocas são especialmente protegidas em razão da bilateralidade do ato, estatuindo o BGB restrições especiais para sua revogação (BGB, §2.271). Embora qualquer dos testadores possa revogar suas disposições em vida, não bastará fazê-lo por outro testamento, sendo exigida também uma notificação formal ao outro cônjuge, para que assim tenha ciência quanto a revogação e, em querendo, possa também revogar ou modificar suas disposições (BGH, 31, 5)[612]. Após o falecimento de um dos cônjuges, não será mais possível ao cônjuge sobrevivente a revogação unilateral de suas disposições, exceto se renunciar a herança testamentária deixada para si pelo cônjuge falecido[613].

Já os contratos sucessórios (*Erbvertrag*), expressamente admitidos e regulados pelos §§2.274 a 2.302 do BGB, têm como particularidade permitir ao testador e aos demais contratantes estabelecer um regime de disposições *causa mortis* vinculantes sobre a sucessão e que somente admitem revogação em hipóteses especiais. Tal como nos testamentos, em respeito à liberdade sucessória, tais contratos são personalíssimos e só podem ser realizados pessoalmente, em ato conjunto com todas as partes e na presença de um notário.

---

[611] SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 359.

[612] Em julgado sobre o citado dispositivo, entendeu o BHG que para a revogação válida do testamento conjuntivo, não basta a notificação ao outro cônjuge, sendo imprescindível que esta esteja acompanhada de certidão ou cópia autenticada do ato revogatório. No caso, o Tribunal Federal Alemão ainda foi além, e atribuiu ao cônjuge que realiza a revogação o dever de certificar-se ter ela sido cumprida pelo oficial do notariado. No caso, embora a esposa tenha realizado o ato notarial de revogação e expressamente solicitado ao oficial que notificasse seu marido, sua revogação acabou sendo julgada inválida, pelo oficial ter apenas dado ciência ao marido da revogação, se a entrega da respectiva certidão ou cópia. Segundo a Corte, "Sua obrigação não se limitava a dar instruções adequadas ao oficial, mas era também responsável por garantir que uma cópia lhe fosse entregue. Assim, a arguida era obrigada a verificar se o oficial cumpriu suas instruções corretamente" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 31. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1960, p. 9).

[613] KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 196.

Ao contrário do testamento conjuntivo, o contrato sucessório tem maior amplitude subjetiva, admitindo qualquer pessoa como parte, desde que seja juridicamente capaz[614]. Pode ser contratante um herdeiro legítimo, um herdeiro ou legatário testamentário, ou mesmo uma pessoa que ainda não possui qualquer relação jurídica sucessória com o autor da herança, como uma noiva (BGB, §2.276, 2) ou um filho em processo de adoção[615].

Relativamente ao objeto, os contratos sucessórios admitem disposições mais restritas que àquelas permitidas ao testamento.

Ambos compartilham a competência para a designação de herdeiros, atribuir legados, impor encargos e escolher a legislação sucessória aplicável (BGB, §1.941), porém, apenas por meio de testamento há autorização legal para dispor sobre temas como a partilha dos bens da herança (BGB, §2044, §2048 e §2.049), designação de testamenteiro (BGB, §2.197) ou nomeação de tutor para os filhos menores (BGB, §1.777).

Inobstante, nada impede que em um mesmo instrumento (contrato sucessório), convivam disposições unilaterais, e, portanto, puramente testamentárias, e disposições contratuais, que efetivamente representem um acordo de vontade entre os contratantes quanto a um interesse comum, estando estas restritas às matérias do §1.941 do BGB. Cada parte pode fazer suas próprias disposições, não se limitando a aceitar as disposições da outra parte[616].

Desta sorte, o contrato sucessório pode conter disposições testamentárias unilaterais de um ou mais contratantes (BGB, §2.278), bem assim disposições conjuntas, de interesse de comum.

Nesta linha, seria possível que em um contrato sucessório o autor da herança determine de forma unilateral como se dará a partilha dos bens entre os herdeiros[617] (BGB, §2.048), ou proibir a partilha por até trinta anos (BGB, §2.044), mantendo o patrimônio submetido à universalidade, matérias de competência exclusivamente testamentárias, como também podem

---

[614] Em que pese esta seja a precisa redação do 2.275 do BGB, há curioso precedente do Tribunal Federal Alemão de 19 de janeiro de 2011 (BGHZ 188, 96) admitindo a participação de pessoa com deficiência mental como contratante, em razão de não ter sua capacidade legal limitada, e considerado ainda como válida a renúncia à herança por ela realizada (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 188. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 2011, p. 96-109). Os fundamentos da decisão revelam que a Corte Federal atribui maior resguardo jurídico à liberdade formal da contratante, notadamente de poder recusar sua herança, do que a eventual capacidade substancial, que poderia restar violada pela própria proteção da liberdade formal no exercício da renúncia.

[615] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2.116.

[616] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.744.

[617] "Como a partilha dos bens não está incluída no artigo 1.941, não pode ser feita por disposição contratual, mas apenas unilateral, sempre revogável pelo testador" (SCHUMANN, Gerhard. Erbvertragsrecht. Berlin: Haufe , 2002, p. 39).

contratualmente designarem-se herdeiros uns dos outros, eleger um herdeiro comum, ou mesmo entabular acordo conservativo, de não alterar a sucessão legal, restringindo-se reciprocamente de fazer qualquer disposição testamentária, destinado à garantia da sucessão para os herdeiros legítimos[618]. O fato de a disposição testamentária estar contida em um instrumento contratual, portanto, formado também com outras partes, não retira a característica personalíssima do ato testamentário.

O que definirá se certa disposição é unilateral ou contratual é a vontade das partes, aferida por disposição expressa ou por interpretação do contrato. Para tanto, assenta o Münchener Kommentar que, em regra, as disposições que são benéficas a um dos contratantes devem ser consideradas contratuais, podendo-se presumir que as partes desejavam torná-las irrevogáveis quando da pactuação. De outra lado, as disposições em favor de terceiro devem ser consideradas unilaterais ou contratuais de acordo com o interesse dos contratantes. Aquelas disposições em favor de um filho, um parente ou o amigo próximo de um dos contratantes revelam a existência de um interesse do próprio contratante em vê-las mantidas, e assim devem ser consideradas contratuais. Já as disposições em favor de um parente apenas de um dos contratantes, que não tenha relação com o outro, presumem-se unilaterais[619].

A distinção é relevante pois constitui o critério para definição do regime jurídico aplicável, estando as disposições unilaterais submetidas ao regime testamentário, ao passo que as disposições contratuais se submetem ao regime dos pactos sucessórios, sendo a principal diferença entre os regimes a revogabilidade ou vinculação das disposições.

Em razão da liberdade sucessória constitucionalmente garantida ao autor da herança, a ele é sempre permitido o poder unilateral de revogar ou modificar seu testamento a qualquer tempo, o levanta interessante reflexão quando sopesado ao fato de o direito alemão também admitir disposições *causa mortis* por meio de negócios jurídicos bi ou plurilaterais, como o testamento conjuntivo e o contrato sucessório.

A impossibilidade de modificação unilateral de um negócio jurídico bilateral é princípio geral reconhecido pelo direito alemão e não é excepcionada nos negócios jurídicos *causa mortis*[620]. Quando a disposição é conformada também pela vontade de outra pessoa, ou seja, quando o sujeito opta por realizar suas disposições mortis causa por meio de testamento

---

[618] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.841.
[619] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.746.
[620] KAPPLER, Susanne; KAPPLER, Tobias. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*. 16ª Auflage. Köln: Otto Schmidt KG, 2020, p. 6.348.

conjuntivo ou de contrato sucessório, não mais poderá ulteriormente modificá-lo ou revogá-lo de forma unilateral[621]. Por essa razão, tais negócios jurídicos bi ou plurilaterais são considerados pela doutrina também como restrições ao princípio da liberdade testamentária[622], ainda que restrições de origem voluntária.

Neste ponto, é necessária cautela na interpretação do §2.302 do BGB, que declara nulas as cláusulas pelas quais o testador se obrigar a testar, não testar, cancelar ou não cancelar uma disposição causa morte[623]. Embora sua interpretação gramatical possa levar a crer que seria também aplicável aos contratos sucessórios, tal regra restritiva tem como âmbito de aplicação apenas os contratos de direito obrigacional, e é excepcionada justamente pelas duas hipóteses de negócio jurídicos sucessórios plurilaterais admitidos[624]: o testamento conjuntivo e o contrato sucessório.

Após a celebração de um contrato sucessório, os contratantes ficam a ele vinculados, de modo que não só estarão impedidos de revogá-lo unilateralmente, como também de "fazer quaisquer outras disposições testamentárias que entrem em conflito com o contrato de herança", como já reiteradamente decidido pelo Tribunal Federal Alemão[625].

---

[621] "In an inheritance contract, one or both of the parties can make a testamentary disposition. The dispositions binding on both sides are called 'contractual dispositions' (§2278 BGB/Vertragsmässige Verfügungen). These 'contractual dispositions' are comparable with the 'mutual dispositions' in a joint will" (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. *European Succession Laws*. Bristol: Jordans, 1998, p. 200-201).

[622] VERLAG, Carl Heymanns. Reimann/Bengem/Dietz. Testament und Erbvertrag. Köln: 2020, p. 25. No mesmo sentido, Karsten Kühne: "as dispositions in joint wills and inheritance contracts are based on reciprocity, so that the disposition of one contractual partner is a condition for the disposition of another contracting partner, such z disposition can only jointly and by agreement be revoked or set aside while bit partners are still alive (§2271 BGB). (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 196).

[623] BGB. §2.302. A contract by which a person agrees to make or not to make, to cancel or not to cancel, a disposition mortis causa is void.

[624] "A lei só permite a restrição da liberdade de regular o próprio patrimônio por meio de disposição *causa mortis* em dois casos: no caso de contrato de herança e sob certas condições, no caso de testamento conjunto. Nos demais casos, a liberdade testamentária deve sempre ser preservada e não pode ser restringida por contratos de direito das obrigações. O §2.302 protege essa liberdade na medida em que declara nulos os contratos de direito das obrigações que tratem do estabelecimento, manutenção ou cancelamento de uma disposição testamentária" (KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.839).

[625] BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 12. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1954, p. 118; "Mesmo que o contrato de herança seja uma disposição causa mortis, não deixa de ser um contrato. Decorre desta natureza jurídica que as partes estão fundamentalmente vinculadas ao conteúdo do contrato, na medida em que este contenha disposições contratuais mortis causa. A este respeito, o contrato de herança não pode ser facilmente anulado por um contrato de herança celebrado posteriormente com outra pessoa ou por um testamento redigido em data posterior. O contrato de herança só pode ser rescindido se as partes do contrato o cancelarem contratualmente de acordo com o § 2.290 do BGB" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 26. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1958, p. 206).

A revogação de um contrato sucessório, em regra, somente é admitida por um novo contrato sucessório, portanto, submetida a anuência de todas as partes (BGB, §2.290)[626]. Já a resilição unilateral somente é permitida em relação às disposições puramente testamentárias do contrato, bem assim pela deserdação de um beneficiário nas hipóteses legalmente admitidas (§2.294), no caso de cancelamento de obrigação em favor do testador (§2.295) e, talvez a mais relevante, para as matérias em que o próprio contrato expressamente reservou ao disponente o poder de revogação unilateral (§2.293)[627].

Esta última possibilidade revela interessante *opt out* deixado à liberdade sucessória, a permitir às partes excetuar o regime contratual geral, que torna as disposições irrevogáveis unilateralmente, atribuindo a uma delas o direito potestativo de resilir unilateralmente uma determinada disposição, mesmo quando verse sobre interesse comum dos contratantes. Inexistindo previsão expressa no contrato, já decidiu o Tribunal Federal que a modificação não poderá ser realizada unilateralmente nem mesmo quando se mostrar economicamente vantajosa à outra parte (BGHZ, 26, 204)[628], a evidenciar que a garantia da liberdade sucessória não pode ser submetida a uma premissa paternalista.

Sendo o contrato sucessório um contrato *causa mortis,* embora deflagre alguns efeitos desde o momento de sua celebração, como por exemplo a restrição à autonomia do autor da herança, impedindo que disponha por testamento[629], promessa de doação *causa mortis*[630] ou

---

[626] "An inheritance contract can be revoked by agreement of the parties who signed the inheritance contract: after the death of one of these people its revocation is no longer possible (§2290 BGB). The testator can, however, unilaterally rescind the contractual disposition if the intended beneficiary carries out a criminal act which would enable the testator to exclude that person's statutory inheritance, for example, if the other party plots to kill the testator (§2294 BGB and s 2333 BGB)" (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 200-201).

[627] "§2.293. Revocation in the event of reservation. The testator may revoke their contract of inheritance if they have reserved the right to do so in the contract".

[628] A decisão, proferida em 8 de janeiro de 1958, teve por premissa fática caso em que o contrato sucessório estabelecia determinada pessoa como o único herdeiro do testador, porém, na qualidade de herdeiro primário (provisório, de modo que quando de seu falecimento, os bens seriam revertidos a um herdeiro secundário). Posteriormente à pactuação, o testador fez nova disposição testamentária para designar mais um herdeiro para receber a herança em conjunto com o primeiro, atribuindo a esta agora a condição de herdeiro pleno e definitivo de determinada quota. A decisão restou assim ementada: "1. O testador pode reservar o direito, em um contrato de herança, de dispor de seus bens de maneira diferente daquela prevista no contrato de herança dentro de certos limites. Essa reserva deve ser acordada na forma do § 2276 do BGB. 2. Uma disposição testamentária que contradiga uma disposição feita em um contrato de herança afeta em qualquer caso o direito do beneficiário contratual. Ela não pode ser válida apenas porque, de um ponto de vista econômico, é mais favorável ao beneficiário do que a disposição no contrato de herança" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 26. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1958, p. 206).

[629] "§2.289. (1) A prior testamentary disposition by the testator is cancelled by a contract of inheritance to the extent that it would adversely affect the right of a person provided for under the contract. A later disposition mortis causa is, notwithstanding the provision of section 2297, ineffective to the same extent".

[630] "§2.301. A promise of a donation made subject to the condition that the donee survives the donor is governed by the provisions concerning dispositions mortis causa. The same applies to a promise to fulfil an obligation or an

outro pacto sucessório de forma diversa, sua eficácia principal fica suspensa até o evento morte, ou seja, o contrato não transfere desde logo o patrimônio do testador para os beneficiários.

O testador continua sendo proprietário dos bens que compõe o seu patrimônio, inclusive mantendo consigo o poder de livre disposição sobre os mesmos, desde que o faça ainda em vida[631]. A obrigação de transmissão portanto é apenas sucessória, *causa mortis*, não restringindo os atos que pratique em vida.

O fato de, em princípio, o testador manter a livre disposição de seus bens em vida impede o reconhecimento de qualquer pretensão dos herdeiros ou beneficiários do contrato relativamente ao patrimônio contratado, antes do evento morte. A rigor, o beneficiário sequer pode ter certeza se algum dia receberá o patrimônio objeto do contrato, pois pode vir a falecer antes do disponente, e mesmo que a ele sobreviva, tampouco terá certeza quanto a quantidade, qualidade ou valor dos bens que receberá, já que estes podem ser transacionados pelo disponente entre a elaboração do pacto e sua morte.

A conclusão a que se chega é que a posição contratual do beneficiário é fisiologicamente fraca[632]. Sendo incerto se efetivamente receberá a herança contratada, e mesmo que a receba, sendo igualmente incerta a sua extensão, o contratante acaba por assumir posição jurídica próxima àquela conferida por um contrato aleatório.

O beneficiário não possui pretensão oponível ao testador em relação ao objeto do contrato (§2.287), e, de acordo com jurisprudência do Tribunal Federal Alemão (BGH 12, 115), nem mesmo uma expectativa legalmente garantida (*rechtlich gesicherte Anwartschaft*), sendo titular de mera expectativa de fato (*tatsächliche Aussicht*). Na ementa do julgado de 19 de janeiro de 1954, assentou a Corte que "mesmo que o legado seja baseado em um contrato de herança, o legatário não adquire uma reivindicação nem uma expectativa legalmente garantida, mas apenas uma expectativa de fato antes da morte do testador"[633].

---

acknowledgement of debt of the kind described in sections 780 and 781, made by way of donation subject to this condition".

631 "§2.286. A contract of inheritance does not restrict the right of the testator to dispose over their assets by a legal transaction inter vivos".

632 "This creates the danger that a testator who is unable to avoid his obligations under the contract pursuant to the respective rules (§§ 2.290-2.297 BGB) instead undermines these obligations by transferring his property *inter vivos,* thus leaving only a reduced estate to be inherited under the contract" (SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 361).

633 A fundamentação não deixa dúvida quanto a inexistência de qualquer expectativa juridicamente protegida pelo beneficiário: "O legatário não tem nenhum direito perante a herança, nem qualquer expectativa legalmente garantida, mas apenas a esperança de adquirir o direito ao objeto que lhe foi legado. Isso se aplica não apenas a um legado baseado em disposição testamentária unilateral, a qual o testador pode revogar unilateral e arbitrariamente a qualquer momento, mas também se aplica a um legado atribuído em contrato de herança. Uma disposição *mortis causa*, mesmo que seja feita de acordo com um contrato, nunca cria uma pretensão contra o

Nesta ordem de ideias, nenhum direito ou mesmo expectativa de direito é incorporada ao patrimônio do beneficiário do contrato antes da abertura da sucessão, o que permite duas conclusões, sufragadas pela doutrina: a primeira, e cuja redação é deliberadamente ambígua, é que o herdeiro deve ficar "*satisfeito"* (de fato e juridicamente), com o que resta do patrimônio do testador no momento de sua morte, afinal, poderia não restar qualquer patrimônio; a segunda é que esta mera expectativa fática não pode ser transmitida ou penhora[634]. Falecendo o beneficiário antes do autor da herança, há caducidade das disposições em seu favor, sendo inaplicável o direito de representação próprio da sucessão intestada.

Em que pese a fragilidade de sua posição, o beneficiário não fica de todo desguarnecido, podendo valer-se de disposições contratuais que fortaleçam sua posição[635], ou mesmo de uma pretensão exercível após o falecimento do testador.

Negocialmente, o testador pode se comprometer a em vida não alienar determinado bem objeto do contrato sucessório, disposição que, por sua natureza *inter vivos*, atribuiria imediatamente ao beneficiário o direito subjetivo de exigir o cumprimento da obrigação de não fazer[636].

Tal compromisso teria caráter nitidamente obrigacional, e não sucessório, e acaso descumprido, não teria o condão de invalidar o ato de transmissão[637], tampouco de autorizar pretensão reivindicatória contra quem detenha o bem, mas apenas de deflagrar ao contratante prejudicado o direito à respectiva indenização pelos prejuízos causados pela violação da obrigação negativa (BGHZ, 31, 13)[638].

---

testador. Os direitos dos beneficiários só surgem quando da abertura da sucessão, assim como as reivindicações de herança e da parcela compulsória só surgem após a morte do testador" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 12. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1954, p. 118).

634 KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.173.

635 "The beneficiary under the inheritance contract therefore has no guarantee of the value of the estate which will be available at the time of the testator's death. Additional security measures may be necessary to protect the prospective heir" (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 201).

636 Em que pese o §137 do BGB proíba a exclusão ou restrição do poder do titular de dispor de um direito alienável, a disposição não atinge a validade da relação obrigacional, inclusive já considerada válida pelo BGH especificamente quando entabulada em contrato sucessório (ELLENBERGER, Jürgen. *Palandt-Kommentar* zum BGB. 79 Auflage. München: C. H. Beck, 2020, p. 139).

637 VERLAG, Carl Heymanns. Reimann/Bengem/Dietz. Testament und Erbvertrag. Köln: 2020, p. 1033.

638 É neste sentido o precedente do Tribunal Federal Alemão de 30 de setembro de 1959: "A violação culposa de tal obrigação pode, de acordo com os princípios gerais do direito das obrigações, justificar uma ação de indenização contra o testador. (...) É verdade que o fato de um direito só se tornar efetivo no momento da morte não exclui fundamentalmente a hipótese de uma disposição entre vivos, pela qual as partes quiseram estabelecer direitos e obrigações em vida" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 31. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1960, p. 19-20).

Na hipótese de as partes não terem entabulado disposição negocial neste sentido, o BGB atribui alguma proteção ao beneficiário do contrato sucessório quando a alienação de bens for realizada pelo testador em vida, de forma gratuita e com intenção de prejudicar o outro contratante. Estabelece o §2.287[639] que se o testador realizar doações com a intenção de prejudicar seu herdeiro contratual (e.g., reduzindo substancialmente o patrimônio), poderá este herdeiro, após a abertura da sucessão, demandar dos donatários a devolução do bem doado ou, sendo impossível a devolução em espécie, o seu valor equivalente (BGB, §2.287 e §818)[640].

Estas disposições confirmam a possibilidade de convivência harmônica de disposições entre vivos, de eficácia imediata, e disposições cuja eficácia fica condicionada ao evento morte, todas em um mesmo instrumento de contrato sucessório.

Aflora deste conjunto de regras a notória conjunção de regimes jurídicos diversos no regramento aplicável aos contratos sucessórios: de um lado, efetivos contratos, a ponto de vincular o testador às disposições nele contidas e não admitir a revogação unilateral (BGHZ, 26, 206); de outro, por conter disposições *causa mortis*, atrai para si regime supletivo dos testamentos, do qual em muito se aproxima; por fim, tem por regras supletivas o regime da sucessão intestada, não raro invocadas como suporte para interpretação sistemática.

Esta multiplicidade de regimes também é apreensível quanto a renúncia ao direito sucessório, um dos temas mais relevantes na elaboração dos contratos sucessórios. Se nos regimes da sucessão intestada e testamentária não é possível ao herdeiro renunciar à herança anteriormente à abertura da sucessão, no regime da sucessão contratual a admissão da renúncia antes da abertura da sucessão talvez seja o instrumento que melhor garante segurança aos contratantes de que o regime contratual será rigorosamente observado e cumprido após a abertura da sucessão[641].

O BGB permite expressamente admite a renúncia contratual do cônjuge ou dos parentes ao “direito legal de herdar" (§2346, 1) e ao “direito a uma parte obrigatória" (§2352,

---

[639] “§2.287. Gifts adversely affecting the contractual heir. (1) If the testator has made a gift with the intention of adversely affecting their contractual heir, the contractual heir may, after the inheritance has devolved upon them, demand from the recipient that they surrender the gift in accordance with the provisions relating to the surrender of unjust enrichment. (2) The standard limitation period of the claim begins with the devolution of the inheritance”.

[640] Trata-se de aplicação do regime do enriquecimento sem causa, sobretudo em razão do direito alemão expressamente prever como uma das hipóteses desta figura a transmissão de bem por pessoa que não tinha poderes ou não estava autorizada a fazê-lo (BGB, §816).

[641] “Esse instituto jurídico, que pode ser utilizado de diversas formas, evoluiu ao longo do tempo para se tornar um instrumento de desenho jurídico cada vez mais utilizado. Em particular, é possível criar regramentos claros por meio de uma renúncia à herança e evitar disputas posteriores entre os herdeiros” (STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 16).

2). Com a renúncia, o herdeiro impede a formação do direito à herança que viria a receber na sucessão do falecido enquanto herdeiro legítimo ou necessário, na qual será tido como pré-morto[642], sem direito nem mesmo à sua parcela compulsória ou direito de representação[643].

A despeito da renúncia ter por função originária permitir ao herdeiro uma liberdade de escolha, notadamente de escolher repudiar a herança, de optar nada receber de determinada pessoa, seja para altruisticamente privilegiar os demais herdeiros com sua cota ou por mesmo por razões sentimentais, a pragmática revela que tal funcionalidade acabou suplantada por uma função libertária em favor não do herdeiro, mas do autor da herança. O Münchener Kommentar é enfático ao ressaltar a importância da renúncia antecipada no desenho de uma sucessão contratual, apontando que seu objetivo primordial é "dar ao testador a oportunidade de regular a sucessão tendo em vista as circunstâncias especiais do caso individual já antes da sucessão, em acordo com as partes que renunciam"[644].

Cotejando as possíveis funções por ela realizada em favor do herdeiro renunciante com as funções desempenhadas em favor do autor da herança, parecem ter razão os comentadores da Baviera. Embora a renúncia contratual de fato faculte operações relevantes ao herdeiro, como direcionar sua participação aos outros herdeiros, ou simplesmente recusar-se terminativamente a receber qualquer bem de determinada pessoa, tais desideratos podem igualmente ser alcançados pela renúncia ordinária, realizada após a abertura da sucessão. De outro lado, o fato de ser admitida antecipadamente concede ao autor da herança uma liberdade quase absoluta para desenhar sua sucessão, prestando-se a solucionar a maior parte dos dilemas contemporâneos da sucessão[645].

Ilustrativamente, obtendo a renúncia antecipada de seu cônjuge, poderá o autor da herança dela se valer para distribuí-la integralmente aos descendentes, como parece ser um

---

[642] Em que pese a disposição determinando que o renunciante seja tratado como pré-morto, salutar esclarecer que os efeitos da renúncia se estendem aos descendentes do renunciante (§2.349), não existindo direito de representação nesta hipótese.

[643] "§2346 Effect of the renunciation of inheritance, possibility of limitation. (1) Relatives and the spouse of the testator may renounce their right of intestate succession by contract with the testator. The person renouncing is excluded from intestate succession as though they had no longer been alive at the time of the devolution of the inheritance; they do not have a right to a compulsory share. (2) The renunciation may be restricted to the right to a compulsory share".

[644] WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2.112.

[645] "A relação entre a renúncia à herança e a liberdade de fazer um testamento é ambivalente: por um lado, o testador pode usar a renúncia à herança para planejar melhor sua futura sucessão e se livrar das restrições previstas na lei sobre porções obrigatórias, bem como das obrigações decorrentes de disposições recíprocas ou contratuais. A renúncia à herança é, portanto, um meio de ampliar sua liberdade de fazer um testamento. Por outro lado, esse instrumento não está disponível para ele sem limitações: ele depende do consenso com a parte renunciante" (METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 469).

desejo cada vez mais recorrente em famílias recompostas; ou, por meio da renúncia à parcela obrigatória de um descendente, garantir a continuidade de uma exploração agropecuária ou industrial ao atribuir a integralidade ou maioria de suas ações ou cotas para um único herdeiro, evitando assim que conflitos familiares interfiram na atividade produtiva; ou mesmo privilegiar um herdeiro incapaz com cota hereditária superior ao que permitiria a parcela disponível do testador, o que não poderá ser impugnado caso conte com a renúncia da parte obrigatória garantida aos demais herdeiros.

A renúncia contratual firmada pelos herdeiros pode ainda conferir ao testador uma livre distribuição de seus bens, seja em cotas desiguais entre seus herdeiros necessários, ou mesmo atribuindo a maior parte da herança a terceiros, em detrimento de herdeiros já economicamente estabelecidos, com a segurança de que a renúncia impedirá futura pretensão à sua parcela compulsória sobre a herança.

Ainda em relação à livre partilha dos bens pelo autor da herança, após a conclusão do acordo de renúncia e antes da sucessão, por se tratar de negócio jurídico abstrato, o aumento ou valorização da cota a que o renunciante teria direito não interferirá na eficácia ou na extensão de sua renúncia[646]. Da mesma sorte, a valorização ou desvalorização dos bens atribuídos a cada herdeiro pelo autor da herança, mesmo quando acarrete atribuição inferior à parcela compulsória ou seu total esvaziamento, não autorizará a modificação da distribuição realizada pelo testador caso esteja abrigado pela renúncia do herdeiro prejudicado[647], tampouco pedido de complementação[648].

Este cenário revela como de fato o direito à renúncia antecipada, embora titularizado pelo herdeiro, é funcionalizado sobremaneira em favor do autor da herança, ante as inúmeras faculdades que, indiretamente, lhe atribui. Não seria exagero dizer que o autor da herança que lograr obter a renúncia antecipada de todos seus herdeiros compulsórios terá liberdade quase absoluta na designação de sua sucessão, pois estará submetido ainda aos bons costumes (BGB, §138).

---

[646] WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2.116.

[647] "A renúncia à herança é um negócio jurídico com muitas incertezas e alto risco. A razão para isso é que o significado econômico total de uma renúncia só se torna aparente quando a herança ocorrer, e muitas vezes somente depois de muito tempo desde a abertura da sucessão" (STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 25).

[648] BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 206. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 2016, p. 173.

Estruturalmente, a renúncia antecipada encontra grande debate quanto a sua natureza jurídica, tanto na jurisprudência do Tribunal Federal, quanto na doutrina, qualificando-a a doutrina majoritária como uma transação contratual, de direito sucessório, abstrata e de eficácia negativa. Ao revés da renúncia sucessória ordinária, que é vertida por meio de negócio jurídico unilateral, a renúncia antecipada terá sempre natureza contratual, dependente portanto da pluralidade de vontades para sua formação, e nesta linha terá por pressuposto subjetivo a participação de ao menos um futuro herdeiro na qualidade de renunciante e do próprio autor da herança.

Assim, não seria admissível, ao menos como contrato de natureza sucessória, um pacto renunciativo em que somente figurem herdeiros, em que um ou mais deles renunciam a herança em favor dos demais, sem a participação do titular do patrimônio[649]. Sustenta a doutrina que a justificativa de exigir o envolvimento do testador seria "que a renúncia à herança diz respeito ao futuro patrimônio do testador, que deve ter voz ativa na decisão sobre o que acontecerá com sua propriedade após a sua morte".

Vocacionada a instrumentalizar a realização de planejamento sucessório, ou mesmo evitar litígios familiares, nada impede que a renúncia seja contratada em instrumento apartado, apenas com um ou alguns herdeiros, o que pode ser interessante forma de conferir tratamento diferenciado aos herdeiros ou mesmo evitar que uns saibam sobre as disposições em relação à renúncia dos outros, já que não há requisito legal de que a renúncia conste no mesmo instrumento contratual que as disposições sucessórias.

É verdadeiramente contrato de direito sucessório, submetido aos princípios gerais deste campo. Suas disposições não criam qualquer obrigação ao renunciante ou correlativo direito ao autor da herança, mas apenas "causam a perda do direito sucessório e reorganiza a sucessão legal"[650].

A renúncia antecipada é ainda classificada como um negócio jurídico abstrato, na medida em que seus efeitos serão deflagrados "independentemente da eficácia do negócio jurídico causal que possa ter por base"[651]. Tal característica afasta a aplicação do regime jurídico dos contratos causais sinalagmáticos, o que é de todo relevante considerando que pode

---

[649] Aos herdeiros é lícito contratar entre si, sem a presença do testador, sobre a parte legítima da herança comum ou sobre a parcela compulsória. Esta exceção à proibição de contratos sobre o patrimônio de pessoa viva está expressamente prevista no 311b, 5, do BGB. Este contrato, porém, terá efeitos apenas obrigacionais entre os herdeiros, não possuindo o condão de alterar a situação sucessória.

[650] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 20.

[651] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 20.

ser antecedida por uma transação obrigacional que atribua ao renunciante algum direito subjetivo. Nestas hipóteses, nem mesmo se o benefício que foi prometido ao renunciante não for adimplido, não poderá ele rescindir o contrato de renúncia.

Dada a fundamentalidade do direito à herança, reconhecida pela Constituição Alemã (GG), exige-se para a validade da renúncia antecipada requisito de forma, notadamente que seja realizada perante notário (BGB, §2.348). Esta exigência tem por objetivo evitar que a renúncia "fosse declarada com base em um estado de espírito momentâneo" [652], irrefletido, no calor das emoções, e que pudesse levar ao subsequente arrependimento do renunciante quando voltar a um estado mental de maior racionalidade, mais propício a decisões refletidas. De forma aparentemente destoante a salvaguarda objetivada pela exigência de um requisito de forma, o Tribunal Federal Alemão (BGHZ, 22, 364) admite a renúncia tácita em contrato sucessório, no caso concreto, apurada pela participação dos filhos como anuentes em um contrato sucessório cujas disposições eram claras no sentido de que não receberiam imediatamente sua parcela compulsória da herança[653].

Chama a atenção como o tema da renúncia contratual se desenvolveu no direito alemão, dando azo a controvérsias ainda hoje presentes e a existência de um considerável número de julgados sobre o tema, a revelar que se trata de instrumento jurídico ordinariamente utilizado. Parece, porém, contraditório que um expediente como a renúncia, que a princípio não acarreta qualquer vantagem ao renunciante, tenha galgado tamanha aderência social.

A razão desta aparente contradição encontra sua origem no frutífero desenvolvimento desta figura pelo direito alemão, notadamente pela formulação de uma estrutura apta a sufragar tanto interesses do herdeiro renunciante quanto do autor da herança.

---

[652] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 20.

[653] Constou da decisão: "Se, em um contrato de herança, ambas as partes se enfrentarem como herdeiros legais ou com direito à quota obrigatória, o contrato de herança pode conter renúncia à quota legítima ou obrigatória. Essa renúncia pode ser expressamente declarada, mas pode também acontecer que esta declaração de renúncia e aceitação só possam ser inferidas de interpretação das outras declarações feitas no contrato de herança. Uma vez que o Tribunal de Recurso presumiu erroneamente que o contrato de herança não poderia ser interpretado no sentido de que o réu renunciou ao seu direito a uma parte obrigatória apenas por razões legais e, portanto, não avaliou a declaração das partes contratantes nesse sentido, o julgamento deve ser anulado. Na interpretação do contrato de herança, a primeira coisa que importa é o objetivo que as partes contratantes queriam alcançar ao celebrar o contrato. (...) A celebração do contrato de herança cria um vínculo não só para o cônjuge sobrevivo, como é o caso nos testamentos conjuntivos, mas também para o descendente designado como herdeiro definitivo. O objetivo desta caução será muitas vezes obter a aprovação dos herdeiros definitivos para as disposições efetuadas, bem como sua renúncia a tais pretensões, contrárias aos fins e objetivos perseguidos pelo contrato. A menos que circunstâncias especiais se oponham a isso, pode-se presumir que o herdeiro final, ao aceitar as disposições feitas no contrato de herança, ao mesmo tempo renunciou ao seu direito a uma parte obrigatória após a morte do primeiro a morrer". (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 22. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1977, p. 367-369).

Em que pese o BGB nada diga quanto a natureza gratuita ou onerosa da renúncia, a despeito do ainda vivo debate quanto a essa qualificação da renúncia contratual, o direito alemão há décadas admite contratos de renúncia em que também o renunciante é contemplado por uma prestação, ao ponto de a doutrina contemporânea reconhecer que "o acordo de renúncia a futuros direitos hereditários é geralmente, embora não necessariamente, vinculado ao pagamento de uma contraprestação"[654].

A dificuldade inicialmente encontrada está em compatibilizar um negócio jurídico abstrato (contrato de renúncia), que não pode estar vinculado a outro acordo, com a atribuição de uma prestação juridicamente exigível. A solução encontrada perpassa pela elaboração de dois contratos, um preliminar e submetido ao direito obrigacional, e o segundo o próprio contrato renunciativo, abstrato e de direito das sucessões[655].

No contrato preliminar, as partes não subordinam qualquer efeito jurídico ao evento morte. Trata-se de contrato pelo qual o herdeiro se compromete a uma obrigação de fazer, notadamente de realizar um contrato de renúncia antecipada, ainda durante a vida de ambas as partes. De outro lado, o autor da herança se vincula a uma obrigação de natureza igualmente obrigacional, no mais das vezes de pagar uma contraprestação ao herdeiro renunciante, cuja renúncia fica condicionada ao adimplemento desta[656].

Este acordo pode tornar a renúncia também vantajosa ao herdeiro, na medida em que, de certo modo, antecipa o recebimento de uma herança ou parte dela cujo recebimento ulterior

---

654 SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019, p. 363. No mesmo sentido, "em muitos casos, a renúncia da herança é declarada em troca de uma compensação (a chamada renúncia onerosa)" STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 21.

655 "O acordo de compensação e a renúncia à herança são, em princípio, transações independentes; eles não podem formar um contrato uniforme na acepção dos §§321 e seguintes, porque a renúncia à herança, como negócio jurídico abstrato, não pode estar vinculada ao acordo de liquidação. Uma vez que as partes considerarão ambos os negócios como uma unidade – o futuro herdeiro faz a renúncia apenas em razão da contraprestação – surge a questão de como a relação entre os dois negócios jurídicos deve ser estruturada e como o renunciante pode ser protegido do fato de a renúncia por ele declarada permanecer eficaz mesmo em caso de inadimplemento da contraprestação. Existem as seguintes opções para isso: a) contrato recíproco (...); b) renúncia sujeita à condição, que pode ser suspensiva até o pagamento do acordo (...) (WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2119-2120).

656 "Em muitos casos, a renúncia da herança é declarada em troca de uma compensação (a chamada renúncia onerosa). A renúncia da herança e o acordo são, então, baseados em uma transação legal sob o direito das obrigações que, por um lado, contém a obrigação da parte renunciante de declarar a renúncia da herança e, por outro lado, a obrigação do testador de pagar o acordo. Tal transação legal é um contrato sinalagmático no sentido dos §§320 e seguintes do BGB, que é cumprido pelas duas transações independentes (regra geral atual: BGH NJW-RR 2012, 332). (...) A renúncia à herança pode ser limitada a uma parte da herança, estar sujeita a reservas, limites de tempo, submetida a condições e também ser acordadas em favor de terceiros" (STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 21-30).

seria, ao fim e ao cabo, incerto. Como se trata de um contrato regido pelo direito das obrigações, não se submete à limitação de objeto do §1.941 do BGB, e uma vez entabulado, as prestações podem ser judicialmente exigidas, inclusive a obrigação específica de contratar a renúncia antecipada.

Finalmente, quanto a seu objeto, a renúncia pode abranger a sucessão legítima, hipótese em que o renunciante nada herdará, independentemente do que ocorra, ou apenas o direito à porção obrigatória, hipótese em que continuará sendo um herdeiro, porém, podendo ter sua parcela hereditária reduzida pelo autor da herança[657]. Da mesma sorte, a renúncia pode ser integral, contemplando a integralidade da eventual herança do renunciante, ou apenas parcial, reduzindo a fração hereditária que lhe é legalmente atribuída.

Aqui emerge talvez um dos pontos mais complexos da compreensão sistemática do direito sucessório alemão: a definição de qual seria afinal o objeto da renúncia antecipada, o interesse jurídico renunciado. A indagação parte de constatação que, a princípio, desafiaria a coerência interna da renúncia antecipada face às demais disposições do ordenamento sucessório.

Tal constatação é que, para o direito sucessório alemão, durante a vida do autor da herança o herdeiro ainda não possui direito subjetivo à herança, tampouco expectativa legalmente garantida (*rechtlich gesicherte Anwaltschaft*), mas apenas uma expectativa de fato (*tatsächliche Aussicht*) de vir a adquirir tal direito quando da abertura da sucessão. É farta a jurisprudência neste sentido, com precedentes tanto do Tribunal Constitucional (BVerfGE 67, 341[658]) quando do Tribunal Federal (BGH 37, 319[659]; 12, 13-15[660]).

---

[657] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p.111.

[658] "Durante a vida do testador, os descendentes não têm direitos em relação à propriedade do testador. No máximo, uma proteção indireta da 'propriedade familiar' (...). Com exceção dos casos de imoralidade (§138, 826 BGB), somente a reivindicação de um reforço da obrigatória de acordo com o §2.325 a 2.331 BGB protege os membros da família de serem privados de sua porção obrigatória pelo testador durante a sua vida por meio de disposições gratuitas" (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 67. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1985, p. 342).

[659] "1. O herdeiro final do chamado testamento de Berlim não tem direito de expectativa de direito (anwartschaftsrecht) transferível antes da morte do cônjuge sobrevivente (testador)" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 37. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1962, p. 319).

[660] "Uma disposição de propriedade após a morte, mesmo que feita por contrato, nunca cria uma reivindicação contra o testador. Os direitos dos beneficiários surgem somente após a ocorrência do evento da sucessão. Assim como as reivindicações de herança só passam a existir após a morte do testador (BGHZ 1, 343 [349] e a jurisprudência e doutrina jurídica citadas), o legatário só tem uma perspectiva de fato antes da ocorrência da morte do testador.(...) O testador não é impedido pelo contrato de herança de dispor de sua propriedade por meio de transações legais inter vivos. As únicas excepções são as doações maliciosas (5 2287 BGB) e o impedimento de legados (5 2288 BGB). (...) Contudo, esta restrição não é suficiente para conferir ao legatário um direito ou mesmo uma expetativa legalmente garantida, mesmo antes da herança. (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 12. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1954, p. 118-119).

A inexistência de direito do herdeiro em relação à herança tem como ponto de partida a manutenção da liberdade do autor da herança para, mesmo após a realização de um contrato de herança, dispor validamente de seus bens em vida, apenas com pontuais restrições em proteção à herança de seus herdeiros, sobretudo relativas a negócios jurídicos gratuitos com intenção de prejudicar o herdeiro[661].

Garantida tal faculdade ao autor da herança, será incerto se haverá de fato algum patrimônio a ser transmitido aos herdeiros ou contratantes quando da abertura da sucessão. O herdeiro que não tiver direito à uma parcela obrigatória da herança goza de ainda menor probabilidade, já que a todo tempo o autor da herança poderá testar em favor de terceiro, afastando-o da sucessão, ou mesmo revogar as disposições já realizadas em favor de determinada pessoa. Daí que tanto objetivamente quanto subjetivamente, a situação do herdeiro antes da abertura da sucessão é incerta, não autorizando a constituição de uma expectativa de direito juridicamente protegida.

Admitida a ausência de um direito subjetivo titularizado pelos herdeiros (sejam legítimos, testamentários ou contratuais) antes da abertura da sucessão, e ainda em maior extensão, a inexistência até mesmo de uma expectativa de direito juridicamente protegida, seria de se reconhecer que o herdeiro, no momento da renúncia antecipada, não teria ainda em seu patrimônio jurídico qualquer interesse jurídico do qual pudesse dispor, ou seja, qualquer interesse que pudesse constituir o objeto da renúncia.

Colhe-se da doutrina diversos argumentos para tentar explicar esta constatação. Para Werner Teubner, a renúncia antecipada "exclui a aquisição futura por uma pessoa determinada, portanto, não é uma disposição de bens atuais"[662], posição que reconhece a inexistência de um direito ou interesse atual do herdeiro apto a ser objeto da renúncia, admitindo-a como disposição sobre bens futuros.

De outro lado, os autores do BRHP Kommentar afirmam que a renúncia antecipada é um negócio jurídico de disposição por meio do qual a chance de receber a herança (*Erbrechtliche chance*), estribada no direito sucessório, é total ou parcialmente é anulada, esclarecendo que tal negócio renunciativo teria como "objeto o direito legal de herança (*das*

---

[661] BGB, §§2.287, 2.288 e 2.325.

[662] "A renúncia à herança é uma transação abstrata de disposição, de direito sucessório e realizada entre pessoas vivas, com conteúdo negativo. Antes de ocorrer a herança, ela exclui a aquisição futura por uma pessoa determinada, portanto, não é uma disposição de bens atuais" (TEUBNER, Werner. Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Band 6. Erbrecht. Neuwied: Luchterhand, 1990, p. 1.188).

gesetzliche Erbrecht) da parte renunciante, como lhe seria devido, não fosse a renúncia, após o falecimento"[663].

Em linha similar, Stefan Wogerhoff defende no Münchener Kommentar que a renúncia recai sobre a posição jurídica do herdeiro (*Erbanwärters rechtposition*), sendo esta uma exceção que constitui "a única disposição legalmente permitida ao futuro herdeiro sobre sua posição jurídica antes da herança"[664].

Em síntese, o que se extrai da posição dos comentadores é que a permissão legal para a renúncia antecipada à herança criaria uma exceção no ordenamento, que permitiria dispor de (a) bens futuros; (b) da chance de receber bens futuros advinda do direito sucessório; ou (c) da própria posição jurídica de herdeiro legalmente atribuída.

A elucidação quanto ao objeto desta renúncia contratual fica mais clara a partir da lição de von Staudinger. O autor apresenta proposta de sistematização das posições colhidas da literatura jurídica alemã, que poderiam ser concentradas em duas correntes, "sem que até agora se tenha formado uma opinião dominante"[665].

Para a primeira, o conteúdo contratual seria "a renúncia a uma futura aquisição *causa mortis,* ou seja, a renúncia não a um direito já existente, mas a um direito que só passará a existir com a morte do testador e cujo surgimento é incerto", corrente que parece também compreender a posição de Werner Teubner acima referida. Já para a segunda corrente, se estaria diante de "uma renúncia a uma chance de herança", posição estribada em precedente do BGH de 1954[666]. Ao final, o autor aponta que embora até 2010 se filiasse a primeira corrente, foi convencido pela obra de Metzler que nenhuma destas posições poderia estar correta.

---

[663] "O objeto da renúncia do direito de herança previsto no §§§2.346 é o direito legal de herança da parte renunciante, ao qual ela teria direito após a morte, caso não houvesse renunciado. (…) " (BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert; HAU, Wolfgang; POSECK, Roman [BRHP]. Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. Band 5: Auflage. München: C.H. Beck, 2023, p. 1.142 e 1.145).

[664] WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2.113. No mesmo sentido, STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 20; e SCHUMANN, Gerhard. Erbvertragsrecht. Berlin: Haufe, 2002, p. 631.

[665] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 23-24.

[666] "O legatário não tem nenhum direito perante a herança, nem qualquer expectativa legalmente garantida, mas apenas a expectativa de adquirir o direito ao objeto que lhe foi legado. Isso se aplica não apenas a um legado baseado em disposição testamentária unilateral, a qual o testador pode revogar unilateral e arbitrariamente a qualquer momento, mas também se aplica a um legado atribuído em contrato de herança. Uma disposição *mortis causa*, mesmo que seja feita de acordo com um contrato, nunca cria uma reclamação contra o testador. Os direitos dos beneficiários só surgem quando da abertura da sucessão, assim como as reivindicações de herança e da parcela compulsória só surgem após a morte do testador" (BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. V. 12. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1954, p. 118).

Martin Metzler desenvolveu o tema em sua tese de doutorado realizada na Ruhr-Universität Bochum, sob o título "Análise dogmática do repúdio e da renúncia à herança", publicada em 2013 e na qual apresenta interessante proposta para tornar a renúncia contratual sistematicamente coerente com o sistema sucessório alemão.

De início, o autor rechaça a corrente doutrinária que sustenta que o objeto da renúncia contratual seria um direito futuro, apontando como seria incoerente com todo o sistema jurídico alemão um ato jurídico (renunciativo) que fosse realizado antes da abertura da sucessão, permanecesse latente até sua abertura, permitisse ao herdeiro, por um segundo após a abertura da sucessão, ocupar a posição jurídica de herdeiro, para somente então, quando o direito à herança passou a existir, a renúncia produzir o efeito de cancelamento da aquisição patrimonial ocorrida.

Para além, aponta que na renúncia contratual o BGB se refere a perda do direito do renunciante desde logo, não no futuro. Nas seções 2.346, 1 e 2.346, 2, que versam sobre a renúncia no contrato de herança, o texto legal se refere a direitos sucessórios já existentes ("renunciar seu direito"; "não tem direito à porção compulsória)[667]. Porém, quando quis tratar de direito futuro, o BGB o fez de forma expressa, como no §1.822, 1[668], ao adotar as expressões "futura herança legal" e "futura porção compulsória", e o §311, b, 5, "futuros herdeiros", sugerindo que a escolha legislativa foi deliberada e evidencia uma diferença de tratamento[669].

Por isso, a renúncia contratual não tem uma atuação retrospectiva, deflagrada apenas após a formação do direito de herança, como querem fazer crer os que sustentam a renúncia sobre direito futuro.

Se a proposta de recurso a um direito futuro não encontra respaldo na dogmática, para Metzler a tese da renúncia a uma expectativa não encontra melhor sorte. À primeira vista, até seria possível considerar que o objeto da renúncia poderia ser uma expectativa do renunciante, afinal, a lei lhe concede uma expectativa ao lhe atribuir uma parte obrigatória, como também o

---

667 "§2346. Effect of the renunciation of inheritance, possibility of limitation. (1) Relatives and the spouse of the testator may renounce their right of intestate succession by contract with the testator. The person renouncing is excluded from intestate succession as though they had no longer been alive at the time of the devolution of the inheritance; they do not have a right to a compulsory share. (2) The renunciation may be restricted to the right to a compulsory share".

668 "§1822. Approval for other transactions. The guardian requires ratification by the family court: 1. for a legal transaction by which the ward is obliged to make a disposition over their assets as a whole or of an inheritance that has accrued to them or of their future intestate portion or of their future compulsory portion, and a disposition over the share of the ward in an inheritance".

669 METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 80-88.

faz o próprio testador a com ele entabular um contrato sucessório. No entanto, o autor apresenta diversas razões que justificam refutar esta posição.

Dentre as razões, principia ao apontar que o termo "expectativa" é muito amplo, admitindo diversas gradações, desde um primeiro nível em que se encontraria a frágil expectativa do herdeiro legítimo ou testamentário, que poderia ser unilateralmente dissipada pelo autor da herança, passando a um estágio secundário, em que se encontraria o herdeiro contratual ou beneficiado em um testamento conjuntivo, e por fim uma expectativa mais robusta, titularizada pelo herdeiro necessário.

Como o conceito de expectativa no direito sucessório se estriba na ideia de uma posição legal que não mais fica a critério exclusivo do testador, apenas os herdeiros nos estágios mais seguros teriam efetiva expectativa de direito, e, portanto, apenas eles teriam um interesse jurídico apto a ser objeto da renúncia. No entanto, mesmo o mais frágil herdeiro legítimo pode contratar a renúncia contratual, nos termos do §2.346, o que por si só fragiliza a tese da renúncia à expectativa de direito.

Para além, Metzler reconhece que "o termo nebuloso 'Anwartschaft' (expectativa) precisa de tradução, portanto, é vazio de conteúdo e sem sentido, portanto, é inadequado como termo para fenômenos jurídicos especiais"[670], concluindo que tal termo tem mais probabilidade de causar confusão do que clareza ao determinar o objeto da renúncia à herança[671]".

Por fim, o autor também se contrapõe à corrente que enxerga no objeto da renúncia a uma chance ou esperança de receber uma herança, a partir da atribuição conferida pelo direito sucessório. A rigor, chance ou esperança de se tornar herdeiro qualquer pessoa poderia ter, na medida em que o autor da herança poderia nomeá-la como herdeira ou legatária por testamento. Assim, os termos *chance* e *esperança* não permitem identificar com clareza seu conteúdo.

Tal argumento poderia ser rebatido pelo fato de a renúncia contratual prevista no §2.346 do BFB é subjetivamente restritiva, admitindo apenas sujeitos que apresentem uma circunstância sucessória relevante, como o parentesco ou o casamento, de modo que apenas estes teriam uma chance ou esperança legalmente reconhecida, portanto, apta a ser objeto de renúncia. Porém, o autor rebate também este argumento, argumentando que quando agregados ao qualificativo "legalmente reconhecida" a chance ou a esperança se tornam contraditórias,

---

[670] METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 122-125.
[671] METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 126.

pois se foram reconhecidas no plano jurídico, perderam o caráter de incerteza que as qualifica como chance ou esperança[672].

Insatisfeito com as posições dominantes sobre o tema, Metzler apresenta tese original que parte da premissa (estribada na doutrina de Karl Larenz) de que as relações jurídicas podem ser objetos de disposição, para definir a renúncia à herança como "uma disposição contratualmente exercível pela parte renunciante da relação jurídica pré-morte existente sob o direito sucessório com o testador".

O itinerário percorrido a tal conclusão principia por diferenciar o repúdio (*Ausschlagung*) da renúncia (*Erbverzicht*) à herança. Em razão do princípio da transmissão imediata dos bens, a aceitação não implicaria aquisição da herança, mas confirmação de que o herdeiro deseja mantê-la, ao passo que o repúdio teria por objeto a própria aquisição, cancelando-a, com efeito retroativo à abertura da sucessão. A renúncia, por outro lado, atingiria a posição jurídica de herdeiro (provisório), tendo por objeto "a soma de todas as relações jurídicas sob o direito sucessório nas quais o herdeiro (provisório) está envolvido". Nessa medida, ela não cancela a aquisição da herança retroativamente como repúdio, mas impede prospectivamente sua aquisição[673], tal como impede a futura aquisição de qualquer direito subjetivo de direito sucessório formado quando da abertura da sucessão[674].

Noutras palavras, se a aquisição da herança pressupõe três elementos em seu suporte fático, nomeadamente (i) a qualidade de sucessível (fato designativo); (ii) a sucessão (morte); (iii) capacidade de herdar, a ausência de qualquer deles impede a aquisição. Como a qualidade de sucessível pode ser atribuída por negócio jurídico (testamento ou contrato sucessório), pode também ser pelo mesmo instrumento destituída, de modo que o contrato renunciativo desfaz a qualidade de sucessível. Assim, a renúncia elimina a posição de herdeiro (provisório),

---

[672] METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 127.

[673] O autor aponta que a distinção já existe desde o primeiro projeto apresentado por Gottfried von Schmitt, membro da Comissão responsável pelo projeto do BGB, a quem foi atribuído o livro sobre o direito das sucessões. Gottfried teria assim exposto as diferenças entre os efeitos de um repúdio e de uma renúncia: "Um repúdio é uma renúncia à herança acumulada, uma renúncia à herança é uma renúncia à acumulação da herança. (...) A renúncia à herança é uma renúncia ao acúmulo, não ao que foi acumulado" (METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 118p. 84-85).

[674] "Se a lei permite que o titular de um direito ou posição legal atue sobre ele mesmo antes de sua existência, isso significa que ele já pode impedir sua existência. A alienação "de" um direito ou relação jurídica não significa que ele seja acionado como uma coisa já existente, mas significa que, por meio de um ato de transação legal direcionado a ele, um "direito ou posição jurídica" é impedido de vir a existir. (...) Dessa forma, a renúncia à herança pode ser definida como o impedimento da entrada na posição de herdeiro - ou o estabelecimento de um direito a uma parte obrigatória - por meio de uma declaração legal da parte renunciante direcionada a isso, que constituiu uma disposição de sua posição legal futura, e sua aceitação pelo testador" (METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 118).

impedindo a formação de qualquer direito sucessório quando da abertura da sucessão, por já não possuir a qualidade de sucessível.

A proposta hermenêutica de Metzler, embora recente, parece ter recebido boa aceitação na doutrina, a ponto de ter justificado a mudança de posicionamento expressa em um dos mais tradicionais comentários ao BGB, o Staudingers[675]. Porém, como adverte o próprio Metzler, sua higidez depende da aceitação da premissa de que as relações jurídicas podem ser objeto de disposição, e, bem vistas as coisas, não qualquer relação jurídica (poderia se pensar na cessão da posição contratual), mas em alguns casos uma posição jurídica atribuída pela própria lei[676].

Superadas as posições quanto aos efeitos e ao objeto da renúncia antecipada, cumpre analisar as hipóteses de extinção do contrato sucessório no direito alemão, dentre as quais o distrato, a invalidade[677], a resilição e a caducidade.

O contrato sucessório (ou suas disposições) pode ser extinto por diversas razões. A primeira hipótese é o distrato, bilateral, derivado da vontade comum dos contratantes de extinguir o contrato ou qualquer das disposições comuns nele inserida, até mesmo a cláusula de renúncia (BGB, §2.351), desde que conte com anuência de todos os contratantes. As disposições puramente testamentárias, mesmo quando contidas em um contrato sucessório, poderão ser unilateralmente revogadas pelo testador (BGB, §2.299).

Ao lado do distrato, há hipóteses de invalidade do contrato, que em paralelo às hipóteses ordinárias de nulidade, pode ser anulado por erro ou lesão, apenas pelo próprio testador, dentro do prazo prescricional de um ano. Após a morte do autor da herança, qualquer interessado também poderá pleitear a anulação do contrato por erro ou lesão, desde que o prazo de um ano ainda não tenha se esgotado.

---

675 "A renúncia à herança é, consequentemente, uma transação dispositiva sobre o direito sucessório. (...) ela não extingue o direito à herança, antes impede a sua criação" (STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 20).

676 Neste ponto, é possível traçar um paralelo entre a tese de doutoramento de Martin Metzler na Alemanha, ao propõe a renúncia à posição legal de herdeiro, e a tese de doutoramento de Felipe Frank, no Brasil, que propõe a renúncia à concorrência sucessória que compõe a posição jurídica legalmente atribuída ao cônjuge. FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial*: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

677 A invalidade é enquadrada como espécie de extinção do contrato em razão da análise tripartida do negócio jurídico pelos planos da existência, validade e eficácia não encontrar equivalente na Alemanha. Neste sentido, SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014.

Há, em hipóteses restritas, a possibilidade de revogação unilateral do contrato pelo próprio autor da herança, notadamente quando houver disposição contratual expressa que a ele resguardou tal direito (BGB, §2.293); de resilição, nas hipóteses do beneficiário do contrato ter praticado atos de indignidade que legitimam a declaração de incapacidade sucessória (BGB, §2.294), ou ainda caso a disposição contratual tenha como causa um obrigação do beneficiário sustentar o autor da herança ou fazer-lhe pagamentos periódicos, caso esta obrigação seja cancelada (BGB, §2.295). Nesta última hipótese, não é o inadimplemento da obrigação que autoriza a rescisão do contrato[678], mas o cancelamento da obrigação que retiraria a causa da disposição, e por esta razão permite a rescisão.

Segundo o Münchener Kommentar, tal cancelamento pode se dar por "qualquer causa que ordinariamente autorize a extinção da relação jurídica obrigacional, como o exercício do direito de retirada, a impossibilidade superveniente da prestação, ou um acordo entre as partes"[679]. O descumprimento pelo devedor, ainda que reiterado, não autoriza o cancelamento. Nesta hipótese, caberia ao contratante credor valer-se do regramento do direito das obrigações, que autoriza a resolução das relações de prestação continuada quando haja justo motivo, precedido por notificação prévia, nos termos do §314 do BGB.

O direito alemão determina a caducidade do contrato sucessório caso tenha sido entabulado pelo autor da herança quando desconhecia a existência de um herdeiro necessário seu, ou caso este herdeiro venha a nascer depois da conclusão do contrato, a revelar que para fins de contratos sucessórios, o direito alemão admitiu a extinção contratual pela alteração da base do negócio. Não se admite a invalidade, porém, quando restar demonstrado que o testador teria realizado aquelas disposições mesmo se soubesse da existência deste herdeiro. Além do contratante, a única pessoa legitimada a pleitear a declaração da caducidade nesta hipótese é o próprio herdeiro omitido (BGB §2.281 e §2.080, 3).

Por último, há também a hipótese de caducidade do contrato sucessório no caso de divórcio ou anulação do casamento, quando há disposição contratual em favor do cônjuge ou do parceiro de vida registrado (BGB, §2.279, 2 e §2.077).

2.3.1. Análise comparativa

---

[678] STÜRZEBECHER, Thomas. Rücktritt vom entgeltlichen Erbvertrag. Pfaffenweiler: Centaurus-Verl., 1987, p. 12-15.

[679] MUSIELAK, Hans-Joachim. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.810.

Em que pese a comparação ser inevitável e imediatamente realizada pelo leitor quando em contato com o texto, a exposição da análise comparativa se presta tanto a sintetizar os principais elementos comparados como facultar elementos críticos em relação aos elementos comparados.

Os sistemas sucessórios alemão e brasileiro compartilham diversas semelhanças, a começar pela garantia de alçada constitucional, que em ambos os sistemas assegura simultaneamente o direito de o autor da herança transmitir seu patrimônio após a morte, como também a determinados membros de sua família a receberem parcela deste patrimônio. Há também coincidência nos fundamentos invocados em ambos os sistemas para a extensão da garantia constitucional, notadamente a solidariedade familiar e manutenção do vínculo econômico entre os bens e a família (garantia de manutenção econômica).

No âmbito da sucessão legítima, as semelhanças entre os sistemas superam as distinções. Embora ambos reconhecem como herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes e mesmo os parentes colaterais, além do cônjuge ou companheiro, apresentam ordem de chamamento distinta. Enquanto o Direito Sucessório alemão adota o sistema de parentesco na definição da ordem de vocação hereditária, sem um limite de graus para a vocação, o direito brasileiro adota o sistema de três linhas (descendente, ascendente e colateral), limitados na linha colateral ao 4º grau de parentesco.

Se de um lado ambos atribuem ao cônjuge e ao companheiro uma parcela compulsória na herança, quantitativamente fazem opções que revelam pontuais diferenças. No sistema alemão, a quota atribuída ao cônjuge ou ao parceiro de vida registrado dependerá de dois critérios: a classe de vocação do herdeiro com quem está concorrendo e o regime de bens adotado, podendo sua parcela variar entre um quarto da herança e sua totalidade. Já no direito brasileiro, o cônjuge ou companheiro também dependerá dos mesmos critérios, porém, o regime de bens somente alterará sua quota quando concorrer com descendentes do falecido, podendo sua cota variar entre zero (no caso de casamento pela comunhão universal de bens e concorrência com os descendentes) e a totalidade da herança.

Para ser contemplado com a integralidade do acervo, os sistemas apresentam escolha muito próxima, preferindo o cônjuge aos colaterais. Porém, no direito alemão, a concorrência com os ascendentes está limitada aos avós do falecido, ao passo que no direito brasileiro, em hipótese de remotíssima probabilidade, o cônjuge concorreria com os ascendentes de qualquer grau de parentesco, sem limitação.

Relativamente aos espaços de liberdade, ambos os sistemas reconhecem espaço de liberdade aos herdeiros ao admitir a aceitação ou renúncia da herança, independentemente do

modo de sua atribuição, embora o direito alemão tenha dado certa preferência à segurança jurídica em detrimento desta liberdade ao estabelecer um prazo legal para a renúncia, independentemente de ciência quanto a abertura da sucessão. Estas escolhas decorrem, de certo modo, da identidade do momento da sucessão, que em ambos os sistemas se dá imediatamente após a morte do autor a herança.

Ao autor da herança ambos os sistemas atribuem espaço de liberdade positiva que pode ser instrumentalizada por meio de testamento e a preservação desta liberdade testamentária é nitidamente perseguida tanto na espacialidade alemã quanto brasileira, como se verifica pela natureza personalíssima atribuída ao negócio testamentário e a sua permanente revogabilidade. No geral, o testamento se submete às mesmas restrições em ambos: preservação da parcela dos herdeiros necessários, restrições legais e moralidade, ressalvado que no direito alemão, entre os ascendentes, apenas os pais são considerados herdeiros necessários. Em ambos os sistemas, a exclusão destes herdeiros compulsórios apenas é admitida em hipóteses excepcionais e taxativas, reveladoras de um comportamento indigno por parte do herdeiro.

Quanto ao objeto das disposições testamentárias, embora o direito alemão apresente de forma taxativa as matérias que podem ser objeto de testamento, enquanto o direito positivo brasileiro se refira a disposições patrimoniais de forma genérica, o objeto admitido em ambos é eminentemente o mesmo. A limitação do objeto quando existirem herdeiros necessários também é a mesma, na proporção de 50% do patrimônio existente no momento da abertura da sucessão.

Há, porém, clara preferência do direito alemão à liberdade sucessória face à proteção dos herdeiros em diversos pontos que não encontram paralelo no direito brasileiro, que acaba por dar preferência à restrição desta liberdade, vocacionada à proteção dos herdeiros.

O primeiro destes pontos e possibilidade do testador nomear, com exclusividade, quem serão seus herdeiros, sendo admitida até mesmo a exclusão de herdeiros necessários. Ao não designar um dos herdeiros necessários, retira-lhe a qualidade de herdeiro, e de consequência, a pretensão a um percentual sobre os bens da herança. Este herdeiro preterido é apenas prejudicado qualitativamente: não terá direito aos bens em espécie, mas terá resguardada sua parcela compulsória por meio de pretensão pecuniária que poderá exigir dos demais herdeiros, em dinheiro. Esta pretensão, porém, não invalida ou reduz o testamento, e está submetida a um prazo prescricional relativamente curto, de três anos.

Essa regulamentação revela interessantes distinções entre os sistemas.

A primeira, de que o direito do herdeiro necessário é apenas ao valor correspondente ao quinhão que lhe cabe, não sobre uma fração da herança propriamente dita, que lhe pode ser

subtraída, e nesta medida, convertida em pretensão monetária a ser paga pelos demais herdeiros, a ainda submetida a prazo prescricional, o que não é permitido pelo direito brasileiro.

Outra, que o sistema alemão se mostra refratário a paternalismos em favor dos herdeiros, garantindo a eles tão somente o direito de, em querendo, exercer uma pretensão compensatória, ao passo que no direito brasileiro ao magistrado são atribuídas as funções de convocar os herdeiros, de entregar a cada um a sua parte, zelando pela igualdade quantitativa e qualitativa na atribuição dos bens, dentre tantas outras condutas que se revelam talvez excessivamente paternalistas quando os herdeiros são pessoas maiores e capazes. Sob outra ótica, o direito alemão se vale de uma regra de *opt in*, em que a atribuição sucessória depende da iniciativa tempestiva do herdeiro excluído, ao passo que o direito brasileiro se vale uma regra de *opt out,* apenas não deflagrando a atribuição sucessória em caso de expressa renúncia pelo herdeiro.

Principal ponto de distanciamento entre os sistemas, e que representa substancial espaço de liberdade sucessória conferida aos sujeitos da sucessão (e de certo modo, ausência de paternalismo autoritário) é a admissão genérica aos pactos sucessórios, proibidos no direito brasileiro, que no direito brasileiro encontra na partilha em vida sua única hipótese legalmente admitida.

Em que pese o direito alemão não possua a figura jurídica da partilha em vida, a função desta é apreendida por outro instrumento, de espectro mais amplo e longamente regulamentada no BGB, notadamente o contrato sucessório.

No direito alemão os pactos sucessórios podem ser realizados por duas modalidades: os testamentos conjuntivos entre cônjuges (também chamados testamentos de Berlim) e os contratos sucessórios. Os primeiros, embora só admitidos entre os cônjuges, permitem disposição sobre qualquer matéria permitida em testamento, e embora bilaterais, conservam certa liberdade testamentária ao admitir sua revogação unilateral, mediante procedimento especial e desde que antes do falecimento do outro cônjuge. No Brasil não é admitido nenhuma espécie de testamento conjunto, nem mesmo entre cônjuges.

Ao lado destes testamentos bilaterais, o direito alemão admite instrumento que permite a conformação dos interesses do autor da herança e de seus herdeiros, mediante a construção de um regulamento sucessório próprio por meio de contrato sucessório, genericamente proibidos no direito brasileiro, à exceção da partilha em vida.

Embora seu objeto seja mais restrito do que o permitido aos testamentos, podem conter no mesmo instrumento disposições testamentárias, de modo que esta limitação se dá apenas em resguardo da própria liberdade positiva do testador, que a qualquer tempo poderá revogar as

disposições sobre matérias exclusivamente testamentárias, ainda que constantes em instrumento contratual plurilateral.

É de se destacar que mesmo nesta hipótese, há nítido respeito do direito sucessório alemão à autonomia privada das partes, pois admite que as partes contratantes até mesmo ampliem contratualmente as matérias ou disposições que serão passíveis de revogação unilateral pelo testador. À guisa de exemplo, a partilha dos bens entre os herdeiros é uma das matérias de natureza testamentária que será sempre revogável, mesmo quando constante em disposição contratual, a evidenciar uma vez mais a prevalência da liberdade do autor da herança em detrimento da proteção atribuída aos herdeiros.

A partir desta constatação também é possível afirmar que o regime do contrato sucessório alemão não estabelece um regramento paritário entre as partes, mas nitidamente mais vantajoso ao autor da herança. Corrobora tal afirmação o fato de, mesmo tendo disposto de determinado bem no contrato sucessório, o autor da herança não perde o poder de disposição sobre aquele bem (como não perde sobre qualquer bem de seu patrimônio), e caso decida aliená-lo, os herdeiros não terão qualquer pretensão jurídica para impedir tal ato, a revelar uma posição fisiologicamente mais fraca dos herdeiros contratantes.

Por derradeiro, o perfil libertário do direito sucessório alemão e seu repúdio à paternalismo autoritário encontra sua mais marcante projeção na admissibilidade de uma renúncia contratual antecipada, pela qual qualquer herdeiro pode renunciar desde logo a seu direito sucessório, total ou parcialmente, inclusive sobre a parcela compulsória.

Tal possibilidade, de um lado, é uma inegável atribuição de autonomia ao próprio herdeiro, a quem se reconhece a maturidade e capacidade de avaliação para decidir se quer, ou não, renunciar a sua herança, até porque tal ato pode ser benéfico aos seus interesses, mormente por admitir a previsão de pagamento imediato de uma contraprestação. De outro, parece ter como principal beneficiário o próprio autor da herança. Contratada a renúncia à parcela compulsória da herança, é assegura ao seu autor, mesmo que deixe herdeiros necessários, a livre disposição da integralidade de seu patrimônio, que poderá, a seu exclusivo critério, ter a destinação que preferir, inclusive entre os próprios herdeiros renunciantes.

Em conclusão, o que se constata é que os direitos sucessórios brasileiro e alemão são muito próximos, apresentando diversas similitudes, sobretudo na espacialidade da sucessão legítima e testamentária. Porém, ao conciliar a liberdade sucessória com a proteção dos herdeiros, distanciam-se na medida em que o direito alemão sopesa os interesses em conflito nitidamente em favor da liberdade, seja por meio de mecanismos de *opt in* que, na ausência de insurgência pelo herdeiro eventualmente prejudicado, atribuem eficácia até mesmo a disposição

testamentária unilateral que não observe à parcela compulsória de herdeiro necessário, ou de *opt out* (como a renúncia contratual) que admite, por meio da conformação da vontade de todos os sujeitos da relação sucessória, a criação de um regramento autônomo e não submetido às garantias legais da sucessão forçada.

2.4. O DIREITO SUCESSÓRIO SUÍÇO

O direito sucessório suíço se encontra regulado nos artigos 457 a 640[680] do Código Civil de 1907 e sofreu pouquíssimas alterações desde sua redação original, destacando-se, entre elas, a reforma implementada pela Lei Federal de 05 de outubro 1984 (em vigor desde 01.01.1988), cujo objetivo foi adequar o direito sucessório à mudança do regime supletivo de bens implementada no Código Civil, e mais recentemente, a reforma realizada pela Lei Federal de 18 de dezembro de 2020 (em vigor desde 01.01.2023), que a despeito de não alterar a ordem de vocação hereditária, teve por escopo ampliar a liberdade do autor da herança, expandindo sua parte disponível da herança para 50%[681] (independentemente de estar ou não casado) e retirando dos pais o *status* de herdeiros necessários, de modo que, não tendo descendentes, o autor da herança é livre para deixar a integralidade de seu patrimônio para o cônjuge sobrevivente ou, na ausência deste, para quem desejar.

A despeito destas duas principais reformas, o direito sucessório suíço permanece majoritariamente regulado pelo regime jurídico aprovado em 1907[682].

O país adota o sistema sucessório por parentesco, em que há basicamente três classes de herdeiros: a primeira é a dos descendentes, preferindo-se os de grau mais próximo aos de grau mais remoto.

A segunda é a dos pais do falecido e de seus descendentes, de modo que em primeiro lugar são chamados os pais, cada qual tendo direito à metade da herança. Se um ou ambos os pais forem pré-mortos, serão chamados os seus descendentes, sem limitação de graus.

---

[680] A existência de 183 artigos destinados ao Direito Sucessório suíço evidencia ter recebido tratamento legislativo muito mais condensado em comparação ao alemão, positivado ao longo de 463 parágrafos no BGB, o que, de certo modo, também justifica a menor extensão do capítulo destinado ao direito suíço em comparação ao alemão.

[681] Antes da reforma de 2020, se o autor da herança fosse casado e tivesse filhos, sua disponível era de 3/8 sobre a herança, cabendo 2/8 ao cônjuge e 3/8 aos filhos; se o autor da herança vivesse em união estável e tivesse filhos, sua disponível era de um quarto da herança, cabendo os demais três quartos apenas aos filhos, já que o companheiro não possuía o status de herdeiro para o direito suíço.

[682] MOOSER, Michel. Aspects de Droit Successoral Suisse. In : ALCEL-LIOGER, Zoé ; CALÒ, Emanuele. Les Successions en Droit Comparè : Allemagne, Alglaterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas y Suisse. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiene, 2016, p. 319-323.

Por fim, em não havendo descendentes de qualquer dos pais pré-mortos do falecido, são chamados na terceira classe da vocação hereditária os avós do falecido ou seus descendentes. Não existindo avós sobrevivos naquela linha, são chamados os descendentes dos avós, novamente sem limitação pelo grau de parentesco (art. 459, CCS). Exemplificando esta hipótese, se o falecido não possuía descendentes e seu pai já é pré-morto, a metade da herança será atribuída à mãe, e a outra metade aos descendentes do pai (por exemplo, aos seus outros filhos, irmãos do falecido) ou aos avós paternos, seguidos por seus descendentes (tios e primos do falecido).

Como se nota, o direito suíço adotou o princípio da sucessão por estirpe[683] ou linha para a atribuição da herança, de modo que a herança deve ser dividida entre as linhas paterna e materna. Desta sorte, os herdeiros da linha materna apenas serão chamados a suceder na parte da herança destinada à linha paterna na remota hipótese de o falecido não deixar descendentes (primeira classe); de seu pai já ter falecido sem deixar descendentes sobrevivos (segunda classe); e não existirem avós paternos ou qualquer descendente deles (terceira classe), hipótese em que, aí sim, a herança será atribuída integralmente à linha materna.

Em paralelo ao sistema de parentesco, ao cônjuge é garantida a condição de herdeiro necessário e atribuída a metade da herança quando concorrer com os descendentes do falecido, e três quartos da herança quando concorrer com os pais do falecido ou seus descendentes. Na ausência de herdeiros da primeira ou da segunda classe, a integralidade da herança é atribuída ao cônjuge (CCS, art. 462), preterindo, portanto, a vocação dos avós ou seus descendentes. Traçando um paralelo ao sistema de linhas, seria possível afirmar que no direito suíço a vocação hereditária segue a seguinte ordem: 1° aos descendentes do falecido, em concorrência com o cônjuge; 2° aos pais do falecido ou seus descendentes, em concorrência com o cônjuge; 3° ao cônjuge; e 4° aos avós do falecido ou seus descendentes.

A figura da união estável é restrita apenas às pessoas do mesmo sexo que assim se registrarem, de modo que, regra geral, o convivente não possui direito sucessório. Esta opção política parece se manter estável, na medida em que a atribuição do *status* de herdeiro ao companheiro sequer fez parte dos recentes debates parlamentares sobre a Moção Felix Gutzwiller para revisão do direito sucessório suíço, atraindo a crítica de Paul-Henri Steinauer, professor emérito da Université de Fribourg, de que "alguns, sem dúvida, se arrependerão desta

---

[683] CCS, art. 458, 3 e 4: "3. Le père et la mère prédécédés sont représentés par leurs descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés. 4. À défaut d'héritiers dans l'une des lignes, toute la succession est dévolue aux héritiers de l'autre".

opção fundamental"[684]. Reforça esta constatação o fato de o projeto propor a inclusão do artigo 606-A ao Código Civil suíço, legitimando também os companheiros a pleitear assistência contra os herdeiros quando dela necessitar, o que foi rejeitado pelo parlamento.

Desde 1998 (Lei Federal de 05.10.94) o cônjuge não mais possui usufruto legal sobre a moradia, porém, quando a residência da família é objeto da herança, lhe é facultado requerer, com preferência sobre os demais herdeiros, que o imóvel e o mobiliário doméstico sejam computados em sua parte da herança quando da partilha. Em circunstâncias que o justifiquem ou quando houver anuência dos demais herdeiros, o juiz também poderá atribuir ao cônjuge não a propriedade do imóvel, mas apenas o direito ao seu usufruto, hipótese bastante utilizada quando a quota hereditária do cônjuge é insuficiente para pleitear a adjudicação integral do imóvel (CCS, art. 612-A). Este direito de preferência não é considerado regra imperativa ou de ordem pública, permitindo ao autor da herança que estabeleça destinação diversa ao imóvel ou ao mobiliário doméstico por qualquer ato *causa mortis*[685].

Privilegiando a liberdade do falecido e reconhecendo a maior proximidade entre os cônjuges, o Código Civil Suíço (art. 473) permite ao autor da herança que, independentemente do uso que faça de sua parte disponível, possa substituir o direito sucessório do cônjuge pelo usufruto sobre todos os bens que couberem aos descendentes comuns. Tal faculdade permite conciliar interesses usualmente presentes nas sucessões contemporâneas, em que o autor da herança deseja que seu patrimônio seja destinado apenas a seus descendentes, mas também se preocupa em não deixar seu cônjuge desamparado ou sem os rendimentos necessários à manutenção de seu padrão socioeconômico.

A regra recebeu grande atenção da doutrina, que há muito antevê a possibilidade de coexistência entre de prole comum e particular do falecido, fenômeno cada vez mais comum ante o aumento do número de famílias reconstituídas, e que pode deflagrar prejuízos tanto aos descendentes quanto ao próprio cônjuge beneficiado. A par destas potencialidades, a legislação estabelece um limite subjetivo para a atribuição de tal usufruto, notadamente ao restringi-lo aos bens que couberem aos descendentes comuns (CCS, art. 473), que devem se submeter à tal instituição mesmo quando ela atinja sua reserva hereditária[686].

---

[684] STEINAUER, Paul-Henri. Première approche de la révision du droit des successions. In : Journée de droit successorial 2019. Université de Fribourg : Stampfli, 2019, p. 206.
[685] MOOSER, Michel. Aspects de Droit Successoral Suisse. In : ALCEL-LIOGER, Zoé ; CALÒ, Emanuele. Les Successions en Droit Comparè : Allemagne, Alglaterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas y Suisse. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiene, 2016, p. 322-323.
[686] EIGENMANN, Antoine. Commentaire du droit des sucessions (art. 457-640 CC). Berne : Stämpfli Puclications, 2012, p. 58.

De forma diversa, os descendentes apenas do falecido não podem ter sua legitima afetada por tal instituição, devendo-lhes ser atribuída a propriedade plena de sua quota, sob pena do que o Berner Kommentar chamou de um "indesejado favoritismo conjugal" [687].

Em que pese a norma tenha sido objeto de crítica por tratar desigualmente descendentes comuns e exclusivos, a doutrina reconhece que a diferença de tratamento justifica-se "em primeiro lugar, pelos descendentes comuns se ressentirem menos por perder a fruição do bem para seu pai ou mãe; além disso, a diferença de idade entre eles e o cônjuge sobrevivente geralmente lhes confere uma boa chance de vivenciarem o fim do usufruto"[688], tendo portanto uma expectativa de adquirir a propriedade plena quando do falecimento do usufrutuário.

Caso o cônjuge contemplado pelo usufruto integral venha a se casar novamente ou constitua união estável (restrita a pessoas do mesmo sexo), extingue-se o usufruto sobre os bens que componham a parte reservada dos demais herdeiros (CCS, art. 472, 3).

Existindo outros descendentes não comuns, nada impede que o autor da herança determine a instituição de tal usufruto sobre os bens de sua parte disponível que venham a ser atribuídos aos seus descendentes exclusivos, prevendo a legislação interessante, mas potencialmente problemática, forma de cálculo do valor desse usufruto[689], que dependerá não só da idade do usufrutuário como também da rentabilidade média do patrimônio[690]. Caso o usufruto não seja do interesse do cônjuge sobrevivente, por possuir a natureza de um "legado especial", o cônjuge pode renunciar à atribuição, renunciando a eventual parte disponível que lhe foi atribuída e receber a propriedade plena dos bens que compõe sua reserva hereditária. Porém, caso o usufruto tenha sido instituído em pacto sucessório, a participação do cônjuge

---

[687] WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009, p. 172.

[688] EIGENMANN, Antoine. Commentaire du droit des sucessions (art. 457-640 CC). Berne : Stämpfli Puclications, 2012, p. 59. Tradução livre de "Plusieurs facteurs expliquent cette différence de traitement entre descendants communs et non-communs. Tout d'abord, les descendants communs ressentent de manière moins préjudiciable de retrait de l'*usus*; de plus, la différence d'âge qui les sépare du conjoint survivant implique en règle générale qu'ils aient de bonnes chances de vivre la fin de l'usufruit et ont ainsi l'expectative d'obtenir l'entier de la succession en pleine propriété à la mort du conjoint survivant".

[689] "Art. 530. Les héritiers de celui qui a grevé sa succession d'usufruits ou de rentes au point que, selon la durée présumable de ces droits, leur valeur capitalisée excéderait la quotité disponible, ont le choix de les faire réduire jusqu'à due concurrence ou de se libérer par l'abandon du disponible". Em tradução livre: Se o testador onerou a herança com direitos de usufruto cujo valor capitalizado durante sua duração provável exceda a parte disponível da herança, os herdeiros têm o direito de buscar a redução proporcional de tal direito ou de resgatá-lo renunciando a parcela disponível a que lhe caberia.

[690] Segundo o Berner Kommentar, se compararmos o valor capital do usufruto (rendimento anual x fator de capitalização) sobre a integralidade da herança com o valor da quota legal que caberia ao cônjuge, se adotada uma rentabilidade média de 3%, 5% ou 7% ao ano, o cônjuge sobrevivente seria matematicamente beneficiado se não tiver mais de 60, 75 ou 81 anos quando da abertura da herança, respectivamente, considerando que a perspectiva de vida de uma mulher que contava com 30 anos em 2020 é de ainda viver 59,6 anos e de uma mulher com 65 anos em 2020 é ainda viver 26,2 anos, segundo a tabela 45 da Stauffer/Schaetzle (WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009, p. 172-173).

sobrevivente o vincula ao cumprimento do pacto por ele firmado, hipótese em que não mais poderá optar pela propriedade plena dos bens em detrimento do usufruto[691].

Extingue-se a atribuição sucessória do cônjuge acaso, ao tempo da abertura da sucessão, esteja pendente ação de divórcio consensual ou caso os cônjuges estivessem separados de fato há dois anos ou mais (CCS, art. 472), hipótese em que a sucessão legítima seguirá a ordem de vocação como se o autor da herança nunca houvesse se casado.

Aos parentes mais próximos do autor da herança é garantida uma parcela reservada da herança, estabelecida como contrapeso à liberdade sucessória, especificamente para evitar que o autor da herança "abuse do poder conferido a ele por meio de liberdade de disposição para exercer pressão excessiva sobre os membros de sua família", estando ainda vocacionada a garantir que os bens que autor da herança recebeu de seus pais possam ser transmitidos ao menos em parte para a geração seguinte[692].

No direito suíço apenas terão direito à parcela compulsória da herança os descendentes e o cônjuge ou companheiro homoafetivo registrado do falecido, na falta dos quais o autor da herança possui ampla liberdade de disposição *causa mortis* (CCS, art. 470, 1).

Como já apontado, a partir de 01 de janeiro de 2023 os pais do falecido não mais são considerados herdeiros necessários, podendo o autor da herança dispor da integralidade de seu patrimônio mesmo em detrimento destes. Se de um lado a reforma legislativa privilegiou a liberdade sucessória, de outro rompeu com o antigo princípio da reciprocidade, na medida em que estes mesmos pais não poderiam dispor *causa mortis* da totalidade de seu patrimônio em detrimento do filho.

Inobstante a sucessão legítima e a reserva hereditária sejam voltadas à proteção da família, nenhum herdeiro é obrigado a receber herança, e nesta medida, é a eles garantida a liberdade de renunciar à herança (CC, art. 566). Trata-se de direito formativo negativo, que uma vez exercido, desfaz a transmissão da herança operada imediatamente no momento da abertura da sucessão, em razão da adoção do princípio da *saisine* pelo artigo 560 do Código Civil.

Em prol da segurança jurídica e de certa presunção de que a maior parte das pessoas tendem a aceitar uma atribuição patrimonial gratuita, a renúncia apenas pode ser realizada no exíguo prazo de três meses, a contar da data da ciência da morte para os herdeiros legítimos e

---

[691] EIGENMANN, Antoine. Commentaire du droit des sucessions (art. 457-640 CC). Berne : Stämpfli Puclications, 2012, p. 59.
[692] STEINAUER, Paul-Heri. Le droit des successions. Berne : Stämpfli Editions SA, 2006, p. 200.

da ciência da nomeação, para os herdeiros testamentários. Não sendo realizada neste prazo, a transmissão da herança operada pela *saisine* se consolida.

Paralelamente aos espaços de liberdade atribuídos ao autor da herança no campo da sucessão legítima, sua liberdade sucessória é instrumentalizada principalmente por meio de dois instrumentos: o testamento e o contrato sucessório.

O testamento, de natureza unilateral, poderá ser realizado por três modalidades: hológrafo, em que basta ter sido escrito, datado e assinado pelo testador, sem necessidade de qualquer testemunha, facilidade que possivelmente justifique ser a modalidade mais usada na Suíça[693]; público, escrito por um notário e subscrito pelo testador e por suas testemunhas; e oral, excepcionalmente admitido quando circunstâncias extraordinárias impedem que o testador se valha de qualquer das outras modalidades, devendo ter sido presenciado por ao menos duas testemunhas.

Embora os cantões germânicos admitissem os testamentos conjuntos anteriormente a unificação do Direito Civil, esta modalidade não foi incluída no Código de 1907, na linha do que faziam os cantões de língua francesa. Não há, no entanto, proibição ou previsão expressa quanto a invalidade destes testamentos. Segundo Suzette Sandoz, professora da Universidade de Lausanne, tal silêncio levou a cisão da doutrina quanto a qualificação de tal ato, especificamente se seria nulo, posto que proibidos, ou apenas anuláveis, por ausência de previsão legal ou vicio de forma. A divergência "nunca chegou a ser claramente sanada pela jurisprudência"[694], porém, nada impede que os cônjuges, ao invés de testamento, firmem entre si um contrato sucessório.

Relativamente ao conteúdo da liberdade testamentária, o Direito Sucessório suíço, na mesma trilha de seu "irmão" germânico, restringe a liberdade de disposição para além da morte a determinadas matérias, previstas *numerus clausus* pelo Código Civil. São elas: a instituição de herdeiros, atribuição de legados, encargos, substituições, nomeação de testamenteiro, determinação da partilha dos bens, deserdação de herdeiros, revogação de testamentos anteriores, instituição de fundação e reconhecimento de filhos.

A atribuição patrimonial a herdeiros ou legatários é limitada pela garantia dos herdeiros necessários a uma parcela compulsória da herança, de modo que as atribuições patrimoniais realizadas por testamento estão limitadas à parte disponível da herança, a ratificar

---

[693] SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 169.
[694] SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 172.

que também no Direito suíço a liberdade conferida ao autor da herança está diretamente atrelada (e limitada) à proteção da família. Em certas hipóteses, porém, a liberdade do autor da herança suplantará integralmente a proteção familiar, podendo o testador até mesmo excluir um herdeiro necessário mediante deserdação, cujo regramento é muito menos protetivo aos herdeiros do que no Direito brasileiro ou alemão.

Embora não seja permitido ao testador arbitrariamente excluir um de seus herdeiros necessários da sucessão, o Direito suíço não restringe as hipóteses de deserdação a um rol taxativo legalmente previsto, mas define dois suportes fáticos autorizativos da deserdação, mediante cláusulas gerais[695]: (a) o cometimento de crime grave contra o testador ou pessoa próxima a ele; ou (b) se o herdeiro violar gravemente seus deveres familiares com o testador ou seus dependentes[696]. Como se vê, a legislação não especifica quais crimes considera como "graves", tampouco quem seriam as pessoas "próximas" ao testador. Da mesma sorte, refere a deveres familiares de forma genérica, direcionando o enfoque mais à gravidade da violação do que ao bem jurídico violado.

A escolha de um regime de cláusula geral em detrimento de um rol taxativo é relevadora da preferência legislativa entre os valores em conflito. O modelo *numerus clausus* é nitidamente protetivo do direito sucessório titularizado pelo herdeiro, na medida em que restringe não só a liberdade positiva do testador de negar a atribuição sucessório a um herdeiro por outras causas (mesmo que mais graves) além daquelas legalmente previstas, mas também engessa o próprio Judiciário, negando-lhe um papel de atualização ou expansão das hipóteses de deserdação inicialmente cogitadas[697]. De outro lado, o regime das cláusulas gerais adotado

---

[695] "Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. (...) A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e a especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras" (PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237-240).

[696] "Art. 477. The testator has the power to deprive an heir of his or her statutory entitlement by means of a testamentary disposition: 1. if the heir has committed a serious crime against the testator or a person close to him or her; 2. if the heir has seriously breached his or her duties under family law towards the testator or the latter's dependants".

[697] Tal constatação é amplamente albergada pela doutrina brasileira e também pela jurisprudência, sendo possível afirmar que "no campo sucessório, o conteúdo atribuído à indignidade é restrito às hipóteses fáticas taxativamente elencadas no artigo 1.814 do Código Civil, ou seja, os Tribunais majoritariamente não admitem interpretação analógica ou extensiva ao dispositivo, até mesmo por tratar-se de aniquilamento de um direito. Dos 44 acórdãos que enfrentaram a questão da taxatividade, 38 adotaram posição restritiva, ao passo que apenas 3 admitiram algum grau de analogia. (BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; PEDERNEIRAS, Fernanda Barbosa. Giselda Hironaka, Shakespeare e a indignidade no Direito das Famílias e das Sucessões. In: ANDRIOTTI, Rommel (et. al., coord.).

pelo Direito suíço pende justamente ao lado oposto, preferindo à liberdade do testador ao direito do herdeiro sempre que estribada em uma hipótese fática que se apresente gravidade suficiente a demonstrar que não se trata de ato discricionário, mas justificado a partir de séria violência contra a própria justificação da reserva hereditária, a solidariedade familiar.

Existindo herdeiros necessários que não tenham sido deserdados, a liberdade testamentária encontrará limite da reserva hereditária a eles garantida. Tal reserva representa metade do valor do patrimônio líquido do falecido ao tempo da abertura da sucessão, sendo desta deduzidas ainda as despesas de funeral, de inventário e as pensões alimentícias por ele devidas pelo prazo de um mês. Encontrado o valor líquido do patrimônio deixado, a ele serão somadas as doações sujeitas a colação, bem como o valor de seguros de vida ou previdências feitas pelo autor da herança em favor de terceiro[698], para somente então o montante total ser dividido por dois e encontradas as parcelas reservada e disponível.

Caso as disposições realizadas tenham excedido a parte disponível, a sanção legal não é de invalidade do ato (mesmo quando há violação da legítima), mas apenas a atribuição aos herdeiros prejudicados do direito de pleitear a redução do ato (CCS, art. 522). Tal direito tem seu exercido submetido ao (exíguo) prazo prescricional de um ano, contado a partir de sua ciência sobre o testamento ou sobre a causa da redução, limitado ao prazo máximo de dez anos desde a morte do testador[699].

Este regime revela que a solução adotada pelo Direito Sucessório suíço preza não só pela liberdade sucessória do autor da herança, mas também pela liberdade do herdeiro prejudicado, de escolher respeitar a vontade do falecido ou demandar a redução do ato por ele praticado em excesso. Mesmo que a disposição (*inter vivos* ou *causa mortis*) tenha ingressado na reserva dos herdeiros necessários, evita-se a sanção da nulidade, própria de violações à interesses públicos, por se estar diante de um interesse individual e de caráter estritamente patrimonial. Uma vez mais os sistemas de origem germânica apresentam resposta libertária às soluções estribadas em paternalismo autoritário que, em um, presume que o herdeiro prejudicado não poderia escolher por si mesmo se deseja ou não a desconstituição ou redução do ato, e em dois, atribuem ao Estado-juiz a defesa de um interesse individual, patrimonial e de pessoa capaz[700].

Novas tendências do Direito Privado: Estudos em homenagem à professora Giselda Hironaka. Rio de Janeiro: Editora J&C, 2022, p. 392-393).

[698] Código Civil suíço, artigos 474 a 476.

[699] Código Civil suíço, artigos 522 a 533.

[700] Quanto ao tema, é interessante notar que embora o Direito Sucessório suíço atribua diversos deveres ao juiz da sucessão, inclusive com atribuições de ofício, nenhuma delas é voltada a igualar os quinhões dos herdeiros

Ainda que seja reservada uma porção necessária a um determinado grupo de herdeiros, chamados de reservatários ou necessários, o Direito Sucessório suíço, na mesma linha do Direito Sucessório alemão, impõe tal restrição à liberdade testamentária de forma relativa, pois embora garanta uma parcela patrimonial a estes herdeiros, voltada a sua manutenção ou continuidade dos bens familiares por mais uma geração, não lhes garante propriamente a condição de herdeiros.

Como esclarece Paul-Henri Steinauer, tais herdeiros devem ser considerados como herdeiros reservatários, mas não necessários, na medida em que não necessariamente serão herdeiros, já que o Código Civil suíço permite ao testador a designação de quem serão seus herdeiros (CCS, art. 483), de forma plena, podendo incluir ou não os herdeiros reservatários entre os herdeiros designados[701].

Eventual herdeiro reservatário que não tenha sido designado não pode pleitear a invalidade do testamento. A ele é conferida tão somente uma pretensão de redução das disposições do falecido, que pode ser exercida pelo próprio herdeiro ou por seus credores (CCS, art. 524).

Os contornos deste regime, na linha do alemão, tomam o herdeiro maior e capaz como alguém que não necessita de salvaguardas estatais, tampouco de um regime paternalista que, por disposições gerais e abstratas, invalide aprioristicamente qualquer disposição que possa implicar violação à parcela reservada do herdeiro.

Para além da nomeação de herdeiros, o testador poderá realizar disposições testamentárias de forma condicionada ou acompanhadas de encargo atribuído ao herdeiro ou legatário, desde que não seja considerado ilegal ou imoral[702].

No Direito suíço, o cumprimento do encargo poderá ser exigido por qualquer pessoa interessada[703], sendo assim consideradas não só aquelas potencialmente beneficiadas pelo encargo, mas também qualquer herdeiro do falecido, ou mesmo membro de sua família que

---

necessários, ou a verificar a extensão do testamento e sua eventual incursão na parte legítima. As atribuições estão previstas no artigo 551 do Código Civil: "1. A autoridade competente deve, por sua própria iniciativa, tomar todas as medidas necessárias para assegurar uma sucessão correta. 2. Nos casos previstos na lei, tais medidas incluem, nomeadamente, a selagem da herança, a elaboração do inventário, a nomeação dos administradores da herança e a leitura dos testamentos do falecido".

[701] STEINAUER, Paul-Heri. Le droit des successions. Berne : Stämpfli Editions SA, 2006, p. 202 e 391.

[702] São considerados imorais as condições ou encargo desprovidas de sentido ou que tenham finalidade puramente vexatórias (CC, art. 482.2). Nesta medida, o significado atribuído às condições e encargos imorais parece aproximá-los dos atos emulativos, voltados apenas a prejudicar terceiros, sem desempenhar qualquer utilidade a seu agente.

[703] "Art. 482. The testator may attach burdens or conditions to the disposition, the fulfilment of which may be requested by any interested party once the disposition becomes effective".

nada tenha herdado[704], pois a só condição de familiar lhe atribuiria o interesse em a vontade do falecido respeitada, como já decidiu o Tribunal Federal[705].

Há neste tema interessante previsão no Código suíço relativa à disposição testamentária realizada em favor de um animal. Até a reforma legislativa de 4 de outubro de 2002, como o Direito suíço não atribui personalidade jurídica ao animal, tampouco o considera expressamente como sujeito de direito, a disposição era considerada nula. A partir do início da vigência da citada alteração legislativa em 1 de abril de 2003, o Direito suíço passou a contar com nova salvaguarda à conservação e incremento da liberdade do autor da herança, alterando a redação do art. 482, 4, do Código Civil, para que as disposições testamentárias realizadas em favor de um animal passassem a ser consideradas como "um encargo pelo qual o animal deve ser tratado de acordo com as suas necessidades"[706].

Nesta linha, no caso da atribuição testamentária em favor de um animal, qualquer herdeiro ou membro da família do falecido poderá exigir daquele a quem coube o bem inicialmente destinado ao animal que desempenhe o cuidado deste.

A atribuição testamentária pode ainda ser exercida mediante instituição de fideicomisso, direcionando a herança ou legado imediatamente a um herdeiro provisório, que dela terá propriedade resolúvel até o implemente de determinado prazo, condição, ou mesmo até sua morte, quando deverá então ser revertida a uma terceira pessoa, nomeadamente o herdeiro final designada pelo testador, que adquirirá a propriedade em caráter definitivo. Esta reversão somente é admitida uma vez. Também é facultado ao testador a instituição de uma fundação a partir da totalidade ou de parcela de sua disponível, reconhecer um filho ou nomear um testamenteiro. Estas últimas disposições são permitidas somente por meio de testamento[707].

Por fim, é facultado ao testador determinar a forma de partilha dos bens da herança entre seus herdeiros, disposição que será vinculante aos herdeiros, ressalvada a necessidade de

---

[704] "An interested party is not only any potential beneficiary of the burden, but also any heir of the deceased, or member of his family, who wishes his memory to be respected. A moral interest is thus sufficient" (SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 178).

[705] Bundesgericht (BGE), 108, II, 278. Julgado em 17 de junho de 1982. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

[706] "Art. 482. (…). 4. If an animal receives a bequest by testamentary disposition, this disposition is deemed to be a burden by which the animal must be cared for according to its needs".

[707] "There is a limited number of the kinds of dispositions which can be made in a will or in a testamentary pact. In both of them one can provide for the institution for in a testamentary pact. In both of them one can provide for the institution of one's heir, make a legacy, impose conditions or burdens, provide for substitutions, appoint a reversionary heir, or make directions on the mode of partition. The following dispositions can only be made in a will: constitution of a foundation (art 81.1 CC), acknowledgement of a child (art 260.3 CC) and appointment of an executor (art 517.1 CC)" (BERTHER, Duri. Switzerland. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 342).

equilíbrio entre os quinhões em caso de desigualdade não pretendida pelo testador (CCS, art. 608). Caso deseje atribuir a um herdeiro parcela da herança superior à dos demais, poderá realizar a partilha de forma desigual, desde que a diferença entre o quinhão do herdeiro beneficiado e o quinhão de cada um dos demais herdeiros não exceda sua parte disponível. Neste caso, como o Direito suíço garante a parcela compulsória em valor, e não em espécie, os herdeiros preteridos não terão qualquer pretensão contra a partilha testamentária.

Mesmo que a partilha desigualmente realizada pelo testador acabe por exceder a parte disponível, nascerá para os demais herdeiros apenas a pretensão de compensação, em dinheiro, contra o herdeiro beneficiado e na proporção do excesso[708], sem invalidar ou tornar ineficaz a partilha realizada pelo testador.

Independentemente da modalidade pela qual foi constituído, o testamento poderá a qualquer tempo ser unilateralmente revogado pelo testador, de forma total ou parcial, podendo a revogação se dar de forma expressa, tácita, pela destruição do instrumento ou ainda pela elaboração de testamentos posterior cujas disposições sejam conflitantes com as contidas em testamento anterior.

O segundo principal instrumento de exercício da liberdade sucessória do autor da herança é o contrato sucessório, expressamente admitido desde a redação original do Código Civil de 1907, mas que já antes era autorizado nas leis regionais de Zurich, St. Gallen e Graubünden[709].

Tal contrato (ou pacto) sucessório é definido na doutrina suíça como "um contrato *mortis causa* celebrado entre o de cujus (instituidor) e um terceiro (o cocontratante) relativo à sucessão do primeiro. O pacto apresenta, assim, a dupla característica de vincular o de cujus e regular a sucessão deste último"[710].

Originados na tradição alemã, tais pactos são considerados no direito suíço, ao lado dos testamentos, como disposições *causa mortis*, de modo que só produzem seus efeitos a partir

---

[708] "If he has two or several statutory or instituted heirs, the testator may wish to state in detail the composition of the hereditary portion of one or another. He will then indicate in his will – or will regulate conventionally in a successoral pact – which item in his estate should come to one or another of his heirs. When he attributes a specific item, the testator may actually want either to give a legacy, or simply give a rule of partition. Whereas the first case influences the final share of the beneficiary and creates an heir, who is also a legatee benefiting from a preciputary legacy, the second plays no role as far as the heirs' shares are concerned; it may have no other consequence than the possible obligation for the beneficiary of the item to pay a compensation to his co-heir(s) so as to equalise the net value of his share" (SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 182).

[709] ROGUIN, Ernest. Traité de Droit Civil Comparé. v. IV: Les Sucessions. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1912, p. 285.

[710] STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 337.

do advento do termo morte. Pelo pacto, o instituidor "faz mais do que obrigar-se a dispor; ele dispõe *hic et nunc*"[711], aliena desde logo o objeto do contrato, condicionada a eficácia da alienação ao termo morte.

Há duas espécies de pactos sucessórios no Direito suíço: (a) os pacto de atribuição (CCS, art. 494), também chamados de contratos positivos de herança, pelo qual o instituidor se obriga a deixar seu patrimônio ou parte dele ao contraente ou a terceiro, mantendo para si a livre disponibilidade de seus bens, ou ainda estabelecendo "condições, obrigações, substituições, regras de partilha, prescrições quanto às colações ou ordem das reduções"[712]; e (b) o pacto ou acordo de renúncia, também chamados de contratos negativos de herança, em que um herdeiro renúncia, onerosa ou gratuitamente, à futura herança do instituidor, podendo até mesmo se submeter à deserdação, como sustentado no Berner Kommentar[713].

Na ausência de restrição legal, ambos podem ser realizados de forma gratuita ou onerosa. Quando realizado pela modalidade onerosa, o contrato contemplará simultaneamente disposições *causa mortis,* relativas à herança por ele regulada, mas também obrigações *inter vivos,* que nos pactos atributivos será realizada em favor do instituidor (como uma contraprestação pela designação sucessória), e nos pactos de renúncia como uma contraprestação ao renunciante[714].

A restrição subjetiva destes contratos é coerente com sua origem. Partindo da premissa de que mesmo os sistemas germânicos foram fortemente influenciados pelo direito romano (a incorporação da figura do testamento é prova disso), a admissibilidade de contratos sucessórios mesmo nestes países se deu, em certa medida, a partir da exceção da partilha realizada com o expresso consentimento do autor da herança, que já era admitida na constituição de Constantino e posteriormente consagrada no direito justinianeu[715]. Se a proibição geral aos pactos sucessórios se dava sob as justificativas de "falta de piedade", "especulação reprovável", "implicam uma expectativa homicida", seria de se admitir sua validade quando, ao contrário, contassem com a adesão ou consentimento do autor da herança, a afastar qualquer reprovação moral[716].

---

[711] STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 341.
[712] STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 337.
[713] WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009, p. 452.
[714] SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 166.
[715] CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965, p. 100.
[716] ROGUIN, Ernest. Traité de Droit Civil Comparé. v. IV: Les Sucessions. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1912, p. 250 e 258.

É nesta medida que o Direito suíço admite tais contratos apenas quando o autor da herança é um dos contratantes, ou ao menos anuente, estabelecendo expressamente o artigo 636 do Código Civil que os contratos sucessórios entabulado entre herdeiros, ou entre um herdeiro e um terceiro, sem a participação ou anuência do autor da herança, são inválidos.

Quanto ao objeto, os contratos sucessórios estão restritos ao mesmo rol taxativo de matérias que os testamentos, de modo que todos os tipos de disposições *mortis causa* podem ser acordados em um contrato de herança (CCS, art. 481).

Dentre tais possibilidades, o Berner Kommentar destaca: (a) disposições mútuas sobre a herança, em que cada parte faz uma disposição em favor da outra, que aceita, ou mesmo em que ambas as partes renunciam reciprocamente à herança, como é comum entre cônjuges, em favor dos filhos; (b) contratos sucessórios pagos, nos quais a disposição *causa mortis* tem como contrapartida uma obrigação intervivos, seja ela uma doação em favor de uma dar partes ou de terceiros, ou mesmo o pagamento (em compra e venda) pela herança prometida; (c) testamentos em contratos sucessórios, nos quais, diversamente do sempre revogável testamento, a disposição unilateral de um bem *causa mortis* passa a ser vinculante ao testador em razão do princípio da confiança[717].

A coexistência de disposições testamentárias e de caráter contratual em um mesmo instrumento não raro gera divergência quanto a sua qualificação. Isso porque, em se tratando de disposição testamentária, poderia ser posteriormente revogada, unilateralmente, pelo testador, possibilidade esta expressamente admitida pelo Tribunal Federal[718].

A decisão versou sobre um caso em que os cônjuges estabeleceram um contrato sucessório, pelo qual quando o primeiro viesse a falecer, o outro receberia a integralidade do patrimônio comum, e, posteriormente, com a morte do cônjuge sobrevivente o patrimônio seria destinado a uma empresa e uma fundação voltadas aos cuidados de crianças com deficiência mental. O segundo cônjuge a falecer havia contratado seguro de vida em favor de um de seus filhos, e, com a abertura de sua sucessão, a fundação e a empresa ajuizaram ação pleiteando também o valor do seguro, com base no contrato sucessório que atribuía a elas todo o patrimônio do casal.

---

[717] WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009, p. 458-460.
[718] Constou da decisão: "Além das disposições contratuais que vinculam ambas as partes, o negócio jurídico redigido na forma de um contrato de herança também pode conter cláusulas testamentárias unilaterais que podem ser livremente revogadas de acordo com o significado do art. 509, parágrafo 1, do CC (BGE 105 II 253 E. 1b p. 257)" (BGE, 46, 2007), julgado em 06 de junho de 2007. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

A questão, portanto, era definir se a atribuição sucessória em favor da empresa e da fundação era uma disposição de caráter testamentário ou contratual. O Tribunal consignou que no Direito suíço os contratos de herança são interpretados pelas regras dos contratos obrigacionais, e assim o critério primário de interpretação deverá ser sempre a vontade real das partes, e se esta não for objetivamente aferível, com base no princípio da confiança[719], "conforme poderiam e deveriam ser entendidas de acordo com sua redação e contexto, bem como de acordo com todas as circunstâncias"[720].

A partir destes critérios, o BGE concluiu que "uma cláusula deve ser considerada contratual se ela não estiver meramente intercalada aleatoriamente no texto do contrato, mas também estiver internamente conectada a ele", e que "o fator decisivo no caso individual é se a parte contratante tinha um interesse - reconhecível para ele ou conhecido por ele - em vinculá-lo". Nesta linha, entendeu o Tribunal Federal que a existência de disposição contratual pela qual o cônjuge sobrevivente poderia livremente dispor dos bens em vida, atrelada ao fato de nenhum dos beneficiários finais (empresa e fundação) terem qualquer relação próxima com os contratantes, levariam a conclusão de se tratar de disposição testamentária, e assim, de livre revogação pelo testador.

Já as disposições contratuais contidas no apenas poderiam pacto sucessório somente pode ser rescindido pela vontade comum das partes e por forma escrita. Mesmo no caso de determinada disposição ter caráter contratual, poderá ser unilateralmente revogada na restrita hipótese de o herdeiro ou legatário instituído ter praticado uma das condutas legalmente previstas como motivo de deserdação (CCS, art. 513, 1 e 2).

Em qualquer hipótese, tratando-se de negócio jurídico cujos efeitos serão projetados apenas após a morte, o instituidor pode dispor livremente de seu patrimônio em vida, inclusive dos bens que constituem objeto de eventual legado.

Neste ponto a análise de algumas hipóteses parece ser elucidativa.

Em havendo anterior disposição testamentária relativa a um bem ou direito objeto de contrato sucessório posterior, considera-se que a disposição contratual revogou tacitamente a disposição anterior.

---

[719] O Tribunal Federal possui seis precedentes afirmando que os contratos sucessórios, sejam eles gratuitos ou onerosos, devem ser interpretados de acordo com o princípio da confiança. São eles: BGE 99 II 382 (1973), BGE 127 III 529 (2001), BGE 133, III, 406 (2007), BGE 5C.109/2004, BGE 5C.56/2005 e BGE 5C.72/2004[719].

[720] BUNDESGERICHT (BGE), 46, 2007), julgado em 06 de junho de 2007. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

Se em vida este instituidor alienar o bem objeto do contrato, a disposição é válida, seja a alienação gratuita ou onerosa. Se gratuita, a doação será válida, posto que feita em vida, mas com o advento da morte terá o herdeiro ou legatário prejudicado o direito de ser indenizado pelo donatário. Se o ato de disposição foi oneroso, aberta a sucessão caberá ao contratante prejudicado pleitear a respectiva indenização contra o espólio. Diversamente, se o instituidor já havia entabulado um contrato sucessório sobre determinado bem e realiza outras disposição *causa mortis* relativa ao mesmo bem, o ato posterior pode ser impugnado, posto que contrárias ao contrato anterior (CCS, art. 494, 3, I)[721].

Aflora desta regulação o evidente risco assumido pelo herdeiro ou legatário contratual de, mesmo tendo adimplido eventual prestação *inter vivos*, ver-se tolhido de qualquer mecanismo de proteção acaso o testador passe a dilapidar ou consumir não só os bens objeto do contrato como todo seu patrimônio ainda em vida[722].

Os contratos de renúncia encontram previsão no artigo 495 do Código Civil. Subjetivamente, a lei suíça exige para a validade deste pacto a presença do autor da herança e de ao menos um herdeiro, portanto, não poderia ser validamente entabulado apenas entre co-herdeiros, pelo qual um ou alguns deles renunciariam a sua quota hereditária, tampouco entre o autor da herança e quem não possua a condição de herdeiro, embora o Tribunal Federal já tenha considerado válido contrato sucessório firmado entre noivos, ante a iminência da aquisição de atribuição sucessória pelo casamento[723].

É fácil compreender o interesse do autor da herança na realização destes contratos, na medida em que, com eles, poderá dispor de sua herança com maior liberdade, podendo, inclusive, certificar-se de que eventuais disposições que atinjam a parcela reservada não venham a ser reduzidas após sua morte, ou ainda que determinado herdeiro, que revele maior necessidade, receba a totalidade da herança ou uma parcela superior à parte disponível, sem que tenha de se submeter ao futuro direito de redução por parte de seus irmãos ou outros herdeiros reservatários.

Mas pode haver também interesse do herdeiro renunciante. Mais do que possibilidade, pragmaticamente não se cogita de um contrato que não realize qualquer interesse ao contratante,

---

[721] WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009, p. 463-465.
[722] "Ele (de cujus) pode alienar seus bens, modifica-los substancialmente, negligenciar sua administração, esbanjá-los e também deles voltar a dispor. Todos esses atos são plenamente válidos, mesmo em relação a um comprador de má-fé. O beneficiário do pacto não tem nenhum meio de direito sucessório para contestar tais atos durante a vida do instituidor" (STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 346).
[723] BGE, 256, 2004. Julgado em 02 de junho de 2005. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

ainda que seja paz e sossego. Diante da faculdade de o contrato negativo de herança estabelecer uma contraprestação pela renúncia, ele pode se revelar favorável ao renunciante. Stainauer exemplifica algumas hipóteses, como (i) o interesse do renunciante receber ainda em vida e de forma antecipada uma parcela patrimonial; (ii) o autor da herança institua como herdeiro outra pessoa (como um filho ou parente do renunciante); (iii) ou mesmo que renuncie em troca do recebimento de alimentos a serem pagos pelos herdeiros do autor da herança, trocando, assim, uma parcela patrimonial por uma renda vitalícia ou por determinado período[724].

Há neste ponto um afastamento entre o Direito suíço e o Direito alemão quanto ao efeito do inadimplemento desta contraprestação. Enquanto o Direito alemão não admite a revogação da renúncia, o Código Civil suíço expressamente admite a revogação da renúncia contratual nesta hipótese, remetendo o contrato sucessório ao regime geral dos contratos do Códigos das Obrigações[725].

Relativamente ao objeto da renúncia contratual gratuita, Paul Piotet aponta que a doutrina suíça se divide em duas correntes. A primeira, fortemente influenciada pelo direito alemão, considera que a renúncia contratual tem por objeto os direitos do renunciante na futura sucessão do contratante, como uma espécie de renúncia antecipada, que tal qual a indignidade sucessória, impediria o renunciante de suceder, sem que tenha ele perdido a condição de herdeiro. Esta corrente, embora majoritária, enfrenta os mesmos problemas de coerência sistemática já apontados no direito alemão, especialmente ante a inexistência de direito à herança antes da abertura da sucessão.

A segunda corrente doutrinária, minoritária e na qual o autor se inclui, considera que a renúncia contratual suíça em muito difere da alemã, consistindo em verdadeira hipótese de deserdação consensual, que retira o renunciante não seus direitos na sucessão, mas a própria condição de herdeiro, suprimindo sua atribuição sucessória[726].

O autor fundamenta sua posição na própria redação dos Códigos: enquanto §2.346 do BGB fala em perda "do direito à sucessão legítima"[727], o artigo 495.2 do Código Civil suíço

---

[724] STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 311.
[725] CCS, art. 514: "A person entitled to benefits inter vivos under a contract of succession may declare his or her withdrawal from the contract in accordance with the provisions of the Code of Obligations in the event of failure to perform such benefits or to furnish security for them".
[726] PIOTET, Paul. La nature des pactes successoraux, et ses conséquences. In: Contributions choisies. Genève: Schulthess, 2004, p. 318-319.
[727] "§2346. Effect of the renunciation of inheritance, possibility of limitation.(1) Relatives and the spouse of the testator may renounce their right of intestate succession by contract with the testator. The person renouncing is excluded from intestate succession as though they had no longer been alive at the time of the devolution of the inheritance; they do not have a right to a compulsory share. (2) The renunciation may be restricted to the right to a compulsory share".

dispõe que o renunciante "não será considerado um herdeiro na sucessão"[728], a evidenciar que a renúncia não atingiria à herança, mas sim a própria condição de herdeiro. Nesta linha, afirma que tal como existe expressa autorização legal para a deserdação unilateral do herdeiro pelo testador, autoriza a lei também a deserdação consensual do herdeiro, por meio de contrato sucessório negativo, tendo por efeito retirá-lo da vocação hereditária.

Independentemente da condição de contrato gratuito ou oneroso, a renúncia contratual é sempre bilateral, e nesta medida, não poderia ser unilateralmente revogado pelo testador (art. 513, 1), e mesmo que este acabe por reabilitar o renunciante em testamento, não estaria revogando a renúncia, mas apenas atribuindo a ele uma atribuição sucessória (vocação) diversa, de outra natureza, não mais legítima, mas testamentária e a qualquer tempo revogável. Em consequência desta natureza bilateral, aplicam-se a este pacto as regras de interpretação dos contratos, e não dos testamentos[729].

Ao abordar a renúncia contratual onerosa, Paul Piotet afirma que a renúncia poderia recair apenas sobre a reserva necessária, sem excluir o renunciante da sucessão legítima sobre os bens que não forem objeto de testamento. Em tal hipótese, o testador teria ampla liberdade para dispor sobre a integralidade de seus bens, sem que o renunciante possa pleitear a redução da disposição testamentária. Tal posição, ao menos à primeira vista, parece enfraquecer a tese de que a renúncia contratual seria verdadeira deserdação, posto que esta tolheria a posição de herdeiro em sua integralidade, e não apenas o direito à reserva hereditária. Porém, o Código Civil suíço, ao contrário do alemão, não é expresso em relação à renúncia parcial ou apenas da reserva sucessória, tornando duvidosa a possibilidade aventada, mormente se considerado que o contrato possuiria natureza de deserdação consensual.

Nesta senda, uma das justificativas para a renúncia antecipada estaria no recebimento imediato pelo herdeiro de uma contraprestação que possa substituir, desde logo, seu futuro direito hereditário, hipótese em que se estaria diante de um contrato sinalagmático, ou então na esperança de ser contemplado com maior porção pelo autor da herança em sua parte disponível, a constituir verdadeiro contrato aleatório, já que a prestação pode nunca se realizar. De consequência, firmado como contrato sinalagmático, o inadimplemento da prestação pelo autor da herança autorizaria a resolução do contrato sucessório (CC, art. 514), ao passo que acaso o

---

[728] "Art. 495. 1. The testator may conclude an inheritance renunciation contract with an heir with or without valuable consideration. 2. The renouncing party is not deemed to be an heir on succession".
[729] PIOTET, Paul. La nature des pactes successoraux, et ses conséquences. In: Contributions choisies. Genève: Schulthess, 2004, p. 320-321.

contrato seja firmado com caráter aleatório, o herdeiro eventualmente prejudicado não terá qualquer pretensão[730].

Admitida tanto a renúncia contratual como a determinação da partilha dos bens de forma unilateral pelo testador (CC, art. 608[731]) ou pelos herdeiros (CC, art. 634[732]), o contrato sucessório se apresenta como o mecanismo escolhido pelo Direito suíço para instrumentalizar a partilha em vida.

Assim considerados, poderia ser realizada entre o autor da herança com seus herdeiros necessários (nas hipóteses em que há renúncia antecipada) ou seus herdeiros instituídos. Se não houver renúncia pelos herdeiros necessários, a partilha de bens realizada unilateralmente pelo testador poderá ser modificada para garantir o equilíbrio entre os quinhões. Porém, mesmo não havendo renúncia, quando realizada na modalidade plurilateral, a partilha se torna obrigatória aos herdeiros a partir da contratação, não estando contemplada no Código Civil a hipótese de redução ou reequilíbrio por eventual disparidade entre os quinhões contratualmente estabelecidos.

Face a sua natureza contratual, os pactos sucessórios não podem ser unilateralmente revogados pelo autor da herança, que a eles se vincula (embora mantenha a livre disposição patrimonial durante a vida). Assim, sua extinção dependerá de mútuo acordo entre os signatários. Admite-se, porém, a revogação unilateral da instituição de um herdeiro ou da atribuição patrimonial a ele, nas hipóteses em que é permitida a deserdação (CCS, art. 513). O pacto poderá também ser resolvido na hipótese de inadimplemento de uma obrigação pactuada cujo cumprimento deveria ter ocorrido durante a vida do autor da herança, ficando neste ponto o contrato sucessório equiparado aos contratos em geral.

2.4.1. Análise comparativa

É notória a proximidade entre o direito sucessório alemão e o suíço, tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária e contratual. Esta proximidade, de um lado, permite

---

[730] PIOTET, Paul. La nature des pactes successoraux, et ses conséquences. In: Contributions choisies. Genève: Schulthess, 2004, p. 327-330.

[731] "Art. 608. 1. The testator is entitled by means of testamentary disposition to give his or her heirs instructions concerning the division and the formation of portions. 2. Such instructions are binding on the heirs, subject to measures to balance out the portions in the event of an inequality not intended by the testator".

[732] "Art. 634. 1. The division of the estate becomes binding on the heirs once the lots have been formed and received or on conclusion of the contract of division. 2. In order to be valid, the contract of division must be done in writing".

invocar boa parte da comparação realizada entre o direito brasileiro e o direito alemão, mas de outro, não pode ser tomada como identidade ante as relevantes distinções que estes sistemas apresentam entre si. De todo modo, em razão do escopo da presente pesquisa, a comparação terá como elementos os direitos sucessórios suíço e brasileiro, com pequenas notas para ressaltar pontos de divergência com o direito alemão.

A primeira divergência entre os sistemas diz respeito à sua fonte, e nesta medida, com o grau de proteção atribuído ao direito sucessório. Ao contrário do Direito Sucessório brasileiro, garantido em alçada constitucional (CF, art. 5º, XXX), o direito sucessório suíço é integralmente previsto em normas de direito privado, não havendo qualquer referência a ele na Constituição Federal da Confederação Suíça, nem mesmo no dispositivo relativo à propriedade (CFS, art. 26º).

De consequência, ao legislador infraconstitucional é atribuída maior liberdade na regulamentação desta área, embora a constatação empírica seja de que tal liberdade acaba por ser pouquíssimo exercida, sobretudo considerando as poucas reformas legislativas em matéria sucessória desde a vigência do Código Civil suíço de 1907. A regulamentação legal se encontra no Livro Terceiro do Código Civil suíço, ao longo de 183 artigos, sendo, portanto, mais sintética que os 242 artigos do Código Civil brasileiro e 463 do BGB.

Os sistemas coincidem quanto ao momento da abertura da sucessão e o princípio da transmissão imediata da herança (princípio da *saisine*).

Na sucessão legítima, os sistemas apresentam notas próprias. Enquanto o direito brasileiro segue o sistema de três linhas[733] para a vocação hereditária, o direito suíço, tal como o alemão, adota o sistema de parentesco, pelo qual são chamados a concorrer primeiro os descendentes, depois os pais do falecido e seus descendentes e, por fim, os avós do falecido e seus descendentes, inexistindo limite de grau à sucessão legítima.

Também o cônjuge é herdeiro legítimo, sendo a ele reservada a metade da herança quando concorrer com os descendentes do falecido, e três quartos quando concorrer com os pais ou seus descendentes. Na falta destes, caberá ao cônjuge a integralidade da herança, não existindo concorrência sucessória com os avós do falecido e seus descendentes, que são por ele preteridos.

Quanto à sucessão do cônjuge, há interessantes distinções entre os sistemas que muito podem contribuir para uma análise crítica do direito brasileiro.

---

[733] Sistemas em que na sucessão intestada entre os parentes (portanto, sem considerar o cônjuge) são chamados a suceder primeiro os descendentes, depois os ascendentes, e por fim os colaterais.

Em primeiro lugar, o cônjuge não possui direito real de habitação sobre a residência da família, possuindo apenas preferência na atribuição de tal bem como pagamento de sua parcela hereditária. Tal regramento resolve diversos problemas enfrentados no Brasil, como grande número de sucessões em que o único ou principal bem é a residência da família, ou ainda o aumento do número de famílias recompostas, nas quais muitas vezes o cônjuge sobrevivente possui a mesma idade dos filhos do falecido, obstando a estes o uso e fruição do imóvel por eles herdado, as vezes por toda a sua vida.

Em segundo lugar, o regime de bens do casamento é irrelevante tanto para a atribuição sucessória do cônjuge quanto para a extensão do acervo hereditário que lhe cabe.

Terceiro, o Direito Sucessório suíço encontrou interessante mecanismo para conciliar a proteção do cônjuge sobrevivente sem que seja necessária atribuição de propriedade dos bens da herança ou sua divisão. A faculdade dada ao autor da herança de substituir a quota hereditária do cônjuge pelo usufruto sobre todos os bens que caibam aos herdeiros comuns parece apresentar alto potencial de salvaguarda do cônjuge, aliado ainda à facilitação da sucessão, em especial por evitar a necessidade de partilha do acervo em duas oportunidades, notadamente quando da morte de cada um dos cônjuges.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de mecanismo de incremento da liberdade sucessória do autor da herança, sobretudo por tal disposição não interferir em sua parte disponível, em detrimento do direito atribuído aos herdeiros, que terão de se submeter a tal disposição, mesmo que ela atinja sua parcela reservada. Em relação aos bens que compõe a parcela reservada aos demais herdeiros, tal usufruto se submete à condição resolutiva legal, na hipótese de novo casamento do cônjuge sobrevivente.

Por fim, não se pode deixar de apontar a ausência de reconhecimento jurídico pelo Direito suíço da união estável heterossexual, sendo tal figura jurídica restrita às pessoas do mesmo sexo. Como reflexo, inexiste direito sucessório às pessoas heterossexuais que vivam em uniões estáveis, já que este relacionamento fica restrito ao plano dos fatos, sem ingressar no plano jurídico, ao menos não pelo direito de família.

Teleologicamente, também o Direito Sucessório suíço é vocacionado a garantia da liberdade sucessória ao autor da herança, restrita, porém à salvaguarda de uma parcela chamada reservada ou necessária a um conjunto de herdeiros que apresentem relação familiar próxima ao autor da herança, especificamente os descendentes e o cônjuge do autor da herança. A recente exclusão da qualidade de herdeiros necessários aos pais revela a atualidade das escolhas legislativas.

A tais sujeitos é garantida a metade da herança, justificada sobretudo a partir de dois argumentos: evitar a arbitrariedade do testador face a seus familiares e permitir a continuidade da transmissão dos bens de família para mais uma geração. Tais herdeiros, porém, podem ser privados de sua parcela reservada nas hipóteses de deserdação pelo testador, que são muito mais amplas no Direito suíço que no brasileiro, notadamente por terem sido previstas não em rol taxativo, mas por meio de cláusulas gerais que têm por suporte fático "crime grave" ou "violação grave à deveres familiares", generalidade que uma vez mais releva a preferência do Suíço pela liberdade do autor da herança em detrimento da proteção familiar.

Relativamente aos espaços de liberdade, há proximidade entre o Direito suíço e brasileiro ao garantirem liberdades tanto ao autor da herança quanto aos herdeiros, ainda que o façam com diferentes extensões.

Ambos os ordenamentos admitem o direito do herdeiro a não herdar, direito este exercível por meio de renúncia, após a abertura da sucessão. Diversamente do direito brasileiro, o suíço admite também a renúncia contratual, entabulada em vida entre o autor da herança e o herdeiro renunciante, podendo ela ser gratuita ou onerosa. Obtida a renúncia do herdeiro, há substancial incremento na liberdade testamentária, na medida em que não mais encontrará limitação na reserva compulsória estabelecida em favor daquele herdeiro, tampouco poderá ele pleitear a redução de disposições feitas em vida, já que eventuais reduções já não terão qualquer repercussão em seu patrimônio.

Há, aqui, também uma parcela de liberdade atribuída ao herdeiro, notadamente de liberdade positiva, na medida em que lhe é permitida a disposição de seu direito hereditário, nos limites do contrato renunciativo.

Tal como no Direito alemão, esta renúncia antecipada é objeto de intenso debate doutrinário quanto ao seu objeto, precisamente se atingiria o direito à herança ou a condição de herdeiro, enfrentando ambas as hipóteses grande dificuldade de sistematização.

Os principais espaços de liberdade encontram-se na sucessão testamentária e na sucessão contratual.

Na sucessão testamentária, embora o objeto do testamento seja limitado a um rol taxativo de disposições permitidas *causa mortis,* substancialmente acabam por se aproximar das matérias ordinariamente admitidas no direito brasileiro. Há, porém, diversas possibilidades em favor da liberdade sucessória que não encontram semelhante previsão no direito brasileiro.

Destaca-se a possibilidade, no Direito suíço, de o testador nomear todos seus herdeiros, podendo, inclusive, deixar de nomear herdeiros reservatários, sem que tal disposição afete a validade do testamento. A eles será assegurado apenas o direito à redução das disposições, para

que recebam, em valor, a parcela que lhes era garantida. Trata-se, porém, de direito disponível e cujo não exercício pode decorrer tanto de contrato sucessório (deserdação consensual) como de simples opção do herdeiro em optar pelo respeito às disposições testamentárias.

Esta possibilidade também releva, uma vez mais, uma preferência à liberdade do autor da herança em detrimento da proteção familiar, ao revelar uma escolha pela legítima em valor, e não em espécie, bem assim uma repulsa às soluções paternalistas ou autoritárias, preferindo regras com sistema de *opt in*, em que a atribuição sucessória depende da iniciativa tempestiva do herdeiro excluído.

Por fim, diferenciam-se os sistemas em razão da admissão, pelo Direito suíço, da instituição de fideicomisso por testamento, atribuindo o testador a propriedade resolúvel de determinado bem ou patrimônio a uma pessoa, que a partir de determinado termo ou condição será revertido em favor de outra pessoa, também designada pelo testador, como herdeiro final.

Assemelham-se os sistemas por não admitir o testamento conjuntivo.

Ponto central da comparação são os contratos sucessórios, a princípio proibidos no Direito brasileiro e expressamente admitidos no Direito suíço, ainda que com diversas restrições à forma, sujeitos e conteúdo.

Indubitavelmente, tais contratos representam o espaço de liberdade positiva que concilia a liberdade do autor da herança e de seus herdeiros para que, conjuntamente (e apenas serão válidos com a participação do autor da herança) disponham sobre a futura sucessão. Por meio deles, as partes podem transacionar sobre a instituição de herdeiros, realizar disposições patrimoniais a favor de uma das partes ou mesmo de terceiros, bem como conter a renúncia de um herdeiro necessário a seu direito hereditário. O caráter contratual destas disposições não permite que sejam revogadas unilateralmente pelo autor da herança, porém, sua natureza *causa mortis* de certo modo relativiza esta vinculação ao não obstar a livre disposição do patrimônio objeto do contrato em vida pelo autor da herança.

Embora o Direito Sucessório suíço não tenha uma figura jurídica própria para a partilha em vida, permite que o testador, unilateralmente, distribua seus bens entre os herdeiros, disposição esta vinculante aos herdeiros e que, embora limitada à parte disponível do testador, não é invalidada por eventual excesso, reparável por meio de ação de redução. De outro lado, a partilha dos bens pode ser realizada por meio de contrato sucessório entre o autor da herança e seus herdeiros, tornando-se vinculante a todos, e nesta hipótese poderá até mesmo implementar distribuição patrimonial que viole a porção reservada aos herdeiros necessários, na medida em que é dado a tais herdeiros realizar a renúncia parcial da herança, inclusive sobre a parte reservada.

Em conclusão, embora os ordenamentos suíço e brasileiro apresentem diversas similitudes, próprias de Direitos que tem como origem comum no direito romano, o Direito Sucessório suíço é fortemente marcado pela influência germânica, sobretudo pela maior liberdade atribuída aos sujeitos da sucessão.

Tal como o Direito Sucessório alemão, em diversos momentos em que a liberdade sucessória atribuída ao autor da herança conflita com o direito atribuído pela sucessão legítima ou mesmo reservatária, a escolha normativa se revela nitidamente em favor do autor da herança, como revelam, p.e., a possibilidade de instituição de usufruto integral em favor do cônjuge, das cláusulas gerais para deserdação, da possibilidade de designação dos herdeiros em testamento, da garantia à porção reservada apenas em valor e mediante procedimento de redução, dependente da iniciativa do herdeiro (*opt in*).

Ainda na linha de seu irmão tedesco, embora garanta aos membros da família certa proteção patrimonial por meio do regime da sucessão legítima e necessária, faculta aos sujeitos da sucessão a liberdade positiva de criar as próprias regras para a sucessão familiar, podendo, inclusive, derrotar o regime da sucessão legal (*opt out*) por meio de contratos sucessórios, sejam eles positivos, negativos ou mistos.

2.5. O DIREITO SUCESSÓRIO FRANCÊS

A divulgação de dados estatísticos sobre a sociedade francesa pelo French National Institute of Statistics and Studies (INSEE) permite, antes de adentar a regulamentação jurídica, um sobrevoo pelo estado da arte da sucessão na França.

Segundo tais dados, copilados por Cécile Pérès[734], na última década houve aproximadamente 500.000 mortes por ano na França, e a média de idade entre os falecidos foi de 77 anos. Nestas sucessões, 15% dos herdeiros eram o cônjuge do falecido, e 68% eram seus descendentes, evidenciando que a esmagadora maioria das sucessões ainda se dá em favor dos descendentes (a proporção se refere ao número de herdeiros, não ao percentual da herança recebido por cada classe).

O dado mais relevante, porém, seja a idade média entre os descentes quando do recebimento da herança, que foi de 52 anos. Tal dado coloca em xeque a necessidade fática de uma função protetiva da parcela compulsória da herança, apontando a autora que "a função da

---

[734] PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 34.

herança não é mais a de estabelecer uma criança na vida, e as pessoas herdam frequentemente quando estão a começar a planejar a sua própria sucessão"[735]. É este o cenário social regulado pelo direito sucessório francês.

O sistema sucessório francês constitui um dos três grandes modelos de sucessão intestada, ao lado do sistema em três linhas[736] e do sistema parentético[737], e tem origem nas Novelas 118 e 127, I, do imperador Justiniano[738]. Em sua conformação, adota os princípios da sucessão universal, imediata, protetiva da família, esta por meio da garantia de uma parcela compulsória da herança em favor dos parentes do falecido, mas que simultaneamente garante, ainda que de forma limitada, liberdade testamentária ao autor da herança para que possa dispor de seus bens como lhe aprouver, criando assim um desejável equilíbrio entre os regimes de sucessão testamentária e legal.

Topograficamente, as regras de direito sucessório estão concentradas nos artigos 720 e seguintes do *Code Napoleon*.

As reformas à redação original tiveram sobretudo quatro objetivos: o primeiro, implantado pelas reformas de 2001 e de 2006, foi melhorar a posição sucessória do cônjuge sobrevivente, que pela redação de 1.804 só herdaria na hipótese de não existir nenhum outro parente do autor da herança até o 12 grau de parentesco, e hoje é contemplado com uma parcela compulsória da herança. O segundo foi harmonizar o direito sucessório ao cenário econômico Francês. Tal desiderato foi buscado por meio da preservação do valor real das cotas hereditárias frente aos nefastos efeitos da alta inflação, levado a efeito principalmente pela mudança do momento da avaliação dos bens da herança para o momento da partilha, evitando assim que as variações entre o falecimento e a partilha pudessem desequilibrar as cotas (Lei de 3 de julho de 1971). O terceiro objetivo foi de igualar o tratamento sucessório dos descendentes,

---

[735] PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 34.

[736] Regime de vocação hereditária no qual "distinguem-se claramente três linhas [de vocação hereditária] - a herança passa primeiro para baixo, ou seja, para os descendentes, depois, se não houver descendentes, para cima, ou seja, para os ascendentes e, finalmente, se não houver descendentes nem ascendentes, para o lado, ou seja, para os parentes colaterais. Por conseguinte, os pais e os irmãos nunca herdam ao mesmo tempo" (ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 3).

[737] Regime de vocação hereditária no qual "os descendentes são herdeiros de primeira classe, enquanto os pais do falecido e os seus descendentes constituem uma segunda classe, os avós do falecido e os seus descendentes uma terceira classe (sendo, por vezes, acrescentadas outras classes no mesmo sentido): esta é, pelo menos em princípio, a situação jurídica na Áustria, na Alemanha, nos países nórdicos e na África do Sul, e de forma atenuada também nos Países Baixos (2003), na Escócia, na Inglaterra, na Austrália e em muitos Estados americanos" (ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 3).

[738] ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018, p. 5.

independentemente de qualquer qualificação outrora atribuída ao vínculo de filiação (adotiva, ilegítima, etc)[739]. Por fim, permitir maior liberdade no desenho da sucessão familiar ao permitir a renúncia ao direito de redução das liberalidades inoficiosas.

Uma revisitação aos dados estatísticos mostra que na França menos de 10% das sucessões são transmitidas por meio de testamentos[740], e que, segundo pesquisa popular, apenas 3% dos adultos alguma vez pensou em deserdar um membro de sua família, o que conduz inexoravelmente a constatação de que o alto número de sucessões intestadas não é obra do acaso, mas sim do fato de na França "ainda não ser usual a elaboração de testamentos e as regras da sucessão legítima parecerem adequadas para a maior parte das pessoas"[741].

A sucessão intestada é regulada por dois critérios de vocação: a ordem de vocação e o grau de parentes. A existência de um herdeiro na ordem de vocação anterior exclui os herdeiros das ordens de sucessão subsequentes, e, dentro da mesma ordem, os de menor grau preferem ao de grau mais distante. Havendo mais de um herdeiro na mesma classe e na mesma ordem, a herança será dividida em cotas iguais, "por cabeça".

São quatro as classes de vocação hereditária previstas no *Code*. A primeira ordem de vocação hereditária é composta pelos descendentes, a segunda pelos *ascendants privilégiés* e *collatéraux privililégiés*, notadamente os pais e os irmãos do falecido e seus descendentes, na terceira ordem de vocação os outros ascendentes (*ascendants ordinaires*), e finalmente na quarta ordem, os demais parentes colaterais (*collatéraux ordinaires*), até o sexto grau de parentesco[742]. Essa divisão deita raízes em Justiniano, ainda que desde o século VI tenha sofrido ajustes para corrigir resultados considerados inaceitáveis em períodos posteriores, mas, no geral, tal sistema teve uma continuidade extraordinária que se estendeu, na essência, por mais de um milênio e meio[743].

---

[739] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 290.

[740] Ainda que com pequena margem de variação, o número parece ter certa uniformidade entre os autores. Segundo Walter Pinters, "in France, the number of testate successions is estimated at between 10 and 15 per cent" (PINTENS, Walter. Testamentary Formalities in France and Belgium. In: RAID, Kenneth G. (et. al.). Comparative Succession Law: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 52).

[741] "By contrast to the position in common law countries, fewer than 10 per cent of estates are transferred by will and, according to an opinion poll, only 3 per cent of French adults have ever envisaged disinheriting a member of their family. Thus, intestacy is not just the result of an accident: it remains unusual to make a will, and the devolution of assets provided for by legislation appears to suit most people" (PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 34).

[742] Code, art. 745.

[743] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 69.

Entre os parentes de mesma classe, os de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto. Há, porém, duas exceções pontuais a este regramento geral.

A primeira exceção se dá no chamamento da segunda ordem da vocação hereditária. Quando a herança é atribuída aos pais e aos irmãos do falecido, excetua-se a regra de divisão da herança em partes iguais por cabeça, atribuindo-se a cada um dos pais um quarto da herança, dividindo os irmãos a metade remanescente, em parcelas iguais. A segunda exceção deriva da regra de partilha de acordo com a troncalidade, pela qual, nas sucessões em favor dos ascendentes ou dos colaterais, metade da herança deverá ser atribuída aos herdeiros do ramo materno e metade aos herdeiros do ramo paterno, independente da maior proximidade de grau de qualquer deles com o falecido.

O cônjuge não está inserido em nenhuma das ordens de vocação hereditária, sendo considerado um herdeiro 'separado'. Desde a reformas de 2001 se tornou um herdeiro necessário, concorrendo tanto com os herdeiros de primeira quanto de segunda classe, independentemente de qual seja o regime matrimonial de bens.

Concorrendo com herdeiros de primeira classe, ao cônjuge sobrevivente será conferido o direito potestativo de escolher entre o usufruto sobre todos os bens da herança[744] ou a propriedade da quarta parte desta, independentemente de quantos sejam os descendentes com quem concorrerá, conforme previsão do artigo 757 do Código Civil dos franceses. A faculdade de optar pelo usufruto sobre a integralidade da herança é, porém, restrita à hipótese em que todos os descendentes do falecido são também descendentes do autor da herança, evitando assim futuros conflitos entre o cônjuge sobrevivente e seus outrora enteados. Caso exista, por exemplo, um filho de outro relacionamento, a parcela conjugal da herança será restrita a quarta parte.

Se o cônjuge sobrevivente concorrer com os pais do falecido, terá direito à metade da herança, e cada um dos pais a um quarto. Se apenas um dos pais for vivo, ao cônjuge será atribuído três quartos da herança, e o ascendente o quarto restante (CCF, art. 757-1). Se não houverem nem descendentes nem ascendentes de primeiro grau, ao cônjuge competirá a integralidade da herança, a evidenciar sua preferência em relação a qualquer parente colateral, mesmo os *privilégiés* (irmãos). Marie Goré, professora da Universidade de Paris II (Panthéon-Assas) chama a atenção que esta posição privilegiada do cônjuge pode levar a situações

---

[744] "Historically, usufruct was seen as preserving the living standard of the spouse while ensuring the conservation of the property within the deceased's family" (PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 46).

"perigosas", na medida em que o patrimônio da família do falecido pode acabar ficando integralmente com seu cônjuge, mesmo quando ainda existam irmãos vivos[745].

A reforma de 2006 atentou-se exatamente a essa preocupação, mitigando a sucessão do cônjuge nas hipóteses em que a integralidade da herança lhe será atribuída. Para evitar que o patrimônio originalmente pertencente à família do marido deixe aquele tronco, estabelece o art. 757-3[746] do Código Civil uma salvaguarda parcial, determinando que dos bens que o falecido tenha recebido por doação ou herança de seus ascendentes e que ainda estejam em seu patrimônio (em espécie), a metade seja transferida para os irmãos do falecido ou seus descendentes, garantindo assim que ao menos parte do patrimônio herdado permaneça no mesmo tronco familiar. A regra é potencialmente problemática, pois além de não devolver os bens na integralidade à família que originalmente os detinha, acaba por impor um condomínio entre o cônjuge sobrevivente e seus cunhados, que pode vir a se tornar uma frutífera fonte de conflitos[747].

Em paralelo ao direito sobre parcela da herança, o direito francês concede ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, em modelo dispositivo que equilibra a liberdade testamentária com a solidariedade familiar.

Assim, por regra supletiva (CCF, art. 764), em não havendo disposição testamentária em sentido contrário, ao cônjuge sobrevivente será assegurado, de forma vitalícia, o direito real de habitação sobre a residência em que residia com o falecido e todo o mobiliário que a guarnece. Tal atribuição, porém, não é gratuita, e o valor deste usufruto deve ser computado na quota hereditária do cônjuge. Por ser regra dispositiva, é facultado ao testador reduzir este direito, na extensão que melhor lhe aprouver, desde que respeite a regra compulsória do artigo 763, que garante ao cônjuge sobrevivente um direito de habitação "mínimo", pelo prazo de um ano e de forma gratuita. Tal disposição apenas é admitida por testamento público.

---

[745] "This situation may be considered as dangerous in the event trat there are in the estate assets that had belonged to the decedent's family and had been given to him or her; the surviving spouse would thus be able to inherit all those assets, which would not them be available for the brothers and sisters of the decedent, despite the fact that those assets came from their family and may be ones to which they might attach some sentimental value" (GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 292).

[746] "Art. 757-3: Par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et soeurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission".

[747] "Strictly, however, this is not a *droit de retour* at all, because the siblings share ownership with the surviving spouse: not only is this a potential source of conflict, but it does not allow the preservation of the property within the family" (PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.43).

Diversamente do cônjuge, ao companheiro (pessoa que vive sobre o *pacte civil de solidaritè,* art. 515), não é atribuída a condição de herdeiro, nem mesmo legítimo. Eventual disposição a seu favor dependerá da liberalidade do outro parceiro, seja em vida ou por testamento.

Aos herdeiros também é assegurada margem de liberdade sucessória, na medida em que lhes é dado aceitar a herança de forma pura e simples, renunciar a ela ou, peculiaridade do sistema francês, aceita-la no limite das forças da herança. A peculiaridade decorre do fato de no direito francês, com a aceitação pura e simples da herança, a sucessão transmitir também as obrigações do falecido, de forma ilimitada, mesmo quando estas superem a força da herança, criando assim uma responsabilidade *ultra vires* por seus débitos[748]. Neste cenário, a possibilidade de aceitação limitada (*acceptation à concurrence de l'actif net*) representa importante *opt out* aos herdeiros para que, a despeito de se submeterem a um procedimento mais vagaroso e burocrático[749], possam garantir que seu patrimônio não será atingido por eventuais débitos do falecido.

Também na renúncia o direito francês deixa vestígio da especial proteção que atribui aos herdeiros. Além de impor que a renúncia seja realizada perante o Juízo de Sucessões ou de um notário, requisito de forma voltado a evitar que seja realizada de forma irrefletida ou em estado de violenta emoção, admite sua revogabilidade, desde que o renunciante o faça antes de que qualquer outro herdeiro aceite a herança, e aceite-a de forma pura e simples[750].

Na sucessão intestada, se o autor da herança não deixar herdeiros legítimos; se os deixar, mas nenhum deles aceitar a herança; ou ainda se decorrer seis meses da abertura da sucessão sem que nenhum herdeiro legítimo a aceite (de forma expressa ou tácita), a herança será considerada vacante.

Ainda que o regime jurídico da sucessão intestada reine soberano na maior parte das sucessões francesas, o sistema não deixa de reconhecer liberdade ao autor da herança para determinar o destino de seus bens. "Embora mecanismos como as doações, os contratos de seguro e as técnicas do direito das sociedades tenham vindo a ganhar importância, o testamento

---

[748] VERBEKE, Alain-Laurent; LELEU, Yves-Henri. Harmonization of the Law of Succession in Europe. In: HARTKAMP, Artur (at. al.). Towards a European Civil Code. 4 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 463-464.
[749] Art. 787-790 Code Civil Française.
[750] Art. 807 Code Française.

continua a ser o principal instrumento de planejamento da sucessão nas tradições jurídicas francesa"[751].

A liberdade sucessória do autor da herança é exercida sobretudo pelo testamento, ato unilateral e revogável pelo qual o autor da herança poderá dispor da totalidade ou de parte de seus bens e direitos (CCF, art. 895). Tal disposição pode ser feita pela instituição de herdeiro, pela atribuição de legado, ou sob qualquer outra denominação (CCF, art. 967[752]), optando a legislação portanto a deixar maior discricionariedade ao autor da herança quanto ao modo de dispor de seus bens.

Entre as disposições de caráter negativo, é permitida a exclusão sucessória por indignidade[753], cujas hipóteses são mais restritas que as do direito brasileiro. Não há, no Código Civil dos franceses, previsão legal para deserdação do herdeiro, cuja exclusão sucessória está restrita às hipóteses de indignidade. Porém, a partir do texto "qualquer outra denominação" constante no artigo 967, a jurisprudência francesa criou a figura da *exhérédation*.

Com significado diverso daquele que atribuímos à deserdação, a *exhérédation* apenas faculta ao testador a realização de uma disposição negativa, pela qual retira de um herdeiro legítimo a parcela que receberia a título de sucessão legítima, em caso de sucessão intestada, mas que em caso de herdeiros necessários, não pode atingir a sua porção reservada[754]. Desta sorte, a disposição negativa em relação a um filho fará apenas com que a parcela disponível seja distribuída apenas aos demais herdeiros legítimos, e não a ele, e caso seja um herdeiro necessário, a disposição não afetará sua parcela obrigatória.

Pragmaticamente, é utilizada como espécie de cláusula penal[755] aplicada a um herdeiro que se oponha às disposições testamentárias ou pleiteie sua invalidade ou redução. Para a Corte de Cassação francesa, se esta cláusula penal tiver por objetivo a execução de uma disposição testamentária que contrarie a ordem pública, será tida por não escrita[756], porém, é válida quando

---

[751] PINTENS, Walter. Testamentary Formalities in France and Belgium. In: RAID, Kenneth G. (et. al.). Comparative Succession Law: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 52.

[752] "Art. 967. Qualquer pessoa pode dispor dos seus bens por testamento sob o título de instituição de herdeiros, sob o título de legado, ou sob qualquer outra denominação adequada para exprimir a sua vontade".

[753] CCF, art. 726: "São indignos de suceder e, como tal, excluídos da sucessão: 1. A pessoa condenada, como autor ou cúmplice, a uma pena criminal por ter dolosamente matado ou tentado matar o falecido. 2. A pessoa que for condenada, como autor ou cúmplice, a uma pena criminal por ter cometido, sem intenção de matar, uma violência ou uma agressão que tenha provocado a morte do falecido".

[754] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 314.

[755] O acórdão expressamente utiliza a expressão cláusula penal (clause pénale) para se referir à disposição em análise.

[756] FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 04-16.461, du 20 février 2007. Disponível em https://www.courdecassation.fr/decision/6079428f9ba5988459c41191, acesso em 20 de outubro de 2023;

tiver por objetivo a persecução de um interesse privado do testador, como foi o caso de uma partilha testamentária que tenha observado a reserva hereditária de todos os herdeiros necessários[757].

Para além desta "deserdação", o testamento pode conter disposições sobre o funeral do testador, o reconhecimento de filhos, formalização do desejo de ter seus órgãos doados ou se opor a tal medida, dentre outras[758].

Por derradeiro, o testamento também pode ter por objeto a determinação do modo de realização da partilha dos bens que compõe a herança entre seus herdeiros presuntivos, chamado *testament-partage* (CCF, art. 1.075[759]). A alocação dos bens é impositiva aos herdeiros, que não poderão dispor de forma diversa (CCF, art. 1.079), nem mesmo por consenso, pois, como já decidiu a Corte de Cassação francesa, trata-se de "um ato de autoridade pelo qual o testador deseja impor a partilha"[760], cuja vinculação é tamanha que não permite nem mesmo ao herdeiro que a ela renuncie (enquanto atribuição testamentária), sem que renuncie também a sua parte legítima.

Esta espécie testamentária apresenta evidentes benefícios, na medida em que é realizada de forma unilateral pelo testador, que não precisará dispor desde logo da propriedade de seus bens, e poderá sempre modificar a distribuição realizada, ante a revogabilidade das disposições testamentárias. O testamento-partilha ainda guarda a vantagem de não depender da anuência ou mesmo ciência dos herdeiros, evitando assim o 'custo de transação' familiar ao testador.

De outro lado, por não atribuir desde logo a propriedade aos herdeiros, não se apresenta como melhor opção para planejamentos fiscais ou que tenham por objetivo a transmissão imediata da administração dos bens, além de estar limitado à reserva hereditária dos herdeiros necessários. Neste ponto, a reforma legislativa de 2006 alterou substancialmente o regime de

---

FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 19-22.428, du 9 juin 2021. Disponível em https://www.courdecassation.fr/decision/60c0596ce168ed2fbf8f776f, acesso em 20 de outubro de 2023.

[757] FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 08-18.677, du 9 décembre 2009. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021471196, acesso em 20 de outubro de 2023.

[758] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 316.

[759] "Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second".

[760] "Il résulte des articles 1075 et 1079 du code civil que le testament-partage est un acte d'autorité par lequel le testateur entend imposer le partage. En conséquence, des testaments prévoyant des attributions présentant un caractère facultatif pour leurs bénéficiaires ne peuvent être qualifiés de testaments-partage" (FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 20-17.199, du 13 avril 2022. Disponível em https://www.courdecassation.fr/ decision/62566d413b20a89542a2c15c. Acesso em 20 de outubro de 2023.

proteção nos casos em que a partilha prejudica a reserva hereditária ou exclui um destes herdeiros. Enquanto o regime anterior impunha a nulidade a tal partilha, em nítido paternalismo aos herdeiros, o regime posterior à reforma mantém válida a partilha feita pelo testador, submetendo-a, porém, a eventual ação de redução, que poderá ou não ser exercida pelo prejudicado, a seu critério e no prazo de cinco anos (CCF, art. 1.077, 1 e 2). Abandonou o direito francês uma correção obrigatória para instituir uma correção facultativa e disponível.

O maior inconveniente, porém, é o óbice imposto pela jurisprudência francesa de se incluir na partilha testamentária bens comuns (p.e., em mancomunhão com o cônjuge)[761], mormente considerando que o Direito Sucessório francês não admite o testamento conjuntivo (CCF, art. 968), o que parece limitar sobremaneira o âmbito de aplicação do testamento-partilha.

Por ser considerado ainda hoje um ato solene, o testamento deve ser realizado por meio de uma das três formas ordinárias[762], sob pena de nulidade: a) testamento hológrafo, que deve ser manuscrito, datado e assinado pelo testador (art. 970), sem necessidade de qualquer testemunha; b) público ou autêntico, quando realizado perante dois tabeliães ou um tabelião e duas testemunhas, redigido pelo tabelião e assinado por todos (art. 971-975); ou c) místico ou secreto, quase nunca utilizado[763], que pressupõe um documento assinado pelo testador e entregue, em envelope lacrado, ao tabelião que, sem conhecer seu conteúdo, certificará seu recebimento. Em todas as formas ordinárias, os testamentos serão sempre personalíssimos, revogáveis, necessariamente escritos e somente produzirão efeitos após a morte do autor da herança.

Embora o Código Civil francês reconheça valor equivalente entre os atos escritos e eletrônicos (CCF, art. 1.365), as regulamentações dos atos eletrônicos não alteraram as disposições do Direito Sucessório, levando a crer, em princípio, que tal forma de testamento não seria admissível. Cogita a doutrina, porém, se um testamento escrito de próprio punho em um tablet ou outro suporte eletrônico que permita capturar a caligrafia do testador não poderia ser considerada como um testamento, mormente considerando que tal arquivo poderia estar plenamente de acordo com os requisitos dos contratos eletrônicos, inclusive quanto a existência

---

[761] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 656.
[762] Registre-se a existência, no direito francês, de formas especiais de testamento, como o marítimo ou militar, mas de baixa utilização social e cuja descrição é prescindível ao escopo da presente pesquisa.
[763] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 295.

de uma assinatura por certificado digital[764]. De toda sorte, trata-se de uma interpretação prospectiva, já que a regulamentação legal do testamento ainda não incorporou os atos eletrônicos.

Tratando-se de ato personalíssimo, proíbe o Código Civil francês que o testamento seja feito por outra pessoa (p.e., por procuração) ou em ato conjunto, sendo considerado nulo mesmo se realizado por pessoas casadas entre si (testamento conjuntivo). Para alguns autores, a regra se estriba no princípio da pessoalidade do testamento, enquanto outros defendem que sua real intenção é garantir a própria liberdade testamentária[765], evitando que a vontade do testador seja "captada" pela vontade ou influência do outro partícipe do ato.

Como a disposição testamentária não vincula o testador ao conteúdo do ato, poderá sempre revogar o testamento, total ou parcialmente. A revogação, porém, somente terá validade se realizada por meio de outro testamento ou por ato notarial (CCF, art. 1.035), podendo ser expresso neste sentido, ou simplesmente contendo disposição incompatível com aquela veiculada no ato anterior. Mesmo que não revogadas, haverá caducidade das disposições sobre bens alienados em vida pelo testador, ou feitas em favor de pessoa que falecer antes dele.

A liberdade sucessória assegurada ao autor da herança encontra restrição, principalmente, em dois planos: primeiro, na parcela compulsória garantida aos herdeiros necessários[766]; segundo, na proibição geral aos contratos sucessórios.

Embora a sucessão legítima se estenda até os herdeiros colaterais de sexto grau, a distância entre o autor da herança e alguns destes herdeiros muitas vezes pode não justificar a restrição à liberdade testamentária. Por essa razão, a sucessão forçada se limita à garantia dos herdeiros mais próximos, assim considerados os descendentes e o cônjuge sobrevivente. Esta "sucessão forçada", enquanto expressão da solidariedade familiar intergeracional, teria como

---

[764] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 297.

[765] "Joint wills, even between spouses, are forbidden. For many writers the reason lies in the personal character of the will and its revocability. However, the main reason is that the legislator wanted freedom of testation to prevail" (PINTENS, Walter. Testamentary Formalities in France and Belgium. In: RAID, Kenneth G. (et. al.). Comparative Succession Law: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 56).

[766] "A necessidade de proteger a família, unidade social fundamental, levou gradualmente à adoção, entre outras medidas, daquelas que estabeleciam a sucessão coercitiva, em especial contra a vontade declarada do falecido. (…) O "pano de fundo" de qualquer medida que restrinja a liberdade de disposição tomada pelo legislador em diferentes países e em diferentes épocas foi a proteção da família, independentemente do número de beneficiários, seja uma única pessoa ou toda uma categoria de herdeiros" (KONDYLI, Ioanna. La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés. Paris : L.G.D.J., 1997, p. 16)

base a proteção da família e estaria vocacionada a manter a igualdade entre os herdeiros e a evitar que fossem prejudicados por doações em favor de terceiros[767].

Com a reforma legislativa de 2006 e em clara homenagem à liberdade testamentária, que parece ter guiado a subsequente reforma de igual teor no direito suíço, os pais perderam o status de herdeiros necessários.

A extensão da herança necessária (*réserve hereditaire*) será variável de acordo com quem sejam os sujeitos vocacionados à sucessão[768]. Será composta pela metade do patrimônio do falecido, se este deixar apenas um descendente; dois terços de seu patrimônio, se se deixar dois descendentes; e três quartos se deixar três ou mais descendentes, constituindo o remanescente, em cada caso, a sua quota disponível (*quotité disponible*). Se o falecido não deixar descendentes, mas apenas o cônjuge, a herança necessária será de um quarto de seu patrimônio.

Desta sorte, tanto a parcela compulsória quanto a parte disponível da herança poderão variar entre um e três quartos do patrimônio do autor da herança. Como apenas os descendentes e o cônjuge sobrevivente são titulares de uma parcela compulsória, se forem outros os herdeiros do falecido, poderá ele dispor da integralidade de seu patrimônio, seja por meio de doações em vida ou de testamento.

A segunda restrição à liberdade testamentária diz respeito à proibição geral de contratos sucessórios[769], justificada comumente como proteção dos herdeiros contra acordos que possam acarretar-lhes graves consequências[770]. Há, também, uma justificativa de viés paternalista na proibição dos pactos sucessórios na França, estribada na preservação da própria liberdade sucessória do autor da herança. Ao reconhecer que os pactos sucessórios seriam de observância obrigatória às partes, suprimiriam do autor da herança o amplo direito à revogação das disposições *causa mortis* que lhe é garantido no regime da sucessão testamentária.

Este fundamento da proteção da liberdade sucessória foi recentemente invocado pela Corte de Cassação francesa. O caso envolvia um reconhecimento de dívida, em que o autor da herança se comprometia, de forma irrevogável, ao pagamento da dívida quando da abertura de sua sucessão, oportunidade em que o valor devido seria entregue à credora (sua segunda esposa)

---

[767] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 295.
[768] Art. 912 a 916 Code Française.
[769] "Art. 893. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament". (As liberalidades só podem ser efetuadas por doação inter vivos ou por testamento).
[770] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 294.

e deveria ser computado na parcela da herança atribuída a suas filhas do primeiro casamento. A Corte de Cassação manteve a decisão da Corte de Apelação, reconhecendo a invalidade da cláusula por violar a liberdade testamentária do autor da herança (ante sua pretensa irrevogabilidade) e ainda por constituir um pacto sucessório não permitido[771].

A decisão demonstra como ainda hoje a proibição aos contratos sucessórios encontra respaldo na jurisprudência francesa.

Em interessante reconstrução histórica sobre o princípio da proibição aos pactos sucessórios no direito francês[772], Yann Favier, membro do Instituto de Direito Comparado Edouard Lambert Université Lyon 3, reconhece sua origem no direito romano, que os proibia tanto por razões morais (*votum mortis*) quanto por proteção à família.

No período anterior à revolução francesa (*ancien régime*), os pactos sucessórios eram amplamente admitidos, justamente para permitir a perpetuação do modelo social desigual e hierárquico, concentrando o patrimônio no primogênito masculino e conservando a riqueza e o poder da família por meio da indivisão do patrimônio. Por sua vez, os revolucionários, avessos ao antigo regime e aos instrumentos de sua reprodução, guiados por um "igualitarismo desenfreado e um culto à lei comum" deram azo ao reestabelecimento da proibição geral aos pactos sucessórios, que repercute até hoje no Código Civil e na jurisprudência francesa[773].

Ante o interdito aos contratos, outras técnicas permitiram contornar a proibição e, de algum modo, instrumentalizar a liberdade sucessória, como o seguro de vida e, própria do direito francês, a figura da *tontine*[774]. A cláusula de *tontine* é uma disposição contratual típica de contratos de compra e venda em que o bem é adquirido em condomínio. Por meio dela, os

---

[771] FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 02-13.395, du 04 octobre 2005. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052555. Acesso em 20 de outubro de 2023.

[772] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008, p. 29-37.

[773] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008, p. 30.

[774] "The tontine agreement is a special mode of acquisition of property which depends upon the contract of sale. When immovable property is situated in France it is possible to acquire ownership in the form of a tontine or an accretion clause (clause d'accroisement) because French law recognises the validity of such a stipulation. The mechanism is as follows. Two or more people together acquire property, generally immovable property, and agree that the acquisition is made for the survivor of them. He is considered to have been the sole owner of the property from the date of the purchase, the predeceasing persons supposedly never having had any rights of ownership over the acquired property. Such an agreement does not constitute a gift but a contract with an element of chance for valuable consideration" (REVILLARD, Marie. France. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 172).

compradores estabelecem que a propriedade será integralmente adquirida (revertida) pelo sobrevivente. Assim, podem os cônjuges adquirir conjuntamente a propriedade de um imóvel e, pela *tontine*, estabelecer que o imóvel pertencerá integralmente ao cônjuge que sobreviver ao outro, de modo que, com a morte, a fração ideal titularizada pelo cônjuge falecido é imediatamente incorporada ao patrimônio do cônjuge sobrevivente. Por decorrer do próprio contrato e não constituir doação, o imóvel não será inventariado, tampouco objeto de colação pelo sobrevivente.

Segundo o autor, da revolução aos dias de hoje a proibição geral aos pactos sucessórios vem sendo mitigada por diversas exceções legalmente autorizadas, e há muito cresce a pressão social para que o legislador passe a permitir os contratos sucessórios.

Os anseios sociais por essa permissão podem ser visualizados tanto pela perspectiva dos profissionais, sobretudo do notariado francês, que desde o Congresso de Notários de 1975 pleiteia formalmente a mudança legislativa, como pelo empresariado, estribado em dados estatísticos que demonstram a dificuldade de sobrevivência das empresas familiares quando da sucessão de seus sócios. Favier destaca que "mais de 7.000 empresas desaparecem na França após a morte do empresário. Estima-se que 450.000 empresas terão de ser transmitidas nos próximos dez anos"[775].

A reforma legislativa de 2006, embora não tenha revogado a interdição geral aos pactos sucessórios, passou a sufragar diversos espaços de liberdade no direito sucessório, permitindo que "os herdeiros e a pessoa a quem eles devem herdar concordem com as condições para a transferência de ativos e, se necessário, renunciem a determinadas regras relacionadas à parte reservada de um patrimônio"[776].

Em que pese à primeira vista a enunciação de Favier possa levar à conclusão de uma admissão pelo direito francês na extensão dos pactos germânicos, a reforma em verdade teve extensão bem mais restrita, e as duas principais autorizações dizem respeito à admissão da renúncia antecipada ao direito de redução de uma doação inoficiosa e a permissão ampla a substituição fideicomissária.

---

[775] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008, p. 31-33.

[776] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008, p. 33-35.

A renúncia antecipada ao direito de redução de uma liberalidade inoficiosa é, potencialmente, o mais relevante ponto da reforma. Estruturalmente, o artigo 929[777] do Código Civil dos franceses, passou a admitir que "qualquer herdeiro presumivelmente reservatário pode renunciar ao direito de ajuizar uma ação de redução em uma sucessão ainda não aberta". Essa renúncia necessariamente deve ser realizada com a concordância do autor da herança, e pode ter por objeto a integralidade da parcela reservada do renunciante ou apenas parte dela, ou mesmo se restringir a um bem ou a um donatário determinado.

Desta sorte, a reforma de 2006 não revoga ou reduz a parcela compulsória dos herdeiros necessários, que se mantém hígida. Acaso o autor da herança realize uma doação em vida ou atribuição testamentária que infrinja a legítima dos herdeiros necessários, a atribuição continuará sendo inválida na parte inoficiosa, porém, passa a ser permitido ao herdeiro supostamente prejudicado que, durante a vida do autor da herança, voluntariamente renuncie ao direito de pleitear a redução judicial desta atribuição. Noutras palavras, concordando o herdeiro com determinada disposição, mesmo que prejudicial a si, poderá renunciar desde logo ao direito de reduzir esta disposição, garantindo assim que, embora inválida, produzirá todos os efeitos pretendidos.

Como requisito subjetivo, ela deve ser realizada em favor de uma ou mais pessoas determinadas (os beneficiários da liberalidade), não sendo admitida a renúncia de forma genérica. Assim, um herdeiro necessário poderá renunciar ao direito de ajuizar uma ação de redução face a doações ou disposições testamentárias realizadas em favor de seus irmãos, de sua genitora, ou mesmo de terceiros, desde que sejam sempre especificados. Objetivamente, dada a relevância do objeto da renúncia, o Código Civil dos franceses exige que esta renúncia seja realizada por escritura pública, perante dois tabeliões, e será assinada separadamente por cada renunciante (CCF, art. 930).

Pascal Saint-Amand adverte que a renúncia antecipada deverá ser necessariamente gratuita, sendo proibida a estipulação de condições ou contraprestações em favor do renunciante, o que reduz substancialmente o âmbito de aplicação da regra, já que ordinariamente não trará benefício ao renunciante. Nada impede, porém, que o autor da herança realize uma disposição em favor do renunciante por ato autônomo, desvinculado da renúncia, e cujo inadimplemento ou revogação em nada a afetará. Como a restrição da contraprestação é

---

[777] "Art. 929. Qualquer herdeiro presumivelmente reservatário pode renunciar ao direito de ajuizar uma ação de redução em uma sucessão ainda não aberta. A renúncia deve ser feita a favor de uma ou mais pessoas determinadas. A renúncia só vincula o herdeiro renunciante a partir da data em que é aceite pela pessoa que tem direito à herança".

restrita à renúncia, parte da doutrina sustenta que seria possível ao testador condicionar uma doação à realização da renúncia, que permaneceria gratuita e, ela própria, incondicionada[778].

Funcionalmente, a possibilidade de renúncia antecipada a ação de redução autoriza diversos arranjos patrimoniais ao planejamento sucessório[779], e, acaso realizada por todos os herdeiros necessários e em relação à totalidade de suas quotas reservadas, atribuirá ao testador liberdade plena na atribuição *causa mortis* de seu patrimônio. À guisa de exemplo, se todos os filhos renunciassem antecipadamente a ação de redução, o testador poderia deixar a integralidade de seu patrimônio ao seu cônjuge e, mesmo que tal disposição viole manifestamente a legítima, será integralmente cumprida e não poderá ser contestada por qualquer dos filhos, já que renunciaram ao direito de vê-la reduzida. Ou, acaso os filhos concordassem que a integralidade de uma fazenda, ou das quotas de uma sociedade empresária fossem destinadas a um único herdeiro, bastaria renunciarem ao direito de reduzir esta disposição quando da abertura da sucessão.

É de se destacar, em visão comparatista, como a alternativa francesa potencialmente atinge os mesmos objetivos da renúncia antecipada admitida na Alemanha e na Suíça, sem, no entanto, atrair a dificuldade sistemática de precisar se a renúncia teria por objeto eventual direito à herança de pessoa viva ou mesmo uma atribuição sucessória. A escolha francesa pela renúncia ao direito de redução parece sistematicamente mais simples, ainda que implique renúncia à direito eventual, já que o autor da herança poderá ou não realizar disposições que efetivamente atinjam a parte reservada do renunciante.

Como salvaguarda ao renunciante, são resguardadas três hipóteses de revogação da renúncia, notadamente (i) se o autor da herança não cumprir suas obrigações alimentares face ao renunciante; (ii) se se na data da abertura da sucessão, o renunciante se encontrar em uma situação de necessidade que poderia ser suprida caso não tivesse renunciado; e (iii) o beneficiário pela renúncia for culpado por crime contra o renunciante (CCF, art. 930-3), e em qualquer hipótese deve ser pleiteada no prazo de um ano a partir da abertura da sucessão.

---

[778] SAINT-AMAND, Pascal Julien. La réforme des successions et des libéralités – aspects civil et fiscaux. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successorauxs en Droit Comparé et en Droit Internaional Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène: Librairie Droz, 2008, p. 41.

[779] "While in its major succession law reform of 2006 France confirmed the prohibition, it also allowed a renunciation of the right to recover legacies in violation of the compulsory portion, a change which opens up wide possibilities for succession planning" (PINTENS, Walter. Testamentary Formalities in France and Belgium. In: RAID, Kenneth G. (et. al.). Comparative Succession Law: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 52).

Seguindo o objetivo de ampliar os espaços de liberdade sucessória, a reforma de 2006 também ampliou as hipóteses de substituição fideicomissária.

Enquanto a redação original[780] proibia as substituições de forma geral[781], a nova redação do artigo 896 foi menos restritiva, admitindo expressamente exceções ao enunciar que "uma disposição pela qual uma pessoa é encarregada de conservar e devolver a um terceiro só produz efeitos se for autorizada por lei". Em que pese a nova redação pareça excepcionar a admissão das substituições, a reforma consagrou a possibilidade de forma ampla no artigo 1.048 do Código Civil, permitindo que "uma liberalidade pode estar sujeita a uma obrigação por parte do donatário ou legatário de conservar os bens ou direitos objeto da doação e de os transmitir, por morte, a um segundo beneficiário designado na escritura".

Acaso o primeiro beneficiário seja um herdeiro necessário, somente poderão ser gravados com fideicomisso os bens que lhe forem atribuídos a partir da parte disponível do autor da herança, em proteção à parcela compulsória[782].

Subjetivamente, a substituição não está restrita aos herdeiros, podendo ser realizada em favor de quaisquer pessoas, sendo admitida, porém, uma única substituição (CCF, art. 1.053). A amplitude da permissão, somada ao fato de modificar uma das mais antigas restrições do direito sucessório francês, suscita cautela na doutrina, que desde já adverte ser "muito cedo para saber como ela será recebida na prática"[783].

Mesmo diante das atenuações realizadas pela reforma de 2006, é certo que o direito francês mantém o princípio da proibição dos pactos sucessórios, como fica claro pela manutenção da redação do artigo 892, restringindo as liberalidades às doações entre vivos e aos

---

[780] "Art. 896. São proibidas as substituições. É nula, mesmo em relação ao donatário, ao herdeiro instituído ou ao legatário, qualquer disposição pela qual o donatário, o herdeiro instituído ou o legatário seja encarregado de conservar e devolver a um terceiro" (redação vigente entre 1.849 e 01 de janeiro de 2007).

[781] "A substitution is a method of disposal whereby the settlor imposes on the donee a duty to preserve the property which he has given or left him so as to be able to hand it over to a designated third party (l'appele). In principle, substitutions are forbidden (art 896, para 2) and made void.' Exceptionally, they are allowed (arts 1048 et seg) if the seulor names as primary donees his children or his brothers and sisters and the substitution is to be made in favour of the donee's existing or future children as a class. When the donee is the child of the settlor only the quotté disponible can be subject to the substitution. (REVILLARD, Marie. France. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 171).

[782] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008, p. 34.

[783] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 381.

testamentos, ou do art. 722[784], que estatui a ineficácia dos contratos sucessórios. A proibição, embora geral, não é absoluta, admitindo exceções expressamente consagradas pela lei, dentre as quais a doação partilha, realizada em vida pelo autor da herança (*donation-partage*)[785] e a instituição contratual (*institution contractuelle*)[786]. Para o escopo da presente tese, interessa fundamentalmente a primeira.

A *donation-partage* é o equivalente do direito francês a partilha em vida. É negócio jurídico pelo qual o autor da herança, ainda em vida, contrata com seus herdeiros a distribuição e transmissão de seu patrimônio entre seus herdeiros presuntivos. Embora historicamente estivesse restrito aos contratos envolvendo a herança de ascendentes em favor de seus descendentes, a partir da reforma de 2006 pode ser realizada por qualquer pessoa, desde que em relação aos seus herdeiros presuntivos[787]. E vai além, ao permitir a transmissão de bens diretamente para uma terceira geração, ou seja, diretamente de um avô para um neto, que substituirá ao pai na distribuição da herança[788]. Trata-se, a princípio, de uma autorização legal para que os sujeitos da sucessão possam alterar a posição jurídica de herdeiros, realizando verdadeira sucessão transgeracional.

As vantagens são evidentes: antecipa a partilha sucessória por uma transação consensual, evitando litígios posteriores que além de fomentar desavenças entre os herdeiros, dilapida o patrimônio familiar; facilita a aposentadoria do doador, que ao atribuir os bens desde logo aos herdeiros, fica dispensado dos conhecidos fardos da administração de qualquer patrimônio; permite a alocação mais eficiente dos bens, podendo atribuir maior parte do patrimônio a um herdeiro economicamente mais vulnerável, ou a integralidade da atividade comercial ou agrícola aos herdeiros que dela participem[789].

---

[784] "Art. 722. Os acordos que tenham por objeto criar ou renunciar a direitos sobre a totalidade ou parte de uma herança ainda não aberta ou sobre bens dela dependentes só são eficazes nos casos em que sejam autorizados por lei".

[785] Artigos 1.075 a 1.078-10 do Código Civil

[786] Artigos 1.081 e seguintes do Código Civil.

[787] "Art. 1.075. Qualquer pessoa pode distribuir e dividir os seus bens e direitos entre os seus herdeiros presumidos. Esta partilha pode assumir a forma de uma doação-partilha ou de um testamento-partilha. Está sujeita às formalidades, condições e regras prescritas para as doações *inter vivos*, no primeiro caso, e para os testamentos, no segundo".

[788] "Art. 1.078-4. Quando o ascendente faz uma doação partilhada, os seus filhos podem consentir que os seus próprios descendentes sejam atribuídos em seu lugar, no todo ou em parte. Os descendentes de grau subsequente poderão, na partilha antecipada, ser atribuídos separadamente ou conjuntamente entre si".

[789] "Essa forma de doação compartilhada faz com que doadores e donatários entrem em contato uns com os outros, o que geralmente é um fator calmante em acordos de herança, razão pela qual as distribuições por ascendentes são tradicionalmente aceitas. Além disso, isso facilita a aposentadoria dos ascendentes e a aquisição antecipada de seus ativos por seus herdeiros, revitalizando assim seus negócios se o beneficiário não for muito idoso. Mas há também a questão demográfica: a França e seus empresários estão envelhecendo, e é por isso que a lei de 2006 introduziu a doação compartilhada transgeracional, que mostra ainda mais claramente do que a doação

Em que pese seja um negócio jurídico tipicamente sucessório, e que tem por escopo antecipar a partilha que ocorreria quando da abertura da sucessão, desde a reforma de 1971 não exige a participação de todos os herdeiros necessários, bastando a participação de ao menos dois (a participação de apenas um herdeiro desconfiguraria o instituto, tornando-o verdadeira doação).

Assim, se um ou alguns dos herdeiros não aceitar a partilha proposta, poderá o autor da herança firmá-la com os demais, desde que respeitada a legítima dos declinantes, sob pena de redução. O grande inconveniente desta partilha 'parcial' é a não vinculação do valor dos bens doados à data da liberalidade, deixando aberta tanto a possibilidade de variação do valor dos bens quanto de impugnação pelos demais herdeiros.

Primordialmente vocacionada a partilha entre os herdeiros necessários, nada obsta que participem do ato outras pessoas, estranhas a família, que o doador tenha a intenção de beneficiar. Assim, poderá distribuir, no mesmo ato, os bens ou parcela da herança que atribuiria por testamento a um terceiro, antecipando não só a sucessão legítima como também a testamentária, ainda que com o inconveniente de ter estas disposições submetidas ao regime das doações, e não ao dos testamentos, notoriamente mais favoráveis ao autor da herança em razão de sua revogabilidade intrínseca.

Da mesma sorte, pode ser realizada de forma conjunta por cônjuges (doadores) e seus herdeiros, faculdade que em certa medida pode suprir a proibição aos testamentos conjuntivos, permitindo ainda que os instituidores reservem usufruto ou estabeleçam uma renda vitalícia em favor do cônjuge sobrevivente.

Quanto a sua natureza jurídica, é negócio que mescla a divisão do patrimônio (partilha) com a atribuição patrimonial singular (doação), e nesta medida constitui negócio jurídico *sui generis*. É neste sentido que se posiciona a doutrina francesa[790], tendo por fonte a lição clássica dos irmãos Mazeaud:

> "Uma doação-partilha é uma divisão da propriedade incluída na escritura; sem dúvida, não é, durante a vida do ascendente, uma verdadeira divisão da herança, uma vez que uma sucessão não se abre até a morte; mas constitui, a partir do momento em que a

---

compartilhada comum que é uma doação quando beneficia beneficiários que não são herdeiros presumidos" (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 631).

[790] "A partilha por liberalidade é, portanto, um instituto complexo que concentra em um único ato os efeitos das liberalidades, da devolução, da transmissão e da partilha das sucessões (arts. 1075 à 1080)". No original: "La libéralité-partage est donc une institution complexe qui concentre en un acte unique les effets des libéralités, de la dévolution, de la transmission et du partage des successions (art. 1075 à 1080)" (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 625).

> escritura é concluída, por exceção ao princípio da proibição de acordos sobre sucessão futura, a divisão de uma massa patrimonial que, com a morte, se tornará automaticamente a divisão de uma sucessão *ab intestato.* (...) No entanto, como a partilha é efetuada somente por meio de uma doação ou de um testamento, ela assume, até certo ponto, a natureza jurídica do ato que serve como seu suporte. Isso se aplica às atribuições testamentárias, mas ainda mais às doações-partilha, já que, durante a vida do doador, os coparticipantes são, em relação ao doador, verdadeiros donatários. A partilha por um ascendente, especialmente a partilha em vida, é, portanto, de natureza mista: é essencialmente uma divisão, embora em certos aspectos pareça ser uma doação"[791].

A despeito de sua natureza mista, a própria codificação determina que a tais contratos seja aplicado o regramento dos contratos de doação (CCF, art. 1.075), mas apenas no que diz respeito "à imputação, ao cálculo da reserva e à redução" (CCF, art. 1077-2), de sorte que os bens recebidos por um herdeiro na partilha em vida se submetem à colação, já que considerados como adiantamento de legítima (CCF, art. 1.077) e a eventual redução, acaso seu valor ultrapasse a parte disponível do autor da herança.

Desta sorte, acaso algum dos herdeiros necessários não seja contemplado pela partilha em vida, ou o seja com patrimônio inferior à sua parte legítima, deverá ser compensado com os bens que não foram contemplados na partilha em vida e, sendo estes insuficientes, poderá ajuizar ação de redução contra os beneficiados[792].

Tal regramento evidencia, de um lado, que a reserva hereditária é garantida em valor, não em espécie, e de outro, que eventual violação da parte legítima ou mesmo não inclusão de um herdeiro necessário não implica nulidade da partilha, mas autoriza apenas uma ação de redução por parte do prejudicado, observado o prazo prescricional de cinco anos a partir da abertura da sucessão.

Eis, aqui, o ponto em que a reforma de 2006 tenha dado o maior contributo à liberdade sucessória dos sujeitos da sucessão. Admitida a renúncia antecipada à ação de redução, sua inclusão na partilha em vida permitirá aos seus signatários derrotar a maior parte das restrições legais, admitindo tanto a atribuição desigual de quinhões como eventual exclusão de um dos herdeiros necessários da partilha sucessória, conferindo aos sujeitos uma liberdade quase absoluta para traçar os contornos da sucessão, sem se submeter ao risco de eventual questionamento judicial futuro. Nesta linha, a renúncia antecipada à ação de redução acaba por

---

[791] MAZEAUD, Henri et Léon (et. al). *Leçons de Droit Civil*. Tome IV: Successions - Libéralités. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 931.

[792] "Art. 1.077-1. Um descendente que não tenha sido contemplado na partilha ou que tenha recebido um lote inferior à sua quota-parte da reserva pode intentar uma ação de redução se, na abertura da sucessão, não existirem bens não incluídos na partilha suficientes para constituir ou completar a sua reserva, tendo em conta as doações que eventualmente tenha recebido".

conferir às partilhas por liberalidade (seja por doação ou testamento) espectro de liberdade muito próximo ao conferido pelos contratos sucessórios do direito alemão e suíço, mas em um país que ainda se mantém fiel ao princípio da proibição da sucessão contratual.

A natureza mista, composta por negócio de partilha e de doação, e sobretudo a determinação de aplicação do regime jurídico das doações, retira da partilha em vida francesa a possibilidade de os subscritores estabelecerem que a transmissão da propriedade se dará apenas com a morte do doador. Tal disposição tornaria o ato uma doação *causa mortis,* vedada pelo artigo 893[793] do Código Civil dos franceses, de modo que a partilha em vida terá sempre o efeito de transmitir imediatamente a propriedade dos bens aos herdeiros-donatários.

Quanto ao objeto, a doação-partilha pode versar sobre a integralidade do patrimônio do autor da herança, ou apenas parte deles, e neste caso, quando do falecimento do disponente, os bens que não foram objeto da partilha e aqueles que tiver adquirido após a celebração do contrato serão sobrepartilhados de acordo com as regras da sucessão legítima.

O fundamental é que tenha por objeto apenas bens presentes, que estejam no patrimônio do autor da herança no momento de sua pactuação (CCF, art. 1.076). Esta disposição é essencial para a compreensão da natureza da partilha em vida. Como efetiva antecipação de algo que aconteceria com a morte, é natural que suas disposições tenham por objeto o que seria a herança caso a abertura da sucessão se desse na mesma data, ainda que parcialmente. A admissão de bens futuros permitiria mais do que a só partilha, mas a efetiva pactuação de contrato sucessório em sentido amplo, apto a modificar as regras legais sobre sucessão futura, o que não é admitido no sistema francês.

Em relação à forma, deverá ser realizada perante notário (CCF, art. 931), e poderá ser entabulada em um mesmo negócio jurídico, plurilateral, ou em vários negócios bilaterais, desde que, em todos, o autor da herança seja um dos contratantes[794]. Noutras palavras, admite não só contratação conjunta, com a participação de todos os herdeiros em um mesmo instrumento (de modo que todos conhecerão desde logo o conteúdo das disposições em favor dos demais), como também a realização por meio de instrumentos autônomos, apenas entre o testador e cada um dos herdeiros, de modo que a princípio cada um conheça apenas as disposições que digam respeito a si mesmos.

---

[793] "Art. 893. (...). As doações só poderão ser feitas por doação entre vivos ou por testamento".
[794] "Art. 1.076. As doações-partilha podem ser efetuadas por atos separados, desde que o disponente intervenha em ambos os atos".

Se de um lado o sigilo possa ser uma vantagem da partilha-doação realizada em instrumentos autônomos, de outro a realização de negócio plurilateral pode contribuir substancialmente para evitar litígios futuros, sobretudo em razão da participação de cada herdeiro implicar sua expressa anuência com todos os termos do negócio, inclusive com as atribuições realizadas aos demais herdeiros. O valor de cada quinhão é exemplo de questão que pode ser superada pela participação de todos os herdeiros.

A teor do artigo 1.078[795] do Código Civil dos franceses, na partilha em vida os bens doados serão valorados no dia da liberalidade, e não da data da abertura da sucessão, como ocorre para as doações colacionáveis (CCF, art. 922). Além da vantajosa certeza quanto ao valor dos quinhões, o dispositivo legal ainda atribui a tal regra o caráter supletivo, admitindo "acordo em contrário". Nesta senda, tratando-se de negócio jurídico plurilateral em que participaram todos os herdeiros, a subscrição por cada herdeiro representará também sua anuência ao valor atribuído naquele instrumento ao seu quinhão e ao quinhão hereditário de cada um dos demais[796], ceifando a possiblidade de discussões futuras quanto ao valor do quinhão atribuído[797] e, consequentemente, de eventual pretensão de redução.

Há, em relação à partilha-testamento, duas principais diferenças. Enquanto a partilha-testamento é ato unilateral do autor da herança, dispensando qualquer participação dos herdeiros que a ela se submeterão, e somente transmitirá a propriedade dos bens após a abertura da sucessão, a doação-partilha depende da aceitação dos herdeiros e transmite desde logo a propriedade do acervo patrimonial doado[798], ainda que seja permitido ao doador reservar para si o usufruto vitalício sobre todos os bens.

Face a sua natureza contratual a *donation-partage* não admite revogação, ressalvadas as hipóteses que autorizam a revogação da doação (CCF, art. 953), notadamente: (i) o

---

[795] "Art. 1.078. Sem prejuízo das regras aplicáveis às doações *inter vivos*, salvo convenção em contrário, os bens doados serão avaliados à data da doação-partilhada para efeitos de compensação e cálculo da reserva, desde que todos os herdeiros sujeitos à reserva, vivos ou representados no momento da morte do ascendente, tenham recebido uma parte da partilha antecipada e a tenham aceite expressamente, e que não tenha sido previsto um usufruto de reserva relativo a um montante em dinheiro".

[796] "Art. 1.078-8. Se todos os filhos do ascendente doador tiverem dado o seu consentimento para a partilha antecipada e não tiver sido prevista a reserva de usufruto relativamente a uma quantia em dinheiro, os bens que foram atribuídos aos beneficiários são avaliados de acordo com a regra estabelecida no artigo 1078".

[797] Esta constatação é corroborada pelo artigo 1.075-3 do Código Civil, que proíbe o questionamento da partilha em vida por lesão, restringindo assim a impugnação à hipótese de violação da quota reservada.

[798] "A doação-partilha é, de longe, a mais praticada, pois combina as vantagens de uma distribuição consensual da herança, que substitui a que os herdeiros teriam feito após a morte do doador, com as de uma transmissão antecipada a eles (ou a seus próprios descendentes no caso de uma doação-partilha transgeracional) de pelo menos parte da herança. Essa é, inclusive, uma das formas mais comuns de alienação gratuita de propriedade" (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 626).

descumprimento de alguma das condições impostas; (ii) ingratidão e, apenas nas hipóteses em que a partilha não é realizada de ascendentes para descendentes, também (iii) pelo nascimento de um filho[799], desde que expressamente previsto no negócio de partilha. Paralelamente à revogação, o regime dos contratos de doação permite também a estipulação de cláusula de reversão se qualquer dos donatários falecer antes do doador.

Na mesma linha, a partilha em vida se submete às mesmas hipóteses de invalidade das doações (vícios de consentimento, incapacidade, vícios de forma, disposição de bem a *non domino*), com prazo prescricional de cinco anos.

Encerra as exceções à proibição aos contratos sucessórios a instituição contratual[800]. Trata-se, em síntese, de liberalidade *causa mortis* excepcionalmente admitida em razão de um casamento. Subjetivamente, pode ser realizada por um dos cônjuges ou mesmo por terceiro, desde que tenha por beneficiário um dos cônjuges (presente ou futuros, no caso de noivos) ou os filhos que eventualmente advenham deste casamento. Quanto ao objeto, pode envolver tanto bens presentes como futuros, em mais uma exceção ao regime geral das doações.

Quando pactuada em contrato matrimonial, a despeito de possuir o caráter *causa mortis*, a doação será irrevogável e o doador não mais poderá dispor dos bens objeto da doação a título gratuito. De outro lado, se pactuada durante o casamento, ainda que sejam estabelecidas em contrato, serão sempre revogáveis, assemelhando-se mais a um testamento do que a uma doação. Uma vez aberta a sucessão, tal liberalidade se submeterá ao regime jurídico dos legados[801].

2.5.1. Análise comparativa

A revisão do direito sucessório francês, ainda que na restrita extensão em razão do objetivo da presente pesquisa, permite constatar desde logo o menor número de espaços de liberdade quando comparada aos sistemas germânicos (alemão e suíço), o que se justifica por suas raízes romanas.

---

[799] Nas doações-partilha realizadas antes do nascimento de um filho (portanto, nas quais não houve a intenção do doador de excluir tal herdeiro), a ele será garantido o direito de redução das disposições, não só para reaver a sua quota reservada, mas também a parcela da disponível que lhe caberia, conforme se extrai da segunda parte do artigo 1.077.

[800] CCF, art. 1.082 e seguintes.

[801] ANGEL-LIOGER, Zoé; CALÒ, Emanuele. Les Successions en droit compare. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiene, 2016, p. 201.

Ainda assim, é possível constatar que as reformar legislativas de 2001 e de 2006 incorporaram ao sistema sucessórios francês instrumentos que permitem aos sujeitos da sucessão a arquitetura de novos arranjos sucessórios, mais próximos aos interesses privados do que ao regime da sucessão intestada, como são exemplo a ampliação da substituição fideicomissária e a admissão da renúncia antecipada ao direito de redução, ainda não permitidos no direito sucessório brasileiro.

São várias as semelhanças com o direito brasileiro, desde a identidade quanto às fontes e princípios do direito sucessório, como também seus fundamentos e as críticas a eles.

Tal como no ocorre no Brasil, no direito francês o direito sucessório encontra fundamento de validade na proteção da família, é igualmente comum a crítica quanto a necessidade de revisão deste fundamento, sobretudo a partir dos dados empíricos, que revelam, de um lado, que no momento da transmissão da herança a idade média dos herdeiros é de 52 anos, portanto, em um momento da vida que já conquistou sua autonomia profissional e independência econômica, desafiando assim a validade do fundamento protetivo. De outro lado, o elevando número de empresas que não sobrevive à sucessão familiar e o clamor por um regime mais flexível levam a comunidade científica a pleitear maiores espaços de liberdade, fenômeno que também ocorre no Brasil.

A despeito de uma estrutura geral muito semelhante, o direito sucessório brasileiro e francês guardam relevantes diferenças entre si, a iniciar pela ausência de fonte constitucional no direito francês, tornando todo o regramento sujeito à alteração legislativa ordinária.

No âmbito da sucessão legítima, ambos reconhecem como herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes e mesmo os parentes colaterais, além do cônjuge. Porém, a ordem de vocação é diversa, em razão da adoção, pelo direito brasileiro, do sistema de parentesco. No sistema francês, herdeiro fiel do Direito Justinianeu, a ordem de vocação se dá pelos descendentes, depois pelos ascendentes e colaterais qualificados (pais e irmãos), seguidos pelos demais ascendentes e, por fim, pelos colaterais até o sexto grau. A distinção revela preferência não por uma classe, aprioristicamente, mas pela presuntiva proximidade do herdeiro com o autor da herança.

Parece razoável supor que um jovem seja mais próximo de seu irmão do que de seus bisavôs, porém, no direito brasileiro estes podem afastar o chamamento do irmão, ao passo que no direito francês será o irmão que impedirá o chamamento dos bisavôs.

Em ambos os sistemas o cônjuge ostenta a condição de herdeiro necessário, concorrendo com os herdeiros de primeira e de segunda classe, cumprindo destacar que no direito francês a união estável não atribui direito sucessório equivalente ao do casamento.

A sucessão do cônjuge apresenta, prospectivamente, interessante distinção entre os caminhos que estão sendo trilhados pelos sistemas. Enquanto na França as últimas reformas foram realizadas para melhorar a condição sucessória do cônjuge, o que encontra respaldo também na doutrina, no Brasil o que se verifica é um movimento doutrinário em sentido oposto, visando reduzir ou ao menos flexibilizar os direitos sucessórios daquele que já foi chamado, inclusive, de "super cônjuge"[802].

O vetor doutrinário oposto talvez se justifique pela distinção quantitativa da herança atribuída ao cônjuge e no modo de garantia do direito real de habitação. Enquanto do direito brasileiro o cônjuge, na concorrência com os descendentes, receberá a mesma quota que couber a cada descendente, no direito francês receberá apenas um quarto da herança, independentemente do número de descendentes. Como a média de filhos hoje, tanto no Brasil quanto na França[803], é de menos de dois filhos por casal, a regra francesa se mostra substancialmente mais favorável aos herdeiros que ao cônjuge.

Na mesma linha, embora ambos os sistemas garantam o direito de habitação ao cônjuge, o direito brasileiro lhe atribui tal direito em acréscimo ao direito hereditário, ao passo que o direito francês subtrai o valor de tal direito do quinhão hereditário que caberá ao cônjuge. Há, ainda, dois interessantes espaços de liberdade no direito francês em relação ao cônjuge, que não encontra similitude no direito brasileiro: o primeiro é a possibilidade do testador, de forma discricionária, determinar a exclusão do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. O segundo, e inverso, é a possibilidade de o testador determinar o pagamento da quota hereditária do cônjuge com o usufruto sobre a totalidade dos bens da herança.

Esta faculdade, restrita às hipóteses em que todos os descendentes são comuns, permite de um lado garantir a manutenção do cônjuge sobrevivente, e de outro evitar o reiterado fracionamento do patrimônio familiar, primeiro na sucessão de um dos cônjuges, e mais uma vez na subsequente sucessão do outro, além de evitar que o patrimônio familiar acabe com terceiros na hoje comum hipótese de constituição de nova conjugalidade pelo sobrevivente.

Relativamente aos demais espaços de liberdade na sucessão legítima, ambos os sistemas permitem aos herdeiros a aceitação ou renúncia da herança, independentemente do modo de sua atribuição, embora o direito francês o faça com duas peculiaridades: a

---

[802] FRANK, Felipe. Exclusão da concorrência sucessória em pacto antenupcial. In: XIII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 29 de outubro de 2021.

[803] Em 2021, a taxa de fecundidade na França foi de 1,84 filhos por mulher. Fonte: RFI. Queda de natalidade e esperança de vida: as consequências da Covid-19 à demografia na França. RFI Online, Paris, 19/01/2021, disponível em https://www.rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20210119-queda-de-natalidade-e-esperan%C3%A7a-de-vida-as-consequ %C3%AAncias-da-covid-19-%C3%A0-demografia-na-fran%C3%A7a, acesso em 22/10/2023.

possibilidade de aceitação limitada às forças da herança, justificada pela transmissão irrestrita das obrigações do falecido no caso da aceitação simples; e a possibilidade de revogação da renúncia, desde que realizada antes da aceitação pelos demais herdeiros.

No campo da liberdade testamentária, o autor da herança dispõe das mesmas formas pelas quais podem instrumentalizar suas últimas disposições, e em ambos os países é reduzida a parcela da população que efetivamente testa. Há também identidade quanto às características do testamento, notadamente por sua solenidade, natureza personalíssima, permanente revogabilidade, bem assim pela proibição aos testamentos conjuntivos.

Para além das disposições patrimoniais ordinárias, como a instituição de herdeiro e a atribuição de legado, o direito francês também admite que o testador realize a partilha do acervo hereditário entre seus herdeiros, de forma unilateral e impositiva[804]. A não contemplação de algum herdeiro necessário ou a atribuição de bens com valor inferior à parcela reservada a qualquer deles não implicará a invalidade do ato, mas apenas a redução das disposições, em nítida preferência à liberdade testamentária face a proteção dos herdeiros.

Tal escolha legislativa, tal como no direito alemão e suíço, revela não só que a parcela compulsória no direito francês é uma garantia em valor, e não em espécie, como também que o sistema adotado evita um desnecessário paternalismo ao herdeiro ao manter hígida a disposição testamentária que exclui um herdeiro, atribuindo a ele o direito potestativo de reduzir as disposições, que pode ou não ser exercido pelo prejudicado.

É neste ponto que emerge a maior distinção entre os sistemas no que diz respeito à liberdade sucessória, notadamente a possibilidade de renúncia antecipara ao direito de redução das liberalidades inoficiosas, introduzido pela reforma de 2006. Ao contrário do direito alemão e suíço que admitem a renúncia antecipada a própria herança (ou à atribuição sucessória), o direito francês adotou solução que parece mais simples, notadamente a da renúncia ao direito de pleitear a redução das liberalidades inoficiosas. Esta renúncia pode ser ampla, contemplando toda a parcela reservada do renunciante, como parcial, contemplando apenas um bem, ou apenas liberalidades realizadas em favor de determinada pessoa. Não admite, porém, que seja vinculada a uma contraprestação, sendo, portanto, sempre um ato gratuito.

Tal faculdade permite aos sujeitos da sucessão estrutura-la de forma quase absoluta, vez que potencialmente pode retirar o maior entrava à liberdade testamentária, notadamente a garantia da reserva dos herdeiros necessários. Embora não exista figura similar no direito

---

[804] Em que pese a frutífera potencialidade da partilha testamentária, ela acaba sendo de rara utilização na França em razão da impossibilidade de nela incluir bens comuns, como aqueles titularizados pelo testador e seu cônjuge.

brasileiro, a comparação permite pensar se em determinadas situações em que as liberalidades forem realizadas em vida não poderiam os herdeiros renunciar a pretensão de redução.

Novamente revelando a proximidade entre os sistemas, ambos apresentam como principal restrição a liberdade testamentária a garantia da parcela compulsória e a proibição a contratos sucessórios, ainda que com gradações diversas.

Subjetivamente, na França apenas têm direito à parcela compulsória os descendentes e o cônjuge, espectro substancialmente menor que o do direito brasileiro, em que são herdeiros necessários também os ascendentes, sem limitação de grau. Quantitativamente, enquanto no direito brasileiro a parcela compulsória é imutável, fixa em 50% do acervo hereditário, no direito francês é flexível e varia entre 25%, na hipótese de o cônjuge ser o único herdeiro necessário, 50% caso o autor da herança deixe apenas um descendente, dois terços da herança caso deixe dois descendentes, e, na maior extensão, 75% quando três ou mais descendentes. Dada a média de quase dois filhos por mulher, a reserva mais comum na França será de dois terços da herança, portanto, superior à brasileira.

Quanto aos contratos sucessórios, tanto o direito sucessório francês quanto o brasileiro consagram um princípio geral de proibição a tais pactos, mas ambos reconhecem exceções a tal interdito, destacando-se neste ponto a figura francesa da *donation-partage,* que no Brasil encontra par justamente na partilha em vida.

Tratando-se de *n*egócio jurídico plurilateral firmado pelo autor da herança e por seus herdeiros, a *donation-partage* constitui muito se aproxima da partilha em vida, tanto na natureza *sui generis*, composta tanto por aspectos do negócio de doação quanto do negócio de partilha, quando nos efeitos, posto pré-estabelecer a forma de divisão do acervo hereditário entre os herdeiros, de forma vinculante e irrevogável.

Face a tal proximidade, há diversas características da figura francesa que podem contribuir na construção de um modelo jurídico para a partilha em vida brasileira, tais como a eficácia imediata da transmissão da propriedade, a desnecessidade de participação de todos os herdeiros, a possibilidade de uma transmissão transgeracional, previsão de direito de reversão em favor do doador e, também, a reflexão quanto ao cabimento de uma renúncia ao direito de redução ou invalidação.

Há, de outro lado, entraves do modelo francês que reduzem a utilidade da *donation-partage,* como a proibição de inclusão de bens comuns ou futuros, bem como a impossibilidade de se realizar a partilha de modo consensual, porém, com a eficácia da transmissão patrimonial condicionada a abertura da sucessão, temas que, da mesma sorte, podem contribuir na construção de um modelo jurídico nacional.

Em conclusão, é possível afirmar que o direito francês, ainda que mais restritivo que o alemão e o suíço, possui mais espaços de liberdade aos sujeitos da sucessão do que o direito brasileiro. Ao conciliar a liberdade sucessória com a proteção dos herdeiros, o sistema francês ora adota solução mais protetiva aos herdeiros, como a quantificação da reserva hereditária e a inexistência de deserdação do herdeiro necessário, ora solução que privilegia a liberdade sucessória, como a possibilidade de exclusão testamentária do direito real de habitação, de instituição de usufruto conjugal sobre a integralidade do acervo hereditário, de instituir substituição fideicomissária, e, sobretudo, de autorizar a renúncia antecipada ao direito de redução das liberalidades e a doação-partilha como contrato sucessório permitido.

3. UM MODELO HERMENÊUTICO DE CONFORMAÇÃO DE INTERESSES ENTRE OS SUJEITOS DA SUCESSÃO

3.1. A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE UM ESPAÇO DE LIBERDADE CONJUNTA NO DIREITO DAS SUCESSÕES E A PARTILHA EM VIDA

O recurso ao direito sucessório comparado é apresentado como ferramenta profícua ao repensar do direito nacional. A um só tempo, permite conhecer diversos mecanismos adotados por outros ordenamentos e ainda impensados em terras pátrias; visualizar o direito nacional a partir de outra perspectiva, o que acaba, invariavelmente, por alterar a percepção do objeto de análise; e de certo modo induz ao questionamento do direito posto e a prospecção de aperfeiçoamentos.

É hora de submeter estas afirmações ao banco de provas e verificar em que medida a investigação de direito comparado poderá contribuir para, no cenário da dupla crise vivenciada pelo direito sucessório brasileiro, encontrar espaços de liberdade aos sujeitos da sucessão que possam servir, senão como cura, ao menos como lenitivo aos desafios impostos pela crise, projetados tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária.

O primeiro passo é revisitar a crise cogitada, encarando-a agora a partir de perspectiva vocacionada especificamente a investigar a conveniência e a oportunidade da partilha em vida como instrumento que permita a construção de um regramento coerente com a realidade vivida, e nesta medida apto a superar a crise de sistema, e também funcionalizado à realização de contributos à manutenção, exercício e promoção da liberdade dos sujeitos da sucessão, esquivando assim da crise de função.

Especificamente quanto a crise de função, a despeito das regras restritivas à liberdade sucessória se afirmem protetivas, sobretudo ao limitar a liberdade do testador à metade do patrimônio e a obstar a liberdade contratual dos herdeiros, as críticas doutrinárias têm revelado o fracasso das regras da sucessão legítima na concreção de tal objetivo.

De um lado, se propõe a realizar a proteção do patrimônio familiar, mas de outro, ignora as dimensões de eficiência do patrimônio e, não raro, acaba por impor indesejável condomínio entre os herdeiros, fonte inesgotável de discórdias. Na proteção da família, garante-lhes uma parcela compulsória, mas de forma abstrata, por meio de uma igualdade formal que ignora as aptidões e vulnerabilidades[805], referendando a crise de sistema. Na atribuição do

---

[805] "No campo do direito sucessório, a mudança revela-se imperiosa. Primeiro porque a disciplina da sucessão foi desenhada para a proteção da unidade diretiva da família, concebida como célula menor do estado: "a família

direito real de habitação, ignora que a manutenção da residência dependerá de recursos provenientes de outras fontes, muitas vezes não atribuídas, além de não contemplar a herdeira que, não raro, exercia os cuidados com o ascendente idoso e com ele residia.

Nenhuma destas situações, porém, diz respeito ao arbítrio do testador, tampouco é solucionada pela restrição de espaços de liberdade.

No âmbito da sucessão testamentária, vocacionada a permitir o exercício de liberdade do autor da herança, a doutrina denuncia o fenômeno da "fuga do testamento"[806], sobretudo em razão de seus limites, do risco de sua invalidação e da necessidade de abertura de processo judicial para seu registro e cumprimento, além das sucessivas alterações de entendimento pela jurisprudência, que representa a antítese da segurança e previsibilidade esperadas pelo testador.

Encerra a crise a visão polarizada do direito sucessório, estruturado entre sucessão legítima e testamentária, cada qual dirigida aos interesses de seus sujeitos, proibindo, a priori, a construção de uma normatividade conjunta, própria para aqueles sujeitos e que leve em consideração suas aptidões, necessidades, interesses, além das características do patrimônio familiar.

Como já constatado na doutrina portuguesa por Daniel de Bettencourt, "o primeiro passo no caminho que conduz ao 'despertar' do Direito das Sucessões será identificar a realidade sobre a qual ele se pretende debruçar para determinar a função social que nessa realidade lhe cabe ou, pelo menos, deveria caber; de outra forma não será mais do que direito pairando sobre a vida"[807].

É nesta perspectiva que, retomando o que foi construído nos capítulos anteriores, encontra reforço teórico a afirmação de que o direito sucessório pode, sim, em paralelo à proteção dos sujeitos da sucessão legítima e da liberdade do autor da herança, assumir uma nova função, mais próxima à realidade social por ele tutelada e aos clamores de seus sujeitos, notadamente a de uma função enquanto liberdades, em sentido plural, e destinada não apenas ao autor da herança mais a todos em sujeitos da sucessão. Não se trata de uma função social, como afirma Daniel de Bettencourt, voltada à uma coletividade sem rosto, tampouco

---

legalmente formatada, destarte, seria transpessoal. Ou seja, não se voltaria à realização pessoal do indivíduo, mas à consecução de interesses que transpunham a individualidade de seus membros". Contudo, "o direito brasileiro contemporâneo não tutela a família ensimesmada, mas a pessoa, que pode ou não se inserir num agrupamento familiar" (CASTRO, Isabella Silveira de. Testamento: capacidade, formalidades e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 37).

[806] SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 343-359.

[807] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018, p. 12.

individualista, vocacionada a reforçar o individualismo do testador, mas sim uma liberdade direcionada aos sujeitos concretos da relação sucessória.

O clamor por este espaço de liberdade conjunta sequer é recente. Já estava presente na Alemanha e na Suíça desde a fase de elaboração de seus códigos civis, que entraram em vigor em 1900 e 1907, respectivamente. No Brasil, também na aurora do século XX, Clóvis Beviláqua, enfático inimigo da sucessão contratual, já antevia que o conflito entre a liberdade individual e o coletivismo caminha para um meio termo, para um equilíbrio que satisfaça a necessidade social:

> "Surgirá, depois desta, outra phase da evolução, modificando o que existe? É possível, é até provável, porque a sociedade progride, indefinidamente; e o pensamento humano, como o hebreu da lenda, não repousa nunca, prossegue sempre, à procura de novas formas de relações jurídicas e de institutos, que melhor correspondam às necessidades sociais. (...) Não marcha a civilização moderna para um reforçamento do individualismo, como não se volta para o collectivismo. Tendo vacillado entre os dois extremos, igualmente desviados do equilíbrio necessário à vida social, encontrou um meio de melhor conciliar as forças colidentes, que se armazenam o indivíduo e na sociedade"[808].

A ponderação é perfeitamente aplicável ao âmbito sucessório, especificamente no secular debate entre a prevalência da liberdade testamentária ou da parcela compulsória dos herdeiros necessários: nem um extremo nem outro, mas o equilíbrio, que pode ser encontrado justamente na conformação consensual de interesses.

Seguindo este fio condutor, a releitura do direito sucessório, funcionalizado à manutenção, exercício e a promoção da liberdade dos sujeitos pode permitir superar, ou ao menos mitigar, a crise das funções protetiva e de liberdade do autor da herança.

A abertura para a possibilidade de um regramento autônomo, entabulado pelos próprios sujeitos, amplia os meios de efetivação de uma função verdadeiramente protetiva, por exemplo, ao admitir que um herdeiro com maior vulnerabilidade seja contemplado com maior parcela patrimonial ou, ao menos, com bens mais com maior capacidade de lhe prover prestações periódicas destinadas à sua subsistência. Ou a partilha de bens de um modo que preserve a aptidão de cada um em explorar bens de determinada natureza, como imóveis, empresas ou fazendas, afastando o risco de dilapidação do patrimônio em hastas públicas ou instituição de condomínios.

---

[808] BEVILAQUA, Clóvis. Estudos jurídicos: historia, philosophia e critica. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 206-207.

Ainda que se possa sustentar que estas disposições seriam possíveis por outros meios, como a partilha amigável após a abertura da sucessão ou o testamento, o argumento não sobrevive à prova da realidade, em que tais situações, cotidianamente presentes nos fóruns, não são resolvidas pelos instrumentos tradicionais.

Por certo, para colmatar a vulnerabilidade de algum herdeiro ou do cônjuge sobrevivente por meio de partilha amigável, seria necessário alta dose de alteridade dos demais herdeiros, que naquele momento já são titulares de suas frações, e nesta medida, comprovam as ciências comportamentais que estariam menos dispostos a renunciar a elas, ainda que parcialmente[809]. Outrossim, já não haveria a presença do ascendente, cuja reverência pode induzir maior flexibilização pelos herdeiros em melhor posição. Isso também pode ser dizer em relação ao testamento, de cumprimento incerto, limitado pela parcela legítima e sujeito à posterior registro e execução judicial.

Ao fim, a possibilidade de um regramento autônomo em nada prejudicaria o regime sucessório vigente ou o desempenho de suas funções tradicionais, mas apenas ampliaria o espaço de liberdade dada aos sujeitos da sucessão, ao admitir seu exercício, ainda em vida, não apenas de forma unilateral, mas conjunta. Como já foi demonstrado, sequer é possível sustentar uma dicotomia absoluta entre sucessão legítima e testamentária, ao menos não em uma perspectiva de que não exista, entre elas, interferências recíprocas que se revelam tanto em espaços de liberdade na sucessão legítima e espaços de restrição na sucessão testamentária, a reforçar a existência de um campo intermediário entre estes regimes, preenchido pela sucessão contratual.

O que se anseia nada mais é que liberdade em seu perfil positivo, a admitir a definição, pelas pessoas concretas, dos rumos de suas próprias vidas, em um âmbito não meramente negativo, mas compreendido como normatividade, vinculante e cogente. Os sujeitos da sucessão não podem ser, para sempre, tutelados pelo direito como se fossem ainda crianças[810],

---

[809] "Considere um experimento simples. 3 Metade dos estudantes recebe canecas de café com o brasão da universidade. Os que não ganharam canecas são chamados a examinar a do colega. Em seguida, os que receberam canecas devem vendê-las, e os que não têm devem comprá-las. E a maneira de fazer isso é respondendo à seguinte pergunta: "Por quanto você estaria disposto a (comprar uma caneca/vender sua caneca)?". Os resultados mostram que os donos das canecas exigem mais ou menos o dobro do que os que compram estão dispostos a pagar. Milhares de canecas foram usadas em dezenas de réplicas desse experimento, e os resultados são quase sempre os mesmos. Uma vez que tenho uma caneca, não estou disposto a abrir mão dela. Mas, se não tenho, não sinto necessidade premente de comprar. Isso significa que as pessoas não atribuem valores específicos a objetos. Quando precisam abrir mão de algo, a tristeza é maior do que a felicidade que sentem ao adquirir a mesma coisa" (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 45).

[810] Sobretudo considerando a idade que os herdeiros presumidamente terão quando da abertura da sucessão. Em 2022, "a brasileira teve filho aos 27.8 anos" (https://valor.globo.com/brasil/noticia/ 2023/ 05/14/ saiba-a-idade-que-a-mae-brasileira-da-a-luz-e-compare-com-as-de-outros-229-paises.ghtml) e sua expectativa de vida 79 anos

como se não soubessem o que é melhor para si, ou como se não tivessem o direito de fazer escolhas ruins. E nesta medida, não se justifica restringir sua liberdade, sob a premissa abstrata de que não saberiam exercê-la sem incorrer "em graves prejuízos". A proteção é bem-vinda, até mesmo certo paternalismo, mas não quando é imposta de forma autoritária. É preciso, ao menos, deixar um *opt out.*

Emerge, daí, a conveniência, e mesmo oportunidade, de abandonar o atual modelo de paternalismo autoritário, proibitivo aos herdeiros e ao testador do exercício de sua liberdade conjunta, sob a premissa de protegê-los deles próprios, especificamente de proteger a liberdade daqueles "contra acordos que possam acarretar-lhes graves consequências"[811], e a liberdade testamentária deste contra um negócio irrevogável[812].

Sintoma desta viragem, é perceptível o crescente interesse da doutrina, nacional e estrangeira, pela revisitação do papel do contrato no direito sucessório, como possível instrumento de realização de liberdade(s) e da autonomia privada no campo sucessório, em especial voltados ao planejamento sucessório.

Tais planejamentos nada têm de novo, e parecem aflorar e desaparecer do debate jurídico nacional de forma cíclica. O tema já era ventilado na década de 1990, sendo apontado como reflexo de transformações econômicas e sociais então vivenciadas e que podem perfeitamente ser transportados para os dias atuais para justificar a necessidade de maior espaço de liberdade nas sucessões:

> "A questão do planejamento patrimonial e sucessório, ora crescentemente discutida no Brasil, resulta de pelo menos cinco causas já apontadas e tranquilamente aceitas: a) do fim da geração de empreendedores que acumularam seus pertences durante e logo após o ciclo substitutivo de importações dos anos 50 e 60; b) da intensa transformação dos padrões de relacionamento familiares e interpessoais que afetam herdeiros e sucessores; c) da crescente internacionalização ou globalização, de negócios e investimentos, ocorridos em quase todos os locais; d) da ausência, entre nós, de provisões e veículos legais que permitam clara separação entre propriedade e administração da propriedade; e) da não desimportante série de equívocos, interrupções e insucessos de casos de sucessão que se tornaram públicos recentemente"[813].

(IBGE. Em 2022, expectativa de vida era de 75,5 anos. Publicado eletronicamente em 29/11/2023), o que permite deduzir que o herdeiro, descendente, tenha em média 51 anos de idade quando da abertura da sucessão de sua mãe.

[811] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 294.

[812] FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 02-13.395, du 04 octobre 2005. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052555. Acesso em 20 de outubro de 2023.

[813] CORTESE, Antonio Carlos. Administração de fortunas. In: KIGNEL, Luiz (Org.). Patrimônio e Sucessão: como garantir os herdeiros e os negócios. São Paulo: Maltese, 1993, p. 89.

Seja em razão das restrições formais e materiais impostas ao testamento e às disposições testamentárias, seja pela ausência de outros instrumentos que permitam a auto regulação dos interesses familiares, o contrato emerge como a figura jurídica potencialmente mais apta a permitir o exercício da autonomia privada dos envolvidos na sucessão, o que se constata pelo maior espaço de criação normativa atribuído às partes, limitado apenas pelas regras cogentes que já limitam os negócios jurídicos em geral e as garantias materiais próprias do direito sucessórios, como a legítima dos herdeiros necessários.

Não são poucas as vozes contemporâneas que pugnam por uma abertura do sistema neste ponto, e em específico, pela admissibilidade do contrato como instrumento de autorregulação sucessória. Em obra específica sobre o tema, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Lima Rodrigues advogam justamente que "os contratos, como a mais importante expressão da tradicional categoria dos negócios jurídicos e da força jurígena da autonomia privada, impõem-se como instrumento necessário para realização do projeto familiar e sucessório dos indivíduos"[814].

O mesmo se verifica entre autores da Espanha[815], Itália[816], França[817]e de Portugal, onde Daniel de Bettencourt Morais propõe "questionar, hoje, o dogma da proibição de pactos sucessórios perante a função que o Direito Sucessório deve cumprir na sociedade atual"[818].

Em especial, é nítido o grande esforço da doutrina brasileira contemporânea em superar a antiga repulsa aos pactos sucessórios e admitir sua validade no direito contemporâneo, apresentando para tanto não só o interesse em um novo e mais abrangente instrumento de planejamento sucessório, como também razões: (i) sociais, como o maior longevidade das pessoas e as vicissitudes estruturais, funcionais e a maior liquidez das entidades familiares contemporâneas; (ii) econômicas, como o interesse público e particular na preservação do patrimônio familiar, em especial quando composto por atividade empresarial organizada; e mesmo (iii) jurídicas, centradas na construção prospectiva do direito civil, apreendido tanto na "tradição que o conhecimento jurídico projeta na dinâmica dos dias correntes em termos de

---

[814] BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; RODRIGUES, Renata Lima. Apresentação. Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
[815] GIMENO, José Cerdá. Pactos sucesorios: del porqué de su prohibición y su aplicación en la prática. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
[816] CACCAVALE, Ciro. Contrato e successioni. In: ROPPO, Vincenzo. Trattato del contratto. Milano: Giufrè, 2006.
[817] FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène: Librairie Droz, 2008.
[818] MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018, p. 13.

dogmática jurídica, quanto na direção de haurir as inovações próprias de um sistema *open norm*"[819].

Ainda que se reconheça a mudança de fatores sociais, econômicos e mesmo jurídicos a oxigenar a discussão quanto a admissibilidade ou não do contrato como instrumento de planejamento sucessório, o desafio que se coloca é justamente o de encontrar, construir ou desenvolver espaços de liberdades no campo sucessório que não afrontem os limites interpretativos, em especial a expressa proibição legal aos contratos que tenham por objeto a herança de pessoa vida, insculpida no artigo 426 do Código Civil.

Mesmo os adeptos da ideia de uma sucessão contratual reconhecem que o desafio está em compatibilizá-la com um sistema normativo que, fundado em questionáveis razões de segurança jurídica, proíbe de forma geral a pactuação sobre herança de pessoa vida[820]. Ao fim e ao cabo, as críticas à proibição aos pactos sucessórios não ultrapassam o campo das proposições *de lege ferenda.*

É neste ponto que emerge a justificativa da presente pesquisa, a revelar que existe, *de lege lata*, um espaço de liberdade contratual no direito sucessório brasileiro.

A constatação de que da partilha em vida constitui exceção à proibição dos pactos sucessórios permite questionar se seria esta figura jurídica apta a servir de lenitivo, ainda que parcial, à crise vivenciada pelo direito sucessório, sobretudo sua crise funcional, constatada tanto no âmbito da sucessão legítima quanto testamentária. Nesta perspectiva, é preciso inquirir se a partilha em vida é capaz de instrumentalizar o tão desejado *opt out*, e assim assumir uma função enquanto liberdade, precisamente ao promover, em favor de todos os sujeitos da sucessão, um espaço de liberdade positiva que permita a construção da própria normatividade.

De início o recurso a este instrumento se mostrou inseguro, considerando não contar com regramento legal suficiente que permita considerá-lo, embora nominado, um negócio

---

[819] FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil.* Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. Registre-se, para fins de transparência, que esta proposta de contínua (re)construção do Direito Civil, embora prospectiva, não ignora o direito civil constituído formal ou materialmente, tampouco a unidade do ordenamento. Adverte o autor: "Sem perder a unidade, há, nessa constituição progressiva, leque relevante de possibilidades, passíveis de investigações e de edificação dentro de tais limites derivados do alcance dado pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina" (Idem, p. 83).

[820] "Assim, encontra-se em ascendência a utilização do planejamento sucessório por sua potencialidade funcional com o objetivo de permitir, no campo das sucessões, maior autonomia privada. No entanto, permanecem rígidas as estruturas provenientes da pseudoneutralidade sucessória, fruto de uma segurança jurídica abstrata e formal, que dentre seus pilares encontra a proibição dos pactos sucessórios proveniente do art. 426, CC" (BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidade e instrumentalização. In: BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; RODRIGUES, Renata Lima (coord). Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 279).

jurídico típico[821]. Positivado em um único artigo (CC, art. 2.018), a ausência de um regramento legal suficiente parece ser a causa, em grande parte, da existência de tantas controvérsias. Chamada de "planta exótica"[822], figura "de configuração imprecisa e natureza controvertida"[823], dotada de "imprecisão e natureza controvertida, vem sendo malhada, em sua trajetória pouco lisonjeira, entre os institutos do Direto das Sucessões"[824].

Porém, realizada a pesquisa de direito comparado, já é possível dar passos mais seguros na proposição de um modelo jurídico para a partilha em vida. A investigação histórica revelou que a partilha em vida nada tem de "planta exótica", mas deita raízes no direito romano, era admitida durante a vigência das ordenações do reino e esteve presente nas duas codificações civis brasileiras. Em paralelo, a pesquisa comparada evidenciou que a partilha em vida encontra figura jurídica que realize a mesma função nos três ordenamentos que foram objeto da pesquisa.

A partir do método funcional, que buscou "interrogar como é que esse Direito [estrangeiro] resolve o problema jurídico cuja solução no nosso Direito pretendemos comparar"[825], constatou-se que tanto a Alemanha como a Suíça e França possuem instrumentos de direito sucessório vocacionados a permitir o exercício de liberdade conjunta entre os sujeitos da sucessão, cada qual com um perfil próprio. Conhecer as soluções destes ordenamentos permitirá invocá-las para, quando compatíveis, solver por analogia os problemas similares vivenciados pelo direito brasileiro. Capacita, ainda, a melhor avaliar a capacidade e eficiência dos instrumentos nacionais, o que pode levar tanto a uma crítica mais fundamentada quanto a melhor avaliação quanto a eficiência de dado instrumento.

A despeito da extensa exposição do tema do capítulo anterior, a breve revisitação do núcleo essencial das figuras utilizadas por cada um dos ordenamentos permitirá maior clareza

---

[821] "Há contratos que possuem nomen iuris na lei e são atípicos, por não lhes ser prescrito um modelo regulado suficiente. Não há dúvida de que um contrato sem qualquer previsão legislativa é atípico. Os problemas maiores surgem quando a regulação existe, mas é insuficiente. A 'suficiência' da regulação é questão difícil de determinar em abstrato, porém fácil de ser sentida na prática. Pode-se dizer que a regulação é suficiente quando soluciona os principais problemas referentes ao contrato, surgidos na prática das relações sociais" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 24-25).

[822] "Entre nós é planta exótica, apesar da tradição romana, que, provavelmente, não medrará" (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. VI. 8 edição, atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269).

[823] GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 331.

[824] PACHECO, José da Silva. *Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 635.

[825] DUARTE, Rui Pinto. *Uma Introdução ao Direito Comparado*. Separata da Revista 'O Direito IV'. Coimbra: Almedina, 2006, p. 777-780. No mesmo sentido, ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, v. VIII, 2007, n. 1, p. 33.

quanto a aptidão do método funcional para a construção de um perfil dogmático para a partilha em vida.

Na Alemanha, a partilha em vida tem como equivalente funcional o testamento e, em maior extensão, o contrato. Dada a maior liberdade testamentária, é permitido ao testador até mesmo não contemplar um herdeiro necessário com a herança, de modo que não terá ele qualquer direito aos bens da herança, mas apenas um pleito compensatório contra os herdeiros contemplados, para exigir, e valor, a parcela necessária a que tem direito, o que não é admitido no direito brasileiro. Ainda por meio de testamento, é outorgado ao autor da herança o poder de realizar a partilha dos bens entre os herdeiros (BGB, §2044, 2048 e 2.049), tal como permite o Código Civil brasileiro (CC, art. 2.014).

O equivalente funcional mais relevante, porém, é o contrato sucessório (*Erbvertrag*), expressamente admitidos e regulados pelos §§2.274 a 2.302 do BGB, e que tem como particularidade permitir ao testador e aos demais contratantes estabelecer um regime de disposições *causa mortis* vinculantes sobre a sucessão. É ele, no direto sucessório alemão, o instrumento atribuído aos sujeitos da sucessão para o exercício conjunto de liberdade positiva. Com extensa regulamentação legal, oferece diversas repostas a problemas concretos que, verificada a compatibilidade, podem ser "transplantados" para a partilha em vida brasileira.

Desvinculado dos limites impostos pela sucessão legítima e testamentária, o contrato sucessório expande substancialmente o âmbito de liberdade positiva dos sujeitos, permitindo inclusive a renúncia da parcela compulsória, a autorizar a disposição dos bens de forma amplíssima, restrita apenas pela observância à ordem pública e aos bons costumes. Esta renúncia teria por objeto o "direito legal de herdar" (§2346, 1) e ao "direito a uma parte obrigatória" (§2352, 2), de modo que, uma vez realizada, legitima a partilha feita entre o autor da herança e os demais herdeiros, não contemplando ou contemplando apenas parcialmente o renunciante, que não terá qualquer pretensão, seja a título de compensação ou de complementação. Esta possibilidade permite, ainda, assegurar a plena eficácia do contrato mesmo que haja variação patrimonial entre sua elaboração e a abertura da sucessão, já que elimina o direito do herdeiro renunciante, mesmo quando prejudicado, de se insurgir quanto a partição feita no contrato.

E ainda que pareça improvável, a doutrina alemã[826] mostra como a renúncia contratual pode ser favorável ao renunciante, na medida em que permite que receba, imediatamente, uma

---

[826] STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022, p. 21.

contraprestação pela renúncia, dando-lhe certeza quanto ao recebimento de um benefício que, em razão da livre disposição patrimonial do autor da herança em vida, pode não receber quando da abertura da sucessão.

De modo próximo, o Direito suíço também apresenta como equivalentes funcionais da partilha em vida o testamento e o contrato sucessório. Em âmbito testamentário, é facultado ao testador partilhar todos os bens da herança entre seus herdeiros (CCS, art. 608), ficando os herdeiros vinculados a esta partição. Como é realizada em testamento, pode atribuir quinhões compostos por bens de maior valor a um herdeiro do que a outro, desde que não exceda a parte disponível, e, mesmo se exceder, o herdeiro prejudicado não poderá se insurgir contra a partilha realizada, mas apenas exigir do herdeiro beneficiado a respectiva compensação.

No contrato sucessório, a liberdade de disposição é ampliada, já que formado a partir da vontade de todos os sujeitos envolvidos, não fazendo sentido a proteção contra o suposto arbítrio do testador. Também no direito suíço, o contrato sucessório vincula tanto os herdeiros quanto o testador, que mais do que prometer dispor, dispõe desde logo, apenas condicionando o efeito da atribuição à abertura da sucessão. Não existindo restrição legal, o contrato sucessório suíço pode ser realizado de forma gratuita ou onerosa, contemplando neste caso além das disposições *causa mortis*, também obrigações *inter vivos* desde logo exigíveis. A sucessão contratual pode contemplar ainda renúncia hereditária (CCS, art. 495), que, novamente desmistificando a presunção de que não traria qualquer vantagem ao herdeiro. Stainauer cogita, dentre outras possíveis vantagens ao renunciar: (a) o interesse em receber ainda em vida e de forma antecipada uma parcela patrimonial; (b) ter por contrapartida que o autor da herança institua como herdeiro outra pessoa, como um filho ou irmão do renunciante; (c) receber em troca do recebimento de alimentos a serem pagos pelos herdeiros do autor da herança, trocando, assim, uma parcela patrimonial por uma renda vitalícia ou por determinado período[827]. As possibilidades são muitas, a revelar que o desafio estará na filtragem do que é compatível com o direito brasileiro.

Mesmo o sistema não germânico analisado possui ferramentas próprias para a desempenhar o papel da partilha em vida. Sendo em parte o modelo em que se inspirou o direito brasileiro, o direito francês contempla a partilha-testamento e partilha-doação. A primeira admite a distribuição dos bens da herança (CCF, art. 1.075), mas apenas é admitida de forma restrita, entre os herdeiros presuntivos do testador, contra quem é impositiva, e desde que

---

[827] STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 311.

respeitada a legítima. Nem mesmo o consenso entre os herdeiros é capaz de alterar a partilha realizada pelo testador[828]. Inicialmente estruturada em um modelo autoritário que infringia nulidade à partilha que desrespeitasse a legítima de algum herdeiro, a partir da reforma de 2006 adotou-se um modelo mais atento à liberdade, que confere ao prejudicado o direito de, em querendo, reduzir as disposições excessivas, preservando assim a partilha realizada dentro dos limites legais.

A partilha-doação é negócio jurídico pelo qual o autor da herança, ainda em vida, contrata com seus herdeiros a distribuição e transmissão de seu patrimônio entre seus herdeiros. Outrora permitida apenas aos ascendentes em favor de seus descendentes, desde 2006 é facultada a qualquer pessoa, desde que realizada em favor de seus herdeiros presuntivos. Composta pelo negócio jurídico de partilha e de doação, em razão de previsão legal específica, submete-se ao regime jurídico desta, e de consequência, diversamente dos contratos sucessórios germânicos, transmite imediatamente a propriedade dos bens partilhados aos herdeiros.

Ostracizado do direito francês desde a promulgação do Código Civil, o contrato sucessório era de todo inadmitido, mas foi parcialmente reabilitado em 2006. Permite-se, hoje, o pacto renunciativo entre o autor da herança e seus herdeiros necessários (CCF, art. 929), e apenas pode ter por objeto o direito à eventual ação de redução contra disposições que violem sua legítima, e desde que a disposição beneficie uma ou mais pessoas determinadas. Novamente em divergência aos ordenamentos germânicos, apenas é admitida de forma gratuita, o que não quer dizer que não possa se revelar de algum modo vantajosa ao renunciante. Realizada concomitantemente a uma partilha-testamento ou a uma partilha doação, faz com que a conformação da vontade do herdeiro ao ato de disposição suprima deste a necessária observância a legítima, permitindo, assim, que estas formas de partilha sofram limitação apenas em âmbito subjetivo, não em objetivo.

Tendo como instrumental as fontes históricas sobre a partilha em vida, as obras nacionais que se dedicaram ao tema - ainda que em reduzido número, o também diminuto número de decisões judiciais e a ampla gama de respostas dadas aos diversos temas que envolvem os equivalentes funcionais da partilha em vida no direito comparado, arrosta-se o desafio de construir um perfil dogmático que, a despeito das infindáveis divergências que assombram o tema, seja sistematicamente coerente com o direito brasileiro.

---

[828] FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 20-17.199, du 13 avril 2022. Disponível em https://www.courdecassation.fr/ decision/62566d413b20a89542a2c15c. Acesso em 20 de outubro de 2023.

3.2. O GÊNERO PARTILHA EM VIDA: ESPÉCIES E NATUREZA JURÍDICA

Para a construção de um perfil dogmático para a partilha em vida, parece essencial antes delimitar precisamente o objeto da análise, sob pena de confundir elementos de figuras jurídicas diversas que, ao final, podem levar à incoerência do regime jurídico proposto, em especial quando a partilha em vida historicamente não se apresenta como figura unitária, mas, pelo menos, dúplice.

Ao traçar o perfil histórico da partilha em vida, Astolpho de Rezende esclarece se tratar de instituição muito antiga, que no direito romano teve gênese na possibilidade de o testador determinar como seu patrimônio deveria ser dividido entre os herdeiros (testamentum parentum inter líberos), disposições estas que deveriam ser observadas e cumpridas pelo inventariante e respeitadas pelos herdeiros quando da execução da partilha judicial. Esse direito foi ampliado por Justiniano, ao permitir que o autor da herança realizasse essa partilha não apenas em testamento, mas também por documento subscrito por ele e por seus filhos (divisio parentum inter líberos), em antecipação da partilha hereditária, ampliação esta estribada na constatação lógica de que quem tem o poder amplo de disposição sobre seu patrimônio, tem também o poder específico de o partilhar entre seus descendentes[829].

É esta a gênese da dualidade de espécies do que viria a se chamar partilha em vida: uma realizada unilateralmente, por meio de testamento; outra realizada de forma bi ou plurilateral, por meio de negócio jurídico, dualidade que acabaria consagradas no Código Napoleão de 1804 pelo reconhecimento da partilha-doação (donation-partage) e da partilha-testamento (testament-partage), que viriam a ser posteriormente incorporadas "na quase totalidade das legislações dos povos civilizados"[830], inclusive nos códigos civis brasileiros.

Talvez seja essa dualidade de espécies, veiculadas por negócios jurídicos de natureza e regime jurídico tão distintos como a doação e o testamento, uma das causas de tantas imprecisões e controvérsias na análise da partilha em vida. Ainda no século XIX Troplong advertia que desde a Novela 107 do imperador Justiniano a regulação conjunta do testamento *inter liberos* e da partilha *inter líberos* fez com que "esses dois tipos de atos fossem frequentemente confundidos, e daí surgiram longas controvérsias"[831].

---

[829] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 290-291.
[830] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 290.
[831] No original: "Comme la novelle 107, qui formait sur ce point le dernier état de la jurisprudence, réglait en même temps les formes du testament inter liberos, et du partage inter liberos, il ost arrivé qu'on a souvent confondu

Parece ter razão o autor, afinal, ainda que ambas as espécies comunguem da mesma função, nem sempre será possível submeter espécies tão distintas a um mesmo regime jurídico[832].

Beviláqua relatou tratar-se de "planta exótica", "uma fonte fecunda de questões"[833]; Orlando Gomes a rotulou de figura "de configuração imprecisa e natureza controvertida"[834], e José da Silva Pacheco sua "imprecisão e natureza controvertida"[835]. Os três, porém, reconhecem que cada uma das espécies apresenta natureza jurídica, estrutura e efeitos diversos entre si, a justificar a dificuldade do labor de quem pretenda nelas encontrar uma configuração ou natureza unitária. E nisto não estão sozinhos.

Revisitando as obras que se debruçaram sobre o tema, o que se constata é que em sua maioria seguiram o método mais tradicional de antes definir a natureza jurídica do ato, para somente depois fragmentá-la nas diversas espécies que dele podem decorrer. Porém, especificamente no caso da partilha em vida, suas espécies são compostas por elementos tão distintos que podem não permitir, efetivamente, delinear a natureza jurídica do que seria o gênero "partilha em vida" em formatação que seja também compatível com suas espécies, como já constatado no direito francês pelos irmãos Mazeaud:

> Como a partilha (em vida) é efetuada somente por meio de uma doação ou de um testamento, ela assume, até certo ponto, a natureza jurídica do ato que serve como seu suporte. Isso se aplica às atribuições testamentárias, mas ainda mais às doações-partilha, já que, durante a vida do doador, os coparticipantes são, em relação ao doador, verdadeiros donatários. A partilha por um ascendente, especialmente a partilha em vida, é, portanto, de natureza mista: é essencialmente uma divisão, embora em certos aspectos pareça ser uma doação"[836].

Por isso, parece mais seguro, em plano metodológico, antes aferir quais os elementos comuns a ambas as espécies que podem ser atribuídos ao gênero partilha em vida, para em um

---

ensemble ces deux genres d'actes, et de là sont nées de longues controverses. Mais ces deux choses sont très-différentes l'une de l'autre" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 73).

[832] Esta dificuldade não se apresenta apenas na espacialidade da partilha em vida, mas também nos chamados "alimentos compensatórios", cuja pluralidade de elementos leva a doutrina a ora qualifica-los como alimentos, ora como indenização. Por todos MADALENO, Rolf. Alimentos compensatórios. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 194-206.

[833] BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 1001.

[834] GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 331.

[835] PACHECO, José da Silva. *Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 635.

[836] MAZEAUD, Henri et Léon (et. al). *Leçons de Droit Civil*. Tome IV: Successions - Libéralités. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 931.

segundo momento qualificar as espécies ou figuras jurídicas dela decorrentes, notadamente a partilha em vida por ato de última vontade e partilha em vida por ato entre vivos, aí sim com as características próprias de cada qual.

Em primeiro lugar, é possível afirmar que a partilha em vida, enquanto gênero, possui indubitavelmente a natureza de negócio jurídico[837].

Segundo a doutrina brasileira, negócio jurídico é "declaração privada de vontade que tende a produzir resultados jurídicos"[838], "fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada[839], ou ainda "a hipótese de fato jurídico (às vezes dita 'suporte fático'), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as *circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos"[840].

O negócio jurídico é o instrumento por meio do qual o Direito faculta aos indivíduos o exercício da autonomia privada, permitindo-lhes a criação de uma normatividade própria mediante a escolha da categoria jurídica ou do conteúdo deste negócio, dentro dos limites aos quais lhe é dado atuar[841]. Assim, o exercício da autonomia privada negocial não está restrito a um *numerus clausus* dos negócios jurídicos que podem ser formados, mas pelo contrário, admite a atipicidade dos negócios jurídicos, formados em configurações diversas daquelas com modelo legal próprio, desde que presentes os elementos necessários para sua formação.

Junqueira de Azevedo classifica estes elementos em elementos gerais, elementos categoriais e elementos particulares[842]. Os primeiros são os elementos imprescindíveis e comuns a todas as espécies de negócio jurídico: a forma, o objeto e as circunstâncias negociais

---

[837] Este é uma das poucas questões envolvendo a partilha em vida em que a doutrina não diverge, apontando João Pedro Biazi que "não há grande questionamento na doutrina sobre a natureza de negócio jurídico da partilha em vida" (BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 7).

[838] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXII. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

[839] O autor toma a autonomia privada em um viés menos voluntarista do que o de Pontes de Miranda, que a ela se refere como o espaço de regulamentação de interesses deixado à "vontade das partes". Convergem, entretanto, ao assumir que a finalidade do conceito é menos a de justificar uma ideologia individualista e voluntarista, e mais de traçar os limites sociais ao campo de liberdade de atuação privada. Enuncia-a, assim, como "o poder jurídico conferido aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos" (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57).

[840] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

[841] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

[842] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32-39.

(intrínsecos), os agentes, o tempo e o lugar (extrínsecos)[843]; os categoriais são aqueles próprios de cada tipo de negócio jurídico e igualmente imprescindíveis, identificados pela analise doutrinária e pela estrutura normativa de cada categoria, decorrendo portanto da ordem jurídica, e não da vontade das partes; e por fim elementos particulares ou acidentais aqueles que "apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio", e nesta medida, são sempre voluntários, a exemplo da condição, termo e encargo, e de ampla generalidade, posto que em matéria privada as partes são livres para estabelecer o conteúdo negocial, bastando que este não seja proibido. Assim, os elementos particulares permitem às partes a atribuição de uma fisionomia particular ao negócio, própria, mesmo quando se trate de negócio jurídico típico.

Há aí plena subsunção da partilha em vida à categoria dos negócios jurídicos, seja de forma geral, na medida em que a partilha em vida é justamente ato jurídico deflagrado a partir da incidência normativa sobre a declaração de vontade, exprimida em ato unilateral ou em acordo visando a partilha dos bens que compõe a herança entre os herdeiros, seja de forma específica, ao nela se identificarem os elementos gerais do negócio, notadamente a participação de agente (sujeitos da sucessão), de declaração de vontade de partilhar uma herança (objeto), realizada em dado local e em dado tempo, e permeada pelas circunstâncias em que estão inseridos os titulares de uma herança ainda indivisa.

Já a verificação dos elementos categoriais dependerá da prévia qualificação deste negócio jurídico, notadamente na existência de categoria jurídica que o contemple, ao passo que os elementos particulares somente serão aferíveis na verificação individual dos negócios concretos.

Dentro da larga espacialidade dos negócios jurídicos, a partilha em vida enquadrar-se, como é possível pressupor já de seu *nomen iuris*, entre os negócios jurídicos de partilha.

Por força do princípio da saisine, com a morte do autor da herança, a propriedade desta transmite-se imediatamente a seus herdeiros legítimos e testamentários[844]. Porém, sendo a herança um conjunto unitário de bens ao qual é atribuída a natureza de bem imóvel, a saisine transmite a cada herdeiro apenas e tão somente uma quota ideal da herança, que permanece em estado de indivisão. Daí a necessidade da partilha, para pôr fim a tal unidade, partilhando a

---

[843] Segundo o autor, circunstâncias negociais são "aquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural,* que passa a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122).

[844] BRASIL. Código Civil. Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

herança por meio da definição dos bens ou direitos que irão compor a parcela a que cada herdeiro tem direito.

A compreensão do tema exige alguns apontamentos para que não se confunda direito à partilha, com negócio jurídico de partilha e ação de partilha, equiparação que poderia a levar a conclusões equivocadas em relação aos efeitos de cada qual[845].

À guisa de exemplo, o conceito de partilha oferecido por Clóvis Beviláqua acaba por permitir a confusão entre estes três significados do significante partilha. Segundo o autor, partilha é "a operação (...) que consiste na divisão dos bens da herança segundo o direito hereditário dos que sucedem, e na consequente e imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos, aos diferentes herdeiros"[846]. Esta definição, embora tecnicamente irreparável, reflete a partilha em uma configuração unitária, sem a decomposição de seus elementos, essencial para uma análise verticalizada sobre os requisitos e efeitos de cada qual, a justificar a investigação singular de partilha enquanto direito potestativo, negócio jurídico e ação.

A unicidade da herança, aliada à sua imediata transmissão aos herdeiros legítimos e testamentários, torna inexorável a atribuição a cada herdeiro o direito de partilhar aquela herança, e a respectiva submissão a vê-la partilhada. Trata-se, portanto, de direito potestativo[847], no âmbito do direito material, de partilha do acervo, e da respectiva submissão, em âmbito igualmente de direito material, a tê-la partilhada. Tendo tal natureza, pressupõe a pluralidade de herdeiros com direito à uma mesma herança (pois em caso de herdeiro único, haverá mera adjudicação da herança, em sua integralidade), e poderá ou não ser exercido por qualquer de seus titulares.

No campo do direito sucessório, partilhar não corresponde necessariamente a dividir, mas sim a partilhar a unidade da herança, como bem distingue Pontes de Miranda:

---

[845] Por exemplo, a afirmação (a nosso ver, equivocada) de que a partilha em vida necessariamente transfere imediatamente a propriedade dos bens partilhados aos respectivos herdeiros, na medida em que seria (equivocadamente) próprio de toda partilha "a imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos, aos diferentes herdeiros", como sustentou Clóvis Beviláqua.

[846] BEVILAQUA, Clovis. Direito das Sucessões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 374.

[847] Neste sentido: VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 986; SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro : Forense, 2019, p. 1.550. Em sentido aparentemente oposto, o Superior Tribunal de Justiça entende que o direito à sobrepartilha, aprioristicamente de mesma natureza que a partilha, se submeta a prazo prescricional, o que pressupõe a natureza de pretensão (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp n. 1.662.716/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/8/2022). Registre-se, também, a posição de Pontes de Miranda, que considera o direito à partilha como pretensão (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 302).

> Nem sempre parte quem divide; sem sempre divide quem parte. O direito romano colheu a essência das duas categorias quando distinguiu, precisamente, o campo da *actio familiae erciscundae* e o campo da *actio communi dividundo*, a ponto de só permitir que se usasse daquela uma vez. Por quê? Porque aquela se refere a uma relação que não é a da comunhão *pro indiviso* de direito das coisas puro. Se o monte partível se compõe de três prédios e os herdeiros são três, a partilha dos três, sendo um para cada herdeiro, não divide. Somente parte. Se são quatro os herdeiros e dois têm de ficar com num só prédio, em vez de se dividir, criou-se a indivisão: no entanto, partiu-se o monte e uma das linhas da partilha deixou de coincidir com as *coisas* e atravessou uma delas. Se esse prédio é divisível, ao tempo de se partilhar também se pode dividir o prédio, e então haverá partilha *mais* divisão. Ou se há de deixar para depois, como exercício de *actio communi dividundo*[848].

É justamente por se limitar a partilhar o todo indiviso, que a partilha não possui efeito de atribuição patrimonial. Ela nada confere ao herdeiro, senão o que ele já possui: ao especificar os bens que irão compor o quinhão do herdeiro, apenas transforma a fração que o herdeiro possuía sobre um patrimônio indiviso em um conjunto determinado de bens que outrora compunham a universalidade.

A atribuição da herança se dá por outro fato jurídico, distinto da partilha. Na sucessão legítima, a atribuição patrimonial se em razão (i) da vocação hereditária, atribuída pela lei, aliada à (ii) morte do autor da herança; na sucessão testamentária, a atribuição patrimonial dependerá (i) da nomeação do herdeiro testamentário, aliada à (ii) morte do autor da herança. Em ambos os casos, é a conjugação da atribuição sucessória ao evento morte que, pela *saisine,* atribui imediatamente a propriedade do quinhão hereditário ao herdeiro[849].

A partilha sucessória, portanto, não transmite propriedade, tampouco implica em atribuição patrimonial.

Embora também sua eficácia seja controvertida, divergindo a doutrina entre uma eficácia declaratória, constitutiva-modificativa e mesmo executiva, especificamente na partilha sucessória, a eficácia que prevalecente parece ser a constitutiva-modificativa, pois, ao estabelecer quais os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, apenas modifica o objeto da atribuição patrimonial, ainda que os efeitos desta modificação retroajam ao momento da abertura da sucessão, quando por força de vocação legal ou testamentária se deu a transmissão. Como esclarece Beviláqua, o direito brasileiro "considera que cada indivíduo nada adquire da parte de seus co-herdeiros, que cada um deles sempre foi senhor, desde a devolução da herança,

---

[848] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 304.
[849] GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das Sucessões. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 281.

do quinhão que lhe cabe, e que, portanto, a partilha é simplesmente um ato declarativo de propriedade"[850].

Assim, o que se passa com a partilha é a extinção do patrimônio outrora indiviso para viabilizar a especificação dos quinhões, com a consequência modificação/substituição da fração patrimonial que cada herdeiro possuía por um conjunto definido de bens ou direitos, a justificar seu caráter predominantemente constitutivo-modificativo. A retroatividade de seus efeitos, ainda que característica própria das eficácias declarativas, não é incompatível com a eficácia modificativa[851].

Não se nega tenha a partilha uma eficácia também declaratória, derivada, principalmente, da ficção legal de que aqueles bens pertenceram ao herdeiro desde a abertura da sucessão, a justificar a retroatividade de seus efeitos, mas entre as duas, atua com maior intensidade a eficácia modificativa. A seu turno, Pontes de Miranda, a partir do reconhecendo que a existência de um direito à partilha implica também o correspectivo dever de partilhar, sustenta que a partilha possui eficácia executiva, pela qual se cumpre, se executa o dever de partilhar[852]. Porém, mesmo que o raciocínio seja insofismável, nem toda partilha será realizada a partir de um dever de partilhar: o autor da herança que a partilha em seu testamento não possui dever de fazê-lo, como também não o tem o ascendente, ao realizar a partilha em vida. Mas em todos os casos, haja ou não dever de partilhar, haverá eficácia modificativa, a justificar sua preponderância.

Esta eficácia modificativa corrobora a constatação de que a partilha não tem por efeito a transmissão patrimonial: apenas modifica o que o herdeiro já possuía, a fração que já integrava seu patrimônio. Na feliz alegoria de Galvão Telles, "assim como um dique não é causa da força da água, mas abrindo-se permite que esta força se desenvolva"[853], não é a partilha que atribui a propriedade dos bens, mas apenas permite que a atribuição da fração de bem indiviso operada pela morte se desenvolva.

Sua natureza, nesta linha, é a de um direito potestativo modificativo, que não forma direito novo, mas apenas modifica o objeto de um direito de propriedade já existente, e em menor escala, extintivo, na medida em que põe fim à indivisibilidade da herança, e declarativo, pela ficção legal implícita na retroatividade de seus efeitos.

---

[850] BEVILAQUA, Clovis. Direito das Sucessões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 374.
[851] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos IV: funções, circunstâncias e interpretação. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 37.
[852] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 307.
[853] GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das Sucessões. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 30.

O exercício desse direito potestativo pode se realizar pelo próprio testador, pelos herdeiros, ou pelo testador em conjunto com os herdeiros, pressupondo para estas duas últimas hipóteses a existência de capacidade e de consenso de todos os sujeitos quanto à forma de partição. Na ausência de definição negocial quanto a partilha (seja unilateral ou plurilateral), esta será executada pelo Judiciário (CC, art. 2.016), a quem caberá atribuir a cada um bem ou conjunto de bens que corresponda ao seu quinhão hereditário, de acordo com os critérios do artigo 2.017 do Código Civil.

Daí já se constatar que nem toda partilha será composta por negócio jurídico, posto que poderá ser integralmente realizada por decisão judicial, de acordo com os parâmetros adotados pelo julgador, e não pelas partes.

Somente haverá negócio jurídico de partilha quando a divisão da herança for determinada por declaração de vontade voltada a desfazer a unicidade da herança mediante a definição dos bens que caberá a cada herdeiro. Desta forma, o negócio jurídico de partilha poderá ser realizado: (i) de forma unilateral, em testamento (CC, art. 2.014); (ii) após a abertura da sucessão, pelos herdeiros, por meio de negócio jurídico vertido em escritura pública ou em escrito particular homologado pelo Juízo de Sucessões (CC, art. 2.015); (iii) por meio de partilha em vida (CC, art. 2.018).

Realizada unilateralmente em testamento, a partilha compartilha da natureza do instrumento em que está inserida, razão pela qual é conhecida como partilha testamentária, expressamente prevista no artigo 2.014 do Código Civil: “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”.

Nestes termos, a partilha nada mais será do que uma das diversas disposições testamentárias permitidas ao autor da herança. É nítida a intenção do dispositivo de ampliar a autonomia do testador, permitindo-lhe, além da nomeação de herdeiros e atribuição de legados, também a indicação dos bens que irão compor cada quinhão hereditário. Acresce-lhe, portanto, a faculdade de incluir disposições distributivas da herança.

O dispositivo sobreveio no Código Civil de 2002, não tendo correspondente na codificação anterior, embora encontre equivalente no código civil alemão (§2.048) e suíço (art. 608). Em comum, nos três ordenamentos a partilha deliberada pelo testador é de observância obrigatória, não sendo permitido aos herdeiros deliberar de forma diversa. Também os três sistemas subordinam o poder de partilhar à observância quantitativa da parcela compulsória reservada aos herdeiros necessários, ainda que o façam em diferentes graus.

No direito alemão e no suíço, em que é dado ao testador até mesmo retirar de determinada pessoa a qualificação de herdeiro, a não observância da parcela compulsória apenas cria para o prejudicado uma pretensão em dinheiro contra os herdeiros beneficiados.

Entre nós, uma vez realizada a liquidação do acervo hereditário pelo próprio testador, desde que respeitada quantitativamente a quota de cada herdeiro, ao juiz caberá apenas a homologação da partilha já realizada[854]. A competência atribuída ao testador, aliada à inclusão da expressão "que prevalecerá" no texto legal, autorizam a conclusão de que tal partilha se submete apenas ao respeito quantitativo das quotas hereditárias[855], sobretudo da legítima reservada aos herdeiros necessários, não se submetendo aos critérios qualitativos sobre a natureza e qualidade dos bens[856], próprios da partilha judicial. Se, no entanto, a partilha testamentária implicar atribuição de quinhão em valor inferior ao da parcela legítima a que o herdeiro teria direito, as demais disposições testamentárias serão reduzidas até a satisfação da legítima, tal como previsto no artigo 1.967 e seguintes do Código Civil.

Esta partilha em testamento difere da simples atribuição de legados entre os herdeiros, justamente por ser impositiva aos herdeiros, de modo a não lhes permitir a faculdade de renunciar aos legados para receber a legítima, como permite o art. 1.808, 1, do Código Civil[857].

Por derradeiro, convém reiterar que, como é comum a todas as espécies de partilha, a partilha testamentária não implica, *per se*, atribuição patrimonial. Seu efeito é apenas o de delimitar quais os bens irão compor o quinhão de cada herdeiro, seja o quinhão a ele atribuído por força da sucessão legítima ou da sucessão testamentária.

Paralelamente à partilha testamentária, quando realizada por negócio jurídico consensual posteriormente à abertura da sucessão, a partição da herança é chamada de partilha amigável, e por ela os herdeiros executam seu direito de partilhar, ficando a partir de então vinculados à distribuição dos bens que compunham a herança, inexistindo direito de arrependimento face sua natureza contratual.

---

[854] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 792.

[855] É também a posição de Mauricio Bunazar: "os herdeiros têm o direito de exigir que sua legítima seja respeitada, mas não têm o direito de exigir quais bens devem compor a legítima" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 4).

[856] BRASIL. Código Civil. Art. 2.017. No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível.

[857] BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo. §1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.

A partilha amigável é negócio jurídico solene[858], que pode ser realizado de três formas: "por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz"[859]. Constituem elementos essenciais deste negócio jurídico a participação de todos os herdeiros[860], sendo insuficiente a deliberação majoritária, bem como a capacidade civil dos mesmos, razão pela qual não pode ser realizada quando um dos herdeiros for menor de idade ou curatelado.

Realizada nos próprios autos do inventário, por escritura pública ou por escrito particular homologado pelo juízo, tem sua eficácia submetida a elemento integrativo, seja ele a homologação judicial ou a aprovação pelo tabelião de notas, quando realizado por meio de escritura pública (CC, art. 2.015)[861]. Esta integração se realiza não mais no plano do direito material, mas no plano processual[862], com o qual se torna completa.

---

[858] Considera-se negócio solene aqueles "cuja forma é taxativamente fixada em lei, ou seja, é vinculada, constituindo elemento essencial do negócio jurídico (*forma ad substantiam*). (...) Embora hoje vigore o princípio geral da liberdade das formas (art. 107 do Código Civil), há aplicações excepcionais do requisito de forma necessária ou vinculada, tendo a forma a função de assegurar, contra a dúvida, a univocidade do ato, bem como a de garantir a sua seriedade. Modernamente, só os negócio jurídicos mais importantes são sujeitos a formas especiais, *v.g.*, a maior parte dos negócios de família e os negócios *mortis causa*" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 30).

[859] BRASIL. Código Civil. Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

[860] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 436.

[861] Há interessante debate doutrinário em relação ao negócio de partilha amigável realizado por escrito particular enquanto não submetido à homologação. A maior parte da doutrina considera a homologação como requisito de forma, e de consequência, toma por inválida a partilha amigável que não foi homologada. Comungam desta posição Carlos Maximiliano (Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 324), Gerson Fischmann (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 14. Coord. Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175), Silvio Rodrigues (Direito Civil. v. 6. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 247), Orlando Gomes (Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992, p. 09), Orlando de Souza (Partilhas amigáveis. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 14); Maria Isabel do Prado (Comentários ao Código Civil Brasileiro. Vol. XVII. Coord. Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 551); Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*Curso de Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 592). Em posições minoritárias, Antônio Junqueira de Azevedo entende tratar-se de fator de eficácia em geral, que embora não prejudique a validade do negócio, torna-o ineficaz até mesmo entre os signatários (Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57). Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 312) e José Fernando Simão (SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.550) sustentam que a homologação é elemento integrativo restrito ao plano processual, reconhecendo, portanto, não só a validade como também a eficácia obrigacional daquele negócio entre seus signatários, mesmo antes da homologação, sendo esta a posição adotada também na presente pesquisa.

[862] Nestas hipóteses, mesmo quando a partilha depender de homologação judicial ou ato notarial, não perderá sua natureza de negócio jurídico, mas apenas submete a eficácia desta a um elemento integrativo, seja ele a homologação judicial ou a aprovação notarial. Neste sentido: "A regra não é ser amigável a partilha; a partilha amigável é excepcional e toma o caráter negocial dependente de integração. Não é muito diferente o que ocorre com outros negócios jurídicos que têm de ser feitos nos autos, ou fora deles, mas juntáveis, e integrados pelos juízes. (Note-se que, na partilha amigável, a eficácia preponderante está ligada a momento *antes* da sentença, ainda

Quanto aos seus efeitos, tal como a partilha testamentária, presta-se apenas à definição consensual sobre o modo de distribuição dos bens da herança entre os herdeiros, não tendo eficácia atributiva da propriedade. Como esclarece Pontes de Miranda, é ato "puramente de direito material pelo qual os interessados cumprem a sua obrigação de partilhar"[863], enfatizando João Pedro Biazi que a atribuição patrimonial não decorre do negócio jurídico de partilha, mas da sucessão *causa mortis*, especificamente a abertura da sucessão, regida pelo princípio da saisine[864].

Realizadas após a abertura da sucessão (momento em que se realizada a atribuição patrimonial da herança) a doutrina majoritária reconhece nas partilhas amigáveis um ato apenas declaratório da propriedade, cuja transmissão lhe antecede[865], a corroborar, novamente, a ausência de efeito atributivo.

Anota Euclides de Oliveira que esta modalidade de partilha não exige igualdade de valor entre os quinhões, pois "fica a critério dos interessados transigir na medida de suas conveniências, de sorte a estabelecer a partição dos quinhões conforme lhes pareça mais

---

quando dependa da homologação; a sentença, embora quando necessária, é *posterius*)" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 312). Antônio Junqueira de Azevedo apresenta idêntica conclusão, ainda que preferindo a designação fator de eficácia: "Além do advento do evento nos negócios sob condição suspensiva, são casos de fatores de atribuição da eficácia em geral (letra 'a' supra) mais os seguintes: a recepção da declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes do contrato se comprometeram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele submetidos; a homologação, pelo juiz, da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular" (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57).

[863] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 312.

[864] "Vale mencionar que tanto a doação como o testamento são negócios jurídicos de atribuição patrimonial, pois por meio deles há a perda, limitação ou disposição de direitos patrimoniais. (...) É pela constatação do gênero *partilha* que se verifica o equívoco de se compreender uma das suas espécies, a partilha em vida feita por ato entre vivos, como doação. Ao vislumbrar a partilha em vida dessa forma, reconhece-se um fluxo de patrimônio entre os participantes da partilha. Como vimos no ponto anterior, a partilha não é a responsável por qualquer atribuição patrimonial aos herdeiros. Tal atribuição é dada não pelo negócio jurídico, mas pela abertura da sucessão, por força do *droit de saisine"* (BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 7).

[865] Neste sentido: BEVILAQUA, Clovis. Direito das Sucessões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 374; CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 405; OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventário e partilha: teoria e prática. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 409; MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 324. Em sentido contrário, Pontes de Miranda reconhece na partilha eficácia preponderante executiva (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 303-322).

adequado"[866], o que pode ser feito inclusive pela atribuição de usufruto em favor de um ou alguns dos herdeiros e da nua propriedade a outros.

Há aqui um ponto relevante. O negócio jurídico de partilha amigável, embora tenha como cerne do conteúdo contratual a partilha (especificação dos bens que irão compor cada quinhão hereditário), apresenta também conteúdo do negócio jurídico de transação, como bem apontado por Euclides de Oliveira. Enquanto o conteúdo de partilha se prestará a especificação dos bens e a extinção da herança indivisa, o de transação terá por função jurídica pôr fim a uma controvérsia[867], mediante concessões recíprocas voltadas a evitar um litígio futuro ou pôr fim a uma situação de insegurança, como por exemplo, a lide objeto da partilha judicial.

É o negócio de transação que permite aos herdeiros, na partilha amigável, determinar como será a composição de cada quinhão, mesmo que o resultado do acordo acarrete desigualdade quantitativa a um dos herdeiros, cujos bens atribuídos tenham valor inferior ao do quinhão ao qual teria direito. Tratando-se de direito patrimonial e disponível, ao qual o herdeiro pode inclusive renunciar integralmente (CC, art. 1.804, parágrafo único), a transação pode não só deliberar por quinhões quantitativamente desiguais, como estabelecer que um herdeiro nada receba, desde que presente a declaração expressa de renúncia por meio da forma legalmente exigida, notadamente, a escritura pública ou termo nos autos (CC, art. 1.806).

Esta alternativa à igualdade de quinhões pretendida pela legislação (CC, art. 2.017) configura claro espaço de liberdade positiva reconhecido aos sujeitos da sucessão hereditária, que admite inclusive a disposição da própria legitima. E nem poderia ser diferente pois, se é dado ao herdeiro o poder de disposição integral sobre sua quota hereditária, seja ela legítima, necessária ou testamentária, podendo inclusive a ela renunciar, por certo poderá também consentir recebê-la em quinhão maior ou menor do que aquele ao qual teria direito.

A pressuposta capacidade dos partilhantes e a disponibilidade do direito à herança subtrai do juiz a faculdade de recusar a homologação de uma partilha amigável desigual em

---

[866] OLIVEIRA, Euclides de. Comentário ao artigo 2.018. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. Vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191.

[867] "A transação é negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia. Não importa (...) a proveniência desta, se de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público. (...) A partilha amigável entraria aí." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 179).

razão de seu conteúdo, posto que não lhe é dado interferir na autonomia privada dos partilhantes, cabendo-lhe apenas a verificação dos requisitos formais do negócio[868].

Como terceira espécie de partilha negocial, há o negócio jurídico de partilha em vida, realizado de forma unilateral pelo ascendente ou em conjunto com seus herdeiros, a ser explorada ao longo deste capítulo, bastando, por ora, que seja incluída dentre as espécies de negócio jurídico de partilha.

Este breve recurso aos negócios jurídicos de partilha é suficiente a permitir a compreensão de duas espécies de negócios jurídicos de partilha, bem assim os elementos categoriais de cada uma.

A primeira, realizada por negócio jurídico unilateral de partilha, realizado por testamento e que, por se apresentar como uma das possíveis disposições testamentárias, deve apresentar os mesmos elementos categoriais do testamento, submetendo-se igualmente a todas as restrições próprias de seu regime jurídico, como a observância da parcela compulsória que cabe a cada herdeiro, bem como os elementos categoriais da partilha, como a existência de herdeiros; de uma herança indivisa; e a declaração de vontade voltada a especificar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro.

A segunda, veiculada por negócio jurídico bilateral ou plurilateral de partilha amigável, que tem por elementos categoriais a participação de todos os herdeiros; a existência de uma herança indivisa; a declaração de vontade voltada a especificar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro; a exigência de que a declaração tome a forma escrita e seja integrada por ato de autoridade pública competente (notário ou magistrado).

Encerra o procedimento voltado à completude da partilha a fase estatal, seja ela judicial ou extrajudicial. Em razão da nomenclatura "partilha" servir tanto ao negócio jurídico quanto ao procedimento judicial ou extrajudicial, é preciso atentar que o plano material e o plano processual se confundem[869]. Quando apresentado o negócio jurídico de partilha nos autos de

---

[868] "Conclui-se que, se a partilha amigável contiver apenas partes capazes, o juízo sucessório fará a análise formal do negócio jurídico, analisando a aplicação das regras estruturais, de modo que, não havendo embaraços, chancelará a vontade das partes. Não há, em tal situação, por parte do órgão jurisdicional em emissão, propriamente juízo em torno do "mérito do processo" ou interferência na "autonomia da vontade" dos envolvidos" (MAZZEI, Rodrigo Reis. Comentários ao Código de Processo Civil. v. XII. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 813).

[869] "No dizer elegante de Clóvis do Couto e Silva, a sentença homologatória não *processualiza* o negócio homologado, e nem o regime jurídico para os efeitos de invalidade é o peculiar ao da sentença de mérito. Distingue ele de contínuo a sentença homologatória do ato que se visou homologar, isto é, do negócio jurídico de partilha, por isso que a sentença homologatória é ato jurisdicional submetido às regras de Direito Processual enquanto o negócio jurídico subordina-se às normas concernentes ao direito material à sua validade" (GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992, p. 10).

inventário, seja ele por termo nos autos ou escrito particular, a homologação do juiz será elemento integrativo do negócio, no plano de sua eficácia[870], tal como o será a aprovação pelo tabelião de notas, que lavrará o negócio jurídico em escritura pública.

Estas distinções são fundamentais para compreender que, ao contrário do que se poderia extrair do conceito de Clóvis Bevilaqua acima reproduzido, nem toda partilha levará à "imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos, aos diferentes herdeiros", já que a estipulação relativa à divisão dos bens pode se dar em momento anterior ao de sua adjudicação, como ocorre na partilha realizada em testamento, cuja distribuição é contemporâneo à realização do testamento e a execução somente se dará após a morte do testador.

Revisitadas as espécies de partilha, é possível desde já afirmar que, tal como elas, a partilha em vida será espécies de negócio jurídico de partilha, que não se confunde com o direito à partilha, com a ação de partilha, ou ainda com a operação de partilha que compreende o exercício do direito, o negócio de partilha e sua respectiva ação.

Tal como a categoria partilha não se apresenta de forma unitária, em apenas uma configuração ou com um regime jurídico (mas em diversas espécies e conformações), também o negócio jurídico de partilha em vida não se resume a uma estruturação unitária. Pelo contrário, uma vez mais parece ter sido a tentativa doutrinária de atribuição de uma natureza e de um regime jurídico único, comum às espécies de partilha em vida, o gérmen de tamanha divergência na doutrina a ponto de Beviláqua a ela se referir como "fonte fecunda de questões".

Segundo a redação do artigo 2.018 do Código Civil, a partilha em vida pode ser realizada "por ato entre vivos ou de última vontade, desde que não prejudique a legítima dos

---

[870] "Nos negócios jurídicos, exclusivamente, enquanto os elementos nucleares (cerne e completante) dizem respeito à sua existência e os complementares, à sua validade ou eficácia, há espécies em que são necessários atos jurídicos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que o integram, mas, apenas, no plano da eficácia. Esses atos integrativos, como os denominamos, não compõem o suporte fáctico do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico.(...) "Três nos parecem ser as espécies de fatores de fatores de eficácia: a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos deles: (...) Além do advento do evento nos negócios sob condição suspensiva, são casos de fatores de atribuição da eficácia em geral (letra 'a' supra) mais os seguintes: a recepção da declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes do contrato se comprometeram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele submetidos; a homologação, pelo juiz, da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57 e 99-100).

herdeiros necessários"[871], a revelar uma dualidade de espécies: uma vertida em ato "entre vivos", no plural, a evidenciar hipótese de negócio jurídico consensual; outra "de última vontade", que inexoravelmente traz a mente o negócio jurídico unilateral de testamento.

Estes dois modelos remetem à *divisio parentum inter* e ao *testamentum parentum inter líberos* do direito romano, bem como à *donation-partage* e ao *testament-partage* que lhes deu continuidade na Código Civil dos franceses de 1804 e que, como já apontado, pode ser uma das causas de tantas imprecisões e controvérsias na análise da partilha em vida brasileira, sobretudo nas tentativas de dela extrair um regime comum a ambas as figuras.

A dificuldade em sustentar uma natureza e um regime jurídico unitário que consiga apreender estas duas subespécies foi enfrentada também a outros ordenamentos, na linha da já citada constatação de Troplong[872], mas também por Carvalho Santos em âmbito nacional:

> "Os autores franceses consideram a determinação da natureza jurídica das partilhas em vida uma das mais vastas e controvertidas da jurisprudência, porque os caracteres de um tal ato variam conforme se trate duma partilha testamentária ou de uma doação-partilha, cujas numerosas dificuldades resultam da dualidade da matéria"[873].

A confirmar a origem da problemática, revisitando as divergências da doutrina destacadas por Adolpho de Rezende, encontra-se justamente características próprias de uma modalidade ou de outra, e de difícil, ou mesmo impossível, atribuição unitária. Diz o autor: "as conclusões dos Doutores são vacillantes e incertas, ora considerando definitivo e irrevogável o acto, ora reputando-o revogável pela vontade do pai, ora como um, méro adeantamento de legitima, que não suppre a partilha post mortem"[874]. Cogitada a modalidade testamentária, parece natural que a partilha seja revogável, como qualquer disposição testamentária, ao passo que entabulada por meio de contrato, teria de ser considerada irrevogável, sob pena de

---

[871] BRASIL. Código Civil. Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

[872] "Desde que a nova 107, que nesse ponto formou o último estado da jurisprudência, regulou ao mesmo tempo as formas de testamento *inter liberos* e de partilha *inter liberos*, esses dois tipos de atos foram frequentemente confundidos, e daí surgiram longas controvérsias. Mas essas duas coisas são muito diferentes uma da outra. No original: "Comme la novelle 107, qui formait sur ce point le dernier état de la jurisprudence, réglait en même temps les formes du testament inter liberos, et du partage inter liberos, il ost arrivé qu'on a souvent confondu ensemble ces deux genres d'actes, et de là sont nées de longues controverses. Mais ces deux choses sont très-différentes l'une de l'autre" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 73).

[873] CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 390.

[874] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 297.

descaracterizar o regime jurídico do ato que lhe dá suporte. Seria inviável, assim, um regime jurídico unitário a estas diferentes conformações.

A complexidade se torna ainda maior no direito brasileiro, já que, como notou Orlando Gomes, embora tanto o ordenamento brasileiro quanto o francês reconheçam a natureza testamentária da partilha em vida realizada em ato de última vontade, quando realizada entre vivos o nosso "Código Civil não determinou, como o francês, que a 'divisio inter liberos' se deva reger pelas regras atinentes às doações"[875], dando azo, novamente, a divergências profundas. Nesta configuração, tratando-se de verdadeiro contrato sucessório excepcionalmente admitido, parece aproximar-se mais das figuras da Erbvertrag do direito alemão e dos pactes successoraux do direito suíço do que simplesmente com o contrato de doação, mormente face a limitação de sua regulamentação a um único dispositivo legal, e em decorrência, o maior espaço de liberdade positiva na configuração deste negócio.

Não parece possível, portanto, estabelecer um regime jurídico único para as duas espécies de partilha em vida.

De comum, não resta dúvida que tanto a partilha em vida "por ato entre vivos" quanto a partilha em vida por ato "de última vontade" são espécies de negócio jurídico; que ambas têm por finalidade partir o patrimônio hereditário pela definição dos bens ou direitos que irão compor o quinhão de cada herdeiro; e que ambas são realizadas "em vida", qualificativo que não diz respeito ao momento da produção de seus efeitos, mas sim ao momento em que é realizada, elemento essencial geral do negócio jurídico que determina o momento em que este ingressa no plano da existência. Afinal, ambas as espécies são realizas durante a vida do autor da herança, em oposição às partilhas amigáveis e a judicial, realizadas após a abertura da sucessão de forma consensual entre os herdeiros ou adjudicativa pelo juiz de Direito, respectivamente[876]. Por fim, do elemento temporal decorre ainda um requisito subjetivo: terá sempre como ao menos um de seus sujeitos o autor da herança por ela partilhada.

Para além destes elementos comuns, há diversidade em suas configurações e, de consequência, no regime jurídico de cada qual.

Basta pensar, ainda a título introdutório, que embora ambas sejam negócios jurídicos, uma é negócio unilateral, enquanto a outra é bilateral ou plurilateral, a permitir designa-la como contrato. Enquanto unilateral e de última vontade, parece natural seja revogável, ao passo que

---

[875] GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992, p. 3.

[876] Não há equivalência, porém, entre as expressões "em vida", que qualifica este gênero de partilha, e a expressão "por ato entre vivos", que caracteriza uma de suas espécies.

a partilha de configuração contratual parece se revestir da irrevogabilidade própria desta categoria. E mesmo quanto aos efeitos, é possível cogitar que a partilha por 'última vontade' apenas produza efeito após a abertura da sucessão, ao passo que a partilha em vida contratual poderia ser eficaz desde sua elaboração.

Neste ponto já é possível afirmar a verdadeira impossibilidade de qualificar ambas as espécies de partilha em vida sob uma mesma natureza, ou de a elas atribuir o mesmo regime jurídico, sob pena de apenas dar continuidade à insegurança sobre o tema, o que em nada contribui para seu desenvolvimento ou para a segurança jurídica. Pelo contrário, parece fecundo olhar para o passado e dele colher as valiosas lições que permitam ir além daquilo que já foi trilhado ou construído. Se já no século XIX Troplong advertia que "esses dois tipos de atos foram frequentemente confundidos, e daí surgiram longas controvérsias"[877], é imperioso construir um modelo jurídico para a partilha em vida que leve em consideração a configuração de cada qual, sob pena de repetir as inexitosas propostas de uma concepção unitária.

Antes, porém, de ingressar na construção do modelo jurídico de cada uma destas espécies de partilha em vida, salutar questionar desde já a posição encontrada na doutrina brasileira que, por influência das fontes francesas, acaba por equiparar as espécies de partilha em vida à doação ou ao testamento[878].

---

[877] No original: "Comme la novelle 107, qui formait sur ce point le dernier état de la jurisprudence, réglait en même temps les formes du testament inter liberos, et du partage inter liberos, il ost arrivé qu'on a souvent confondu ensemble ces deux genres d'actes, et de là sont nées de longues controverses. Mais ces deux choses sont très-différentes l'une de l'autre" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 73).

[878] BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 1.001; CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 393; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. III. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 900; GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980; DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 484-485; CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 482-483; TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 660-662; VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437; VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 459-461.

Se no Código Civil dos franceses há expressa equiparação entre tais atos[879], conforme se extrai de seu artigo 1.075, o mesmo não ocorre na codificação brasileira, que como apontado por Astolpho de Rezende[880], Silvio Rodrigues[881] e Eduardo de Oliveira Leite[882].

Pelo contrário, o Código Civil apresenta a partilha em vida como negócio jurídico autônomo, inclusive nominado, sem fazer qualquer referência à doação ou ao testamento no texto do art. 2.018. Há ainda três razões ordinariamente invocadas para justificar a distinção entre a partilha em vida e estes negócios jurídicos.

A primeira é que, pressuposta a equiparação entre estes negócios jurídicos, não haveria qualquer necessidade ou utilidade à previsão legal da partilha em vida. Como observa João Pedro Biazi, "outro problema que emerge da compreensão da partilha em vida como doação ou testamento é a própria inutilidade do art. 2.018. Ora, se a partilha em vida nada mais fosse do que doação ou testamento, dois negócios jurídicos típicos, de nada serviria o disposto no art. 2.018"[883], crítica compartilhada por Maurício Bunazar ao lembrar "antiga máxima hermenêutica segundo a qual, em regra, a lei não tem palavras inúteis"[884].

A segunda é que os efeitos jurídicos destas figuras são diversos. Como já evidenciado, a partilha não implica atribuição patrimonial, efeito decorrente, na doação, do negócio jurídico seguido da tradição ou do registro, e no testamento, da conjugação da designação testamentária cumulada com o fato morte. Embora a partilha defina os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, ao fazê-lo apenas modifica o objeto da atribuição, sem nada de novo atribuir. Pelo contrário, a presunção legal, explicitada por Bevilaqua, é fazendo retroagir seus efeitos à abertura da sucessão, quando por força de atribuição legal ou testamentária se deu a transmissão patrimonial.

---

[879] FRANÇA. Code Civil. Art. 1.075. Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second. Em tradução livre: Qualquer pessoa pode distribuir e dividir os seus bens e direitos entre os seus herdeiros presumidos. Esta partilha pode assumir a forma de uma doação partilhada ou de um testamento partilhado. Está sujeita às formalidades, condições e regras prescritas para as doações inter vivos, no primeiro caso, e para os testamentos, no segundo.

[880] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 299.

[881] RODRIGUES, Silvio. Partilha. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. Vol. 57. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 208.

[882] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 804.

[883] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 9.

[884] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 6.

A terceira é que, considerando como elementos essenciais que qualificam determinado contrato as pessoas, o objeto e as funções jurídica e econômica[885], é nítida a distinção entre os três negócios jurídicos. Quanto ao elemento subjetivo, a partilha em vida está textualmente limitada ao ascendente, restrição que não é encontrada na doação ou no testamento. No que refere ao elemento objetivo, a partilha em vida tem por objeto a herança ou parte dela, elemento compartilhado apenas pelo testamento, não pela doação. Por fim, enquanto a função jurídica da partilha em vida é pôr fim à unicidade da herança por meio da definição dos bens que compõe cada quinhão hereditário, a da doação é transmissão de propriedade, e a do testamento pode ser tanto uma quanto a outra, a depender se a disposição é de instituição de herdeiro ou de partilha dos bens do testador. Inexiste, portanto, identidade entre os elementos essenciais que justifique uma total equiparação entre estes negócios jurídicos, tendo cada qual contornos próprios.

Mesmo a legislação francesa, fonte da equiparação, antes de submeter tais figuras ao regime jurídico da doação e do testamento, as qualifica como partilhas, sendo esta a sua essência e funcionalidade, que apenas se aglutina aos negócios jurídicos de doação e do testamento, o que permite afirmar que nem mesmo o direito francês estabelece equiparação plena entre partilha em vida, doação e testamento. Pelo contrário, encontra-se na doutrina francesa, no século XIX[886] e ainda hoje[887], argumentos contrários à equiparação entre partilha em vida e doação ou testamento, preferindo lhe reconhecer natureza jurídica própria e complexa, que não se confunde ou restringe àqueles negócios jurídicos.

A apuração da natureza jurídica de cada espécie tornará mais clara a distinção entre a partilha em vida, doação e testamento, permitindo assim traçar o perfil dogmático e as potenciais funcionalidades de cada uma.

3.3. O PERFIL DOGMÁTICO DA PARTILHA EM VIDA POR ATO DE ÚLTIMA VONTADE.

Sendo espécie do gênero partilha em vida, a partilha em vida “por ato de última vontade” comunga das características daquela: é negócio jurídico de partilha, formado,

---

[885] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17.
[886] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 73.
[887] "A partilha por liberalidade é, portanto, um instituto complexo que concentra em um único ato os efeitos das liberalidades, da devolução, da transmissão e da partilha das sucessões (arts. 1075 a 1080)" (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris: LGDJ, 2022, p. 625).

portanto, por declaração de vontade vocacionada a determinar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro quando da partição da herança. Sendo partilha, não implica atribuição patrimonial, que decorrerá do evento morte e da atribuição legal, ou do evento morte e da atribuição testamentária, mas nunca da partilha, que se limita a especificar os bens que irão compor dada fração da herança, enquanto patrimônio indiviso.

Em que pese seja um negócio jurídico de partilha, a remissão legal à forma "por ato de última vontade" faz questionar se esta espécie de partilha em vida se confundiria com o testamento, ou ao menos teria sua instrumentalização restrita a ele.

Disposição de última vontade consiste, segundo Lacerda de Almeida, é aquela realizada para ter "vigor ainda depois de sua vida terrena, e para dar-lhe (ao falecido) a mais completa satisfação". Para o autor, "são da essência destas disposições ter efeito depois da morte; até então reputam-se não existentes, ou, melhor, são atos inteiramente do domínio de seu autor, que os pode alterar, substituir e suprimir"[888], citando como espécies de disposição de última vontade o testamento e o codicilo[889].

Tendo por cenário jurídico o direito civil brasileiro de 1916, Pontes de Miranda reconhece que "os testamentos e os codicilos são negócios jurídicos, unilaterais, a causa de morte", mas não limita a categoria a estes dois instrumentos, pontuando que "há outros negócios jurídicos a causa de morte, isto é, que somente têm eficácia com a morte de alguém"[890], mas estes outros negócios jurídicos teriam eficácia desde sua consumação e seriam irrevogáveis. De fato, na vigência do Código Bevilaqua, o direito brasileiro admitia ao lado do testamento outros negócios *causa mortis*, como a doação e pacto sucessório entabulado em convenção antenupcial[891], porém, estas duas últimas espécies foram extirpadas pelo Código Civil de 2002.

Como as revogações tiveram por objeto os negócios jurídicos *causa mortis* consensuais, a categoria dos negócios jurídicos unilaterais a causa de morte permaneceu

---

[888] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, pág. 195.

[889] "As disposições de última vontade podem ter em vista instituir herdeiro, ou dispor simplesmente de bens, e até de outros interesses, embora de ordem não patrimonial. No primeiro caso temos o testamento, no segundo o codicilo. A palavra testamento, porém, serve para designar uma e outra forma de disposições, vindo a ser sinônimo de ultima vontade ou de disposições causa mortis" (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, pág. 197).

[890] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 153.

[891] "Denominam-se atos jurídicos mortis causa os que entram em vigor pelo falecimento do disponente e em regra se aplicam ao espólio do mesmo. (...) Havia três espécies daqueles institutos, isto é, três meios legais para iludir e anular a expectativa de direito dos herdeiros legítimos: o testamento – ato unilateral, a doação causa mortis e o pacto sucessório – bilaterais. (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 351). No mesmo sentido: NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. p. 22.

intocada no direito civil vigente, e conforme Pontes de Miranda, limitada ao testamento, de maior amplitude, e ao codicilo, assim considerado como ato de última vontade "que se configura a partir de escrito particular datado e assinado, sendo restrito a disposições de pequeno valor, a estipulações especiais sobre o enterro do declarante e a nomeação ou substituição de testamenteiros"[892]. Tendo por referência a partilha em vida, cujo desiderato é a definição dos bens que irão compor os quinhões dos herdeiros necessários, a limitação do codicilo a "disposições de pequeno valor" parece incompatível com a partilha em vida, restando apenas perquirir sua equiparação com o testamento.

Para tanto, o primeiro passo é verificar se o tipo negocial do testamento possui um regramento suficientemente nítido e amplo a ponto de permitir a incorporação do negócio de partilha em sua estrutura, sem desnaturar sua disciplina jurídica[893].

No direito romano, o testamento tinha como conteúdo essencial a nomeação de herdeiro, sendo esta sua razão fundamental. Houvesse ato de última vontade sem instituição de herdeiro, seria apenas codicilo, e não testamento. As disposições patrimoniais não eram qualificadas como essenciais, mas acaso realizadas, obrigatoriamente teriam de destinar o patrimônio de forma unitária e em sua integralidade[894].

Este perfil, justificado por razões econômicas, políticas e mesmo religiosas, perdeu a razão de ser e não foi recebido pelas legislações modernas, que calcadas na liberdade testamentária e no poder de disposição patrimonial, abandonaram a instituição de herdeiro como elemento essencial à validade do testamento[895], passando a adotar como elemento essencial à disposição patrimonial, ainda que parcial, como se extrai do artigo 1.626 do Código Civil brasileiro de 1916, e indicado por Orosimbo Nonato em 1957 também no Código Civil português (art. 1.739), italiano (art. 759), francês (art. 895), espanhol (art. 667), argentino (art. 3.607), chileno (art. 779), colombiano (art. 443) e cubano (art. 667). Não por outra razão Itabaiana de Oliveira afirmava que "o conceito essencial e característico do testamento é a disposição de bens para depois da morte"[896].

---

[892] MAZZEI, Rodrigo. Ensaios sobre o direito das sucessões: direito material e processual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 161-162)
[893] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 27.
[894] NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 71-73.
[895] DIAS FERREIRA, Código Civil Comentado, v. 6, pag. 80, *apud* NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 80.
[896] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. II. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 428.

A centralidade da disposição patrimonial como elemento caracterizados do testamento perdura na doutrina brasileira. Zeno Veloso afirma que o Código Civil brasileiro 1916 definiu o testamento como "o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte"[897], apontando o autor o grande defeito da norma teria sido restringir o conteúdo do testamento às disposições patrimoniais.

A doutrina contemporânea ao Código de 1916 entendia que o preceito "disposição" não compreendia apenas o poder de atribuir o direito à herança a determinada pessoa (nomeação de herdeiro) e de atribuir um bem ou conjunto de bens certos ou determináveis (atribuição de legado). Ante a inexistência de uma regra positivada que autorizasse ao testador proceder a partilha dos bens, divergia a doutrina quanto a esta possibilidade, e o recurso histórico a essa divergência é ponto fundamental para a compreensão dos perfis contemporâneos da partilha testamentária e da partilha em vida por disposição de última vontade.

Itabaiana de Oliveira sustentava que o testador somente poderia partilhar os bens da parcela disponível caso fossem todos de mesma natureza (móveis, imóveis, direitos ou ações). Caso houvesse bens de diferentes naturezas, não poderia fazê-lo, pois a legítima teria de contemplar a metade de todos estes bens, evitando assim a composição da disponível pelos melhores bens e a da legítima pelos piores. Inobstante, admitia, em nota de rodapé, que "o testador pode, entretanto, legar determinados bens, cujo valor caiba em sua cota disponível. Neste caso, não se tratando de herança testamentária e sim de legado, é lícito ao testador assim proceder"[898], o que, permissa vênia, em pouco modifica o aventado risco de prejuízo à legítima.

Referendando a ausência de uma liberdade de partilhar (determinar os bens que irão compor) a parcela disponível da herança, Carlos Maximiliano sufraga existir divergência sobre o tema, apontando que na prática forense o que era amplamente admitido é que o testador fizesse a atribuição dos bens por meio de legados[899].

Portanto, não existia uma disposição legal expressa que autorizasse ao testador proceder a partilha dos bens que compõe a parcela disponível de sua herança, sendo o tema controverso na doutrina e aceito em maior extensão apenas quando a atribuição era feita por meio de legados, e não de partilha.

---

[897] VELOSO, Zeno. Testamentos. 2 ed. Belém: CEJUP, 1993, p. 21-22. Em igual sentido e tendo por parâmetro a mesma legislação, para Itabaiana de Oliveira o "testamento é o o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo em parte, do seu patrimônio, para depois da morte" (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. II. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 427).

[898] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. II. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 631.

[899] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 25.

Quanto ao poder de partilhar, ele próprio, a legítima dos herdeiros necessários, a doutrina era mais restritiva, sendo majoritária a corrente que não admitia tal faculdade ao testador. Clóvis Bevilaqua defendia que "o testador não pode, sob color de converter em outras espécies os bens da legítima, escolher, no acervo hereditário, os melhores bens para aquinhoar certos herdeiros"[900]. Carlos Maximiliano esclarece que para esta corrente, não existiria liberdade de testar nem qualitativa nem quantitativa quanto a legítima[901], porém, tanto ele quanto Orosimbo Nonato criticam esta posição, afirmando este que "a orientação do direito moderno é outra. Uma vez que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários, a faculdade de que se trata é deferida ao pai, em partilha, por atos entre vivos ou de última vontade (art. 1.776 do Código Civil brasileiro)"[902]. A abertura para a liberdade estava, portanto, na partilha em vida.

Esta breve incursão na doutrina brasileira do século XX revela que, na ausência de regra legal permissiva, ante a intangibilidade da legítima, não poderia o testador partilhar os bens que compõe a legítima dos herdeiros necessários. Não havia um poder de disposição qualitativo do testador sobre a legítima. A exceção era a liberdade dada exclusivamente ao pai (não sem crítica no sentido de que a disposição seria extensível também à mãe) pelo artigo 1.776, ao considerar "válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessário".

A justificativa desta exceção era que o pai, por melhor conhecer o perfil de cada filho, suas aptidões, necessidades e conveniências, seria mais apto a realização da partilha do que o juiz ou o partidor[903], e a restrição aos pais, não admitindo a partilha pelos demais ascendentes, se estribaria também na presunção de que os pais, em regra, desejam o mesmo a todos os filhos, de modo que com "esta justa e curial limitação, menos prováveis as desjustiças na desigualdade qualitativa da distribuição do bens"[904].

---

[900] BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado. v. VI. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 192.
[901] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 25.
[902] NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 352. No mesmo sentido MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 25; BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado. v. VI. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269.
[903] "Melhor do que o juiz e os estranhos em geral, conhece o progenitor as fraquesas, predileções justas, necessidades e conveniências de cada descendente, para afeiçoar a partilha ao caracter, ao modo de viver e trabalhar, á capacidade e á posição pecuniária de cada um. Nada mais aconselhavel, portanto, do que substituir pela vontade ilustrada a fatalidade das prescrições uniformes para as divisões comuns, o critério incerto de terceiro, pouco mais valioso que a sorte, o acaso" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 28).
[904] NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 352.

Em síntese, durante a vigência do Código Civil de 1916, não era pacificamente reconhecida ao testador a liberdade de partilhar os bens da herança. Quanto a parcela disponível, a doutrina controvertia quanto a possibilidade, e a unanimidade era apenas quanto a possibilidade de atribuição de legados; em relação à parcela necessária da herança, a doutrina era mais restritiva e somente admitia a partilha realizada pelos pais, ante a expressa autorização da partilha em vida.

É esta a razão pela qual a doutrina brasileira do século XX, com razão, diferenciava a partilha em vida do testamento.

Não existia uma liberdade testamentária voltada a partilha dos bens, e, especificamente quanto aos bens da legítima, apenas se admitia a partilha em vida. Daí a distinção entre os institutos, a justificar uma plena autonomia entre ambos.

Porém, o cenário se altera com a promulgação do Código Civil de 2002, tanto na expansão do conteúdo do testamento, que passa a expressamente admitir disposições não patrimoniais[905], como pela inovação de positivar, expressamente, uma faculdade ampla do testador, independentemente de vínculo de filiação, partilhar a herança entre seus herdeiros (art. 2.014), disposição que não existia na legislação anterior.

Sob a égide do Código Reale, Zeno Veloso passou a conceituar o testamento como "negócio jurídico unilateral e revogável, pelo qual uma pessoa faz disposições de última vontade"[906]. Na lição contemporânea de José Fernando Simão, "testamento é um negócio jurídico unilateral, solene, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou pessoal, para produzir efeitos depois de sua morte"[907].

Se a disposição patrimonial compõe o elemento central da estrutura do testamento, seu fundamento se encontra "na liberdade que cada pessoa física deve ter de dispor livremente de seu patrimônio"[908], corolário do direito de propriedade e o respectivo poder de disposição atribuído ao seu titular. E é este poder de disposição que passa a justificar, também, a faculdade de partilhar os bens que compõe a herança.

Conforme Luciano de Camargo Penteado, o poder de disposição é poder formativo, ou seja, "aquele cujo exercício implica a geração, extinção ou modificação de uma situação

---

[905] Art. 1.857. § 2 º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.
[906] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.
[907] SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1..483.
[908] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 304.

jurídica subjetiva"[909]. Nessa perspectiva, o testador dispõe quando institui um herdeiro e assim gera uma nova situação jurídica a partir da atribuição patrimonial em favor do beneficiado, como também dispõe quando partilha a herança entre seus herdeiros, modificando o objeto de titularidade do herdeiro, de uma fração da herança para um conjunto de bens determinados.

Face a novel atribuição ao testador de uma liberdade ampla de partilhar os bens que compõe a herança, é de se questionar se ainda se justifica a autonomia entre o testamento e a partilha em vida por disposição de última vontade, mormente considerando que são ambos negócios jurídicos unilaterais, de última vontade, e aptos a realizar a mesma função, notadamente a de determinar como se dará a partilhar da herança entre os herdeiros.

Embora reste clara a aproximação entre as duas figuras, ainda não é possível responder se conviveriam de forma autônoma, se o testamento absorveria a partilha em vida por disposição de última vontade ou se formariam um negócio jurídico misto.

A resposta é encontrada na legislação e corroborada pela doutrina.

Ao regulamentar a partilha, o Código Civil expressamente admite que seja ela deliberada em testamento. É a clara redação do artigo 2.014: "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". A regra explicita como o conteúdo do testamento vai além da designação de herdeiros ou das disposições patrimoniais, abrangendo inclusive a deliberação de partilha, a confirmar a amplitude de seu objeto, que, como bem definiu Zeno Veloso, admite quaisquer disposições de última vontade, observados os limites legais.

Tanto o testamento como a partilha em vida por disposição de última vontade são negócios jurídicos unilaterais, *causa mortis,* compostos pela manifestação de vontade do autor da herança de partilhá-la ele mesmo entre seus herdeiros. Em âmbito funcional, ambos têm por função (ao menos uma das funções, no caso do testamento) evitar a partilha judicial ou amigável entre os herdeiros, cujos quinhões terão a composição vinculada ao determinado pelo autor da herança.

Estruturalmente, enquanto aquela apresenta restrições subjetivas, somente podendo ser realizada pelo ascendente em favor de um herdeiro necessário, esta apresenta maior

---

[909] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

amplitude[910], desvinculada destas restrições, bastando seja realizada pelo testador, seja ele ascendente ou não, sobre o quinhão de qualquer herdeiro, inclusive os testamentários. Seriam, a princípio, negócios jurídicos distintos e autônomos.

Adotando esta linha, respeitáveis autores como Sílvio Rodrigues, Maurício Bunazar e João Biazi defendem que pela partilha em vida por ato de última vontade ser negócio jurídico distinto do testamento, poderia ser realizada por outro instrumento que não este. É a posição de João Biazi:

> "Também não se confundem partilha em vida e testamento. Embora a ampliação do âmbito operativo do testamento possa ter lhe aglutinado a função operada pela partilha em vida, a instrumentalização desse instituto poderá ser promovida por negócio jurídico *mortis causa* diferente do testamento. Portanto, a partilha em vida pode ser feita em testamento, mas também poderá contar com instrumento apartado"[911].

Na mesma linha, Mauricio Bunazar afirma que "o negócio jurídico unilateral de partilha em vida é feito pelo ascendente, por instrumento particular ou por escritura pública, conforme a natureza dos bens exigir. O ascendente, unilateralmente, determina como se dará a distribuição dos seus bens"[912], e para Silvio Rodrigues "nada impede que por instrumento autêntico, ainda que sem a formalidade do testamento, o pai determine a maneira como deverá ser feita a partilha de seu patrimônio (...). Essa solução é inconveniente, mas parece-me ser abraçada pelo art. 2.018 do Código Civil"[913].

Há ao menos três razões que justificam esta posição mais abrangente, admitindo a realização da partilha em vida pelo ascendente, por outro instrumento que não o testamento. Em primeiro lugar, uma razão histórica: esta forma de partilha já era admitida tanto no direito romano clássico como na época justiniana, sem observar a forma testamentária, desde que subscrita pelo ascendente[914]. Segundo, o artigo 2.018 do Código Civil não impõe requisito de forma. Terceiro, tratando-se de negócio jurídico, a regra é a da liberdade de forma. Todas estas razões referendam a assertiva de que, ao contrário do que sustentava a doutrina clássica na França, a partilha em vida não se confunde com o testamento.

---

[910] MEIRELES, Rose Melo Vencelau; MULTEDO, Renata Vilela. Partilha da legítima por meio de testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 580-581.

[911] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 9.

[912] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 7.

[913] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 297.

[914] SANTOS JUSTO, António. Direito Privado Romano – V (Direito das sucessões e doações). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 142.

E esta afirmação nos parece correta, ao menos até a promulgação do Código Civil de 2002, cujo regramento apresenta relevantes elementos que, acompanhados de outras justificações, parecem aproximar a partilha em vida do testamento. Ainda que estas figuras permaneçam apresentadas na legislação como negócios jurídicos distintos, a afirmação de sua autonomia pode não sobreviver à interpretação sistemática do direito sucessório, especialmente em razão do requisito de forma imposto, como regra geral, aos negócios jurídicos unilaterais causa mortis.

O argumento histórico de que esta partilha já no direito romano não se submetia à forma testamentária parece ter sido superado em razão da progressiva restrição legal aos negócios jurídicos de última vontade. Basta lembrar que no Código Civil de 1916 eram admitidos os testamentos, codicilos, pactos antenupciais, doações causa mortis e a partilha em vida, âmbito que foi restringido pelo Código Civil de 2002, que passou admitir apenas os testamentos, os codicilos e a partilha em vida.

Na mesma linha, inobstante a regra legal seja a da liberdade de forma nos negócios jurídicos (CC, art. 212), e de fato a única regra legal sobre a partilha em vida (CC, art. 2.018) não preveja forma especial para este negócio jurídico, o Código Civil de 2002 inovou ao apresentar uma regra geral sobre as disposições causa mortis.

Enquanto a codificação anterior se limitava a apresentar a figura do testamento e seus caracteres[915], de cuja redação nada se pode extrair além de um regramento específico para o testamento, o artigo 1.857 do Código Civil de 2002 adota redação diversa, estatuindo que "toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte". Desta redação se extrai a seguinte interpretação: (a) o artigo positiva a liberdade sucessória do autor da herança, estabelecendo que toda pessoa capaz pode dispor de seus bens para depois da morte; (b) admite que esta liberdade seja exercida sobre todo ou apenas parte de seu patrimônio; e (c) impõe a estas disposições a forma de testamento ("por testamento").

Ao não se referir apenas ao testamento, mas a capacidade de disposição patrimonial "para depois da sua morte", a nova redação assume os contornos de uma regra geral, aplicável não só aos testamentos, mas a todas as disposições *causa mortis,* exigindo, porém, que observem a forma testamentária. Esta interpretação encontra sustentação na já citada posição de Pontes de Miranda, de que no nosso sistema os únicos negócios jurídicos unilaterais *causa*

---

[915] BRASIL. Código Civil De 1916. Art. 1.626: Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte.

mortis admitidos seriam o testamento e o codicilo, e na doutrina contemporânea, em Vieira de Carvalho, Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida, que igualmente referendam a exclusividade destas figuras.

Seria possível questionar esta conclusão ao invocar que o codicilo é negócio jurídico unilateral e causa mortis, mas não está submetido à forma testamentária.

O argumento é verdadeiro, porém, não infirma a interpretação quanto a existência de uma regra geral para os negócios unilaterais *causa mortis* que exige forma testamentária, pois o próprio ordenamento resolve esta possível antinomia. Enquanto o artigo 1.857 representa a regra geral, aplicável a todos os negócios unilaterais de última vontade, o artigo 1.881 excepciona a regra ao estabelecer que apenas determinadas disposições de última vontade, em âmbito substancialmente restrito, podem ser realizas "mediante escrito particular", forma especial aplicável apenas aos codicilos[916]. O mesmo não ocorre com a partilha em vida por disposição de última vontade, cujo dispositivo[917] não apresenta qualquer referência quanto à forma que permita excetuá-la da regra geral do artigo 1.857.

Pelo vértice funcional, a exigência de forma solene também é sistematicamente coerente com a proteção da vontade do falecido. Como já defendia Lacerda de Almeida em relação às disposições do falecido, "deve a manifestação delas ser cercada das maiores cautelas e garantias: a lei sujeita-as a fórmulas rigorosas e solenes, as quais não podem ser omitidas, substituídas ou alteradas"[918]. A razão é evidente: "o testador está morto e não pode mais se explicar; além disso, é perigoso fazer falar os mortos, pois os vivos que falam em seus nomes são, quase sempre, mais movidos por seus próprios interesses do que pelo respeito à vontade do defunto"[919].

Nessa medida, face a regra geral da forma testamentária para o exercício da autonomia privada para disposições de última vontade, seria questionável a admissão da partilha em vida por ato unilateral por outro instrumento que não o testamento, ainda mais quando o requisito de forma se apresenta como restrição de liberdade voltada à proteção da própria liberdade.

---

[916] Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

[917] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

[918] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915, pág. 196.

[919] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 313.

Outrossim, é possível questionar se, existindo um negócio jurídico típico que expressamente abrange, dentre outras, a função jurídica da partilha, e que pode ser entabulado por um maior número de sujeitos e em maior extensão (CC, art. 2.014), subsistiria razão para se valer da partilha em vida por forma autônoma.

A resposta parece negativa: embora sejam negócios jurídicos distintos, é preciso reconhecer que a partilha em vida por disposição de última vontade submete-se à forma especial do testamento[920], e consequência, ao regime jurídico desta figura.

Assim, pode haver testamento sem partilha[921], contemplando apenas a instituição de herdeiros, a atribuição de legados, ou outras disposições que não impliquem a deliberação quanto a composição dos quinhões hereditários, como pode também haver testamento cujo conteúdo seja exclusivamente o da partilha em vida[922], deliberando o testador apenas e tão somente a composição dos quinhões de seus herdeiros legítimos. Mas em todos os casos, haverá testamento. E quando houver partilha em vida por testamento, o negócio jurídico de partilha (2.018), por ter a mesma função já encampada pelo negócio testamentário (art. 2.014), é absorvido por este[923].

---

[920] "A partilha pode ser feita pelo pai em testamento, por ato de ultima vontade, diz o nosso artigo (1.776). Não oferece os mesmos inconvenientes esta modalidade, a que se referiram os nossos tratadistas. Não se trata de um testamento de forma especial, mas de um testamento organizado sob uma das formas, que a lei reconhece, no qual o pai, ou a mãe (e não outro ascendente) distribui e divide os seus bens entre os seus herdeiros" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume VI. 8 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 269-270); "A partilha testamentária sujeita-se às seguintes regras: apenas poderá ser feita por qualquer uma das formas de testamento previstas no Código Civil, arts. 1.862, 1.886 e 1.887" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 485); "Como se trata de ato que terá eficácia apenas após a morte, tal como o testamento, é revogável e pode abranger bens futuros. A forma de partilha será estabelecida no testamento, e esta última vontade deverá ser obedecida tanto quanto não ofenda o direito dos herdeiros necessários. Deverá constar, portanto, de testamento válido. Por consequência, a partilha feita para valer após a morte só se insere em uma das formas de testamento. Não se trata de um testamento com forma especial (Clóvis, 1939, v. 6:265). Nessa modalidade, o ato testamentário será apenas distributivo de quinhões. Se terceiros forem agraciados, estes só concorrerão dentro da parte disponível" (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 461).

[921] "(A partilha por disposição de última vontade) Difere, contudo, do testamento ordinário, uma vez que não contém designação de herdeiro, mas simplesmente reparte o acervo entre aqueles que são os chamados ope legis" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 392).

[922] "Nas partilhas testamentárias, o elemento dominante, e em geral único, é o da partilha. O pai que sem gratificar com vantagens particulares tal ou qual de seus filos, usa do poder de fazer entre eles disposição de seus bens, não pode ser considerado como exercendo uma liberalidade, mesmo que essa distribuição tenha lugar em seguida e como condição ou sendo uma instituição coletiva, feita em proveito desses filhos, ou que os bens sejam distribuídos entre eles na forma de legados individuais" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 390).

[923] Na mesma linha, sustentam Renata Vilela Multedo e Rose Melo Venceslau Meireles que "em verdade, a partilha-testamento feita pelo pai tinha previsão no Código Civil de 1916, mas a atual normativa contempla a partilha por testamento de modo mais amplo, ao permitir a deliberação da partilha da herança não apenas pelo ascendente. Assim, além da regra anterior reproduzida no artigo 2.018 do Código Civil, o artigo 2.014 do Código Civil abrange a partilha testamento de quinhões hereditários de qualquer herdeiro legítimo" (MEIRELES, Rose

Esta absorção da partilha em vida unilateral pelo testamento tem ainda a vantagem de atribuir maior segurança jurídica e previsibilidade a sua utilização. Enquanto a partilha em vida não possui um regramento legal exauriente, mas tão somente a autorização do artigo 2.018, suscitando assim inúmeras controvérsias, o testamento possui regramento exauriente, não só em decorrência da pluralidade de regras legais (CC, art. 1.857 a 1.990), mas também pelo robusto modelo hermenêutico e jurisprudencial sobre ele já desenvolvido.

Esta maior segurança não implica maior empecilho a sua realização, mas pelo contrário, pode até mesmo facilitar sua conclusão.

Em relação à forma, cogitada a partilha em vida por disposição de última vontade como negócio autônomo, seu objeto seria indubitavelmente a herança, e sendo está bem imóvel por classificação legal (CC, art. 80, II), sempre que o conjunto dos bens objeto da partilha ultrapassarem o valor de trinta salários mínimos, ou quando no acervo patrimonial existir um bem imóvel, a partilha em vida teria de ser realizada por escritura pública (CC, art. 108), enquanto a partilha por meio de testamento pode ser realizada por todas as formas em que este é permitido, incluindo por instrumento particular, na presença de três testemunhas (CC, art. 1.876).

Quanto aos sujeitos, a partilha em vida na configuração dada pelo artigo 2.018 possui substancial limite subjetivo, já que permitida "ao ascendente". Novamente, sua absorção pelo testamento amplia o âmbito de liberdade sucessória ao permitir seja entabulada não apenas pelo ascendente, mas por qualquer pessoa capaz de testar, independentemente da relação de parentesco que possua com seus herdeiros. Em consequência, a partilha não fica restrita à especificação dos quinhões dos herdeiros legítimos, permitindo também a deliberação quanto aos bens que irão compor o quinhão de qualquer herdeiro, inclusive testamentário.

Relativamente ao objeto, a partilha por disposição de última vontade pode contemplar a totalidade do patrimônio do autor da herança, ou apenas parte dele. Tendo sua eficácia subordinada à abertura da sucessão, sua elaboração não acarreta risco de o disponente restar desprovido do patrimônio mínimo essencial a sua subsistência, a permitir que a partilha contemple a integralidade do patrimônio.

Também não há óbice à partilha parcial, especificando apenas os bens que deverão compor o quinhão de um ou de alguns herdeiros, e não de todos; ou especificando que um ou alguns bens deverão compor o quinhão de certo herdeiro, quinhão este que, acaso possua valor

---

Melo Vencelau; MULTEDO, Renata Vilela. Partilha da legítima por meio de testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 580).

superior ao dos bens especificados, será preenchido com outros bens da herança até sua integral satisfação.

A partilha pode conter também disposição de caráter negativo[924], estabelecendo que determinado bem ou conjunto de bens não integrem o quinhão de determinado herdeiro, devendo ser alocado ou alocados no quinhão dos demais beneficiados pela herança. Seria a hipótese, por exemplo, do testador que, conhecendo a personalidade de seus herdeiros, não deseja que um carro veloz seja entregue a um filho com padrão ousado de direção, ou que as obras de arte componham o quinhão daquele herdeiro que por elas não se interessa e possivelmente as venderá, preferindo o testador que sejam atribuídas aos demais herdeiros.

O que não é possível é atribuição a um herdeiro de bens cujo valor ultrapasse seu quinhão hereditário, assim considerada a fração da herança a que tem direito, seja a título legítimo, testamentário, ou por ambos.

De um lado, tal disposição iria além da partilha, pois mais que especificar a composição de um quinhão, acabaria por ampliá-lo. De outro, sendo a herança um recurso finito, a ampliação do quinhão de um herdeiro tem por decorrência necessária a redução do quinhão de outro, e nesta medida, a atribuição de bens que exceder ao quinhão hereditário se submete ao regime da redução das disposições testamentárias.

Nada impede, mas ao contrário, recomenda, que para segurança da partilha e até mesmo por cautela face a possível variação do valor dos bens da herança, o testador faça a partilha sem esgotar a parcela disponível da herança, deixando deste modo uma fração da herança não atribuída a nenhum dos herdeiros e dispondo que acaso a partilha por ele realizada acabe por superar o valor do quinhão de algum herdeiro, o excesso seja computado como uma atribuição de sua parte disponível[925].

A partilha por disposição de última vontade encontra limite quantitativo no direito à legítima. Tanto o artigo 2.014 quanto o 2.018 subordinam a permissão legal ao respeito ao quinhão de cada herdeiro e, havendo herdeiro necessário, essa quota será no mínimo aquele

---

[924] A possibilidade, além de lógica, decorre da analogia ao artigo 1.908 do Código Civil, segundo o qual "dispondo o testador que não caiba ao herdeiro instituído certo e determinado objeto, dentre os da herança, tocará ele aos herdeiros legítimos".

[925] Neste sentido a lição de Silvio Rodrigues: "A única restrição imposta pela lei ao arbítrio do testador é o respeito à legítima dos herdeiros necessários, que, como é óbvio, não pode ser reduzida. Dentro desse limite, não precisa o testador ser justo na' distribuição dos quinhões, que podem ser desiguais, contanto que o testamento declare que as eventuais desigualdades serão imputadas em sua quota disponível. Realmente, sendo lícito ao testador dispor livremente de metade de seus bens, nada impede que gratifique um de seus herdeiros mais do que os outros, embota sejam todos necessários, contanto que lhes não lese a legítima" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 297).

correspondente à legítima. Tal limitação, tanto nos ordenamentos comparados no segundo capítulo quanto no Brasil tem por objetivos (a) a proteção patrimonial da família e (b) evitar que o autor da herança "abuse do poder conferido a ele por meio de liberdade de disposição para exercer pressão excessiva sobre os membros de sua família", ou seja, tendo garantida a metade do valor da herança, os herdeiros necessários potencialmente terão condições materiais de poder recusar eventuais disposições que venham oneradas com condições ou encargos que interfiram indevidamente na liberdade dos beneficiados.

Há divergência quanto à consequência jurídica da violação da legítima pela partilha em vida. Alguns autores enunciam a necessidade de observância da parcela necessária, mas nada dizem quanto a sanção aplicável. Entre eles, Astolpho de Rezende se limita a dizer que a partilha "poderá ser impugnada por causa de lesão"[926] e J. M. de Carvalho Santos afirma que ambas as espécies de partilha em vida devem observar a legítima dos herdeiros necessários, mas não se posiciona quanto ao regime aplicável ao descumprimento[927]. Os autores que tomam posição dividem-se em dois grupos[928], um sustentando que seria causa de nulidade da partilha (invalidade), outro de redução (eficácia).

No primeiro grupo, Heloisa Helena Barboza advoga que a observância da legítima é requisito de validade da disposição[929]. João Pedro Biazi sustenta que se trata de requisito de validade, "reflexo direto do princípio da igualdade na partilha"[930]; Mauricio Bunazar entende que a violação à legítima implicaria violação à norma do art. 1.857, §1°, que, estabelecendo uma proibição sem cominar a respectiva sanção pelo descumprimento, atrai a incidência do art. 166, VII, do Código Civil e implica nulidade da partilha[931].

No segundo grupo, Clóvis Bevilaqua entende que o quinhão do herdeiro beneficiado estará sujeito à redução, segundo os preceitos da sucessão testamentária[932]. Carlos Maximiliano

---

[926] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 291.
[927] CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 395-396.
[928] Excetua-se destes grupos Silvio Venosa, para quem a questão se localiza no plano de eficácia, mas atingiria toda a partilha, e não apenas o excesso: "em qualquer das formas utilizadas pelo ascendente, sempre deve ser protegida a legítima dos herdeiros. Se o negócio prejudicar o direito de qualquer dos herdeiros necessários, será ineficaz, ficando os bens indivisos após a morte, aguardando as formas ordinárias de partilha" (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 460).
[929] BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 16. Disponível em: <http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>. Acesso em 18 de março de 2024.
[930] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 11.
[931] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 3.
[932] BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume VI. 8 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, p. 270.

sustenta que, prejudicada a legítima de algum dos herdeiros, não advém nulidade, mas reduz-se os quinhões excessivos até que os herdeiros necessários tenham a integralidade de seu quinhão[933]. No mesmo sentido, pela redução do quinhão excessivo, Eduardo de Oliveira Leite[934] e Arnoldo Wald[935]. Euclides de Oliveira divide a consequência de acordo com a hipótese, recorrendo a regra de redução (art. 1.967) no caso da partilha por testamento[936].

Analisando os fundamentos apresentados pelo primeiro grupo, encontra-se, em síntese, a vinculação ao princípio da igualdade na partilha e a violação à disposição expressa em lei, esteja ela no próprio artigo 2.018 ou no art. 1.857, §1°.

Quanto a partilha em vida como gênero, é preciso apontar que, a despeito de respeitáveis posições em sentido contrário[937], a igualdade não é um dos seus princípios norteadores, que cede em favor da autonomia, seja do testador, seja dos sujeitos da sucessão em ato conjunto.

A liberdade sucessória atribuída ao autor da herança, respeitado o limite quantitativo que delimita a parcela disponível da herança[938], permite não só a atribuição de quinhões desiguais, posto que lhe é facultada a atribuição de parcela da herança ou de legado em favor de um ou alguns dos seus herdeiros, inclusive entre os necessários[939], como também a definição dos bens que irão compor o quinhão hereditário de cada um.

---

933 MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 338.
934 LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 806.
935 "Tanto assim é que somente quando ultrapassa a parte disponível, com violação da legítima, é que se admite a ação própria de redução do quinhão. Neste sentido, esclarece Marcel Planiol que as partilhas em vida estão sujeitas a ação de redução quando um ou mais herdeiros tiverem sido beneficiados com valor superior à cota disponível" (WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987, p. 3).
936 OLIVEIRA, Euclides de. Comentário ao artigo 2.018. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. Vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 209.
937 Cita-se, por todos, Ana Luiza Maia Nevares, para quem o testador pode partilhar tanto a parcela disponível da herança quanto a legítima, mas, em relação a esta, "o testador deve observar os princípios que regem a partilha, ou seja, a maior igualdade possível conjugada com a comodidade funcional dos bens, a saber, não só que a divisão evite conflitos futuros por conta de indesejáveis condomínios, mas, em especial, que a partilha leve em conta o vínculo dos herdeiros com os bens que compõe o monte hereditário, de modo a concretizar a função promocional do testamento" (NEVARES, Ana Luiza Maia. O testamento e sua instrumentalidade no planejamento sucessório: limites e possibilidades. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 452-453.
938 "O ascendente pode 'familiam suam pro arbitrio hederes dividere, salva eorum legitima'. Tem, portanto, plena liberdade de partilhar e dividir; só o respeito das legítimas é limitação ao seu arbítrio" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335).
939 "Portanto, ainda que sejam herdeiros necessários, a partilha-testamento poderá desigualar os quinhões, desde que se respeite a legítima. (...) Assim, deve o testador respeitar os limites quantitativos (quanto ao valor dos quinhões) na legítima, mas poderá testar desigualmente (quanto ao valor dos quinhões) na parte disponível, sem a necessidade de reposição" (MEIRELES, Rose Melo Vencelau; MULTEDO, Renata Vilela. Partilha da legítima por meio de testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 580-585).

Esta definição da partilha, inclusive, é impositiva aos herdeiros, ou seja, de observância obrigatória, não dependendo a partilha testamentária da anuência dos herdeiros, pois como bem pontua Mauricio Bunazar, "os herdeiros têm o direito de exigir que sua legítima seja respeitada, mas não têm o direito de exigir quais bens devem compor a legítima" [940].

A partilha em vida, realizada por ato de última vontade, atua como negócio jurídico "pré-excludente do negócio jurídico bilateral, ou multilateral, que é a partilha amigável"[941], ou seja, não permite nem mesmo que os herdeiros, após a abertura da sucessão e por oportunidade do inventário, deliberem de forma contrária àquela disposta pelo testador. Em tendo interesses contrários e querendo compor entre si, receberão a herança de acordo com os bens e quinhões atribuídos pelo testador e, encerrado o procedimento de partilha, poderão livremente dispor dos bens uns aos outros, seja por meio de permuta, doação ou compra e vendo, desde que tais bens não estejam gravados com inalienabilidade.

Atribuída ao autor da herança a faculdade de formação dos quinhões, não parece compatível a submissão aos critérios de igualdade, comodidade ou prevenção de litígios futuros (CPC, art. 648[942]), sob pena de reduzir sua liberdade ao exercício da função do partidor judicial, ignorando o conhecimento do perfil familiar e patrimonial que somente ele possui[943].

A regra é a liberdade testamentária em sua plenitude, estando restrita apenas quando a lei expressamente o faz, como na hipótese de respeito à legítima. Afinal, o exercício da liberdade de escolha é, ao fim, a prática de uma desigualdade: ao nomear um herdeiro, deixo de nomear outro; ao atribuir um legado a um, deixo de atribuí-lo a outro; de modo que o princípio da igualdade nas partilhas tem por destinatário apenas o magistrado em seu mister de solver as partilhas judiciais[944], e não os sujeitos da sucessão, cuja autonomia permite desenhar a partilha da forma que melhor lhes aprouver.

---

[940] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 4.
[941] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.
[942] Art. 648. Na partilha, serão observadas as seguintes regras: I - a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II - a prevenção de litígios futuros; III - a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.
[943] "Se ao ascendente apenas se facultasse realizar a partilha antecipada, com observar à risca os moldes ordinários; apenas se lhe atribuiria uma função vulgar, de perito ou partidor: nunca a de previdente, equânime e afetuoso conciliador de necessidades, anceios e interesses. (...) Não importa em ressalva da igualdade qualitativa da partilha o final do art. 1.776" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 29).
[944] O critério da igualdade como princípio norteador da partilha não encontra previsão no Código Civil, mas apenas no Código de Processo Civil, precisamente em seu artigo 648. Em comentário ao dispositivo, Rodrigo Mazzei afirma que "o art. 648 é uma regra voltada ao julgador que *julga* a partilha (art. 2.016 do CC), sendo aplicável quando: (a) houver divergência entre as partes que reclame decisão adjudicativa; (b) for constatada a presença de incapaz. Note-se que, na segunda situação, caso a partilha seja consensual, mas contemple conjuntamente beneficiários capazes e incapazes, o julgamento (e, por conseguinte, a aplicação ao art. 648) somente ocorrerá em

O Direito Comparado pode contribuir com a elucidação deste ponto, notadamente ao se constatar que é esta também a solução adotada tanto na Alemanha, em que a legítima se resume a um direito de crédito, em valor, como na Suíça, conforme previsto no artigo 608 de seu Código Civil[945], e na França, onde a Corte de Cassação reconheceu na impositividade uma característica essencial para se considerar a disposição como partilha: "a partilha testamentária é um ato de autoridade pelo qual o testador pretende impor a partilha. Por conseguinte, os testamentos que prevejam atribuições facultativas para os seus beneficiários não podem ser qualificados como partilhas testamentárias"[946]. Não há, em nenhum dos sistemas comparados, a imposição de critérios de igualdade para a partilha realizada pelo testador.

Disso decorre que eventual desigualdade não justificaria, *prima facie*, a invalidade da partilha, sob pena de invalidar não apenas aquela disposição que infringe a parcela necessária como todas aquelas em que os herdeiros são aquinhoados com frações desiguais, independentemente de atingir ou não a legítima.

Admite-se, por certo, a interferência judicial quando a partilha realizada pelo autor da herança quando "a falta de igualdade qualitativa redunda em indiscutível desigualdade quantitativa", e o ônus de tal prova incumbe a quem alega, pois a "má fé não se presume jamais; muito menos, em coração de pai"[947]. Mas esta hipótese é a exceção, e não a regra, que atribui ao testador a liberdade testamentária qualitativa.

---

relação aos quinhões dos incapazes". (MAZZEI, Rodrigo Reis. Comentários ao Código de Processo Civil. v. XII. Coord. José Roberto Gouvêa, (et. al). São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 727-728).

[945] Código Civil suíço. Artigo 608. 1.The testator is entitled by means of testamentary disposition to give his or her heirs instructions concerning the division and the formation of portions. 2. Such instructions are binding on the heirs, subject to measures to balance out the portions in the event of an inequality not intended by the testator. 3. Unless other intentions on the part of the testator are evident from his or her disposition, any bequest of a given part of the estate to one particular heir is deemed to be merely an instruction concerning the division rather than a specific legacy. Em tradução livre: "Art. 608. 1. O testador tem o direito, por meio de disposição testamentária, de dar aos seus herdeiros instruções sobre a divisão e a formação de quinhões. 2 Estas instruções são obrigatórias para os herdeiros, sem prejuízo de medidas destinadas a equilibrar os quinhões em caso de desigualdade não pretendida pelo testador. 3 A menos que outras intenções por parte do testador sejam evidentes na sua disposição, qualquer legado de uma determinada parte da herança a um herdeiro em particular é considerado meramente uma instrução relativa à divisão e não um legado específico".

[946] No original: "Il résulte des articles 1075 et 1079 du code civil que le testament-partage est un acte d'autorité par lequel le testateur entend imposer le partage. En conséquence, des testaments prévoyant des attributions présentant un caractère facultatif pour leurs bénéficiaires ne peuvent être qualifiés de testaments-partage" (FRANCE. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 20-17.199, du 13 avril 2022. Disponível em https://www.courdecassation.fr/ decision/62566d413b20a89542a2c15c. Acesso em 20 de outubro de 2023.

[947] "Todavia — est modus in rebus; não se compreende arbítrio absoluto. Em todo patrimônio há coisas melhores, preferíveis, desejáveis, e desejadas precipuamente; impossível não tocar a um o que outro pretenderia. Daí as dissensões, que a providência legal visa desarmar com a prestigiosa interferência de pessoa querida, amorosa e insuspeita. O espírito da norma positiva leva a inclinar-se, na dúvida, pelo respeito ao veredictum paterno. Provada, porém, a sugestão alheia, pública a ogeriza ou prevenção contra herdeiro, clara a parcialidade da divisão, evidente o prejuízo de uns e a vantagem exagerada de outros; enfim, quando a falta de igualdade qualitativa redunda em indiscutível desigualdade quantitativa, notoria injustiça; em casos tais a partilha antecipada não prevalece. Entretanto a má fé não se presume jamais; muito menos, em coração de pai; e o onus da prova, até mesmo quanto

A violação à disposição legal é argumento mais forte, mas em se tratando de partilha por disposição de última vontade, dependerá da premissa da qual se parte. À guisa de exemplo, a posição de Maurício Bunazar pela nulidade é coerente com a premissa da qual o autor parte, notadamente de que a partilha por disposição de última vontade não é testamento. Assim, não existiria previsão legal específica prevendo sanção para a violação da legítima, a invocar a nulidade virtual do artigo 166, VII, do Código Civil.

Porém, não é essa a premissa adotada na presente tese, que embora reconheça que a partilha em vida e o testamento sejam negócios jurídicos distintos, entende que qualquer disposição unilateral de última vontade está subordinada a forma testamentária (seja a do testamento particular, público ou cerrado) e, dada a concomitância dos negócios de testamento e de partilha, esta é absorvida por aquele, subordinando-se assim ao regime jurídico dos testamentos.

Firmada esta premissa, é impositivo, por razões de coerência, adotar a posição do segundo grupo, notadamente de que a inobservância de legítima não implicará invalidade da partilha, mas atuará apenas no plano de sua eficácia, admitindo sua redução. Esta posição decorre da expressa disposição do artigo 1.967 do Código Civil, segundo o qual "as disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes". Comentando o dispositivo, esclarece José Fernando Simão:

> "O Código Civil comina sanções diversas ao excesso inoficioso. Se o doador 'invade a legítima', doando a parte inoficiosa, a doação será nula (art. 549 do CC), atingindo-se o plano da validade do negócio jurídico inter vivos. Por outro lado, se a ofensa à legítima se dá por meio de ato de última vontade (testamento), não há mácula à validade, mas apenas quanto aos efeitos que serão modificados pelo juiz (plano da eficácia)"[948].

Para além da redução ser a reposta dada pelo regime jurídico dos atos de última vontade, corrobora esta posição à pesquisa de direito comparado realizada no capítulo anterior. Nos ordenamentos de origem germânica, o Código Civil suíço prevê em seu artigo 522 que se as disposições realizadas tenham excedido a parte disponível, a sanção legal não é de invalidade, mas apenas a atribuição aos herdeiros prejudicados do direito de pleitear a redução do ato. Mesmo se a atribuição se desse por meio de legado, e não de partilha, geraria a atribuição

---

ao êrro inocente, incumbe a quem alega" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 30).

[948] SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.528.

ao herdeiro prejudicado de uma pretensão de compensação contra o legatário, mas não a invalidade da disposição[949]. O recurso ao direito francês é ainda mais esclarecedor ao se constatar a mudança de opção legislativa. Até a reforma de 2006, a violação impunha a nulidade da partilha, mas a partir da reforma, a partilha fica apenas submetida à posterior redução (CCF, art. 1.077-1).

Por fim, o regime da redução também se revela como o mais adequado à função enquanto liberdade, na medida em que preserva, em maior extensão, a liberdade sucessória exercida pelo autor da herança, já que a invalidade fulminaria a integralidade da partilha realizada, ao passo que a redução apenas a adequa aos limites do poder de disposição titularizado por seu autor. Considerando que a variação do valor dos bens é inerente ao decurso do tempo entre a elaboração da partilha por ato de última vontade e pela morte, não parece atender à razoabilidade que, havendo duas respostas dadas pelo sistema, seja escolhida a mais gravosa à liberdade testamentária, mormente considerando que ambas possuem aptidão de garantir a integralidade da parcela necessária dos herdeiros necessários. Retome-se, aqui, que o Direito Civil de modo geral, e também o Direito das Sucessões de modo especial, pode ser funcionalizado em favor de liberdades, e esta é uma das controvérsias que permite a solução, entre outras razões, pela maior preservação da liberdade.

Como é comum aos temas envolvendo a partilha em vida, há também divergência quanto a natureza da definição dos quinhões pelo testador, notadamente se seria atribuição de legados ou partilha propriamente dita.

Francisco Cahali, também adepto da necessidade da partilha em vida por disposição de última vontade ser veiculada em testamento, sustenta que esta definição pelo testador dos quinhões dos herdeiros teria natureza de distribuição de legados, posição também compartilhada por Carvalho Santos[950]. Diz o autor:

> "Alternativamente, esta 'partilha em vida', de outro lado, pode representar a disposição de última vontade da pessoa quanto à destinação de seu patrimônio. Nesse

---

[949] "If he has two or several statutory or instituted heirs, the testator may wish to state in detail the composition of the hereditary portion of one or another. He will then indicate in his will – or will regulate conventionally in a successoral pact – which item in his estate should come to one or another of his heirs. When he attributes a specific item, the testator may actually want either to give a legacy, or simply give a rule of partition. Whereas the first case influences the final share of the beneficiary and creates an heir, who is also a legatee benefiting from a precipitary legacy, the second plays no role as far as the heirs' shares are concerned; it may have no other consequence than the possible obligation for the beneficiary of the item to pay a compensation to his co-heir(s) so as to equalise the net value of his share" (SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 182).

[950] CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 390.

> aso, reveste-se, quanto à forma e conteúdo, de testamento, onde o autor promove a divisão de todo o seu patrimônio entre os futuros sucessores através de legados, ou seja, entregando a cada um determinados bens"[951].

Não parece a melhor interpretação, que em rigor, reproduz uma antiga alternativa para viabilizar à partilha por testamento, que não mais se justifica face a expressa permissão do artigo 2.014 do Código Civil.

Pelo contrário, considerar que a definição dos quinhões possua a natureza de atribuição de legados implica, necessariamente, negar a realização de partilha. Legado é "disposição testamentária a título particular, relativa a bem ou direito certos ou determináveis e existentes na data da morte do testador"[952], diferindo, assim, da nomeação de herdeiro, cujo objeto é a atribuição de uma fração da herança indivisa. Desta sorte, não possuindo o legatário direito a uma fração da herança, restará ausente o elemento categorial da partilha, qual seja, a existência de herança indivisa a ser partilhada. Ao legatário é destinado um bem ou um conjunto de bens já especificados, tornando redundante e de todo inócua a definição dos bens que irão compor seu quinhão. Por isso não se pode confundir a partilha em vida com a atribuição de legados.

A partilha em vida é destinada a definição dos bens que irão compor o quinhão de um herdeiro, não de um legatário, e tal distinção, mais do que coerência teórica, possui relevante repercussão prática.

Ao nomear alguém herdeiro testamentário, atribui-se a tal pessoa uma fração ideal da herança (p.e., um terço). Ainda que se realize a partilha, especificando quais os bens que devem ser destinados à composição deste quinhão, o objeto da atribuição permanece sendo a fração da herança, agora especificado, e não os bens destinados ao seu pagamento. Se na abertura da sucessão o testador já não possuir um ou alguns dos bens que, por partilha, destinou ao herdeiro, a fração deste não sofrerá qualquer redução ou perda: será composta pelos demais bens especificados na partilha para a composição de seu quinhão, e, não sendo suficientes ao atingimento do valor da fração ideal, esta será complementada por outros bens da herança até que se atinja a integralidade do valor do quinhão.

Implicasse a partilha em atribuição de legados, se na aberta a sucessão for constatado que o falecido já não possuía um ou alguns dos bens que o testador destinou ao sucessor, a disposição em relação a este bem será ineficaz (CC, art. 1.912), de modo que o legatário

---

[951] CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 482-484.
[952] HIRONAKA, Giselda; LOBO, Paulo. Nota de atualização a PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo LVII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 193.

receberá menos do que lhe foi inicialmente legado, ou mesmo nada. É esta também a interpretação dada pela doutrina alemã, ao distinguir a partilha da atribuição de legados[953], e, entre nós, de Zeno Veloso:

> "O fato de o testador indicar os bens e valores que vão preencher os quinhões hereditários, como faculta o nosso art. 2.014, designando o conteúdo das quotas, determinando-as, concretamente, não faz com que o herdeiro se transforme em legatário. Ele continua herdeiro, embora a situação represente um desvio na distinção entre herdeiro e legatário porque, nesse caso, os bens (móveis e imóveis) que comporão a parte do herdeiro já estão designados".[954]

Assim, quando o testador especifica os bens que irão compor o quinhão hereditário de seus herdeiros, não atribui legados, mas realiza partilha, especifica o conteúdo destinado à composição dos quinhões hereditários, visando pôr fim ao estado de indivisão da herança. Em consequência, é inaplicável às partilhas por disposição de última vontade o regime jurídico dos legados.

Da mesma sorte, e ainda no plano da distinção dos efeitos, convém reproduzir a hipótese cogitada por Troplong[955]: se o ascendente atribui determinados bens a um filho, a título de legado, é permitido ao filho renunciar a este legado, de modo que os bens a ele atribuídos pela partilha testamentária retornariam à herança, até ulterior partilha judicial na qual, como filho, seria também contemplado. Sendo efetivamente partilha, o filho por ela agraciado não pode renunciar aos bens atribuídos ao seu quinhão, preferindo a partilha judicial. Se o fosse, a partilha testamentária não "prevaleceria", como determina o art. 2.014 do Código Civil. A impositividade da partilha apenas é realizável, em toda a sua extensão, quando constatada que a partilha testamentária difere da atribuição de legados.

Indo além, fosse a partilha a atribuição de legados, pré-morto o herdeiro por ele contemplado, seus filhos não teriam qualquer direito a tais bens, ante a caducidade do legado. Porém, determinados pelo testador os bens que irão compor o quinhão de seu herdeiro, pré-morto este, o direito de representação permitirá que seus filhos recebam precisamente o quinhão designado, já que serão chamados a receber "todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo

---

[953] "Nevertheless, the testator can, give directions with regard to the division of the estate (§2048 BGB). In such a division declaration the testator can direct that certain items in the estate shall go to one of the heirs. Alternatively, the testator can leave legacies" (KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 197).

[954] VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 435.

[955] TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 79.

fosse"[956], na hipótese, os bens atribuídos pelo testador mediante partilha. Como se vê, não se trata de distinção meramente teórica, apresentando relevantes repercussões práticas.

Encerra a análise do objeto a possibilidade de se incluir na partilha por disposição de última vontade bens futuros[957], ainda não titularizados pelo testador. Reconhecendo-se que haverá um interstício temporal entre a elaboração da partilha e a abertura da sucessão, é natural que haja aquisição de outros bens, como, por exemplo, os frutos produzidos pelos bens do autor da herança, como aluguéis, juros, prestações previdenciárias, etc. Assim, é possível que o testador determine desde logo em qual quinhão serão atribuídos estes, ou outros bens futuros. Bastaria, por exemplo, dispor que os demais bens que compuserem seu patrimônio quando da abertura da sucessão, não especificados na partilha, deverão ser incluídos no quinhão de determinado herdeiro, devendo a ampliação de tal quinhão ser computada em sua parte disponível.

Sob outro vértice, acaso determinado bem citado na partilha elaborada pelo autor da herança não pertença ao testador quando da abertura da sucessão, por não se tratar de legado, não acarretará invalidade ou ineficácia da partilha, como já apontado, mas apenas o preenchimento do quinhão daquele herdeiro por outros bens, até o atingimento de seu valor.

No plano dos efeitos, tratando-se de negócio jurídico *causa mortis,* a execução da partilha não produzirá qualquer efeito antes da abertura da sucessão, a partir de quando se tornará de observância obrigatória não só aos herdeiros, como ao próprio Juízo do inventário, excetuadas as hipóteses de invalidade ou necessidade de redução. Os bens que não forem mencionados na partilha serão distribuídos entre os herdeiros até a satisfação do valor de cada um, seja para preencher o restante do quinhão dos herdeiros que tiveram bens designados para si, seja para satisfazer o quinhão dos herdeiros que não foram especificados na partilha[958].

Ainda que sua eficácia seja condicionada ao evento morte, a partilha em vida por ato de última vontade não implica transmissão patrimonial. Será a nomeação do herdeiro

---

[956] Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.

[957] "A partilha testamentária pode abranger, tanto os bens presentes do testador, como os futuros, isto é, adquiridos depois de lavrado o ato de última vontade; isto acontece porque a mesma só entra em vigor no dia da abertura da sucessão" (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 344). No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira: "Partilha-testamento. Adotada a forma testamentária, prevalece como disposição de última vontade, e sujeita-se aos requisitos do testamento; somente produz efeitos após a morte do disponente; é passível de revogação a todo tempo; mas pode compreender todos os bens presentes e futuros" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 392).

[958] Art. 1.907. Se forem determinados os quinhões de uns e não os de outros herdeiros, distribuir-se-á por igual a estes últimos o que restar, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros.

testamentário o ato deflagrador de tal efeito, condicionado ao evento morte, não a partilha. Na hipótese de testador redigir seu testamento apenas partilhando sua herança, e entre os beneficiários dos bens, incluir alguém que não ostentava a condição de herdeiro, terá implicitamente nomeado um herdeiro ou atribuído os bens em legado, o que dependerá da interpretação do testamento, mas mesmo em tais hipóteses, será a nomeação implícita o ato de eficácia atributiva, não a partilha.

Tratando-se de negócio jurídico unilateral, e ainda causa mortis, a partilha por disposição de última vontade poderá ser revogada ou alterada pelo testador a qualquer tempo. Porém, dada a subordinação deste negócio ao regime jurídico testamentário, a alteração deverá observar o requisito do artigo 1.969 do Código Civil[959], de modo que somente poderá ser alterado ou revogado por outro testamento, seja ele pela forma pública, cerrada ou particular. A revogação também pode ser total ou parcial, por exemplo, retirando do quinhão de um herdeiro um bem que anteriormente lhe foi atribuído, substituindo-o ou não por outro bem do acervo hereditário.

Ainda em razão desta natureza, o testador que realizar a partilha não sofre qualquer limitação ao seu poder de disposição, podendo livremente alienar os bens que compõe a partilha testamentária em vida. Como já apontado, se assim proceder, a partilha permanecerá válida e eficaz, apenas tendo seu objeto reduzido pela exclusão dos bens que houverem sido alienados, sem que tal exclusão implique em redução do quinhão hereditário.

Reconhecida a aplicabilidade do regime jurídico testamentário, a partilha em vida por disposição de última vontade se submete às mesmas causas de invalidade que o testamento, bem como às mesmas hipóteses de caducidade e de rompimento, como já defendido por Silvio Venosa: "como no testamento, se sobrevier herdeiro necessário que o partilhante não o tinha ou não conhecia, rompe-se a disposição, como se rompe o testamento"[960]. A coerência se confirma ao se cogitar da submissão da partilha por disposição de última vontade às restrições dos artigos 1.801 e 1.802, que proíbem a atribuição sucessória a determinadas pessoas. Ora, inexistindo direito a uma fração da herança, posto que a atribuição é vedada pela lei, sequer há hipótese de partilha, ante a carência de elemento categorial, notadamente a existência de direito a um quinhão hereditário de conteúdo ainda indeterminado.

Ao fim e ao cabo, a partilha em vida por disposição de última vontade, inobstante as numerosas divergências que possa despertar, possui um modelo jurídico mais claro,

---

[959] Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.
[960] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 460.

desenvolvido e, de consequência, seguro do que o da partilha em vida por ato consensual, possivelmente em razão do maior número de estudos sobre o testamento, cuja ampliação do objeto e a exclusividade de sua forma para os negócios jurídicos unilaterais de última vontade acabou por absorver esta espécie de partilha em vida.

É precisamente esta aproximação, que ora se sintetiza, que permitiu a construção de um modelo jurídico para a partilha em vida por disposição de última vontade que logre, simultaneamente, estar sistematicamente coerente com o direito civil contemporâneo e consiga afastar as críticas e divergências que há séculos circundam esta figura jurídica.

Tal construção somente se faz possível pela prévia preparação do solo sobre a qual é erigida, notadamente pela constatação de que, inobstante tenha sido pensada como um negócio jurídico autônomo ao testamento e com uma funcionalidade que aquele não possuía (notadamente, a partilha da legítima), o desenvolvimento tanto doutrinário quanto legislativo da partilha testamentária acabou por expandir seu objeto, a não mais justificar a duplicidade de negócios com o mesmo fim. Ao lado desta absorção funcional, a redação emprestada pelo Código Civil de 2002 ao artigo 1.857 acabou por criar regra impositiva da forma testamentária aos negócios jurídicos unilaterais causa mortis, a exigir que a partilha em vida se submeta também à forma do testamento.

Diante de tal cenário, em que há entre os negócios ora comparados: identidade quanto a natureza de negócio jurídico unilateral; identidade de objeto, versando ambos sobre a herança; identidade de função, na medida em que ambos são aptos à regulamentação da partilha; e por fim, identidade de forma, submetidos à qualquer das formas testamentárias, ao contrário do que acontecia no direito anterior ao Código Civil de 2002 (e por isso a crítica quanto a reprodução cega do modelo francês, quando no Brasil não havia identidade entre estes negócios), hoje é possível afirmar que a partilha em vida por disposição de última vontade se equipara à partilha testamentária, e nesta senda, na ausência de regime jurídico próprio, submete-se ao regime jurídico desta.

As vantagens da utilização da partilha por disposição de última vontade são há muito reconhecidas: (a) previvem discórdia e litígio entre os herdeiros ao suprimir a necessidade de decisão destes ou judicial quanto a composição do quinhão hereditário de cada um[961]; (b) diminui as despesas com partilha[962]; (c) é realizada de forma unilateral pelo testador, que não

---

[961] GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012, p. 332.
[962] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 297.

depende da anuência de seus herdeiros[963], reduzindo o custo de transação familiar; (d) permite a ampla manipulação do acervo patrimonial pelo testador[964] (e) realizada em testamento, se o desejar o autor da herança, poderá ter seu conteúdo revelado apenas após a abertura da sucessão, sem que seus herdeiros tenham acesso a ele enquanto o testador for vivo; (f) a partilha será sempre revogável ou modificável, de modo a conservar a liberdade de disposição do autor da herança; (g) manterá a propriedade integral dos bens no patrimônio e sob a disponibilidade do testador, que poderá até mesmo aliená-los em vida.

3.4. UM PERFIL DOGMÁTICO DA PARTILHA EM VIDA ENTRE VIVOS OU CONSENSUAL

3.4.1. Natureza jurídica partilha em vida consensual pura e da partilha em vida consensual mista

A gênese para a compreensão de uma figura jurídica deve ser a aferição de sua natureza, ou seja, a identificação do que ela é, de como se qualifica juridicamente. É esta definição que permitirá aferir qual o regime jurídico a ela aplicável e, de consequência, permitir construir o respectivo modelo jurídico, decantando seus elementos, limites e os efeitos.

Nos tópicos anteriores, já restou evidenciado que a partilha em vida é gênero, composto por duas espécies: a partilha em vida por ato de última vontade e a partilha em vida realizada entre vivos (*divisio inter líberos*), dualidade que possivelmente tenha sido uma das causas de suas tantas controvérsias, sobretudo por revelarem obstáculo intransponível a quem pretendeu construir um regime jurídico unitário que compreendesse ambas as espécies.

Apresentando cada espécie um perfil próprio, guardam de comum os elementos próprios de seu gênero: são negócios jurídicos, realizados em vida pelo autor da herança, contendo a declaração de vontade de partilhar o patrimônio hereditário mediante a definição dos bens que irão compor o quinhão dos herdeiros.

Cumpre, porém, avançar e perquirir a natureza jurídica própria da partilha em vida feita entre vivos, cuja pluralidade de partes extraída da expressão "entre vivos", aliada à patrimonialidade de seu objeto (herança), justifica a designação 'contratual' ou 'consensual', aqui adotada.

---

[963] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 342.
[964] MEIRELES, Rose Melo Vencelau; MULTEDO, Renata Vilela. Partilha da legítima por meio de testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 580.

Mesmo positivada nos códigos civis brasileiros há mais de um século, a doutrina não logrou fixar de forma suficientemente segura qual a natureza jurídica desta partilha em vida consensual.

Pelo contrário, os debates sobre sua natureza constituem objeto de "intermináveis discussões entre os civilistas"[965], não apenas no Brasil, como também em outros ordenamentos que possuem equivalente funcional. Carvalho Santos diz que "os autores franceses consideravam a determinação da natureza jurídica das partilhas em vida uma das mais vastas e controvertidas da jurisprudência"[966], discussão que se tornava ainda profunda quando se tratava da determinação da natureza jurídica de uma partilha feita por ato entre vivos.

Como constatado por João Pedro Biazi, "não há grande questionamento na doutrina sobre a natureza de negócio jurídico da partilha em vida. (...) há, todavia, enorme incerteza sobre qual é a espécie de negócio jurídico ocupada pela partilha em vida"[967].

Revisitando a doutrina que se debruçou sobre o tema, é possível classificar as propostas em cinco grupos ou correntes doutrinárias: a primeira atribui à partilha em vida consensual a natureza de doação; a segunda a considera como uma partilha antecipada ou sucessão antecipada; a terceira corrente a equipara a uma renúncia; a quarta compreende autores que a tomam como um negócio jurídico *sui generis* ou típico; e a última a reconhece como figura de dupla configuração, com naturezas distintas.

Entre os que consideram a partilha em vida entre vivos uma doação encontra-se o maior número de autores, a principiar por Teixeira de Freitas, embora tenha dedicado não mais que uma linha ao tema. Na Consolidação das Leis Civis, limitou-se a dizer: "Partilha em vida são doações entre vivos – Lob. Obrig. Recipr. §316"[968]. Nada mais.

---

[965] GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992, p. 3

[966] CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 390-391.

[967] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 7.

[968] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. Prefácio de Ruy Rosado Aguiar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 293.

Acompanham o jurisconsulto do império Clóvis Beviláqua[969], J. M. Carvalho Santos[970], Itabaiana de Oliveira[971], Jackson Guimarães[972], Zeno Veloso[973], Silvio Venosa[974], Maria Helena Diniz[975], Francisco Cahali[976], Pablo Stolze Gagliano[977], Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias[978], e Flávio Tartuce[979].

Em muitas das obras dos autores que sufragam esta posição constata-se a utilização da designação partilha-doação, a evidenciar que estes autores tiveram como objeto de reflexão as fontes francesas, em especial o Código Civil francês, que em seu artigo 1.075 nomeia esta figura de *donation-partage*. A leitura da partilha em vida brasileira por lentes francesas, porém, pode não permitir uma coerência sistêmica e recomenda ao menos uma ressalva: o referido artigo 1.075, embora tenha por objeto a partilha sucessória, expressamente determina que a ela seja

---

969 "Se a partilha é feita por acto entre vivos, por isso mesmo que tem o caracter de doação, e não de successão de pessoas vivas; os filhos não são considerados herdeiros, mas sim donatários, enquanto viver o doador" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 270).

970 "As partilhas operadas por atos entre vivos são doações, isto é, atos pelos quais o pai ou mãe transmitem aos filhos todos os seus bens presentes" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 393).

971 "A partilha, quando é feita por ato inter vivos, equivale à doação, porque importa adiantamento de legítima – *quasi in anticessum, seu anticipationem futurae successionis*" (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. III. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 900).

972 GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980.

973 VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Volume 21. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 437.

974 "Na partilha feita sob a forma de doação, há negócio inter vivos. Os filhos, ou outros descendentes, são donatários, não sendo necessário que expressem aceitação, que pode ser tácita, e entram na posse dos bens em vida do partilhante e na propriedade, quando da transcrição do título. Uma vez morto o autor do negócio jurídico é que passam de donatários a herdeiros". (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 459).

975 "Tal partilha-doação (divisio parentum inter liberos), que produz efeito imediato, constitui uma antecipação da herança ou adiantamento da legítima, que só pode dar-se relativamente ao direito dos herdeiros necessários. Como tem caráter de doação, jamais poderá desrespeitar a quota legitimária dos herdeiros necessários, que não pode ser reduzida, sendo nula se se excluir algum herdeiro necessário, exceto se o excluído pre-morrer, for declarado indigno ou renunciar à herança" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 484).

976 "Em verdade, esse permissivo legal guarda maior intimidade, na essência e conteúdo, com as formas de disposição patrimonial possíveis de serem promovidas pela pessoa em sua vida (doação ou testamento). (...) O instrumento para tanto é a doação, que deverá ser revestida de todas as formalidades e restrições previstas em lei (CC, arts. 538 a 564), ainda que promovida a título de 'partilha em vida" (CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 482-484).

977 GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de doação. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 93.

978 "A partilha amigável por ato entre vivos, por seu turno, é autorizada pelo ordenamento jurídico, através de ato praticado em vida pelo titular do patrimônio e de seus herdeiros, com natureza de verdadeira doação" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: sucessões. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 633).

979 "a partilha em vida pode se realizar de duas maneiras. A primeira equivale a uma doação, e a divisão dos bens entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que estes iriam receber somente após a morte do ascendente (partilha-doação). A segunda é a partilha-testamento, feita no ato mortis causa, que só produz efeitos com a morte do ascendente e deve seguir a forma de testamento" (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 660-662).

aplicado o regime jurídico da doação, determinação que não encontra equivalente no Código Civil brasileiro, como já havia constatado Sílvio Rodrigues. Não há, em nosso regramento de partilha, qualquer remissão ao regime jurídico da doação, a sugerir não ter adotado semelhante determinação.

Ao lado da nomenclatura partilha-doação, a centralidade da argumentação encontrado entre os autores desta corrente é que a partilha em vida contratual implica imediata transmissão da propriedade dos bens, e nesta medida, o negócio jurídico vocacionado à transmissão gratuita de propriedade entre vivos é a doação. O argumento de fato é convincente. Se há transmissão patrimonial, efeito que não é próprio da partilha; a título gratuito; e por negócio jurídico plurilateral, a doação parece mesmo ser negócio jurídico próprio a tal fim.

Em sentido oposto, colhe-se da doutrina diversos argumentos contrários à equiparação entre a partilha em vida contratual e a doação, principalmente em razão da incompatibilidade entre o regime jurídico do gênero partilha e o da doação:

a) A função de cada negócio jurídico é distinta. Enquanto a partilha em vida é realizada para determinar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, a doação tem por finalidade a atribuição gratuita de determinado bem;

b) A partilha em vida tem por objeto a herança ou fração dela, ao passo que "a não definição precisa do objeto a ser doado importaria pacto sucessório" nulo, por violar a proibição do artigo 426 do Código Civil[980];

c) Seus efeitos são diversos. A partilha em vida não importa atribuição de propriedade, ao passo que a doação a tem em sua essência[981]; nesta perspectiva, a partilha em vida contratual seria vinculante ao autor da herança, mesmo só produzindo efeito no futuro, o que não seria possível na doação, ante a incompatibilidade entre a exigibilidade contratual e a espontaneidade própria do *animus donandi*[982];

d) Fosse a partilha em vida doação, haveria no ordenamento jurídico dois negócios jurídicos nominados para o mesmo fim, e de nada serviria a previsão do artigo 2.018[983];

---

[980] PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 278.
[981] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 334.
[982] PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.
[983] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 11; BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 9.

e) Na partilha em vida não há liberalidade[984], essencial à doação;

f) A partilha em vida se sujeitaria a anulação por lesão, o que não seria admitido no caso da doação[985].

Para além destas razões, é possível cogitar ainda de outras incompatibilidades ou, ao menos, distinções que justifiquem melhor refletir sobre o reconhecimento da natureza de doação na partilha em vida contratual.

À guisa de exemplo, a partilha em vida pode ter por objeto mais da metade do patrimônio do autor da herança, tendo, inclusive, quem sustente que a completude patrimonial é elemento necessário da partilha em vida[986], o que pode ser incompatível com a restrição objetiva do art. 547, a qual limita a validade da doação à parcela que o doador poderia dispor em testamento.

Na mesma linha, inobstante a partilha em vida possua caráter de definitividade, acaso considerada como doação, seu objeto ficará sujeito à colação (CC, art. 2.002), convertendo o ato a simples adiantamento de legítima (art. 544), infirmando não apenas sua definitividade como a própria subsistência da partilha, sujeita à modificação em futura partilha.

Por fim, enquanto a doação de ascendente para descendente não exige anuência dos demais herdeiros necessários (apenas a aceitação pelo herdeiro beneficiado), a partilha em vida, como qualquer partilha consensual, exige a participação de todos os herdeiros.

O que emerge a partir das numerosas diferenças entre os elementos e os regimes jurídicos destas duas figuras é que aqueles que atribuem à partilha em vida contratual a natureza de doação demonstram buscar a qualificação do ato mais em sua forma do que em sua essência ou em sua função.

Ponderadas estas razões, a atribuição da natureza jurídica de doação para a partilha em vida contratual, além de tornar desnecessária a própria previsão do artigo 2.018, tem maior probabilidade de causar confusão do que clareza quanto a compreensão da partilha em vida. Mais do que isso, a diferença entre seus efeitos e regime jurídico ameaça mesmo descaracterizar

---

[984] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 392.

[985] TROPOLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 77-78.

[986] "Mas é importante atentar que a partilha em vida deve englobar todos os bens do titular e não apenas alguns bens específicos" (ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 262.

a partilha em vida, que é, antes de tudo, uma partilha. Disto não decorre que a partilha em vida não possa, em alguma extensão, ser composta também por doação, desde que não seja por ela integralmente incorporada ao ponto de ser definida como doação.

A segunda corrente com maior número de adeptos é a que considera a partilha em vida contratual como sucessão antecipada, ou partilha antecipada. Tomando-a como expressão contemporânea de seu equivalente romano, Astolpho de Rezende encontra já nos glosadores a qualificação da partilha em vida como sucessão antecipada. Cita, especificamente, Christian Friedrich von Glück, para quem "a partilha *parentum inter líberos* é uma antecipada divisão hereditária, feita pelos pais entre aqueles em quem o direito hereditário é pressuposto" e "o escopo desta divisão hereditária pode somente consistir em estabelecer por antecipação aquilo que, doutro modo, é regulado por uma partilha judicial ou extrajudicial"[987].

Entre nós, sustentam a natureza de sucessão antecipada (ou de partilha antecipada) Caio Mário da Silva Pereira[988], José Manoel de Arruda Alvim Netto[989], Arnoldo Wald[990], Euclides

---

[987] GLÜCK, Christian Friedrich von. Pandectas, §1.483, *apud* REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 298.

[988] "Discute-se, no plano doutrinário, se se deve considerar sucessão antecipada ou doação, e ao propósito sustentam-se as duas teorias. Se se ativer o observador à sua forma, poderá defender uma ou outra, tendo em vista que ora reveste a do testamento, ora a da doação. (...) Mas se atentarmos para a natureza do ato, veremos que essa partilha visa a proporcionar aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só a morte do ascendente lhe asseguraria. A sua natureza jurídica define-se como uma sucessão antecipada" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 391).

[989] ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres: Direito Civil. São Paulo: Ed. RT, 1995.

[990] "No fundo, a partilha procede como se, por suposição implícita, se considerasse, no instante em que é feita, a morte do ascendente, visto que se subordina a todas as cláusulas fundamentais da composição distributiva de uma partilha. (...) Os bens partilhados em vida não estão sujeitos a inventário, pois a partilha em vida é *inventário antecipado*" (WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987, p. 5 e 8).

de Oliveira[991], Ana Luiza Maia Nevares e Ana Carolina Brochado Teixeira[992] e André Luiz Arnt Ramos[993].

O argumento central desta posição é que a qualificação do ato deve decorrer de sua finalidade, e a partilha em vida contratual busca, justamente, antecipar a partilha que aconteceria de forma judicial ou por partilha amigável após a abertura da sucessão, quando o autor da herança já não poderia participar do ato ou deliberar a partilha. A natureza antecipatória teria ainda a vantagem, além de permitir a participação do autor da herança, de dispensar o patrimônio transmitido da necessidade de um processo de inventário, evitando ainda futuros litígios que poderiam surgir entre os herdeiros em decorrência de diferentes pretensões quanto à partilha dos bens.

De fato, a restrição subjetiva que limita este negócio de partilha ao ascendente e seus herdeiros necessários, cuja atribuição sucessória é dada pela lei, e não pela vontade do autor da herança, faz com que a partilha em vida seja antecipação do que seria a partilha *post mortem*. A isso soma-se a constatação que, não fosse a partilha deste patrimônio realizada em vida, o seria após a abertura da sucessão; e, uma vez realizada em vida entre o autor da herança e seus herdeiros, impede nova partilha sobre o mesmo patrimônio após a morte, a corroborar que a partilha em vida é, de fato, antecipação da partilha *post mortem*.

Nesta ordem de ideias, a partilha em vida contratual guarda, de fato, extensa similitude com a partilha *post mortem*, tendo por principais distinções a participação do autor da herança, presente apenas naquela, e o momento da realização do ato, se antes ou depois da abertura da sucessão. Como a participação do autor da herança não descaracteriza a natureza de partilha,

---

991 "Realizada que seja por ato entre vivos, a partilha em muito se assemelha ao ato de doação, mesmo porque deve obedecer aos requisitos de forma e de fundo dessa espécie de negócio jurídico. Mas diferencia-se desse ato de liberalidade por ter um alcance maior, consistente na finalidade de cumprir a partilha dos bens em vida, com a atribuição, pelo titular, de seu patrimônio em favor de seus herdeiros, em verdadeira antecipação de herança" (OLIVEIRA, Euclides de. Comentário ao artigo 2.018. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. Vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 209).

992 "Conquanto haja divergência sobre sua natureza jurídica – partilha antecipada ou doação que importa adiantamento de legítima – filia-se ao primeiro entendimento, haja vista que a partilha em vida assume configuração diversa de simples doação. Nessa última, é possível fazer transferência de bens a cônjuge, companheiro ou descendentes isoladamente, enquanto na partilha em vida, todos são contemplados com rígida observância à legítima dos herdeiros necessários" (NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (Coord). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 484-485).

993 "Importante instrumento de planejamento sucessório, a partilha feita em vida não se confunde com doação, consiste em consequência do direito hereditário dos contemplados, e dispensa a ulterior realização do inventário, salvo relativamente aos bens adquiridos posteriormente" (RAMOS, André Luiz Arnt. Invalidade da partilha em vida e a necessidade de revistar o texto do art. 2.018 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 308).

tampouco o caráter sucessório, a partilha em vida consensual parece mesmo justificar a natureza de sucessão ou partilha antecipada. São três as críticas essencialmente dirigidas a esta posição.

Uma é que a teoria seria incompatível com um direito que não reconhece a herança de pessoa vida. Tendo a partilha sucessória a função de extinguir a indivisibilidade da herança, especificando os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, a herança é mesmo seu pressuposto, sem a qual a partilha restaria desprovida de objeto. Porém, se de um lado é o direito que estabelece a inexistência de herança de pessoa viva, de outro esse mesmo direito admite em caráter excepcional a existência de uma herança antes da abertura da sucessão.

É o que ocorre com a proteção à parcela legítima da herança, autorizadora a nulidade de uma doação inoficiosa[994], ainda que realizada em vida pelo titular do patrimônio, e, portanto, quando ainda não se poderia cogitar da existência de sua herança. Na mesma linha, ao determinar que a doação realizada por ascendente em favor de descendente é adiantamento de herança[995], reconhece a existência de herança de uma pessoa ainda viva, afinal, "um adiantamento de legítima é um adiantamento sobre a sucessão futura; presume uma partilha que se deverá fazer, por falecimento"[996].

O mesmo se dá, como constatou François Laurent, no caso da partilha em vida. Refutando a tese de que seria impossível uma "sucessão antecipada", diz que aquilo que o interprete declara impossível, a lei autoriza e sanciona[997]. Sendo expressa a permissão legal para que o ascendente realize em vida a partilha sucessória entre seus herdeiros, dizer que ela seria incompatível com o direito é negar o próprio direito.

Outra crítica é que a partilha em vida não seria mais do que uma antecipação de legítima, tal qual ocorre com a doação. François Laurent também refuta esta afirmação, ao demonstrar que na doação para descendente a lei expressamente qualifica a operação como adiantamento de legítima, o que não faz na partilha em vida. A antecipação de legítima pressupõe colação, a ser realizada quando da futura partilha: "o pai dá, mas não partilha". Já na partilha em vida, a partição é atual, justamente para pré-excluir, depois dela, outra partilha sobre

---

[994] Código Civil, art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.
[995] Código Civil, art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.
[996] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 298.
[997] LAURENT, François. Principes de droit civil français. v. 15. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1887, n. 86, *apud* REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 298.

aqueles bens[998]. Considerada como partilha, não seria mesmo de se admitir que fosse ela sucedida ainda por outra partilha, afinal, já terá ela própria, a primeira, extinguido a indivisibilidade patrimonial para a qual é vocacionada e satisfeito integralmente a finalidade do ato, inexistindo objeto indiviso para ser partilhado sequencialmente.

Encerra as críticas o argumento da incompatibilidade entre a partilha em vida e o caráter de sucessão antecipada, por não ter aquela a aptidão de atribuição patrimonial, tão característica da segunda[999]. Com razão, se a sucessão hereditária tem por efeito a atribuição patrimonial, é razoável supor que a sucessão hereditária realizada de forma antecipada também o tenha, o que leva, ao menos, a desafiar a coerência da qualificação enquanto partilha antecipada.

A terceira corrente doutrinária é, de certo modo, um desenvolvimento da segunda. Os autores que a integram concordam com a premissa da segunda corrente, especificamente de que a partilha em vida contratual tem por função a antecipação da herança àqueles que a receberiam apenas na morte. Neste sentido, Heloísa Helena Barboza afirma que na partilha em vida "o objetivo do ascendente ao realizar esse tipo de negócio jurídico é proporcionar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *causa mortis*"[1000].

O desenvolvimento por eles operado se encontra no esclarecimento de qual ato, ou a que título se daria, na partilha em vida, a aquisição antecipada dos bens pelos herdeiros. O tema é de especial relevância considerando a última das críticas apresentadas à segunda corrente: se os negócios jurídicos de partilha não possuem eficácia de atribuição patrimonial, a partilha em vida contratual, enquanto espécie do gênero partilha, não poderia ser considerada como sucessão antecipada.

Seria então necessário que a partilha em vida contratual contivesse, além dos elementos típicos da partilha, um outro ato ou elemento que lhe permitisse excetuar o regime geral das partilhas e deflagar como efeito, também, o de atribuição patrimonial. Para estes autores, este ato não poderia ser uma doação, sob pena de atrair todas as críticas e incompatibilidades já evidenciadas, mas outro que, também gratuito, acarrete a transmissão dos bens especificados para os herdeiros. Astolpho de Rezende e Heloisa Helena Barboza sustentam

---

[998] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 299.
[999] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 9.
[1000] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

que ato, integrante e caracterizador da partilha em vida é a renúncia ao domínio de seu patrimônio realizada pelo ascendente:

> **"**A partilha do ascendente não é uma liberalidade; é uma renúncia; o ascendente renuncia ao domínio e à posse dos seus bens, transmitindo-os, dividindamente, a seus filhos. (...) No nosso desautorizado conceito, a partilha do ascendente se traduz em uma renúncia: é o que os juristas franceses, anteriores ao código civil, denominavam *demission de biens.* O pai, que partilha, não tem o intuito de fazer uma liberalidade (substractum da doação), mas o de desonerar-se de encargos, demitindo de si a posse e o domínio dos bens, e *renunciando,* portanto, a esses direitos e ao seu gozo" [1001].

> "Não há na partilha uma liberalidade, característica da doação, mas uma renúncia ao domínio dos bens (*demission de biens*). O ascendente ao dividir os bens opera sua transmissão definitiva (posse e propriedade) aos beneficiários. (...) Aquele que partilha em vida não tem intuito de fazer uma liberalidade, substrato da doação, mas o de demitir de si a posse e o domínio dos bens, de renunciar a esses bens, ao seu gozo"[1002].

A *demission de biens* é figura jurídica estrangeira desconhecida no direito brasileiro, e como tal pode gerar dúvidas quanto a sua tradução ou mesmo a viabilidade de seu transplante. Sua melhor compreensão auxiliará a análise de sua compatibilidade com o direito brasileiro, a justificar trazer a colação breve reconstrução histórica de tal figura.

> "A figura da partilha em vida tem, no que se refere ao Direito Francês uma longa tradição, entroncando-se no instituto da *démission de biens* típica do antigo Direito Costumeiro.
> O acto era muito frequente na Normandia, Borgonha e Bretanha, sendo praticado, sobretudo, entre indivíduos de fracos recursos.
> A *démission de biens* era uma disposição pela qual um homem, motivado pelo afecto do sangue, com o objectivo de imitar a ordem natural das sucessões e de prever o caso da morte, despojava-se, sendo vivo, da universalidade de todos os seus bens para contemplar, por antecipação, os seus herdeiros presuntivos e torná-los, deste modo, possuidores actuais e proprietários dos bens de uma sucessão futura, da qual eles só têm a esperança.
> Não se tratava de uma doação entre vivos nem sequer de uma doação causa mortis, mas antes de um puro e simples abandono de bens em favor dos presumidos herdeiros do disponente. O demitido reservava-se, usualmente, o usufruto dos bens ou uma renda vitalícia. O acto de demissão não comportava partilha de espécie alguma, pelo que o demitido devia dar os bens a todos os que a lei chamava à sua sucessão e do mesmo modo pelo qual ela realizava essa vocação. A atribuição era universal, referente, portanto, à totalidade do património, de efeitos entre vivos imediatos, mau grado a sua natureza de acto de última vontade. Daqui resultava o corolário segundo o qual o demitido se devia reputar ficticiamente morto no dia da prática do acto"[1003].

[1001] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 301).
[1002] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.
[1003] BARREIROS, José Antônio. A partilha em vida no Código Civil: ensaio preliminar. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 37. Vol. III. Set.-Dez. 1977, p. 614.

Curioso notar que, se a 'demissão' não importava partilha, parece lógico pressupor que cada herdeiro recebesse uma fração ideal do patrimônio transferido, o que não parece ser a solução desejada, mas talvez explique tenha se desenvolvido até a partilha do ascendente, na qual desempenha, ao lado da partilha, o ato que implica o 'abandono' dos bens.

Troplong esclarece que a partilha em vida positivada no artigo 1.075 do Código Napoleão teve origem imediata no ato que era conhecido pela jurisprudência como *abandonnement de biens* ou de *partage d'ascendent,* que não se confunde com a *demission de biens* utilizada durante o antigo regime: "a *demission* não continha necessariamente uma partilha; não se confundia com a partilha *inter liberos*, a não ser que fosse feita entre pessoas e com as condições às quais a partilha *inter liberos* era adequada"[1004].

A elucidação é fundamental para mantar a fidelidade aos pressupostos de utilização do direito comparado e, observando-os, evitar o simples transplante da figura da *demission de biens* sem as devidas compreensões e adaptações. Em sua configuração inicial, se aproximava do que para nós seria uma renúncia translativa da propriedade, sem qualquer disposição sobre a partilha. Depois, incorporada pela *partage d'ascendent,* tornou-se o ato de 'abandono' da propriedade, do qual decorria a transmissão dos quinhões partilhados aos herdeiros, e, por fim, tomou as vestes da partilha em vida no Código Civil de 1804.

Vista deste modo, é preciso questionar se este ato seria possível no direito brasileiro e, em caso positivo, qual seria sua natureza. Tendo por finalidade jurídica dispor ou se desfazer da titularidade de um patrimônio, o ato seria compatível com nosso direito, que em regra admite a disposição e a renúncia dos direitos patrimoniais privados[1005].

Uma vez admitida, poderia a figura da *demission de biens* ser equiparada à renúncia, como fazem os autores desta corrente? A resposta parece ser negativa. A renúncia é, entre nós,

---

[1004] No original: " Cet acte du père de famille est connu dans la jurisprudence sous le nom d'abandonnement de biens ou de partage d'ascendant. Ce n'est pas la démission de biens comme dans l'ancien régime. Car, même autrefois et lorsque la démission de biens était légalement pratiquée, on la distinguait du partage inter liberos. La démission ne contenait pas nécessairement un partage; elle ne se confondait avec le partage inter liberos qu'autant que le démettant la faisait entre les personnes et avec les conditions auxquelles convenait le partage inter liberos" (TROPOLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 71).

[1005] "Em princípio (...) são renunciáveis todos os direitos privados, o que constitui um importante contraste com o direito público. A renunciabilidade, assevera Cino Vita, é a regra do direito privado, enquanto a irrenunciabilidade é a regra do direito público. Todos os direitos privados, com efeito, são renunciáveis" (CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 107-108); "Diversamente do direito público, todos os direitos privados passíveis de disposição pelo agente são, a princípio, renunciáveis. A regra para estes é a da renunciabilidade" (VAZ, Marcella Campinho. Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no Direito Civil. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 87-88). A renúncia da propriedade é inclusive prevista pelo Código Civil, no artigo 1.275, II.

"a pura e simples eliminação do direito. Donde não poder configurar renúncia o ato pelo qual o direito é transferido de uma para outra pessoa. Nestes casos verifica-se uma alienação"[1006]. Caracterizada como ato de exclusiva abdicação, seria incoerente admitir como verdadeira renúncia aquela designada como translativa[1007].

Até se poderia cogitar que, na partilha em vida, o efeito translativo não decorreria da 'renúncia', mas da vocação hereditária, mas novamente faltaria coerência sistêmica, por duas razões: uma, que a renúncia da propriedade não implica sua transmissão aos herdeiros do renunciante, mas "tornar o bem sem dono, isto é, res nullius. Deste modo, perde a titularidade subjetiva, convertendo-se em bem vago que, preenchidos os pressupostos, poderá ser arrecadado"[1008]; outra, que a atribuição patrimonial pela vocação hereditária dependeria da abertura da sucessão, com a morte do ascendente.

A quarta corrente doutrinária é composta pelos autores que compreendem a partilha em vida afastando-a das figuras com que é usualmente confrontada, preferindo qualificá-la como um negócio jurídico *sui generis* ou típico.

João Pedro Biazi[1009], Conrado Paulino da Rosa e Fernanda Rosa Coelho[1010] qualificam a partilha em vida como um negócio *sui generis.* Em comum, os autores partem da distinção entre partilha em vida e os negócios típicos com os quais são confrontados para, não encontrando subsunção, tomá-la como *sui generis.* Conrado Paulino e Fernanda Coelho a confrontam com a doação e com a partilha, verificando que a partilha em vida possui traços de ambos, "mas não se identifica integralmente com eles, motivo pelo qual pode-se dizer que é um ato 'sui generis' ou complexo, no qual se encontram elementos de ambos os institutos".

Maurício Bunazar refuta a qualificação como negócio jurídico *sui generis,* pois não seria o "único no gênero", preferindo considera-la negócio jurídico típico, especificamente negócio de partilha em vida, pertencente ao gênero dos negócios de partilha[1011]. Com razão, a

---

[1006] CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 167-168.
[1007] VAZ, Marcella Campinho. Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no Direito Civil. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 43.
[1008] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 374. No mesmo sentido: "Se for a renúncia da propriedade, a coisa ficará *nullius*, mesmo se recair sobre imóveis, pois então dá-se a presunção da titularidade do Estado" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: reais. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 407).
[1009] BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017, p. 9.
[1010] ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 264.
[1011] "Como se buscará demonstrar, a partilha em vida é negócio jurídico típico, que tem por gênero próximo a partilha e por diferença específica o ser a partilha feita em vida; não é negócio jurídico de doação; não é mera disposição testamentária; não é negócio jurídico *sui generis* (cuja tradução é: *único no gênero*), é, sim, *negócio*

partilha em vida é sem dúvida espécie dos negócios jurídicos de partilha, a autorizar reconhecer entre seus elementos e efeitos, também os de partilha. É possível questionar, porém, se seria ela própria, partilha em vida, um negócio jurídico típico.

Na lição de Álvaro Villaça Azevedo, para que exista tipicidade não basta a previsão de certo negócio jurídico pela lei, ou mesmo que esta lhe atribua um nome próprio. A tipicidade demanda que esteja regulamentado na lei, ou seja, "necessário torna-se que se encontre ela, devidamente, regulamentada em lei, não bastando apresentar-se com um nome"[1012]. Deste modo, qualificar a partilha em vida como um negócio jurídico típico teria por pressuposto a existência de um regime jurídico próprio para a partilha em vida, extraído da lei[1013]. Não há, no artigo 2.018 do Código Civil, um regramento suficiente que respalde tal conclusão.

Ao contrário, a partilha em vida representaria um daqueles "contratos que possuem *nomen iuris* na lei e são atípicos, por não lhes ser prescrito um modelo regulativo suficiente", considerando-se como suficiente "quando soluciona os principais problemas referentes ao contrato surgidos na prática das relações sociais" [1014], o que, claramente, não acontece com a partilha em vida, marcada justamente pelas inúmeras controvérsias que a estigmatizam.

Encerra a classificação proposta a quinta corrente, que ao constatar que a partilha em vida consensual[1015] pode se apresentar em duas configurações distintas, cada qual com peculiaridade suficiente a justificar uma natureza jurídica própria. Compõe esta corrente Pontes de Miranda, Paulo Lôbo e José Fernando Simão.

Pontes de Miranda principia por estabelecer a independência entre partilha e vida e doação, de modo que uma pode existir sem a presença da outra: "se for atribuída a propriedade aos herdeiros houve adiantamento de legítima e partilha, como poderia só ter havido adiantamento de legítima sem qualquer referência à partilha da herança necessária"[1016]. Ou seja: o ascendente pode apenas doador seus bens aos filhos, o que configuraria adiantamento de legítima, mas não partilha em vida[1017].

---

jurídico de partilha em vida, que, a critério exclusivo do legitimado (ascendente) pode ser unilateral ou bilateral" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 3).

[1012] AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60.

[1013] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 21-22.

[1014] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 24-25.

[1015] Os três autores que compõe este grupo reconhecem também a partilha em vida testamentária, distinta das espécies de partilha em vida contratual ora apresentadas.

[1016] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 334.

[1017] "Quem pode dispor da metade dos bens, ou de todos os bens, pode distribuí-los em vida. O que se assemelha com a partilha em vida é a doação única a duas ou mais pessoas, com a distribuição de partes. Mas de jeito nenhum

Haverá partilha em vida apenas quando o ascendente realizar a partição da herança entre os herdeiros, o que pode se dar com ou sem a concomitante atribuição de propriedade, de modo que "é erro dizer-se que a partilha em vida é doação aos herdeiros necessários, de modo que o sucedendo perde sempre, desde logo, a propriedade"[1018].

Isso porque ao partilhar a herança, o ascendente cria o regramento que deverá ser observado quando da transmissão dos bens, o que não necessariamente é acompanhado da disposição destes bens. "Não há adiantamento de legítima quando o genitor apenas partilha o que por direito de legítima têm de receber os herdeiros necessários; o negócio jurídico unilateral de partilha pelo genitor, é para ter eficácia se os herdeiros prováveis vierem a receber a herança", portanto, tem sua eficácia condicionada a abertura da sucessão, "tanto que, se um é deserdado, ou excluído por indignidade, a parte do negócio jurídico unilateral que a ele se refere é como se não tivesse sido escrita"[1019].

E embora se possa imaginar que o autor cogite aqui apenas da partilha em vida realizada unilateralmente pelo ascendente, vai além, e com a maestria que lhe é própria, adverte que "a partilha em vida é, de regra, negócio jurídico unilateral. Porém nada obsta a que o ascendente convoque os herdeiros necessários a participarem. Há, então, a plurilateralização"[1020]. Nesta última hipótese, haveria uma partilha em vida consensual, porém, sem adiantamento de legítima, de modo que o ascendente permaneceria com a propriedade de todos os bens enquanto vivo.

Mas pode também o ascendente, além de partilhar a herança entre seus herdeiros, atribuir-lhes desde logo a propriedade dos bens que compõe o quinhão de cada um, ato que o autor qualifica como doação. Desta sorte, para Pontes de Miranda a partilha em vida consensual, estabelecida entre o ascendente e seus herdeiros, pode se apresentar como (a) negócio jurídico de partilha puro, com eficácia subordinada à abertura da sucessão, e assim com natureza de negócio jurídico de partilha; ou (b) negócio jurídico de partilha acompanhado de doação, em

---

se trata de partilha em vida de que cogita o Código Civil, art. 1.776, cujo pressuposto fundamental é a necessariedade da herança (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339).

[1018] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 334

[1019] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

[1020] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

antecipação de legitima, quando o negócio de partilha vier acompanhado também de disposição patrimonial em favor dos herdeiros.

Na mesma linha, Paulo Lôbo constata que "no direito brasileiro, há três modalidades de partilha em vida: a testamentária (negócio jurídico unilateral), a doação (negócio jurídico bilateral) e a partilha entre vivos (negócio jurídico plurilateral)"[1021], sendo as duas últimas hipóteses de partilha em vida consensuais.

Pela partilha em vida por doação, haveria imediata atribuição patrimonial aos herdeiros, que desde logo receberiam a propriedade dos bens que lhe cabem, devendo respeitar a legítima dos herdeiros necessários, considerando-se, para tanto, o valor dos bens atribuídos no momento em que a partilha é feita. Embora a qualifique como doação, não a submete ao regime jurídico desta, mas pelo contrário, afirma que "a doação em que se substancia a partilha em vida não está sujeita a colação, porque não há adiantamento da legítima nem doação em sentido estrito"[1022]. Quer parecer que, ao afirmar que a atribuição patrimonial que acompanha a partilha não seria adiantamento de legítima, tampouco estaria sujeita a colação, o autor se aproxima mais da posição que a considera como sucessão antecipada do que como doação.

Em paralelo, a segunda modalidade de partilha em vida consensual é por ele designada como partilha entre vivos, reconhecendo nela "a genuína partilha em vida". Trata-se de negócio jurídico plurilateral, firmado entre o ascendente e todos os seus herdeiros, pelo qual estabelecem o regramento de como será realizada a partilha sucessória. Ou seja, o negócio tem "finalidade de antecipação da partilha da herança, mas sem antecipação das titularidades"[1023]. Ao fim, sua posição coincide com a de Pontes de Miranda, cindindo as duas hipóteses da partilha em vida consensual em razão da existência, ou não, de disposição patrimonial imediata em favor dos herdeiros.

Inclui-se ainda neste grupo José Fernando Simão, por também constar a existência de três modalidades de partilha em vida: por testamento (negócio jurídico unilateral e *causa mortis*), por doação (negócio jurídico bilateral e com eficácia imediata) e por acordo entre todos os herdeiros e o proprietário dos bens (negócio jurídico plurilateral). Dentre as espécies consensuais, define a partilha em vida por doação como "aquela em que o ascendente transfere todos os bens, reservando para si apenas o usufruto", contemplando todos os herdeiros e respeitando a legítima de cada um. A outra espécie, "que não por doação, nem por testamento,

---

[1021] LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. Volume 6. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 315.
[1022] LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. Volume 6. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 316.
[1023] LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. Volume 6. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 316.

seria um negócio jurídico *sui generis*. Nela, não há transmissão de propriedade, como ocorre na doação. Terá como objeto os bens que comporão a futura herança e dimensionará os quinhões de cada herdeiro sobre tais bens"[1024].

Realizada a revisão bibliográfica e aclaradas as divergências entre os autores, constata-se que todas as posições são bastante razoáveis, sobretudo considerando que dispõe de um único dispositivo legal dedicado à partilha em vida.

Embora bastante razoáveis, as correntes são divergentes entre si, e deste modo, será preciso recurso a metodo que permita confrontar as diversas naturezas propostas para aferir a que se revela sistematicamente mais coerente.

Tendo como ponto de partida seguro que a partilha em vida é negócio jurídico do gênero partilha, vocacionado a especificar quais os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, é possível comparar este perfil básico com cada uma das diversas naturezas ventiladas pelas correntes doutrinárias, apurando as semelhanças e sopesando os pontos de divergência. Trata-se de procedimento de qualificação não exclusivo ao Direito, que diante de uma profusão de elementos de comparação, busca a semelhança com paradigmas já qualificados e afasta aqueles que se apresentarem deles divergentes ou com eles incompatíveis[1025].

O itinerário exige principiar pelo trabalho de qualificação da partilha em vida consensual, pois qualquer raciocínio que pretenda solver os conflitos que envolvem determinada figura jurídica precisará, antes, identificar a consistência desta figura, sua natureza jurídica. Sua recondução a uma espécie ou tipo permitirá recolher neste a regulação jurídica aplicável, e mesmo quando se apresente como atípica, fornecerá opções mais restritas de regramento a partir dos elementos que a compõe.

Das posições colhidas da revisão bibliográfica sobre a natureza jurídica da partilha em vida consensual, extrai-se que todas reconhecem a partilha em vida consensual como um negócio jurídico.

No campo dos negócios jurídicos, a presença de ao menos dois agentes (ascendente e herdeiro) e o escopo de produzir efeitos patrimoniais (partilha de bens) permite qualificar a partilha em vida consensual como contrato.

Esta qualificação exige analisar se ela estaria ou não submetida à proibição dos contratos que tenham por objeto a herança de pessoa viva, proibida pelo artigo 426 do Código

---

[1024] SIMÃO, José Fernando. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al). Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.551.
[1025] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 303.

Civil. É a questão preliminar, *an sit, "*da apuração da existência ou não do ato jurídico"[1026] enquanto ato de liberdade reconhecido e protegido pelo Direito.

Há autores[1027], como Pontes de Miranda, que afirmam que a partilha em vida consensual não é pacto sucessório, pois produzindo todos os efeitos em vida, não poderia ser qualificada como negócio *causa mortis.* Diz o autor: "A partilha em vida não é pacto sucessório. Ou há adiantamento de legítima, ou há doação. O efeito é imediato, mas o decujo pode reservar-se uso, usufruto, habitação ou renda"[1028]. A afirmação, porém, é contraditória à interpretação do próprio autor, ao admitir que na partilha em vida unilateral, realizada pelo ascendente e com efeito *causa mortis,* possa ele convocar "os herdeiros necessários a participar. Há então, a plurilateralização"[1029]. A aposição do consentimento dos herdeiros na partilha em vida realizada sob a vestimenta de contrato *causa mortis* não lhe retira esta qualidade, mas transforma o anterior negócio unilateral em contrato, mantendo sua natureza *causa mortis*[1030].

Tenha ou não a partilha em vida consensual imediato efeito translativo da propriedade dos bens partilhados, sua função é indubitavelmente a de partilhar ainda em vida o patrimônio que caberia aos herdeiros por herança, e nesta medida, será sim um pacto ou contrato sucessório[1031]. Elder Gomes Dutra identifica que "o esforço que faz parte da doutrina para atribuir à partilha em vida natureza diversa de pacto sucessório tem como principal intuito afastar a incidência do art. 426, do Código Civil de 2.002"[1032], quando a desqualificação como contrato sucessório não é necessária para sua validade, ou, especificamente, para a não incidência do artigo 426.

[1026] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 290, nota de rodapé n. 2.
[1027] ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres: Direito Civil. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 6.
[1028] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339.
[1029] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.
[1030] BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 5
[1031] "Em vão a sutileza da lei argumentaria que a partilha antecipada viola o princípio de que não se pode fazer um pacto relativo a uma sucessão futura. A magistratura paterna exercida sobre o lar doméstico para banir a discórdia tem um caráter tão respeitável e tutelar, que não há necessidade de temer com ela os inconvenientes normalmente associados aos pactos sobre herança futura". (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 72).
[1032] "Certo é que o esforço que faz parte da doutrina para atribuir à partilha em vida natureza diversa de pacto sucessório tem como principal intuito afastar a incidência do art. 426, do Código Civil de 2.002. Contudo, por meio deste negócio *inter vivos* antecipa-se a partilha e seus consequentes efeitos para a vida, quando normalmente ela se opera post mortem, de modo que a sucessão não se opera por força da lei, como decorrência do princípio da saisine, mas pela vontade do autor da de herança, daí a sua inegável natureza de pacto sobre herança futura" (DUTRA, Elder Gomes. Premissas para um direito sucessório mínimo. Londrina: Thoth, 2021, p. 165).

Pelo contrário, a partilha em vida é contrato sucessório expressamente permitido pelo direito vigente, e, portanto, fora da hipótese de incidência da regra geral de proibição dos contratos sucessórios. Como demonstrado nos capítulos anteriores, a partilha em vida sempre foi admitida pelo direito brasileiro como um contrato sucessório válido, e ainda o é, corroborando Mário Delgado que "havendo quem diga não configurar pacto sucessório, é claro que quem nega essa natureza o faz tão somente para negar que se trata de exceção ao art. 426 do Código Civil"[1033].

Definida sua natureza contratual, o grande desafio é desvelar de qual espécie ou tipo contratual ela mais se aproxima, a ponto de permitir sua classificação dentro deste tipo, ou, não sendo possível o enquadramento a qualquer dos grupamentos típicos, aferir a quais espécies ou tipos os seus elementos correspondem.

Neste mister, é possível utilizar como critério de qualificação do contrato a sua função, especificamente por método de qualificação contratual que, em um sistema de tipos, siga as seguintes fases[1034]: (a) buscar o efeito desejado pelas partes, o propósito dos contratantes[1035], também designado como função metajurídica ou econômico-social do contrato[1036]; (b) como o contrato advirá não apenas da vontade ou dos efeitos desejados, mas da conjugação desta com o tipo, a segunda fase é buscar em cada tipo contratual confrontado aquele capaz de produzir os efeitos desejados, designada como função jurídica ou eficiente[1037], advertindo-se que "muitos contratos e a programação de sua eficácia se determinam mais pelas circunstâncias do que pelas obrigações que as partes julgam estar cumprindo"[1038]; e por fim, encontrado o tipo

---

[1033] DELGADO, Mario. Direito fundamental de herança. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 41.
[1034] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 295-297.
[1035] "Para descobrir o tipo que temos sob análise, é mister identificar o propósito dos contratantes ou, nas palavras do autor [Henri Capitant], o *but poursuivi*. O ato das partes tem precedência sobre a lei. Mesmo que esta possa depois recortá-lo, ou dizer que uma das suas partes é nula, o negócio jurídico é preexistente ao direito positivo" (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 295)
[1036] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17.
[1037] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17.
[1038] Toma-se aqui as circunstâncias negociais pelo conceito a elas atribuído por Antônio Junqueira de Azevedo, que as toma como "o conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos. (...) são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121-122). No desiderato de qualificação, como estas circunstâncias são "muito sutis e variáveis, a comparação entre espécies sempre facilita depurá-las de elementos contrários ou simplesmente diversos" (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 296).

adequado, (c) a elaboração de um modelo jurídico hermenêutico que permita visualizar seus elementos e, a partir deles, responder aos problemas usualmente suscitados.

Revisitando uma vez mais a bibliografia, contata-se que nas diversas temporalidades e espacialidades investigadas, o efeito desejado (função) por quem recorre a partilha em vida é o de determinar desde logo os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, e a causa que motiva os agentes a realizar a partilha em vida consensual (ou seus diversos equivalentes funcionais) convergem para os seguintes[1039]: (a) evitar discórdias futuras entre os herdeiros para a divisão da herança, preservando as relações entre irmãos[1040]; (b) atender as aptidões pessoais de cada herdeiro; (c) evitar o retalhamento dos bens[1041]. São estas as razões usualmente apresentadas como causas ou motivos que levam os agentes a buscar, ainda em vida, a partilha do patrimônio sucessório. Para atender àqueles interesses, buscam estabelecer desde logo quais bens serão atribuídos a cada herdeiro, pretendendo como efeito o que dá nome à essa figura: a partilha (sucessória) em vida, sendo esta portanto a função perseguida.

[1039] São, dentre outras, as fontes neste sentido: ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. III. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 898; MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 335; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 391; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (Coord). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à Professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 483; SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 62; MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018, p. 13; GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 294; FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène: Librairie Droz, 2008; WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2119-2120; STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015, p. 311; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 631; TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. 1. Paris: Henri Plon, 1872, préface.

[1040] O desejo da partilha dos bens em vida para evitar discórdias é justamente o fio condutor da peça Rei Lear, escrita por William Shakespeare em 1606. Já no primeiro ato da primeira cena, a personagem principal (o rei Lear) afirma: "enquanto isso revelaremos as nossas intenções mais reservadas. (...) Nosso filho da Cornualha, e tu, nosso não menos amado filho da Anlbânia; é chegada a hora a de proclamar os vários dotes de nossas filhas a fim de evitar qualquer divergência no futuro" (SHAKESPEARE, William. O Rei Lear. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 8-9)

[1041] Pontes de Miranda elucida que a razão originária da partilha em vida, em sua origem romana, não tinha o intuito de evitar discórdias, fundamento que somente viria a ser incorporado posteriormente. "A razão é de ordem econômica, e sempre foi. Conservou-se no direito português para se assegurar a permanência das famílias em certos bens ou indústrias; e dela usavam muito, nos séculos XVIII e XIX, os comerciantes, para fazer os seus sucessores na casa comercial. À base está o patriarcalismo romano, despótico, absorvente; na camada histórica posterior, ressalta a sustentação do prestígio econômico familiar" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335).

Em menor número, alguns autores apontam, ainda, que em determinadas situações, as partilhas em vida consensuais são realizadas (d) para permitir ao ascendente em idade avançada aliviar-se da administração dos bens, de modo a viabilizar uma existência mais tranquila e despreocupada[1042]. Em breve recurso à literatura, foi justamente esta a razão que, na ficção, motivou o Rei Lear a dividir seu reino ainda em vida entre suas filhas:

> "Enquanto isso, revelaremos as nossas intenções mais reservadas. Deem-me esse mapa aí! Saibam que dividimos em três o nosso reino. É nossa firme decisão diminuir o peso dos anos, livrando-nos de todos os encargos, negócios e tarefas, confiando-os a forças mais jovens, enquanto nós, liberados do fardo, caminharemos mais leves em direção à morte"[1043].

O estudo de direito comparado empreendido no capítulo anterior se justifica, também neste ponto, ao permitir constatar que estas razões supracitadas são comuns também em outros ordenamentos, e desta forma, corroborando os propósitos e os efeitos pretendidos pelas pessoas quando realizam a partilha em vida.

Aclarados os efeitos desejados pelos contratantes, cumpre avançar para a segunda fase do método de qualificação, cotejando os efeitos pretendidos com os efeitos jurídicos próprios aos tipos contratuais cogitados.

Na busca por qual tipo contratual teria aptidão para estabelecer quais dos bens integrantes do patrimônio familiar ainda indiviso será atribuído a qual dos herdeiros, emerge imediatamente o tipo contratual da partilha, formado por declarações de vontade voltada a desfazer a unicidade do patrimônio mediante a definição dos bens que caberá a cada herdeiro, ou, como prefere Pontes de Miranda, negócio "puramente de direito material pelo qual os interessados cumprem a sua obrigação de partilhar"[1044].

O negócio jurídico de partilha pode ser realizado de forma unilateral pelo autor da herança, como já analisado anteriormente, e também de forma amigável, sendo "o princípio que domina a partilha amigável o consensualismo"[1045]. Apenas esta última configuração é

[1042] TROPOLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 72; MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 335.

[1043] SHAKESPEARE, William. O Rei Lear. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 8. A passagem é da cena 1, ato 1, e é também referida por José Fernando Simão em SIMÃO, José Fernando. Contratos de doação e testamento como formas de planejamento sucessório. In: In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 501.

[1044] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 312.

[1045] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 795.

compatível com a partilha em vida contratual, já que pressupõe a participação de todos os herdeiros.

"A partilha amigável ainda admite, por sua vez, duas subespécies: a partilha amigável por ato *inter vivos* e a partilha amigável *post mortem*"[1046]. Na primeira se enquadraria justamente a partilha em vida, como subespécie de partilha amigável.

A aproximação com o tipo das partilhas amigáveis permite questionar se a partilha em vida, ora investigada, teria por função exclusivamente a de especificar os quinhões de cada herdeiro ou abrangeria também uma função de transação, já que os negócios jurídicos de partilha amigável são também compostos por outro conteúdo contratual típico além da partilha, notadamente o de transação, pelo qual "duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. (...) A partilha amigável entraria aí"[1047].

Admitida a premissa de que a herança, enquanto um patrimônio indiviso, admite várias formas de partição, quando esta é realizada por consenso, aqueles que partilham não apenas a receber determinados bens como pagamento de seu quinhão, como também anuem com a atribuição dos demais bens a cada um dos demais herdeiros, o que constitui a concessão recíproca que caracteriza a transação. Pela ótica funcional, aqueles que partilham consensualmente também o fazem para pôr fim a controvérsia, consistente na dúvida quanto ao modo de divisão que será adotado para encerrar a unidade da herança, sua extensão ou mesmo sua validade.

Diversamente da partilha testamentária cujo conteúdo é apenas o de partilha, na partilha contratual os sujeitos não só partilham como transacionam[1048]. A transação é, aqui, conteúdo fisiológico da partilha em vida contratual.

Nesta ordem de ideias, o conteúdo contratual nas partilhas amigáveis é formado por dois negócios jurídicos típicos, de partilha e de transação. Mais precisamente, há um contrato

---

[1046] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Código Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 795.
[1047] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.
[1048] Anota Euclides de Oliveira que nesta modalidade de partilha "fica a critério dos interessados transigir na medida de suas conveniências, de sorte a estabelecer a partição dos quinhões conforme lhes pareça mais adequado" (OLIVEIRA, Euclides de. Comentário ao artigo 2.018. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. Vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191).

típico (partilha) com prestação subordinada (transação)[1049], em que às prestações principais características do tipo partilha se acresce uma outra, de concessão recíproca para pôr termo à controvérsia, própria dos contratos de transação[1050]. Enquanto a partilha especifica os bens de cada quinhão e extingue a indivisão do patrimônio, a transação encerra potencial controvérsia entre os herdeiros, mediante concessões recíprocas voltadas a evitar um litígio futuro ou pôr fim a uma situação de insegurança que poderia advir, por exemplo, sobre a conformação com os bens atribuídos aos demais herdeiros, a extensão do quinhão atribuído ou ao modo como seria realizada a partilha judicial.

Confirma esta hipótese o fato de nas partilhas amigáveis não ser exigida igualdade entre o valor dos quinhões, precisamente por cada herdeiro transigir sobre a partição e a extensão de cada quinhão[1051], concedendo que outro com direito à igual quinhão receba bens cujo valor excede ao dos bens que lhe são atribuídos, ou tenha a concessão dos demais quanto a quantidade ou qualidade dos bens designados para si.

Estas constatações permitem identificar no tipo contratual da partilha a aptidão jurídica para realizar não só o efeito pretendido pelos contratantes da partilha em vida, notadamente de especificar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, de acordo com suas aptidões e evitando retalhação dos bens, mas também, e sobretudo, aptidão para atender as razões que motivaram seus agentes a firmá-lo, em especial o objetivo de evitar discórdia futura entre os herdeiros, objetivo que encontra guarida também no conteúdo de transação.

Porém, como já apontado ao longo da pesquisa, os negócios jurídicos de partilha não possuem eficácia de atribuição patrimonial, ou seja, não são causas suficientes para a transmissão da propriedade para os herdeiros, e assim, ao menos quando utilizados isoladamente, não atendem ao objetivo por vezes desejado de transmitir desde logo a propriedade dos bens, aliviando o ascendente da administração do patrimônio.

Neste ponto da análise se torna pertinente colocar sob as lentes da investigação ora proposta a corrente doutrinária que qualifica a partilha em vida consensual como "sucessão antecipada" ou "partilha antecipada". Para os autores que a sufragam, esta qualificação é a que melhor corresponderia à finalidade do ato, já que a partilha em vida contratual busca,

---

[1049] "A partilha pode ser qualificada como negócio jurídico autônomo – negócio jurídico de partilha –, mas a ela podem se aplicar as regras do negócio jurídico de transação, no que couberem, haja vista não haver regime jurídico positivado especificamente para a partilha" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 11).

[1050] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 23.

[1051] OLIVEIRA, Euclides de. Comentário ao artigo 2.018. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código Civil Comentado. Vol. XX. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191.

justamente, antecipar a partilha que aconteceria de forma judicial ou por partilha amigável após a abertura da sucessão.

As expressões "sucessão antecipada" ou "partilha antecipada" podem qualificar um dado fenômeno, ou definir a que título ele ocorre, e nesta medida, designar a natureza jurídica de um determinado ato ou fato. Porém, já constatada a natureza jurídica contratual da partilha em vida, e para os fins ora perseguidos, a qualificação se restringe à aproximação a um dado tipo contratual, a combinação de tipos contratuais que formem um contrato misto ou ao reconhecimento de que se trata de contrato atípico[1052].

Adotado o método de aproximação dos efeitos desejados pelas partes com os efeitos próprios de cada tipo contratual, ou ainda que se adotasse como método de qualificação o cotejo entre os elementos característicos dos contratos, a natureza jurídica apenas poderia ter como conteúdo uma dada tipicidade contratual, seja ela típica, mista ou mesmo atípica. Nesta ordem de ideias, "sucessão antecipada" seria designação imprópria para a qualificação.

É possível, porém, pensar na qualificação "partilha antecipada", desde que esta seja apreendida como espécie de contrato, com os elementos categoriais do tipo partilha e acompanhado de um elemento particular que permita sua consumação em um tempo anterior ao que lhe é próprio, precisamente em momento anterior à abertura da sucessão. Considera sob esta perspectiva, é possível cogitar da qualificação da partilha em vida consensual como um subtipo do negócio jurídico de partilha, designado por partilha antecipada.

Ao ser espécie do tipo partilha, por remissão ao que se disse anteriormente sobre os contratos de partilha, em especial de partilha amigável, é possível afirmar que esta partilha antecipada teria também a aptidão de realizar os efeitos desejados de (a) evitar discórdias futuras sobre a divisão da herança; (b) atender a aptidão de cada herdeiro; e (c) evitar retalhamento das coisas. Porém, tal qual o tipo ao que pertence, caso esteja presente o desejo de (d) atribuir desde logo os bens aos herdeiros, não teria aptidão para cumpri-la. E parece ser justamente esta inaptidão para atribuição patrimonial que se pretende colmatar com a qualificação da partilha como "antecipada".

No entanto, os autores desta corrente não explicitam qual seria o ato ou elemento que permitiria este efeito antecipatório, impróprio à categoria das partilhas, residindo nesta omissão a maior fragilidade desta corrente. De toda sorte, embora o simples recurso ao qualificativo "antecipada" pouco agregue ou esclareça sobre a natureza da partilha em vida, serve como

---

[1052] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 25.

relevante contributo ao evidenciar que a partilha em vida contratual, em sua forma pura, não terá mesmo o efeito de atribuição patrimonial. Para tanto, será preciso agregar a ela outro elemento ou negócio jurídico que permita, em conjugação, realizar este efeito desejado. A análise das demais naturezas cogitadas pode auxiliar na aferição de qual seria este elemento ou negócio.

Realizado o cotejo entre os efeitos desejados pelas partes e os efeitos dos negócios de partilha amigável, cumpre realizar a confrontação com os demais tipos contratuais ou qualificações apresentadas pelas correntes doutrinárias supra explicitadas, em especial a doação e a renúncia. Não será perquirida a aptidão da partilha em vida como contrato típico, por inexistir regramento legal suficiente que permita reconhecer um tipo contratual próprio senão o do gênero partilho, tampouco com a natureza *sui generis*, por não oferecer modelo suficiente para a comparação – embora, acaso não seja possível encontrar um tipo contratual para a partilha em vida, sua atipicidade poderá confirmar se tratar de um negócio jurídico *sui generis*.

Sem ignorar as controvérsias quanto a qualificação da doação[1053] e a heterogeneidade dos atos que podem ser praticados sob suas vestes e com seus efeitos[1054], há consenso doutrinário suficiente para afirmar que a doação é "o contrato pelo qual uma pessoa (o doador), por liberalidade, transfere bens ou vantagens de seu patrimônio para o de outra (o donatário)"[1055]. Seu efeito, assim, é o de transmissão gratuita de bens entre doador e donatário.

Cotejado com os efeitos pretendidos pelos contratantes da partilha em vida, a doação apresenta parcial aptidão como veículo para a juridicização destes efeitos.

É verdade que o efeito de atribuição patrimonial gratuita pode atender ao efeito primordial buscado pelo ascendente, de designar desde logo os bens que serão destinados a cada filho, de acordo as aptidões de cada um e evitando o retalhamento das coisas. Bastaria, para tanto, ele doar a cada herdeiro os bens que gostaria fossem destinados ao quinhão de cada um.

[1053] Orlando Gomes e Miguel Reale a qualificam como negócio jurídico unilateral receptício; Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Darcy Bessone, Caio Mário da Silva Pereira, Arnoldo Wald e a maior parte da doutrina brasileira a qualificam como contrato; Agostinho Alvim vê nela mais do que um contrato, mas uma categoria jurídica que revela um modo de aquisição da propriedade. Na França é regulada ao lado dos testamentos como forma de aquisição da propriedade por liberalidade; na Itália é qualificada como contrato, mas topologicamente localizado no direito das sucessões (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 310-320).

[1054] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 306-309.

[1055] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos Nominados II. 2 ed. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65. No mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de doação. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 40;

Porém, este atendimento se revela apenas parcial, e, de certo modo, potencialmente problemático.

Como já apontado por Pontes de Miranda, a doação, singularmente considera, atribui a propriedade dos bens aos herdeiros, mas não partilha a herança[1056], que é, ao fim e ao cabo, parte essencial do efeito desejado pelo ascendente na partilha em vida.

O objetivo buscado pela partilha em vida não é realizar apenas uma atribuição patrimonial gratuita, mas a determinação dos bens da herança que caberão a cada herdeiro. A distinção não é meramente teórica, apresentando substanciais reflexos práticos: se ao invés de partilhar o ascendente apenas doa, por força do regime jurídico das doações, as atribuições patrimoniais realizadas ficam sujeitas à colação, voltada a equilibrar as legítimas dos herdeiros necessários, em ulterior partilha.

A doação, neste ponto, embora possa designar os bens que serão destinados a cada herdeiro, hipótese em que seria verdadeiro negócio jurídico indireto[1057], não atenderia ao desejado efeito de evitar discórdias futuras entre os herdeiros para a divisão da herança, já que não dispensa futura partilha após a colação. E pode não atender nem mesmo à partição inicialmente desejada, considerando que a flutuação do valor dos bens doados pode autorizar ulterior redistribuição dos bens entre os herdeiros, a fim de equiparar quantitativamente os quinhões, por modo diverso daquele realizado pelo ascendente.

Por implicar, necessariamente, a imediata atribuição da propriedade dos bens, pode também não atender aos efeitos buscados pelos contratantes, já que a atribuição patrimonial imediata não é um desiderato geral da partilha em vida, encontrando-se presente apenas quando há circunstâncias que o justificam. Para aqueles que preferirem manter o domínio dos bens até a morte, a doação seria veículo ineficiente para a partilha em vida, sobretudo pela inadmissão no direito brasileiro vigente da doação *causa mortis.*

[1056] "Quem pode dispor da metade dos bens, ou de todos os bens, pode distribuí-los em vida. O que se assemelha com a partilha em vida é a doação única a duas ou mais pessoas, com a distribuição de partes. Mas de jeito nenhum se trata de partilha em vida de que cogita o Código Civil, art. 1.776, cujo pressuposto fundamental é a necessariedade da herança (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339).

[1057] "O negócio jurídico indireto é aquele praticado para obter fim diverso do típico ou usual na sua prática. Esse fim pressupõe o fim típico, mas vai além dele, ultrapassa-o. Há uma causa única no negócio indireto, mas que está concretamente qualificada por outros motivos. (...) A causa, no sentido de causa-função, é a mesma dos negócios diretos típicos, mas há circunstâncias na intenção ou circunstâncias no objeto negocial que fazem do ato concreto um ato *sui generis*. As partes, dessa maneira, valem-se do fim do negócio, admitido pela lei, para obter, com o perdão da contradição, 'um fim que não é o fim', ou ao menos não é o fim considerado típico" (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 370-371).

Sob o aspecto subjetivo, a teor do artigo 538 do Código Civil, no contrato de doação participam apenas o doador e o donatário, a pessoa que transfere o patrimônio e aquela que o recebe. Esta bilateralidade impede que tal contrato seja utilizado, ao menos em sua configuração ordinária, para a partilha em vida. Tal como todas as espécies de partilha contratual, e até mesmo na partilha judicial, é essencial a participação de todos os herdeiros, sob pena de nulidade. Na partilha consensual, cada herdeiro não só aceita a atribuição que é feita em seu favor, como também transaciona ao aceitar a atribuição a cada um dos demais herdeiros. A doação, em sua configuração bilateral, não consegue absorver esta funcionalidade.

Assim, se o ascendente fizer doações separadas, bilaterais, em tantos instrumentos quantos forem seus herdeiros, além de ser questionável a existência de partilha em sentido técnico, a doação não terá a aptidão de evitar discórdias futuras entre os herdeiros para a divisão da herança, já que não haverá transação sobre os quinhões atribuídos. Portanto, é possível afirmar que a doação bilateral, a despeito de respeitável doutrina em sentido contrário, não possui aptidão para realização dos efeitos pretendidos pelos contratantes da partilha em vida.

Isto não impede que a doação, desde que realizada em outra configuração, possa realizar os efeitos de partilha e de prevenção de litígios pretendidos pelos contratantes da partilha em vida.

Para atender a estas finalidades, talvez as mais relevantes da partilha em vida consensual, a doação poderá ser realizada em conjunção com outro negócio jurídico, especificamente como integrante de negócio jurídico misto, que compreendesse tanto o negócio de partilha quanto o de doação, e sob este perfil, fosse conformado pela vontade do ascendente e de todos os herdeiros. Ou seja, um único negócio jurídico, pelo qual é realizada a partilha e, junto dela, já a doação dos bens designados para compor o quinhão de cada herdeiro.

É esta a proposta de Pontes de Miranda para uma das espécies por ele admita, especificamente para quando é desejada a atribuição imediata de propriedade: um negócio jurídico misto de partilha com doação, que parece também corresponder à partilha em vida por doação sustentada por José Fernando Simão, já que a subordina à participação de todos os herdeiros.

Seguindo o fio condutor desta investigação, constatado que para atender aos efeitos desejados pela partilha em vida consensual o tipo contratual da doação precisaria se integrar a outro tipo contratual, é possível cogitar que a doação possa representar o elemento ou conteúdo que, conjugado ao contrato de partilha, permita qualifica-lo como “partilha antecipada”, agora sim com a explicitação suficiente de elemento que autorize a deflagração antecipada do efeito atributivo da propriedade.

Há duas dificuldades em admitir que a partilha em vida consensual possa ser realiza de forma mista, mediante incorporação do conteúdo típico do contrato de doação.

A primeira é a já exposta incompatibilidade entre os regimes jurídicos: enquanto a doação é antecipação de legítima, a exigir colação e nova partilha, a partilha em vida se propõe a ser ato final, definitivo, a encerrar desde logo a partição dos bens, sem colação ou nova partilha. A incompatibilidade não impede a conjugação de conteúdo em um negócio misto, mas, uma vez realizada, exige que a determinação de qual será o regime jurídico aplicável se dê por absorção, de modo a prevalecer o regime jurídico do negócio absorvente[1058].

Na conjugação cogitada, parece nítida a prevalência do negócio de partilha, mormente pela constatação de que a doação é incorporada apenas e tão somente para a realização de uma função secundária, notadamente de antecipar no tempo o momento da atribuição patrimonial. Para além, a regra que qualifica a doação de ascendente para descendente como adiantamento de legítima (CC, art. 544) possui natureza supletiva, e nesta medida, admite afastamento do regime mediante dispensa de colação (CC, art. 2.005). Já a regra limitativa da doação à parcela que o doador poderia dispor em testamento (CC, art. 549), vocacionada à proteção dos herdeiros necessários, parece não ser funcionalmente incompatível com a partilha em vida, já que este ato é praticado justamente em favor e por estes herdeiros.

Parece ter sido sob esta perspectiva que Paulo Lôbo, ao discorrer sobre a partilha em vida realizada por doação, não a submete ao regime jurídico desta, mas pelo contrário, afirma que "a doação em que se substancia a partilha em vida não está sujeita a colação, porque não há adiantamento da legítima nem doação em sentido estrito"[1059].

A segunda dificuldade é compatibilizar a função econômico social da liberalidade[1060], vertida inclusive em elemento essencial do negócio jurídico de doação, com o negócio jurídico de partilha, cuja função econômico social é caracterizada pela neutralidade da relação custo-benefício (a afastar o caráter estritamente gratuito da liberalidade) e pela divergência entre a finalidade global do contrato e a finalidade de cada contratante. Na partilha em vida, como nas partilhas amigáveis em geral, as vantagens e desvantagens implicadas a cada um dos

---

[1058] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 24.
[1059] LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. Volume 6. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 316.
[1060] "Liberalidade, em termos jurídicos, na verdade nada mais é do que ausência de vinculação para a prática de determinado ato. Portanto, não se deve imiscuir com conceitos subjetivos como a intenção de doar. (...) O direito contenta-se com a expressão externa usualmente correspondente à liberalidade, que é a atribuição gratuita. Ao definir doação, o chamado 'príncipe da Pandectística' percebeu que o importante é a dação do bem, e não a intenção de beneficiar" (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 221).

contratantes não são abstratamente determináveis ou relevantes para sua função, até mesmo em razão de seu conteúdo também transacional. Na mesma linha, na partilha em vida não há convergência entre a finalidade global do contrato e o interesse de cada parte, mas divergência, pois os interesses individuais não guardam identidade suficiente para formar uma "comunidade de interesses", própria dos contratos de cooperação e de liberalidade[1061].

Em breve rememoração, o tipo contratual da doação poderia ser utilizado para qualificar a partilha em vida, mas não em sua configuração bilateral ou autônoma, pois apenas teria aptidão para deflagrar os efeitos pretendidos pelos sujeitos quando realizada em negócio jurídico misto que compreenda além da doação o negócio de partilha. Já para a partilha em vida consensual em que se objetiva apenas o regramento de como se dará a partilha, sem atribuição imediata de propriedade dos bens, o tipo contratual da doação é impróprio para a realização dos efeitos pretendidos. Cogita-se, por fim, possa a doação formar com o contrato de partilha um contrato misto, mediante acréscimo de sua prestação atributiva, a permitir, quando assim desejado, a eficácia da atribuição patrimonial imediata.

Encerra a análise o grupo de autores que atribui à partilha em vida contratual a natureza de renúncia do patrimônio em favor dos herdeiros. A premissa por eles admitida é verdadeira, ao menos em parte das hipóteses de partilha em vida, nas quais "o objetivo do ascendente ao realizar esse tipo de negócio jurídico é proporcionar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *causa mortis*"[1062]. Nesta medida, reconhecem como pano de fundo que a partilha em vida, como espécie do tipo partilha, não possui o efeito de transmitir os bens desde logo aos herdeiros, e assim não poderia ser considerada como sucessão antecipada.

Faltaria, para tanto, outro ato ou negócio que lhe permitisse excetuar o regime geral das partilhas e deflagar como efeito, também, o de atribuição patrimonial. Cogitou-se, nos parágrafos anteriores, que este negócio poderia ser o de doação, que agregado ao negócio de partilha formaria negócio jurídico misto.

Os autores desta corrente, porém, refutam a presença de doação por não verificar na partilha em vida contratual a liberalidade que seria essencial à doação. Em seu lugar, qualificam-na como renúncia, especificamente a renúncia do ascendente ao domínio e à posse

---

[1061] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 112-113.
[1062] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

dos seus bens, que dessa forma se transmitiriam, como se a sucessão tivesse se aberto, aos seus herdeiros necessários.

Seguindo a metodologia proposta para esta qualificação, cumpre perquirir se a renúncia seria negócio jurídico apto a realizar os efeitos pretendidos pela partilha em vida contratual. A resposta é negativa.

Na linha das críticas já apresentadas quando da explicitação desta corrente, a natureza por ela invocada é a da *demission de biens* francesa, anterior à codificação e que, por não encontrar equivalente funcional no direito brasileiro, acabou transplantada como renúncia. Inobstante, atribuir à *demission de biens* o nome de renúncia em nada altera os efeitos tópicos desta: a renúncia à propriedade ou ao domínio de um bem não implica sua transmissão aos herdeiros, mas eliminar o direito de propriedade, deixando o bem sem dono, *res nullius.*

O que parece ter sido o intuito destes autores foi cogitar de uma renúncia translativa, mas neste caso seria apenas uma falsa[1063] renúncia, a esconder um ato de disposição. E sendo disposição gratuita, remeteria uma vez mais à doação, por eles repudiada.

A renúncia, assim, não teria o efeito de designar os bens que serão atribuídos a cada herdeiro, e de consequência, não poderia sequer cogitar das funções de evitar litígios futuros sobre a divisão da herança, atender a aptidão de cada herdeiro ou evitar o retalhamento do patrimônio.

Pela mesma razão, não poderia oferecer alternativa como elemento ou negócio que, agregado à partilha, pudesse lhe atribuir o efeito atributivo por vezes desejado. Pelo contrário, o efeito da renúncia, de excluir a titularidade do bem, é incompatível com o negócio de partilha, pelo qual se regulamenta, para o futuro, quais bens irão compor o quinhão do patrimônio atribuído a cada herdeiro.

Ao fim da segunda fase do método de qualificação, é possível realizar um recorte entre as qualificações cogitadas e determinar, dentre os paradigmas cogitados, qual o tipo contratual cujo regime jurídico se mostra mais adequado a realizar os efeitos desejados pela partilha em vida.

A primeira conclusão não diz respeito ao paradigma, mas à própria partilha em vida. Ao longo da exposição das correntes doutrinárias sobre a natureza da partilha em vida, bem

---

[1063] "Nas classificações dos botânicos, é interessante ver a profusão de espécies que, por sua semelhança a alguma das já descritas, são denominadas 'falsas' ou 'pseudo', devido ao fato de não lhes corresponderem exatamente. Muitas vezes é árduo descobrir as notas próprias de um ser que permita sua distinção dos demais seres parecidos" (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 303). O mesmo ocorre com a renúncia e, a exigir muito maior esforço hermenêutico, também com a partilha em vida.

como da aferição dos efeitos desejados por seus agentes e de seu cotejo com os tipos contratuais cogitados, por diversas vezes a qualificação encontrou obstáculo na presença ou não do efeito de atribuição patrimonial, dualidade que exigiu a bipartição da partilha em vida em duas configurações para, só assim, lograr a atribuição de uma qualificação coerente.

Esta constatação materializa a advertência de Luciano de Camargo Penteado de que o procedimento de qualificação, especificamente "no exame da *quididade* pode levar-nos admitir que o fato necessita de uma qualificação peculiar, de acordo com os contextos em que aparece, ou de que precisa ser decomposto e ter cada um dos direitos e deveres dele dimanantes nomeados de modo individuado"[1064].

Nos contextos da partilha em vida em que o ascendente tiver o desejo de despojar-se desde logo do patrimônio, a partilha em vida contratual dependerá de qualificação peculiar que o permita, já que, a rigor, os contratos de partilha não possuem tal efeito, que pode também não ser desejado pelos sujeitos do negócio.

Demanda-se assim certa elasticidade da partilha em vida consensual para que possa compreender a dualidade de configurações em que pode ser realizada: uma partilha em vida consensual pura, sem atribuição patrimonial concomitante, e uma partilha em vida consensual mista, composta também por outro negócio jurídico ou elemento que permita a atribuição patrimonial imediata.

Sem a admissão destes dois subtipos de partilha em vida consensual, não é possível uma sistematização que possa compreender a figura em seu duplo perfil. Não há nessa proposição qualquer inovação. Pelo contrário, apenas segue a linha do último grupo de autores, composto por Pontes de Miranda, Paulo Lôbo e José Fernando Simão, que já constatavam que a partilha em vida consensual pode se apresentar em duas configurações distintas, cada qual com natureza jurídica própria.

Em consequência, a apuração do tipo contratual mais apto qualificar a partilha em vida consensual deverá levar em consideração também esta dualidade de configurações, a que ora se designa partilha em vida consensual pura e partilha em vida consensual mista.

A partilha em vida consensual sem atribuição patrimonial, designada por Paulo Lôbo como "a genuína partilha em vida" e por José Fernando Simão como partilha em vida *sui generis*, se mostrou melhor recepcionada no tipo contratual das partilhas amigáveis, que além do conteúdo de partilha, compreende também conteúdo de transação. É, ao fim, o regramento

---

[1064] PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 293.

estabelecido entre o autor da herança e seus herdeiros de como se dará a partilha da herança, quando da abertura da sucessão, apto a realizar os efeitos desejados e atender suas motivações. Sua natureza jurídica, portanto, é a do negócio jurídico típico de partilha amigável.

A doação se mostrou inapta a realização de sua função econômico-social: na configuração bilateral, a doação não permite composição entre os herdeiros e, nesta medida, não evita futuro litígio entre os herdeiros; seu regime jurídico também não realiza os efeitos esperados, posto converter o ato em adiantamento de legítima, sujeito à colação e ulterior partilha. Mesmo quando realizada em configuração plurilateral, embora possa compreender a transação, implicará transmissão imediata dos bens, o que não é objetiva nesta subespécie de partilha em vida consensual. Não pode ser considerada sucessão antecipada, seja por este qualificativo não corresponder a um tipo ou modelo contratual, seja por não antecipar a transmissão dos bens. Da mesma sorte, não é renúncia, figura que não implica transmissão patrimonial, mas apenas abdicação.

A partilha em vida consensual com atribuição patrimonial, seguindo a mesma trilha, encontrou também no tipo contratual das partilhas amigáveis o que melhor realiza a função por ela aspirada. Porém, não possuindo o negócio de partilha efeito translativo da propriedade, precisa, para satisfazer integralmente a função socioeconômica desta subespécie de partilha em vida consensual, agregar em seu conteúdo contratual um negócio de doação, formando assim um negócio jurídico misto, no qual o tipo da partilha absorve[1065] o de doação, afastando o regramento jurídico deste quando conflitante. Sua natureza jurídica, portanto, será de negócio misto de partilha amigável e doação.

Esta conclusão encontra respaldo histórico, nas razões explicitadas pela comissão revisora do projeto do Código Civil de 1916 na Câmara dos Deputados:

> "O projecto primitivo não consignava esta disposição, que foi nelle incluída pela Commissão Revisora. O nosso direito reconhecia, pela Ord. do L. 3, tit. 59, a validade das partilhas que se effectuavam por acto entre vivos, entre o pae e o filho, genro e nóra; mas, na pratica, essa prescripção da Ord. foi raras vezes observada; de modo que não se póde dizer que realmente existisse entre nós esse modo de partilhar os bens da herança; eram, em regra, contractos de doação que se faziam entre pae e filho, e só nesse caráter eram considerados. A disposição, pois, do artigo vem firmar esta nova fórma de partilha, e por modo mais conveniente do que o prescripto na citada Ordenação"[1066].

[1065] "Os contratos atípicos mistos de tipo modificado, a seu turno, permitem a identificação de um tipo de referência razoavelmente nítido, cuja disciplina jurídica, *a priori*, deverá ser aplicada. A teoria da absorção, então, parece a mais adequada para os regular" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 27)

[1066] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 290.

Como se vê, a positivação da partilha em vida teve por objetivo justamente criar um modo de partilha para regular uma operação que, até então, era realizada por meio de doações. Há, assim, verdadeiro negócio jurídico de partilha consensual, a cujo conteúdo é incorporado, em agregamento, também o de doação.

As outras figuras cotejadas para a apuração de sua natureza jurídica revelaram a mesma inaptidão, total ou parcial, já referida para a partilha em vida consensual sem atribuição patrimonial, ressalvados os necessários recortes em relação à doação quando realizada de forma plurilateral.

Encontrada a natureza jurídica da partilha em vida consensual a partir da aproximação funcional com os tipos contratuais cogitados, é possível avançar para a terceira fase do procedimento de qualificação adotado, nomeadamente o ajustamento entre o tipo contratual que lhe define a natureza e a função econômico-social da partilha em vida consensual.

Este ajustamento perpassará alguns elementos da partilha em vida consensual, a saber, seus sujeitos, objeto e seus requisitos de forma, e, ao fim, também seus efeitos, sem deixar de dialeticamente problematiza-los frente aos desafios concretos de sua aplicação[1067], já que "a tarefa do intérprete não se esgota em explicar *quod implicitum est*, antes lhe compete igualmente adaptar a norma jurídica ao ambiente social, económico e jurídico do tempo presente, no respeito pela sua *ratio* e pela unidade do direito"[1068].

3.4.2. Elementos subjetivos da partilha em vida contratual

Ainda que qualificada como negócio jurídico de partilha amigável, que pode ou não incorporar negócio de doação, a partilha em vida consensual possui contornos próprios que exigem o ajustamento entre ela e o tipo em que se enquadra. As peculiaridades relativas ao elemento subjetivo da partilha em vida consensual corroboram essa afirmação.

[1067] "Somente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico, se poderá compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emerge, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados. Sistematização e assistematização constituem, assim, a *polaridade dialética* na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressistematização" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 377).

[1068] PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293.

Enquanto os negócios de partilha em geral podem ser realizados por qualquer pessoa, independentemente de qualificações especiais, a partilha em vida consensual tem seu âmbito subjetivo restringido pelo próprio artigo 2.018 do Código Civil, especificamente ao qualificar os sujeitos que podem, validamente, realizar a partilha em vida. Extrai-se de sua redação que "é válida a partilha feita por ascendente", restringindo, portanto, a legitimação apenas ao ascendente.

A restrição tem origem na *divisio parentum inter líberos,* que como desdobramento do pátrio poder, apenas podia ser realizada pelo pai, portanto, pelo ascendente de 1° grau e do gênero masculino. A Novela 107 de Justiniano, em seu capítulo 7°, estendeu esta legitimação também para a mãe e, posteriormente, o direito romano a facultou a todos os ascendentes[1069], expansão que viria a ser incorporada pelo Código Civil dos franceses em 1804.

Na doutrina francesa, Troplong explica que esta restrição aos ascendentes teve como justificativa histórica a menor liberdade que o autor da herança tinha em relação à filhos e netos, pois, embora se presuma que a autoridade paterna seja exercida de forma afetuosa e justa, ela não é imune a excessos. Para evitá-los, a partilha em vida atribuía aos descendentes um regime jurídico mais protetivo do que o regime ordinário das doações aplicável à partilha em favor dos colaterais, autorizando, por exemplo, a anulação da partilha por lesão, de todo inaplicável acaso realizada por doações[1070].

Entre nós, durante a vigência das Ordenações Filipinas, houve grande controvérsia doutrinária quanto a admissibilidade ou não dos pactos sucessórios, e aqueles que extraiam do texto a existência de exceções admitidas afirmavam que a partilha em vida realizada pelos pais seria uma dessas hipóteses admitidas[1071]. Mas já aqui se constata um regresso das ordenações à qualificação mais restrita imposta pelo direito justinianeu.

O Código de 1916, ao positivar a partilha em vida em seu artigo 1.776 e encerrar eventuais dúvidas quanto a sua admissibilidade, regrediu ainda mais ao declará-la válida apenas quando "feita pelo pai", no gênero masculino. Esta restrição sempre foi combatida pela doutrina[1072], que não via razão na exclusão de tal faculdade à mãe, de modo que a norma

---

[1069] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 335.
[1070] TROPLONG, Raymond-Theodore. Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 76-77.
[1071] LOBÃO. Notas a Mello, parte III, título XII, §3, n. 5, *Apud*, BARREIROS, José António. A partilha em vida no Código Civil: ensaio preliminar. Revista da Ordem dos Advogados, ano 37, vol. III, set.-dez. 1977, p. 604.
[1072] OLIVEIRA, Euclides de. Código Civil Comentado. Vol. XX. Coord. AAZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 207; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 391).

extraída do dispositivo acabou mais ampla que seu texto, atribuindo legitimação tanto ao pai quanto à mãe. Esta ampliação subjetiva foi incorporada pelo Código Civil de 2002, que passou a legitimar o "ascendente", independentemente de seu gênero e não mais restrito ao primeiro grau.

Assim, a partilha em vida consensual pode hoje ser realizada por qualquer ascendente, seja genitor, avô, bisavô, etc.

Sua natureza contratual exige a presença de ao menos mais um sujeito, sob pena de configurar hipótese de partilha em vida testamentária, já analisada. Este sujeito em favor de quem o ascendente faz a partilha não é especificado pelo artigo 2.018, mas sua identificação é possível a partir de uma interpretação tanto teleológica quanto sistemática.

Colhe-se da doutrina quatro interpretações sobre os sujeitos que podem participar da partilha em vida consensual.

A corrente mais restritiva sustenta que em razão da permissão se limiar ao ascendente, esta espécie de partilha em vida apenas poderia abranger os respectivos descendentes e, dentre eles, apenas os de grau imediatamente anterior[1073].

Uma corrente intermediária 'menor' admite que possam fazer parte da partilha em vida consensual qualquer dos herdeiros necessários, mas não os herdeiros apenas legítimos, seja porque estes poderiam ser excluídos por testamento ou doação bilateral[1074], seja pela partilha em vida ser "ato estritamente familiar, e por isso somente permitido aos ascendentes que desejam beneficiar seus familiares próximos" [1075].

Há ainda uma corrente intermediária 'maior', que defende a interpretação extensiva do dispositivo a admitir a partilha em favor de qualquer dos herdeiros virtuais do autor da herança, compreendendo assim tanto os herdeiros necessários quanto os legítimos[1076].

[1073] CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 392; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. 3. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 901-902; MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 336; BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 08.

[1074] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

[1075] "A rigor, o objetivo do ascendente ao realizar esse tipo de negócio jurídico é propiciar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *mortis causa*. É ato estritamente familiar, e por isso somente permitido aos ascendentes que desejam beneficiar seus familiares próximos. Não importa, portanto, em liberalidade. Por isso, a partilha em vida só tem cabimento em relação aos que serão herdeiros necessários, e não simplesmente herdeiros legítimos ou 'donatários'" (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495).

[1076] OLIVEIRA, Euclides de. Código Civil Comentado. Vol. XX. Coord. AAZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 207.

Por fim, a corrente mais extensiva, segundo a qual a partilha em vida consensual pode ser realizada com "a participação do titular dos bens, de seus herdeiros necessários e de demais pessoas que eventualmente sejam destinatárias da parte disponível do patrimônio"[1077], ou seja, todos os sujeitos que poderiam vir a participar da sucessão futura.

Ante a diversidade de posições, a tomada de posição deve ter como ponto de partida a natureza jurídica da partilha em vida consensual.

Para tanto, convém rememorar que em sua configuração pura, a partilha em vida é negócio jurídico de partilha amigável (conformado também pelo conteúdo de transação), e, em sua configuração mista, é negócio jurídico formado pelos negócios de partilha amigável e de doação, com absorção deste.

A natureza de partilha amigável inviabiliza a adoção da corrente restritiva, que apenas admite a partilha em vida consensual realizada com descendentes, pois a partilha amigável tem como pressuposto a participação e o consenso de todos os herdeiros[1078] (CC, art. 2.015 e 2.016), e a classe dos descendentes pode não contemplar todos os herdeiros necessários.

A posição de Carvalho Santos, Itabaiana de Oliveira e Carlos Maximiliano ao defenderem a exclusividade dos descendentes era coerente com o direito então vigente, pois na vigência do Código Civil de 1916, a primeira classe da vocação hereditária era composta apenas pelos descendentes, sem concorrência sucessória. Neste cenário, seria possível uma partilha amigável contemplando apenas descentes, como sustenta a primeira corrente. Porém, com a inclusão da concorrência sucessória do cônjuge com os herdeiros de primeira classe (realizada pelo CC/2002), já não é possível sustentar que a partilha em vida continuaria restrita aos descendentes, pois o pressuposto da participação de todos os herdeiros exigirá a participação também do cônjuge, a quem foi atribuída concorrência sucessória com os descendentes (ainda que com exceções), sob pena de inexistência de partilha em vida consensual.

Para além desta necessária adequação ao regime sucessório do Código de 2002, admitir a participação do cônjuge na partilha em vida consensual é imperativo constitucional,

---

[1077] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 485.

[1078] Mesmo sem recorrer ao regramento das partilhas amigáveis, a doutrina já reconhecia a necessidade de participação de todos os herdeiros: TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 76; CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 396; MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 337; WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987, p. 4.

pois, do contrário, a partilha em vida não poderia ser realizada por pessoas casadas, o que seria de duvidável constitucionalidade[1079], já que tomaria o estado civil como único critério para poder utilizar, ou não, de um relevante instrumento de liberdade sucessória.

As três outras correntes são compatíveis com a natureza jurídica da partilha em vida consensual, tanto pura quanto mista. Cumpre, então, verificar qual delas melhor concretiza a função da partilha em vida, tanto em sua dimensão típica quanto vocacionada à manutenção, exercício ou promoção de liberdades.

Admitindo-se como função determinar os bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, é possível afirmar que "o espírito do texto positivo consiste em equiparar a partilha em vida a que se faz *post mortem,* em inventário comum"[1080].

Se a partilha em vida consensual reflete aquela que seria realizada *post mortem,* é de se questionar se há mesmo justificativa suficiente para a aventada restrição aos herdeiros necessários, excluindo os colaterais, sobretudo face às fortes razões que apontam para a admissibilidade dos herdeiros apenas legítimos como sujeitos da partilha em vida no direito sucessório brasileiro.

Uma das justificativas apresentadas é que a partilha em vida consensual seria "ato estritamente familiar, e por isso somente permitido aos ascendentes que desejam beneficiar seus familiares próximos"[1081]. O argumento não convence. As pessoas alçadas à condição de herdeiro legítimo já são, por definição legal, membros da família considerada próxima, ao menos próxima o suficiente a justificar a atribuição sucessória. Outrossim, tendo os parentes de grau mais próximo a aptidão de excluir os de grau mais remoto da sucessão, o regime jurídico da sucessão legítima já chamaria a suceder sempre os parentes mais próximos, ao menos sob a perspectiva dos graus de parentesco, tornando inócua a restrição subjetiva da partilha em vida para cumprir tal objetivo. Para quem não possui parentes em linha reta, os colaterais são os familiares mais próximos, e muitas vezes, os únicos familiares, pelo que não parece pudessem

---

[1079] O reconhecimento de um direito fundamental de constituir família compreende, também, a liberdade de não constituir, e nesta medida, seria inconstitucional um regime jurídico que restringisse o acesso a determinado instrumento sucessório apenas às pessoas que não são casadas, ao menos sem que haja justificação suficiente para utilização do estado civil como elemento de discriminem, como parece ser a hipótese cogitada.

[1080] MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 336.

[1081] "A rigor, o objetivo do ascendente ao realizar esse tipo de negócio jurídico é propiciar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *mortis causa*. É ato estritamente familiar, e por isso somente permitido aos ascendentes que desejam beneficiar seus familiares próximos. Não importa, portanto, em liberalidade. Por isso, a partilha em vida só tem cabimento em relação aos que serão herdeiros necessários, e não simplesmente herdeiros legítimos ou 'donatários'" (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495).

ser aprioristicamente excluídos apenas por uma presunção abstrata de que apenas os herdeiros necessários seriam "estritamente familiares".

Ainda é possível questionar se não seria contraditório, de um lado, reconhecer que "o objetivo do ascendente ao realizar esse tipo de negócio jurídico é propiciar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *mortis causa*" e, de outro, que "a partilha em vida só tem cabimento em relação aos que serão herdeiros necessários, e não simplesmente herdeiros legítimos"[1082], já que os herdeiros legítimos podem ser os virtuais sucessores *causa mortis*.

O argumento de Pontes de Miranda é mais sedutor: a interpretação de que a partilha em vida poderia ser realizada em favor de herdeiros apenas legítimos (colaterais) "seria inutilmente dilatante porque o decujo poderia doar toda a herança"[1083]. De fato, não possuindo herdeiros necessários, a liberdade patrimonial do autor da herança é quase plena, e nesta medida, a partilha em vida não traria qualquer contributo ao exercício ou ao incremento de sua liberdade, já que os colaterais não poderiam impugnar as doações ou as disposições testamentárias por ele realizadas, já que não são herdeiros necessários a quem é resguardada a parcela legítima.

A solução da controvérsia não pode ignorar os limites traçados pelo artigo 2.018 do Código Civil, e nesta linha, a referência expressa a "ascendente" pode solver também a divergência quanto aos sujeitos que integram os outros polos da partilha em vida consensual. Ascendente é qualificação relacional, a exigir sempre referência a outra pessoa. Ninguém é simplesmente ascendente: é ascendente de alguém, de uma ou de várias pessoas. Só há ascendente quando há descendentes.

Há, aqui, um pressuposto legal intransponível: é necessário que haja ao menos um descendente como sujeito da partilha em vida. A inclusão de "ascendente" pelo texto legal constitui limite interpretativo: ainda que do texto seja possível a extrair mais de uma interpretação, esta partícula inviabiliza aquelas que não o observem, pois nulificariam um dos elementos da regra[1084]. Assim, não seria possível interpretação que admita a partilha em vida

---

[1082] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 495.

[1083] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

[1084] Nesta hipótese, "corre o juiz ou o intérprete o risco de não interpretar a lei, mas de reformá-la" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 539).

apenas entre cônjuges[1085], ou apenas entre colaterais, pois não há modo de compatibilizá-las com o texto legal[1086].

Esta conclusão acaba por restringir a corrente intermediária 'menor', por não admitir a partilha em vida exclusivamente entre cônjuges - embora sejam herdeiros necessários, e por refutar integralmente a corrente intermediária 'maior', pois a presença de um descendente (herdeiro da primeira classe de vocação hereditária) seria suficiente a afastar a vocação hereditária dos parentes colaterais (herdeiros da quarta classe de vocação hereditária). Ou seja: se é pressuposto da partilha em vida a presença de um descendente, e este afasta a vocação dos colaterais, jamais haverá partilha em vida com os herdeiros colaterais, ao menos não a título de sucessão legítima.

Assim, a partilha em vida consensual pode ser realizada entre o autor da herança e seus descendentes, ou entre o autor da herança e um ou mais descendentes, em concorrência com o cônjuge, não sendo admitida apenas entre o autor da herança e seu cônjuge ou entre ele e herdeiros colaterais. Resta saber se a moldura legal permite que seja realizada entre o autor da herança e seus ascendentes.

A resposta é positiva. Como a partilha consensual é negócio plurilateral, quem realiza a partilha não é apenas o autor da herança, mas todos os sujeitos que dela participam. Não há imposição de um e submissão dos demais, mas criação de um modelo consensual unitário, o que revela que, mesmo quando o autor da herança a partilha em favor de seus ascendentes, o negócio jurídico de partilha em vida consensual é realizado (também) por ascendente, e nesta medida estaria compreendido pela moldura normativa.

Esta interpretação, além de coerente com as premissas até aqui traçadas, posto que o ascendente é herdeiro necessário, amplia o espaço de liberdade dos sujeitos da sucessão ao facultar a partilha em vida consensual também para as partilhas em favor dos ascendentes, sozinhos ou em concorrência com o cônjuge.

Cumpre ainda investigar se, ao lado de ao menos um descendente, admite-se na partilha em vida consensual a participação das "demais pessoas que eventualmente sejam

---

[1085] Em rigor, se houver apenas um sujeito além do autor da herança já não seria hipótese de partilha, mas de adjudicação.

[1086] Consigna-se que não existe sequer suscitação de que a limitação à ascendente possa ser contrária à Constituição, a legitimar, aí sim, os instrumentos da interpretação conforme à Constituição ou da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Sobre estes institutos, remete-se a BÜRGER, Marcelo; FRANK, Felipe. Problematizações de Direito Civil-Constitucional. Morrisville: LuluPress, 2019.

destinatárias da parte disponível do patrimônio", como proposto por Ana Luiza Maia Nevares e Ana Carolina Brochado Teixeira[1087].

Presente ao menos um descendente, estará respeitado o limite subjetivo imposto pelo artigo 2.018, e não havendo qualquer outro elemento restritivo neste campo, é de se admitir a participação também de outros beneficiados.

Quando realizada com natureza de negócio jurídico misto, ao lado dos herdeiros necessários, a partilha em vida poderá contemplar também os donatários a quem o autor da herança queira beneficiar, mesmo que não sejam herdeiros, já que o espectro subjetivo da doação é mais amplo que o da partilha, não dependendo da condição de herdeiro. Daí o rigor técnico de Ana Luiza Maia Nevares e Ana Carolina Brochado Teixeira ao utilizarem a expressão "demais pessoas que eventualmente sejam destinatárias da parte disponível do patrimônio", sem referir especificamente a herdeiros.

Sendo o testamento ato personalíssimo e unilateral, as disposições de natureza testamentária, como a nomeação de herdeiro ou a atribuição de legado, não poderiam ser realizadas no mesmo instrumento da partilha em vida consensual pura, sendo estas razões também invocadas para justificar a proibição em nosso direito do testamento conjuntivo[1088] (CC, art. 1.863). Porém, mesmo adotada esta linha, nada impede que autor da herança realize uma partilha em vida pura com seus herdeiros necessários, especificando os bens que irão compor o quinhão de cada um, e em outro instrumento um testamento, dispondo sobre os bens ou fração do patrimônio não incluídos na partilha em vida.

Ainda que seja possível ventilar a possibilidade de convivência entre disposições contratuais e testamentárias na partilha em vida, foi possível verificar no direito alemão e suíço[1089] a enorme dificuldade que a doutrina e a jurisprudência encontram ao tentar distinguir quais disposições teriam natureza contratual, e, portanto, vinculante, e quais seriam testamentárias, admitindo revogação unilateral. Na Alemanha, o Münchener Kommentar afirma que, em regra, as disposições que são benéficas a um dos contratantes devem ser

---

[1087] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 485.

[1088] "A proibição do testamento conjuntivo significa que duas ou mais pessoas, mediante acordo de vontades e interdependência de disposições, não podem testar em favor uma das outras ou em benefício de terceiros. (...) Tomando por base que o testamento é ato personalíssimo, procurando evitar que nele ocorram manobras captatórias, visando a reprimir os pactos sucessórios e querendo manter íntegra uma das características fundamentais do testamento, que é sua revogabilidade, o legislador de 1916 orientou-se no sentido da vedação absoluta do testamento conjuntivo" (VELOSO, Zeno. Testamentos. 2 ed. Belém: Cejup, 1993, p. 91-93).

[1089] Bundesgericht (BGE), 46, 2007), julgado em 06 de junho de 2007. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

consideradas contratuais, podendo presumir que as partes desejavam torná-las irrevogáveis[1090]. Adotado o mesmo critério, a participação dos herdeiros testamentários tornaria todas as disposições contratuais e vinculantes, o que iria muito além do escopo da partilha em vida brasileira, que não é pacto de atribuição.

Por fim, há ainda que se atentar para as hipóteses em que a partilha em vida consensual dependerá da participação do cônjuge ou companheiro do autor da herança, seja para consentir ou assentir com o ato.

Quando um ou mais dos bens designados pelo ascendente para compor o quinhão de algum herdeiro for um bem comum em razão de seu regime matrimonial, não terá o ascendente legitimação para dispor da integralidade do bem, sendo imprescindível para tanto o consentimento do cônjuge no ato de disposição. Conforme Gustavo Tepedino, "trata-se de limitação à autonomia privada dos cônjuges devido ao risco de que alguns atos, praticados por apenas um deles, acarretem a diminuição do patrimônio da sociedade conjugal"[1091].

Na partilha em vida consensual pura, que constitui apenas regulamento a ser observado quando da abertura da sucessão, a disposição de bem comum será ineficaz em relação ao cônjuge que não consentiu[1092], de consequência, poderá pleitear a partilha judicial do patrimônio comum, pelos critérios legais e sem qualquer vinculação às disposições realizadas no contrato realizado sem sua participação. Se a partilha em vida for realizada como negócio misto, portanto acompanhado também de negócio de doação, o negócio jurídico também dependerá do consentimento do cônjuge, sob pena de ser ineficaz em relação a este. Porém, se o negócio de partilha em vida for seguido da tradição do bem móvel ou do registro do imóvel, sem o devido consentimento, o negócio de transmissão será nulo.

Portanto, tratando-se de bem comum, será sempre necessário o consentimento do cônjuge.

Para os bens particulares, pode ser necessário o assentimento do cônjuge, nas hipóteses do artigo 1.647 do Código Civil. À guisa de exemplo, se o ascendente desejar dispor de um bem imóvel pela partilha em vida consensual mista, mesmo que este imóvel seja particular, será necessário o assentimento do cônjuge ao ato da partilha, sob pena de anulabilidade. O mesmo ocorre em relação aos bens móveis "que possam integrar futura meação". A invalidade precisa

---

[1090] KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 1.746.
[1091] TEPEDINO, Gustavo. Contrato em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Tratado de Direito das Famílias. 3 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 531.
[1092] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182.

ser suscitada no prazo de dois anos a partir da dissolução da sociedade conjugal, após o qual há validação do ato.

3.4.3. Elemento objetivo da partilha em vida consensual

Como é comum a quase totalidade dos temas correlatos à partilha em vida consensual, há substanciais divergências em relação ao seu objeto e que, uma vez mais, terão como ponto de partida para sua aferição a sua natureza jurídica.

O objeto dos negócios jurídicos de partilha amigável é a herança, enquanto universalidade de bens ainda indivisa. Tal ocorre porque as partilhas amigáveis ocorrem após a abertura da sucessão, quando o patrimônio do falecido se transforma em herança. Na medida em que a partilha em vida atua como um reflexo antecipado desta partilha *post mortem*, não há ainda herança na perspectiva de patrimônio deixado pelo falecido, mas há uma herança enquanto patrimônio objeto da sucessão hereditária, realizada antecipadamente durante a vida de seu autor.

Na linha do exposto no capítulo 3.4.1 e ao contrário do senso comum, o direito brasileiro admite, sim, herança de pessoa vida, especificamente quando a protege ou antecipa durante a vida de seu autor, em antecipação a transformação do patrimônio em herança que se realizará apenas em momento futuro, com a abertura da sucessão. É dizer: por vezes o direito trata o patrimônio (posto que seu titular ainda é vivo) como se fosse herança, e assim acaba por admitir a existência de herança de pessoa viva ou ao menos de herança prospectada.

É o que ocorre com a proteção à parcela compulsória da herança garantida aos herdeiros necessários, cuja intangibilidade justifica a nulidade de uma doação inoficiosa[1093], ainda que realizada em vida pelo titular do patrimônio, e, portanto, quando ainda não se poderia cogitar de herança deixada por pessoa falecido.

O mesmo ocorre com a doação de ascendente, qualificada pela legislação civil como adiantamento de herança[1094], reconhecendo, portanto, que a parcela patrimonial transmitida é uma antecipação de herança, um bem ou patrimônio qualificado como herança de pessoa ainda viva[1095].

[1093] Código Civil, art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.
[1094] Código Civil, art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.
[1095] REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 298.

Há ainda uma terceira admissão jurídica de herança nesta acepção, precisamente na partilha em vida, como constatado por François Laurent que, ao refutar a tese de que seria impossível uma "sucessão antecipada", diz que aquilo que o interprete declara impossível, a lei autoriza e sanciona[1096]. Se a partilha tem por objeto a herança e o direito admite que seja realizada em vida, é porque admite a existência de herança de pessoa viva, ainda que nas hipóteses legalmente previstas, como é a partilha em vida.

Dada a duplicidade de perfis da partilha em vida consensual, cada perfil apresenta características próprias.

Na partilha em vida consensual pura, que tem como sujeitos apenas o titular do patrimônio e seus herdeiros necessários, a integralidade de seu objeto será qualificado como herança, na medida em que sua função é a de pré-estabelecer um regramento que será executado apenas quando da abertura da sucessão. Sua eficácia, portanto, pressupõe a abertura da sucessão e, nesta medida, a existência de uma herança a ser partilhada.

Na partilha em vida consensual mista, a fração patrimonial que for destinada aos herdeiros será herança, ainda que a titularidade dos bens seja transferida antes da abertura da sucessão, por meio do negócio de doação. A cumulação com o negócio de doação não altera a natureza de partilha, tampouco a qualidade de herdeiro dos sujeitos por ela beneficiados ou a natureza de seu objeto, que decorrem da própria função da partilha em vida. É possível, porém, que na partilha em vida mista participem do ato outros sujeitos destinatários do patrimônio que não sejam herdeiros, notadamente os donatários, e a parcela patrimonial a eles destinada não poderá ser considerada herança, posto não serem herdeiros e, de consequência, também não figurarem como sujeitos do negócio de partilha amigável. A atribuição patrimonial a eles realizada é puramente doação e submete-se ao regime jurídico desta.

A distinção é relevante para aferição do regime jurídico aplicável e, por isso é essencial não confundir a herança, ainda que realizada em vida, com antecipação de legítima.

Herança, enquanto objeto da partilha em vida, não é antecipação de legítima, que pressupõe partilha futura. É a antecipação da própria sucessão e de sua respectiva partilha. Mesmo no negócio misto, a prevalência da natureza de partilha afasta a aplicação do regime jurídico da doação naquilo que forem divergentes, e neste ponto, há divergência quanto a

---

[1096] LAURENT, François. Principes de droit civil français. v. 15. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1887, n. 86, *apud* REZENDE, Adolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 298.

natureza de seu objeto, a afastar o regime jurídico da doação e a consequente qualificação de antecipação de legítima.

Diverge a doutrina quanto a extensão do objeto da partilha em vida. Para alguns autores[1097], seu objeto, necessariamente, teria de abranger a integralidade do patrimônio do ascendente, ao passo que outros[1098] admitem compreenda apenas parte dos bens. A primeira corrente invoca o argumento de que a partilha em vida é antecipação da partilha post mortem, e a semelhança desta, teria de compreender todo o patrimônio. Há, porém, uma distinção ontológica entre ambas.

Ainda que a partilha em vida seja, de fato, uma antecipação da partilha após a morte, não é a ela idêntica, "imitando-a somente até certo ponto"[1099]. A partilha *post mortem* compreende a integralidade do patrimônio do testador pois um dos objetivos do direito sucessório, instrumentalizado pela *saisine,* é evitar que os bens fiquem desprovidos de titularidade. Esta justificação não existe para a partilha em vida, em que os bens não compreendidos permanecerão em titularidade do ascendente.

Também não seria correto dizer que a partilha *post mortem* sempre compreenderá a integralidade do patrimônio do falecido. A legislação brasileira reconhece que esta regra não é absoluta, admitindo, por exemplo, as exceções do artigo 2.021 do Código Civil[1100]. O fato de a partilha *post mortem* não compreender todos os bens também não lhe acarreta qualquer vício. Pelo contrário, a opção legislativa simplesmente determina que os bens que eventualmente não

---

[1097] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019; ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

[1098] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021; GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992; VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[1099] "Finalmente, ela imita a sucessão natural apenas até certo ponto, e o Código não é tão rigoroso nesse aspecto quanto a antiga jurisprudência costumeira. O pai pode, em um primeiro momento, fazer apenas uma partilha parcial (art. 1077). Não se deve esquecer, entretanto, que a partilha deve ser feita entre todos os filhos (art. 1078), como na sucessão *ab intestato*, como dissemos anteriormente". No original: "Enfin, il n'imite que dans une certaine mesure la succession naturelle, et le Code n'est pas aussi strict à cet égard que l'ancienne jurisprudence coutumière. Le père peut, à la rigueur, ne faire qu'un partage partiel (art. 1077). N'oublions pas, cependant, que le partage doit être fait entre tous les enfants (art. 1078), comme dans la succession ab intestat, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure" (TROPLONG, Raymond-Theodore. *Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil*. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872, p. 77).

[1100] Art. 2.021. Quando parte da herança consistir em bens remotos do lugar do inventário, litigiosos, ou de liquidação morosa ou difícil, poderá proceder-se, no prazo legal, à partilha dos outros, reservando-se aqueles para uma ou mais sobrepartilhas, sob a guarda e a administração do mesmo ou diverso inventariante, e consentimento da maioria dos herdeiros.

tenham sido objeto de uma partilha anteriormente realizada, sejam objeto de nova partilha, autônoma em relação à primeira e tendo por objeto apenas os bens que foram nela omitidos (CC, art. 2.022[1101]).

Há, ainda, quatro razões de coerência sistêmica que também militam a favor da possibilidade de a partilha em vida consensual, da mesma forma como se constatou no direito alemão, suíço e francês, não precisar abranger necessariamente a integralidade do patrimônio.

A primeira é que a partilha em vida testamentária, elaborada unilateralmente pelo titular do patrimônio, não se submete a esta restrição, e inexistindo razão que justifique a distinção em relação à partilha em vida consensual, o regime jurídico deve ser o mesmo.

A segunda é que esta interpretação restritiva acabaria por destoar da própria natureza da partilha em vida consensual. Uma vez admitida durante a vida do titular do patrimônio, é lógico presumir que após a realização desta, muito provavelmente haverá o ingresso de outros bens no patrimônio do titular, ainda que exclusivamente os frutos dos bens que já possui. Em consequência, na maior parte dos casos, a partilha realizada em vida, pragmaticamente, não abrangerá a integralidade do patrimônio que o ascendente possui quando da abertura de sua sucessão.

Terceira, que a impossibilidade de partilha em vida de apenas parte do patrimônio, dada a restrição subjetiva da partilha em vida, acabaria por eliminar a liberdade testamentária do autor da herança. Não sendo possível a inclusão de disposições testamentárias dentro da partilha em vida consensual, a partilha da integralidade do patrimônio entre os herdeiros necessário suprimiria a possibilidade de uma paralela sucessão testamentária, o que seria de todo indesejado. É nesta linha que Pontes de Miranda já antevia a possibilidade de realização da partilha em vida abrangendo apenas a parcela compulsória da herança, ou a parcela compulsória e a também a disponível, a critério do titular da herança[1102]. Nesta perspectiva, ao contrário de realizar uma função enquanto contributo em favor de liberdades, a partilha em vida acabaria por realizar função oposta, de aniquilação de uma liberdade fundamental, da liberdade testamentária.

[1101] Art. 2.022. Ficam sujeitos a sobrepartilha os bens sonegados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha.

[1102] "Se a herança é necessária, partilha-se a porção que se tem como porção necessária. Porém isso não afasta a possibilidade de ser, em vida, partilhada a herança necessária e se incluir no todo partido bens que estariam na porção disponível" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339).

Por fim, embora o próprio sistema proíba a transmissão de todo o patrimônio durante a vida, objetivando que o disponente mantenha para si patrimônio ou ao menos renda suficiente para sua subsistência[1103], esta regra não impede de modo absoluto que a partilha em vida contemple a integralidade do patrimônio. Em seu perfil de partilha em vida consensual pura, com eficácia *causa mortis,* não se submete a restrição do artigo 548 do Código Civil, posto inexistir doação. Apenas na partilha em vida consensual mista, em que se agrega o negócio de doação, é que o ascendente não poderia transmitir desde logo a integralidade de seu patrimônio, e mesmo nesta hipótese, não estará submetido à restrição caso possua renda suficiente à própria subsistência (p.e., aposentadoria) ou mantenha o usufruto sobre parte dos bens transmitidos.

Dada a distinção entre o elemento temporal da partilha realizada antes e depois da morte, inexistindo restrição explícita quanto a parcialidade da partilha em vida e razões de coerência sistêmica que corroboram a possibilidade de uma partilha parcial, não se vislumbra justificativa para restringir a partilha em vida consensual a hipóteses que contemplem a integralidade do patrimônio do ascendente. Em relação aos bens que eventualmente não forem por ela compreendidos, aplica-se analogicamente a regra do artigo 2.022 do Código Civil, remetendo tais bens para uma partilha própria ou sobrepartilha.

Questão de central relevância à presente tese diz respeito à sujeição da partilha em vida consensual à estrita observância da legítima de cada herdeiro. O texto do artigo 2.018 expressamente resguarda a legítima, ao estatuir que "é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários". Porém, o enunciado normativo contempla as duas espécies de partilha em vida, testamentária e consensual, cabendo investigar se a restrição se aplica a ambas.

Conforme apurado nos capítulos anteriores, a legítima dos herdeiros necessários tem por função histórica a proteção dos familiares mais próximos contra o arbítrio do testador. Em sua gênese romana, sob as vestes da *querela inoficiosi testemanti,* impedia que o testador injustamente deserdasse um herdeiro. Santos Justo a define "como a *actio* com que determinadas pessoas, pertencentes ao círculo dos parentes próximos do testador, impugnam a validade do testamento, por se considerarem injustamente deserdadas"[1104].

[1103] Trata-se da regra do artigo 548 do Código Civil, a partir da qual Luiz Edson Fachin desenvolveu a ideia de um "estatuto jurídico do patrimônio mínimo". FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

[1104] SANTOS JUSTO, António. Direito Privado Romano – V (Direito das sucessões e doações). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 315.

O reconhecimento da necessidade de proteção da família "levou gradualmente à adoção, entre outras medidas, daquelas que estabeleciam a sucessão coercitiva, em especial contra a vontade declarada do falecido". O escopo desta restrição ao arbítrio do testamentário "em diferentes países e em diferentes épocas foi sempre a proteção da família, independentemente do número de beneficiários, seja uma única pessoa ou toda uma categoria de herdeiros"[1105].

Os comparatistas confirmam que hoje "todos os sistemas jurídicos civilizados (exceto o de Dakota do Sul) oferecem alguma proteção contra um testador deixar sua família com uma parte insuficiente ao doar ou legar seu patrimônio para terceiros"[1106].

É nesta perspectiva que se pode questionar se a intangibilidade da legítima, vocacionada a impedir arbítrios do testador, seria impositivamente aplicável apenas a ele ou também aos herdeiros titulares desta parcela compulsória.

Não há dúvida quanto a sua impositividade ao testador. A finalidade da regra é justamente evitar casos de deserdação injustificada, como na gênese romana, ou, nos dias atuais, deixar os herdeiros desprovidos da maior parte do patrimônio familiar, como ocorreu na já relatada sucessão do príncipe Henrique de Orleans, em cujo testamento afirmou atribuir "nada para meus filhos (...) vos deixo apenas com ódio e lágrimas para chorar"[1107]. Entre nós, Pontes de Miranda[1108] e Sílvio Rodrigues são enfáticos ao afirmar que a parcela compulsória serve, precisamente, como limitação ao arbítrio do testador[1109]. Nesta linha, a parte final do artigo 2.018, indubitavelmente, restringe a liberdade sucessória do autor da herança quando, unilateralmente, realizada a partilha em vida por disposição de última vontade, aqui chamada partilha em vida testamentária.

[1105] KONDYLI, Ioanna. La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés. Paris: L.G.D.J., 1997, p. 16.

[1106] No original: "all civilized systems of law (except for South Dakota) provide some protection against a testator leaving his family too little by giving or bequeathing his estate to others. Civil law systems tend to have rigid, compulsory shares for the deceased's close relatives while common law systems tend to have discretionary judicial provision available" (HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998, p. 8).

[1107] No original: "Je ne vous laisserai que la haine et des larmes pour pleurer" Alguns anos antes, durante a gravação de uma reportagem sobre a nobreza realizada em sua casa, o Conde, sorrindo, teria dito: avisei as crianças, da herança, só lhes restarão migalhas. (PIERRAT, Emmanuel. Dernières volontés: l'histoire des plus incroyables testaments et successions. Paris: La Martinière, 2018, p. 148).

[1108] "O ascendente pode 'familiam suam pro arbitrio hederes dividere, salva eorum legitima'. Tem, portanto, plena liberdade de partilhar e dividir; só o respeito das legítimas é limitação ao seu arbítrio" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335).

[1109] "A única restrição imposta pela lei ao arbítrio do testador é o respeito à legítima dos herdeiros necessários, que, como é óbvio, não pode ser reduzida" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 297).

É a suposta imposição aos próprios herdeiros que merece reflexão. Questiona-se se os próprios titulares deste direito estariam submetidos à imposição legal, ou poderiam eles, na conformação de vontades que constitui a partilha em vida consensual, construir uma partilha em quinhões que atendam aos interesses concretos dos sujeitos da sucessão, e não ao percentual abstratamente atribuído a cada um.

A doutrina é quase uníssona[1110] ao afirmar que a partilha em vida, seja por ato entre vivos ou disposição de última vontade, submete-se à observância da parcela compulsória da herança. Há, inobstante, interessante provocação de André Luiz Arnt Ramos[1111] se "faz sentido, no contexto contemporâneo do direito brasileiro de família e das sucessões, restringir liberdades negativa e positiva de disposição patrimonial em prol dos tradicionais fins do direito sucessório", indagação a que responde de forma negativa, a justificar "uma necessária consideração crítica do texto do art. 2.018 do Código Civil, na direção de um possível esforço de reforma ou, enquanto este tarda, ao menos de correções aplicativas"[1112].

De fato, causa estranheza a imposição de um mesmo limite objetivo para as duas espécies de partilha em vida, deixando de reconhecer qualquer efeito (liberdade positiva) à

[1110] REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917; MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida? Revista dos Tribunais, RT 21/221, abr. 1917; DUARTE, Paulo Roberto. Doação de paes a filhos com reserva de usufructos. Partilha em vida. Revista dos Tribunais, RT 47/272, jul. 1923; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; GOMES, Orlando. Parecer. Revista dos Tribunais, RT 176/21, nov. 1948; NUNES, Antônio de Pádua. Partilha em vida. *Revista dos* Tribunais, São Paulo, v. 13, n. 293, mar. 1960; GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980; WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres, Direito civil, São Paulo: Ed. RT, 1995; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013; BARBOZA, Heloisa Helena. *A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos.* Revista Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016; BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil*, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. Breves notas sobre a sucessão contratual no direito brasileiro: o instrumento da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 81-92; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 483-494. ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 251-268. BUNAZAR, Maurício. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. Salvador, n. 279, setembro de 2023.

[1111] RAMOS, André Luiz Arnt. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.028 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 301-310.

[1112] RAMOS, André Luiz Arnt. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.028 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 308.

autonomia dos titulares do direito à parcela legítima: ao menos quanto à necessária observância da legítima, sua participação e mesmo a conformação do ato com sua declaração de vontade em sentido contrário é de todo desconsiderada pelo direito.

Invoca-se para justificar isonomia de limite objetivo que nas disposições consensuais, a observância impositiva da legítima teria por escopo a proteção dos herdeiros contra acordos que pudessem "acarretar-lhes graves consequências"[1113]. A justificação revela inegável caráter paternalista, e mais do que isso, de um repudiável paternalismo autoritário.

Sob o argumento de proteger o herdeiro titular da parcela compulsória, estaria o artigo 2.018 do Código Civil retirando-lhe uma liberdade de disposição, de caráter nitidamente patrimonial, mesmo quando o sujeito supostamente prejudicado goze da plenitude de sua capacidade civil. Ainda que, como defende Sarah Conly, a natureza humana traga consigo também a acrasia, enquanto fraqueza de vontade que leva o sujeito a praticar atos contrários ao seu próprio interesse, não é ela suficiente a justificar uma restrição absoluta de liberdade.

Nem mesmo Sarah Conly defende medida tão drástica apenas pelo risco abstrato de que a conduta seja prejudicial ao indivíduo, subordinando o paternalismo autoritário ao preenchimento de quatro critérios: (a) realizar a longo prazo um interesse atualmente valorizado pelo indivíduo; (b) a restrição for eficiente para o fim por ela perseguido; (c) seus benefícios superarem o custo da restrição de liberdade; e (d) for o meio mais eficiente de atingir o objetivo perseguido[1114]. A limitação imposta à partilha em vida consensual não parece atender, abstratamente, a estes requisitos.

Não é possível afirmar, aprioristicamente, que o recebimento de uma parcela maior ou menor da herança, a longo prazo, realize um interesse atualmente valorizado pelo indivíduo[1115]. Pelo contrário, sobretudo quando o herdeiro já possuir patrimônio próprio, seu atual e legítimo interesse em salvaguardar ou privilegiar outro membro da família dotado de maior vulnerabilidade acabará violado pela restrição objetiva. Na mesma linha, considerando que no

---

[1113] GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008, p. 294.

[1114] CONLY, Sarah. Against Autonomy: justifying coercive paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 149-152.

[1115] Seja permitida uma breve divagação. Enquanto os debates sobre a violação da legítima tomam por pressuposto que o valor recebido a título de herança é proporcional ao interesse do herdeiro em seu recebimento, de modo a desejar sempre mais, já em 1972, ao se debruçar sobre a transformação da propriedade e a sucessão hereditária, Pontes de Miranda guia a reflexão em direção oposta, lembrando que "a propriedade irresolúvel e transmissível não é condição da felicidade. (...) Os filhos de pais ricos, dizia Baranda, não se esforçam por adquirir pessoalmente bens. A herança forçada pode desservir à autoridade dos pais; engendra, geralmente, a ociosidade dos filhos, isto é, diminui o poder produtor da sociedade e, sob tal aspecto, é incompatível com os princípios da ciência econômica" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Sistema de ciência positiva do direito. v. 4. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 287-288).

Brasil o herdeiro terá a idade média de 51 anos quando da abertura da sucessão de sua mãe[1116], não é crível que os benefícios trazidos pela restrição de liberdade justifiquem seu custo, já que a presunção ordinária é que alguém com cinquenta e um anos de idade já não dependerá da herança dos pais, ao menos não ao ponto de ter tolhida sua liberdade de, consensualmente, estabelecer um regramento sucessório próprio que melhor atenda aos interesses e características dos integrantes de sua família.

Ainda que esta interpretação restritiva possa ter intuito benevolente, não se coaduna com um Direito Civil funcionalizado "à liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas"[1117], tampouco contribui para a disponibilização de instrumentos jurídicos que permitam maior exercício de liberdade aos sujeitos da sucessão, sem os quais estarão fadados à regulação por um Direito Sucessório em dupla crise.

O que se ora propõe, porém, não é uma crítica que se limite a apontar um equívoco legislativo e, a partir dela, sustentar uma resposta jurídica diversa daquela dada pelo ordenamento posto, pois bem pontua Maurício Bunazar em relação à proibição aos pactos sucessórios, "desejos de mudança não mudam o fato de eles serem proibidos entre nós"[1118].

A proposta reconhece a proibição geral aos pactos sucessórios, mas, uma vez confirmada que a partilha em vida é uma exceção expressamente admitida, é possível, dentro dos limites traçados pela moldura normativa do 2.018, uma interpretação que mantenha a proteção aos sujeitos da sucessão, mas não de forma autoritária: uma proteção que admita um *opt out,* uma proteção estribada em paternalismo libertário[1119].

[1116] Em 2022, "a brasileira teve filho aos 27.8 anos" (https://valor.globo.com/brasil/noticia/ 2023/ 05/14/ saiba-a-idade-que-a-mae-brasileira-da-a-luz-e-compare-com-as-de-outros-229-paises.ghtml) e sua expectativa de vida 79 anos (IBGE. Em 2022, expectativa de vida era de 75,5 anos. Publicado eletronicamente em 29/11/2023), o que permite deduzir que o herdeiro, descendente, tenha em média 51 anos de idade quando da abertura da sucessão de sua mãe.

[1117] PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 3-4.

[1118] BUNAZAR, Maurício. A invalidade do negócio jurídico. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 239.

[1119] Tal como recentemente realizado pelo Supremo Tribunal Federal por oportunidade do julgamento do tema 1.236. A ação pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, por restringir injustificadamente a liberdade do idoso, presumindo sua incapacidade neste tema. O artigo, como historicamente aplicado, era notório exemplo de paternalismo autoritário: sob a questionável premissa de proteger o idoso do "golpe do baú", presumindo que não faria a melhor escolha para si, tolhia sua liberdade de escolha do regime matrimonial de bens. Acaso o STF tivesse apenas declarado inconstitucional a regra, teria legitimado um modelo de liberalismo clássico, que não admite restrições externas à liberdade individual para proteger o próprio titular da liberdade. Optou, porém, por manter a constitucionalidade do regime protetivo da regra questionada, salvaguardando, porém, um *opt out* pelo qual os maiores de 70 anos poderiam, em querendo, regulamentar seu regime de bens de modo diverso do regime supletivo da separação obrigatória.

Cumpre, assim, investigar qual seria a qualificação do ato jurídico pelo qual um herdeiro aceita receber menos do que a parcela compulsória que lhe é garantida, se tal ato é admitido pelo direito brasileiro e, por fim, se é compatível com o conteúdo da partilha em vida, pois, caso não seja, consistirá em pacto sucessório autônomo e não compreendido pela exceção do artigo 2.018 do Código Civil.

Partindo uma vez mais do paralelo entre a partilha em vida e a partilha amigável, constata-se que nestas é sim possível que um herdeiro aceite, por consenso estabelecido com os demais herdeiros, receber quinhão hereditário maior ou menor do que aquele que lhe atribui o direito sucessório, ou mesmo nada receber. Seria tal ato considerado uma renúncia à parcela compulsória da herança?

A resposta pode ser positiva, ainda que nem todo acordo em partilha implique renúncia. A possibilidade é decorrência da liberdade sucessória garantida aos herdeiros, pela qual podem aceitar (CC, art. 1.805), alienar (CC, art. 1.793) e também renunciar à herança (CC, art. 1.806), sendo que a renúncia pressupõe que a abdicação seja sobre a integralidade do direito, não se admitindo a aceitação ou renúncia parcial da herança. Portanto, apenas se poderia cogitar em renúncia quando o herdeiro abdica integralmente da herança que lhe cabe[1120], o que afasta desde logo a natureza de renúncia ao acordo pelo qual o herdeiro recebe uma parte da herança, ainda que inferior a que lhe é devida. Neste caso, não há renúncia à herança, que é por ele recebida, mas apenas acordo quanto à extensão do objeto que lhe é atribuído na partilha.

Admitida a renúncia à herança na sucessão *post mortem*, cabe perquirir se é possível sua antecipação, especificamente na sucessão antecipada instrumentalizada pela partilha em vida. O tema é tormentoso, consistindo em verdadeiro cipoal labiríntico em que, a despeito das muitas soluções propostas, ainda gera intensos debates. A experiência alemã é enriquecedora neste tema, como se pode verificar no segundo capítulo, e pode contribuir para as reflexões no direito brasileiro.

O principal desafio enfrentado pela doutrina e jurisprudência alemã não é a admissão de uma renúncia antecipada, expressamente admitida no BGB, mas a definição do objeto desta renúncia. É dizer: se os herdeiros não possuem direito subjetivo à herança durante a vida do titular do patrimônio, ao que estariam renunciando antes da abertura da sucessão? Afinal, no momento de uma renúncia "antecipada", o herdeiro não teria ainda em seu patrimônio interesse jurídico do qual possa dispor.

[1120] Código Civil. Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.

Para solver a hipótese, Werner Teubner sustenta que não se trata de disposição de direito futuro, mas de transação abstrata que, realizada antes da abertura da sucessão, exclui a aquisição futura pelo renunciante[1121]; Heinz Bamberger, sustenta que a renúncia teria por objeto a chance de receber determinada herança, decorrente da atribuição sucessória designada pela lei[1122], posição que conta com precedente do BGH; Stefan Wogerhoff e Gerhard Schulmann[1123] reconhecem como objeto da renúncia antecipada a posição jurídica de herdeiro[1124].

Mais recentemente, Martin Metzler, após apontar que o conteúdo indeterminado de "chance" ou "expectativa" de herança "tem mais probabilidade de causar confusão do que clareza ao determinar o objeto da renúncia à herança"[1125], propõe que ao contrário do repúdio sucessório[1126], cujo objeto é a herança e a eficácia é retroativa à data da abertura da sucessão, renúncia antecipada teria por objeto a posição jurídica de herdeiro provisório, pois do mesmo modo que a qualidade de herdeiro pode ser atribuída por negócio jurídico (testamento), também poderia ser suprimida por negócio jurídico (renúncia). O próprio autor admite, porém, que a higidez da proposta depende da admissão de que seria possível renunciar a uma designação sucessória conferida pela lei[1127], o que parece ainda mais controverso.

O mesmo debate pode ser trazido ao direito brasileiro que, por razões similares, é historicamente refratário à renúncia antecipada de herança[1128].

Não existindo antes da abertura da sucessão um direito à herança, a doutrina usualmente repele a renúncia antecipada à herança por considerar que seu objeto (direito à herança) é um direito futuro, ainda não formado, mera expectativa de fato que "não apresenta uma efetiva relevância jurídica, resolvendo-se numa mera esperança de se verificar um evento"[1129]. Sendo a renúncia exercício do poder de disposição, seria antes necessário ser titular do direito para, somente então, poder dele dispor.

[1121] TEUBNER, Werner. Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Band 6. Erbrecht. Neuwied: Luchterhand, 1990, p. 1.188.
[1122] BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert; HAU, Wolfgang; POSECK, Roman [BRHP]. Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. Band 5: Auflage. München: C.H. Beck, 2023, p. 1.142.
[1123] SCHUMANN, Gerhard. Erbvertragsrecht. Berlin: Haufe, 2002, p. 631.
[1124] WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022, p. 2.113.
[1125] METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 126.
[1126] O autor diferencia a abdicação do direito à herança em repúdio, quando realizado após a abertura da sucessão, e renúncia, quando realizada antecipadamente, ainda durante a vida do autor da herança.
[1127] METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 84-127.
[1128] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 225.
[1129] VAZ, Marcella Campinho. Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no direito civil. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 105.

A impossibilidade de disposição ou de renúncia a direito futuro, porém, não é aceita consensualmente, sustentando José Paulo Cavalcanti que "não encontrando nenhuma razão que justifique entendimento contrário, temos como certo que todos os direitos futuros, inclusive as simples expectativas, são renunciáveis, salvo razões de ordem pública"[1130]. A ausência de constituição definitiva do direito (ou seja, o fato de se tratar de direito futuro) não parece ser argumento capaz de afastar, por si só, a possibilidade de disposição antecipada. A partilha em vida é prova disso: ao se partilhar a herança antecipadamente, ainda que como simples regramento a ser executado quando da abertura da sucessão (partilha em vida consensual pura), o objeto deste negócio jurídico é não só um direito futuro, ainda não adquirido, como especificamente a herança de uma pessoa ainda vida. E ainda assim, é negócio jurídico expressamente admitido pelo Código Civil brasileiro.

Pode-se objetar que a partilha antecipada é expressamente permita, o que não ocorre com a renúncia, mas contra esta objeção cabe idêntico argumento para infirmá-la: quando a lei quis proibir a renúncia antecipada, o fez expressamente, como nos artigos 191 e 556 do Código Civil, e não há disposição similar quanto a renúncia antecipada à herança.

Nesta ordem de ideias, ainda que o tema seja reconhecidamente controverso, parece ter razão José Paulo Cavalcanti ao sustentar que os direitos futuros (ou expectativas de fato) podem, ao menos em tese, ser objeto de renúncia, o que é corroborado pela existência de previsão legal de renúncia à direito futuro[1131]. O problema central parece residir em aferir se existem razões de ordem pública que impeçam a renúncia antecipada à herança.

Em resgate ao que foi exposto no primeiro capítulo, ordem pública é "o conjunto de princípios estruturantes de um sistema jurídico que salvaguardam a proteção da ordem social e de interesses fundamentais do Estado e da Comunidade" [1132], e "relaciona-se mais com direitos pessoais (direitos de personalidade, direito da família, v.g. proteção dos interesses da criança) do que com direitos patrimoniais". No campo dos direitos patrimoniais, reporta-se, por exemplo, aos "contratos que exijam esforços desmensurados ao devedor, restrinjam demasiado sua liberdade pessoal ou econômica ou estabeleçam obrigações perpétuas"[1133].

[1130] CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 118.
[1131] Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas; também, a contrário sensu, a possibilidade de renúncia antecipada a direito resultante de contrato que não de adesão (Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio).
[1132] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 182.
[1133] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 182.

Admitidas estas definições de ordem pública, não parece que o direito à herança, enquanto direito patrimonial e disponível que é (tanto que admite, uma vez formado, alienação e renúncia), seja considerado matéria de ordem pública. Pelo contrário, sendo expressamente admitida a renúncia à herança, estaria ela fora do âmbito de interesse público que justificasse interditar sua disposição, como ocorre, por exemplo, com os direitos de personalidade e os deveres familiares. A herança tampouco representa um interesse fundamental do Estado ou da comunidade, mas direito individual e disponível. Também não é o caráter de direito fundamental que obstaria sua renúncia, já que o exercício de um direito fundamental (em uma situação concreta, e não o direito objetivo) admite renúncia. Como demonstrado por Benedita Mac Crorie, a renúncia do direito fundamental decorre do "poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo"[1134].

O maior obstáculo parece não residir no fato de objeto da renúncia ser um direito futuro, ou de sua renúncia estar obstada por questões de ordem pública, mas sim na possibilidade de sua instrumentalização por meio da partilha em vida consensual, pois, caso apresente conteúdo estranho a esta, consistirá em negócio jurídico autônomo sujeito à proibição aos pactos sucessórios (CC, art. 426).

A renúncia é "o ato ou negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue esse direito. (...) Ato de eliminação deliberada do próprio direito, a renúncia é produtiva apenas desse efeito eliminativo. Quaisquer outros efeitos são estranhos ao negócio renunciativo"[1135]. Em consequência, aduz José Paulo Cavalcanti que "qualquer vantagem que outro sujeito eventualmente venha a aferir, não terá causa na renúncia, mas em outro título"[1136].

Com estes contornos, não é possível afirmar que a renúncia corresponda a um conteúdo típico da partilha em vida consensual. A eficácia principal desta não é extintiva de um direito, mas constitutiva-modificativa, transformando a fração indivisa de cada herdeiro em um conjunto de bens determinados; é negócio jurídico plurilateral, dependente da conformação de vontade de todos os sujeitos da sucessão, ao passo que a renúncia é negócio jurídico unilateral, que não depende da aceitação de terceiros[1137]; tem função econômico-social de pôr fim à

[1134] CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentas nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina, 2020, p. 26.
[1135] CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 14-15.
[1136] CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 16.
[1137] VAZ, Marcella Campinho. Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no direito civil. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 60-61.

indivisão da herança, ao passo que a renúncia tem por função extinguir o direito, pretensão, ação ou exceção.

Daí que a partilha em vida consensual não tem, em seu conteúdo ou função típicas, ato de renúncia. Em consequência, a renúncia à herança seria negócio jurídico autônomo, diverso da partilha em vida e por ela não absorvido, a constituir assim contrato sucessório proibido pela regra geral do artigo 426 do Código Civil.

E mesmo quando a partilha em vida consensual implica disparidade entre os quinhões dos herdeiros, recebendo um quinhão maior do que o outro, ou ainda concordando em não receber o quinhão a que teria direito, não se estará diante de renúncia, mas de transação, que com ela não pode ser confundida:

> É frequente entenderem-se como renúncia as concessões recíprocas que as partes se fazem nas transações. Todavia, esses sacrifícios recíprocos nada têm a ver com a renúncia, representando apenas um elemento estrutural, indispensável à configuração das transações. Sem mútuas concessões inexiste, conceitualmente, transação. Com efeito, a ocorrência dessas recíprocas concessões, juntamente com a composição da lide atual ou com a prevenção da lide futura, integra a própria causa do negócio transativo, é inapartável deste. A função de composição da lide, a litigiosidade, portanto, do direito, essencial para a transação, é inteiramente estranha à renúncia; a reciprocidade de sacrifícios, que a transação supõe, não está na renúncia, em que o sacrifício é de uma só parte (...). E a extinção das ações que porventura coubessem às partes transadoras também não representam renúncias, mas são simples efeitos da transação sobre os direitos litigiosos.[1138]

A transação, ela sim, é conteúdo típico da partilha em vida consensual[1139], e, portanto, as concessões recíprocas realizadas em seu bojo não constituem outro pacto sucessório, senão a própria partilha em vida. Afinal "são requisitos essenciais da partilha amigável, primeiro, a plena capacidade civil das partes e, em segundo lugar, o seu interesse em transigir na atribuição dos bens da herança"[1140].

A transação tem como elementos essenciais (a) a existência de um litígio potencial ou já existente; (b) a intenção de prevenir ou encerrar o litígio; (c) versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado; e (d) a existência de concessões recíprocas, todos harmônicos com a partilha em vida consensual.

[1138] CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 169-170.
[1139] "A partilha pode ser qualificada como negócio jurídico autônomo – negócio jurídico de partilha –, mas a ela podem se aplicar as regras do negócio jurídico de transação, no que couberem, haja vista não haver regime jurídico positivado especificamente para a partilha" (BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023, p. 11).
[1140] OLIVEIRA, Euclides de. Código Civil Comentado. Vol. XX. Coord. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 190.

Nela, a potencialidade do litígio decorre da unicidade da herança e do direito potestativo de cada um dos herdeiros pleitear sua partilha, ocasião em que a identidade de interesses por determinados bens leva ao surgimento de uma lide, ao menos potencial, sobretudo face à incerteza de como o conflito de interesses seria resolvido; a partilha em vida se presta, justamente, à finalidade de prevenir o futuro litígio entre os herdeiros, mediante o regramento antecipado de como será realizada a partilha; tratando-se de direito patrimonial e disponível, seu objeto é transacionável, o que inclusive é pressuposto lógico da permissão legal da partilha em vida consensual.

Por fim, por "concessões recíprocas" entende-se o que uma parte *faz* no interesse da outra. Nessa medida, quando um herdeiro admite receber apenas parte do quinhão a que tinha direito, faz concessão em favor daquele que recebe mais do que teria direito; o herdeiro que consente com a atribuição de bens que também desejava no quinhão de outro herdeiro, faz concessão em favor daquele; o reconhecimento da especificação de cada quinhão na forma como partilhada, por si, é concessão em favor de todos.

Mesmo um herdeiro que abdique integralmente de seu quinhão pode estar transacionando: se apenas renunciasse, seu quinhão seria partilhado igualmente entre os demais; se na partilha em vida consensual, seu quinhão é distribuído apenas em favor de sua mãe, ou de sua mãe e de seu irmão mais carente, recebe como concessão dos demais a aceitação daquele direcionamento, em favor da mãe e do irmão, e não em favor de todos. Da mesma sorte, quando a partilha em vida for realizada em sua configuração mista, com atribuição imediata do domínio, o autor da herança estará realizando concessão em favor de todos os herdeiros, beneficiados pela antecipação, em troca de concederem com os termos da partilha entabulada. Daí a concessão de um poder, inclusive, derivar do patrimônio de outro: "pode ser prestação, ou contraprestação, na transação, o que não sai do patrimônio de quem presta, ou contrapresta"[1141].

Também "não exclui a transação o ser incerta, apenas, a existência futura"[1142] do direito, ao contrário do que é afirmado em relação à renúncia. Não por outra razão, mesmo países como Alemanha, que admite a renúncia antecipada à herança por meio de contrato sucessório[1143], a interpretação majoritária é de que não se trata de renúncia, mas de transação

---

[1141] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 180.
[1142] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.
[1143] "A renúncia à herança é, portanto, um meio de ampliar sua liberdade de fazer um testamento. Por outro lado, esse instrumento não está disponível para ele sem limitações: ele depende do consenso com a parte renunciante"

contratual. Na mesma linha, a doutrina francesa vê na renúncia à ação de redução permitida pela reforma legislativa de 2006 uma transação consensual, e não propriamente uma renúncia[1144].

Em conclusão, considerando que (a) o direito brasileiro admite a partilha em vida consensual como pacto sucessório válido; (b) o conteúdo típico da partilha em vida consensual é composto também por negócio de transação; (c) o conteúdo de transação admite concessões recíprocas, inclusive quanto à extensão do direito ou mesmo sua abdicação; (d) a herança é direito de caráter patrimonial e disponível, pode-se responder afirmativamente à indagação inicial, notadamente no sentido de que é sim possível que, a partir da confirmação de vontade com os demais sujeitos da sucessão, a partilha em vida consensual atribua a um herdeiro quinhão hereditário maior ou menor do que aquele que lhe atribui o direito sucessório, ou mesmo quinhão algum – o que constitui, inclusive, reflexo preciso da partilha amigável *post mortem*.

Por esta razão, é possível, dentro dos limites permitidos pelo sistema jurídico brasileiro, propor interpretação ao artigo 2.018 do Código Civil que permita a partilha em vida consistir, efetivamente, em instrumento apto a prestar contributo ao exercício e à promoção de liberdades dos sujeitos da sucessão, pelo qual podem inclusive transacionar sobre a legítima. Seria ela, nesta configuração, um *opt out* que permitiria aos sujeitos da sucessão a construção consensual de uma normatividade própria, capaz de superar a polaridade de interesses sob a qual encontra-se estruturado o direito sucessório brasileiro e, em alguma medida, remediar os efeitos da dupla crise por ele vivenciado.

A interpretação se daria a partir da cisão do enunciado do artigo 2.018 do Código Civil, a partir da qual são extraídas duas normas jurídicas, cada qual com suporte fático próprio.

A primeira norma extraída do enunciado compreende apenas a sua primeira parte: "é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos". Em razão da consensualidade que caracteriza esta configuração da partilha em vida, e o intrínseco negócio de transação que a compõe, a ela não se aplicaria a restrição contida no final do dispositivo, podendo os sujeitos da sucessão transacionarem inclusive sobre a parcela legítima por eles titularizada.

A segunda norma do enunciado compreenderia a outra espécie de partilha em vida e a restrição que a ela está imediatamente ligada: "é válida a partilha feita por ascendente por ato

---

(METZLER, Martin. *Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse*. *Baden-Baden: Nomos, 2013,* p. 469).

[1144] MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022, p. 631.

de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários". Em razão da unilateralidade do ato, a restrição cumpre a função da própria parcela compulsória, notadamente a de impedir o arbítrio do testador.

A proposta de cisão de um enunciado restritivo de direito para dele extrair duas normas, previstas para situações cuja diferença intrínseca justifica a atribuição de efeitos diversos, não é estranha ao direito civil brasileiro, nem mesmo em relação a direitos fundamentais, como a herança.

Pelo contrário, trata-se de modo de interpretação há muito utilizado para o artigo 1.707 do Código Civil, cujo texto assim dispõe: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

Especificamente do excerto que veda a renúncia ao direito a alimentos, doutrina e jurisprudência extraíram duas normas distintas. A primeira, aplicável aos alimentos decorrentes do parentesco, constrói a norma com a integralidade do enunciado: "Pode o parente credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos". A segunda, aplicável aos cônjuges, constrói a norma sem a restrição à renúncia: "pode o cônjuge credor não exercer o direito a alimentos", e na ausência de restrição, admite a renúncia conjugal[1145].

Assim, em que pese a quase integralidade da doutrina brasileira inadmitir a interpretação ora proposta, há argumentos sólidos para sua defesa dentro dos limites do artigo 2.018, de modo coerente com o direito civil brasileiro e alinhada com as soluções que outros ordenamentos têm oferecido para a conformação de interesses entre os sujeitos da sucessão.

[1145] É esta a posição materializada no Enunciado 263, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família", também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: EDcl no REsp 832.902/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 19/10/2009; REsp. 701.902/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi; Ag 958.962/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; AR 1.044.922/SP, Rel. Min. Raul Araújo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação de uma dupla crise do direito sucessório serviu de ponto de partida para um repensar mais amplo, que questiona instrumentos tradicionais do direito sucessório e busca, no direito comparado, a oxigenação necessária a uma crítica do direito brasileiro que é, simultaneamente, uma oportunidade para sua revisão.

A crise cogitada é revelada em duas dimensões, como (a) crise de sistema, na medida em que o encastelamento do direito sucessório em sua dogmática, sem abrir as janelas para a vida que regulava, fez com que ao longo das décadas suas normas não mais apreendam o objeto por elas regulado, o que é demonstrado sobretudo pela alteração da expectativa de vida do cidadão brasileiro – que hoje herda, em média, com 51 anos de idade – e pela alteração do modelo familiar brasileiro; em paralelo, também como (b) crise de função, ante a ineficiência de seu regramento para a concreção dos objetivos ao qual se propunha, notadamente a proteção da família e de seu patrimônio e a promoção de liberdade do autor da herança.

Constatou-se que a estrutura polarizada do direito sucessório, construído a partir da bipartição entre sucessão legítima e sucessão testamentária, a despeito dos inegáveis pontos de toque entre ambos, ignora uma espacialidade intermediária na qual os sujeitos de ambos os polos poderiam, no exercício da autonomia privada, construir uma normatividade própria para a sucessão de determinada família, levando em consideração as aptidões e necessidades concretas dos herdeiros, bem assim um modelo de maior eficiência à produção de riqueza pelo patrimônio familiar.

Propõe-se então uma releitura do direito sucessório brasileiro para encontrar espaços de liberdade em que os sujeitos da sucessão possam, ainda que situados cada um em seu respectivo polo de interesses, desvencilhar-se das restrições tradicionais, bem como se os institutos de direito sucessório podem incorporar como função, para além daquelas que lhes são tradicionalmente atribuídas, a realização de contributos à preservação, exercício ou promoção de liberdades, em seus diversos perfis, aos sujeitos da sucessão. É esse o fio condutor que passa a guiar o repensar sobre o direito sucessório a partir de um diálogo com a liberdade.

Essa busca por liberdade(s), porém, não ignora que o direito não é neutro, tampouco o direito sucessório, e que a liberdade de seus sujeitos precisa ser exercida dentro dos limites da ordem pública. É neste momento que a pesquisa desvela uma maior profundidade da crise funcional, a perceber que a liberdade testamentária está ainda atrelada a um paradigma de ordem pública que já não absorve, como conteúdo, os valores fundamentais do sistema jurídico.

O cotejo entre a liberdade testamentária e a ordem pública vigente levaram a necessidade de repensar as restrições axiológicas à liberdade testamentária, em especial ao reconhecer uma recente incursão do princípio da igualdade no campo da sucessão testamentária, sobretudo em seu perfil de igualdade enquanto não discriminação.

O sopesamento entre a liberdade testamentária e a ordem pública vigente levaram a conclusão de que a liberdade testamentária encontra limite na proibição de discriminação, em especial em razão da origem da filiação – ainda que tradicionalmente esta discriminação tenha habitado, com considerável aceitação social, o campo da sucessão testamentária, concluindo que (a) a nomeação de herdeiro ou legatário de forma pura e simples deve ser considerada lícita, já que desacompanhada de elementos de diferenciação que permitam afirmar com segurança a existência de discriminação apta à restringir a liberdade testamentária; (b) a nomeação de herdeiro ou legatário estabelecida com base na origem de sua filiação e desacompanhada de elementos justificantes deve ser tida por inválida, por violação à proibição de discriminação em razão da origem; (c) as disposições embasadas em critério de origem podem ser consideradas válidas se, a despeito do sensível critério utilizado, não se revelar discriminatória no plano concreto ou se apresentar justificação adequada, como o intuito de correção de algum déficit derivado da origem da filiação.

Na mesma linha, a proibição de discriminação também demanda um repensar da liberdade testamentária a partir das questões de gênero, que perpassam todo o direito sucessório mas, na abstração deste, acabam não sendo ponderadas. Especificamente para a filtragem da validade das disposições testamentárias, concluiu-se que (a) uma disposição que não adote explicitamente o elemento gênero como critério de diferenciação deve ser considerada válida; (b) quando o critério de diferenciação for exclusivamente o gênero, a disposição viola a ordem pública em sua proibição de discriminação em razão do sexo e deve ser considerada nula; (c) quando a disposição utilizar explicitamente um elemento de gênero para identificação dos beneficiados, mas estiver também acompanhada de uma razão lícita que levou o testador a realizá-la deve, a princípio, ser considerada válida.

Por fim, a pesquisa confronta os limites da liberdade testamentária quando esta é direcionada à manipulação de uma liberdade existencial do beneficiado pela disposição, o que na Common Law se convencionou designar de controle pela mão morta. A partir da revisão de casos sobretudo de experiências estrangeiras e de revista da doutrina nacional, propôs-se como pressupostos para investigação da invalidade da disposição (a) a interferência em uma liberdade fundamental do beneficiado que implique em sua restrição; e (b) a inexistência de uma prevalência apriorística entre as liberdades em confronto, sendo que ao contrário das análises

que a precederam, o juízo de validade das disposições testamentárias que restrinjam uma liberdade fundamental do beneficiado somente poderá ser realizado de forma tópica, a partir dos elementos do caso concreto que permitam verificar o grau de sacrifício de cada liberdade.

Feita a releitura da liberdade testamentária a partir do fio condutor de realização de liberdades protegidas pela ordem pública vigente, a pesquisa buscou reconstruir as razões históricas para a proibição da sucessão contratual, que poderia se revelar como o espaço de exercício de liberdade conjunta pelos sujeitos da ambiência sucessória. Para tanto, realizou a diferenciação entre pacto, contrato e negócio jurídico, constatando que, embora sejam figuras com perfis próprios e distintas entre si, estariam contidas na proibição dos pactos sucessórios.

Constatou-se que esta proibição, vocacionada à proteção paternalista dos herdeiros e do próprio autor da herança, embora deite raízes no direito romano, nunca foi absoluta, admitindo nos diversos espaços e tempos exceções que permitiam a contratação de direitos sucessórios. Especificamente no direito brasileiro, a exceção mais longeva que ainda se manteve foi a partilha em vida, que inobstante admitida, acabou sendo fonte fecunda de incontáveis controvérsias sobre sua natureza, seus sujeitos e mesmo seu objeto, e assim acabou relegada tanto pela doutrina quanto pela prática forense, caindo em desuso e sem um merecido desenvolvimento que pudesse aclarar suas potencialidades.

Com o projeto de desenvolvimento de um modelo hermenêutico para a partilha em vida, e constatada a ausência de fontes legais (restrita a um artigo) e mesmo doutrinárias, a pesquisa busca na experiência comparada como outros países realizam o diálogo entre liberdade e direito sucessório, e, em especial, por qual instrumento permitem que os sujeitos da sucessão construam o próprio regramento sucessório, buscando assim encontrar os equivalentes funcionais para a partilha em vida brasileira. A pesquisa tomou por objeto o direito sucessório alemão, suíço e francês, apresentando a análise comparativa de cada um com o direito sucessório brasileiro, sem deixar de observar o fio condutor da busca de espaços de liberdade.

Com os *inputs* do direito comparado, a pesquisa se volta ao terceiro e último capítulo, que reconhece a pertinência e a oportunidade de um espaço de liberdade conjunta no direito sucessório brasileiro, à luz daqueles existentes nas experiências estrangeiras. Parte então para a revisão bibliográfica dos textos escritos no direito nacional sobre a partilha em vida e a proposição de um modelo hermenêutico que permita, de um lado, clarificar os contornos deste instituto e, de outro, testar a possibilidade de sua funcionalização em favor de liberdades.

A primeira constatação foi que muitas das divergências sobre a partilha em vida se devem a tentativa de atribuição de um regime jurídico unitário para ela, quando a dualidade de suas configurações (por ato de última vontade e contratual) revela espécies tão distintas que

inviabilizam qualquer pretensão voltada a encontrar um regime unitário. Ainda que tenham em comum o gênero partilha em vida, cada espécie apresenta elementos próprios e demandam regramento autônomo.

A partilha em vida por disposição de última vontade, ainda que a princípio não se confundisse com o testamento e realizasse uma função que não era por alcançada, teve sua funcionalidade absorvida pela sucessão testamentária, ao ponto de hoje confundir-se com o poder do testador de determinar ele próprio o modo como serão partilhados os bens que compõe a sua herança. Estas disposições, de caráter unilateral e cuja eficácia é condicionada à abertura da sucessão, podem ter por objeto tanto a parte legítima quando a parte disponível da herança e, a princípio, é impositiva aos herdeiros, agindo como negócio pré-excludente do negócio de partilha amigável ou mesmo da partilha judicial.

Já sob a configuração de partilha em vida consensual, a partilha em vida apresenta natureza jurídica própria, de negócio jurídico de partilha, mas cujo conteúdo típico é também composto por negócio jurídico de transação. Entabulada em vida pelo autor da herança em conformação de vontades com todos os seus herdeiros necessários, pode ou não implicar imediata atribuição patrimonial. Em sua forma 'pura', segue o regramento dos negócios jurídicos de partilha, desprovidos da eficácia de atribuição patrimonial. Pode, porém, incorporar o negócio jurídico de doação para viabilizar a antecipação da atribuição patrimonial, hipótese em que se tornará um negócio jurídico misto de partilha com doação, com absorção da doação e prevalência do regime jurídico da partilha.

Como um negócio jurídico tipicamente familiar, a partilha em vida está restrita a determinados elementos subjetivos, identificados pela figura de um ascendente, e de seus herdeiros necessários virtuais, sejam eles descendentes, ascendentes, ou mesmo o cônjuge, desde que em concorrência com ao menos um descendente ou ascendente. Seu objeto, a despeito das divergências, constitui verdadeira herança, mesmo antes da abertura da sucessão, e pode compreender todo o patrimônio do titular ou apenas parte dele. Embora a partilha em vida não seja compatível com o pacto sucessório renunciativo, seu conteúdo de transação permite que sejam atribuídos quinhões desiguais aos herdeiros, e apenas a partilha em vida testamentária estará subordinada à observância da parcela legítima, restrição que pode ser afastada na partilha em vida consensual a partir da transação entre os sujeitos da sucessão, confirmando, assim, constituir um espaço de liberdade sucessória consensual que pode representar um *opt out* à estrutura dual e polarizada dos regimes sucessórios e de certa forma, mitigar a crise dupla por eles vivenciada.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Ana Isabel. Apresentação: a relevância do DCFR. In: Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR. Porto: UC Editora, 2015.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 12. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1954.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 22. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1957.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 26. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1958.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 31. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1960.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 37. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 1962.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 188. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 2011.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. v. 206. Berlin: Carl Haymanns Verlag, 2016.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. BGHZ 140, 118. Decisão de 02/12/1998, IV ZB 19/97. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/ urteile/njw99_566.htm, acesso em 22 de janeiro de 2024.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfG, decisão de 22 de março de 2004, 1 BvR 2248/01. Disponível em https://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/1bvr2248_01.htm, acesso em 22 de janeiro de 2023.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BvR 2248/01, de 22 de março de 2004 - Hohenzollern. Disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de /SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/rk20040322_1bvr224801.html, acesso em 23 de janeiro de 2024.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 67. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1985.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 93. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. v. 112. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. Sancionado em 18 de agosto de 1896. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. Ordenações Filipinas. Livro Quarto. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos III: Contratos de liberalidade, de cooperação e risco. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos V: Invalidade. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2020.

ALMEIDA, Emerson de. A Sucessão Como ela é: de sentimentos a jogos políticos nas organizações. São Paulo: Editora Benvirá, 2016.

ALOY, Antoni Valquer. Liberdad de testar y liberdad para testar. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. Parecer. São Paulo, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. A importância do Direito Comparado no estudo do Direito das Sucessões. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JR, Marcos. Breves notas sobre a sucessão contratual no direito brasileiro: o instrumento da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

ANGEL-LIOGER, Zoé; CALÒ, Emanuele. Les Successions en droit compare. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiene, 2016.

ARAÚJO, Fernando. Economia: conceitos introdutórios para juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Partilha antecipada. Estudos e Pareceres, Direito civil, São Paulo: Ed. RT, 1995.

ÁVILA, Maria Bethânia; FERREIRA, Verônica. Trabalho produtivo e reprodutivo no cotidiano das mulheres brasileiras. In: Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres. Org.: Maria Bethânia Ávila; Verônica Ferreira. Recife: Instituto Patrícia Galvão, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. RTDC: Entrevista com o Prof. An6onio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert; HAU, Wolfgang; POSECK, Roman [BRHP]. Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. Band 5: Auflage. München: C.H. Beck, 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Ruy. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. Revista Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Partilha em vida como forma de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARREIROS, José Antônio. A partilha em vida no Código Civil: ensaio preliminar. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 37. Vol. III, set.-dez. 1977.

BARROS, Celso; DINIZ, Raimundo. Relatório parcial: parte especial, livro V, do Direito das Sucessões, e Livro Complementar, Disposições Finais e Transitórias. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406/2002. Tomo IV. Brasília: Edições Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEGLEITER, Martin D. Taming the 'unruly horse' of public policy in wills and trusts. Quinnipiac Probate Law Journal. Vol. 26. n. 2. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Prefácio. STOLLEIS, Michael. Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020.

BERTHER, Duri. Switzerland. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado. Edição histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. Volume VI. 8 edição, atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BEVILAQUA, Clóvis. Estudos jurídicos: historia, philosophia e critica. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

BEVILAQUA, Clóvis. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

BHAT, P. Ishwara. Idea and Methods of Legal Research. Delhi: Oxford Academic, 2020.

BIAZI, João Pedro de Oliveira. Instrumentos do planejamento sucessório: o negócio jurídico da partilha em vida. Cadernos da Escola de Direito da UniBrasil, Curitiba, vol. 27, nº 2, jul./dez. 2017.

BIERHENKE, Matthias. Aspects de Droit Successoral Allemand. In: ANCEL-LIOGER, Zoé; CALÒ, Emanuele (org.). Les Successions en droit comparé. Napoli : Edizioni Scintifiche Italiene, 2016.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 2ª ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. et al. (Coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Célia. Identidade e sucessão: interface da psicologia com as empresas familiares. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). Empresas familiares: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Noeses, 2015.

BRAUN, Alexandra; RÖTHEL, Anne. Passing Wealth on Death: will-substitutes in Comparative Perspective. Oxford: Hart Publishing, 2016.

BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidade e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). Contratos, Família e Sucessões. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023).

BÜRGER, Marcelo; FRANK, Felipe. Problematizações de Direito Civil-Constitucional. Morrisville: LuluPress, 2019.

BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. A ilicitude como requisito da responsabilidade civil no direito de família: o cotejo entre a doutrina e a jurisprudência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela. (Org.). Responsabilidade Civil e Direito de Família. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; PEDERNEIRAS, Fernanda Barbosa. Giselda Hironaka, Shakespeare e a indignidade no Direito das Famílias e das Sucessões. In: ANDRIOTTI, Rommel (et. al., coord.). Novas tendências do Direito Privado: Estudos em homenagem à professora Giselda Hironaka. Rio de Janeiro: Editora J&C, 2022.

CACCAVALE, Ciro. Contrato e successioni. In: ROPPO, Vincenzo. Trattato del contratto. Milano: Giufrè, 2006.

CAHALI, Francisco. Da sucessão em geral. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco. Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites de sua prestabilidade. Tradução de Paulo Mota Pinto. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 31, número 95, setembro de 2004.

CANOTILHO, José Joaquim, G. et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPDEVILA, Esteve Bosch. Testamentary freedom and its limits. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

CARVALHO MOURÃO, João M. de. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Sucessões. Vol. XXIV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

CASTRO, Isabella Silveira de. Testamento: capacidade, formalidades e novas tecnologias. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO, Torquato. 9ª Reunião de instalação dos trabalhos, em 14 de agosto de 1975. In: MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406/2002. Tomo I. Brasília: Edições Câmara, 2012.

CAVALCANTI, José Paulo. Da renúncia no Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHALMERS, James. Testamentary conditions and public policy. In: REID, Kenneth; WAAL, Marius; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative. v. 5. Edinburg: Edinburg University Press, 2007.

CHESTER, Ronald. From here to eternity? Property and the dead hand. USA: Vandeplas Publishing, 2007.

CONLY, Sarah. Against Autonomy: justifying coercive paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013.

CORRÊA, Rafael. Responsabilidade Civil e Privacidade: reflexões sobre autodeterminação informativa como expressão de liberdade positiva na construção da personalidade. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016.

CORTESE, Antonio Carlos. Administração de fortunas. In: KIGNEL, Luiz (Org.). Patrimônio e Sucessão: como garantir os herdeiros e os negócios. São Paulo: Maltese, 1993.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel/PR , v. 4, n.4, 2015.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução do original francês por Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentas nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina, 2020.

CRUZ, Guilherme Braga da. Pacto sucessório na história do direito português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 6, 1965.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: study of similarities or differences? In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

DELGADO, Mario. Direito fundamental de herança. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

DIAS FERREIRA, Código Civil Comentado, v. 6, pag. 80, apud NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez. Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

DU TOIT, François. The limits imposed upon freedom of tentation by boni mores: lessons from common law and civil law (continental) legal systems. Stellenbosch Law Review, 2000, vol. 11, n. 3.

DUARTE, Paulo Roberto. Doação de paes a filhos com reserva de usufructos. Partilha em vida. Revista dos Tribunais, RT 47/272, jul. 1923.

DUARTE, Rui Pinto. Uma Introdução ao Direito Comparado. Separata da Revista 'O Direito IV'. Coimbra: Almedina, 2006, p. 777-780. No mesmo sentido, ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, v. VIII, 2007, n. 1.

DUTRA, Eder Gomes. Premissas para um direito sucessório mínimo. Londrina: Thoth, 2021.

EIGENMANN, Antoine. Commentaire du droit des sucessions (art. 457-640 CC). Berne : Stämpfli Puclications, 2012.

ELLENBERGER, Jürgen. Palandt-Kommentar zum BGB. 79 Auflage. München: C. H. Beck, 2020.

ELMORE, Christopher T. Public policy or political correctness: addressing the dilemma of applying public policy to inheritances issues. Estate Planning Journal, v. 199, 2009.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentencia STS 4642/2013, de 01 de março de 2013. Disponível em https://poderjudicial.es/search/contenidos.action, acesso em 31 de janeiro de 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 4ª Seção. Pla and Puncernau v. Andorra nº 69498/01.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. v. XVIII. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: sucessões. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FAVIER, Yann. Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successoraux en Droit Comparé et en Droit International Privé : nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène : Librairie Droz, 2008.

FERRI, Luigi. Nozione Giuridica di Autonomia Privata. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, Anno XI, 1957.

FISCHMANN, Gerson. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 14. Coord. Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOLJANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Tradições, traduções, traições: diálogos entre culturas jurídicas. História do Direito: RHD. Curitiba, v.1., n.1.

FRANÇA. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 02-13.395, du 04 octobre 2005.

FRANÇA. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 04-16.461, du 20 février 2007.

FRANÇA. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 19-22.428, du 9 juin 2021.

FRANÇA. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 08-18.677, du 9 décembre 2009.

FRANÇA. Cour de Cassation. Première chambre civile. Pourvoi n. 20-17.199, du 13 avril 2022.

FRANK, Felipe. Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

FRANK, Felipe. Exclusão da concorrência sucessória em pacto antenupcial. In: XIII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, 29 de outubro de 2021.

FREIRE, Alexandre. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: conceitos, teorias e análise jurisprudencial. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (et. al). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Esboço do Código Civil. v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

FUSARO, Andrea. Freedom of testation in Italy. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de doação. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. v. 7. Direito das Sucessões. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das Sucessões. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. Manual dos Contratos em Geral. Lisboa: Lex, 1965.

GARNER, Bryan A. (Ed. Chief). Black's Law Dictionary. 9 ed. United States of America: West, 2004.

GIMENO, José Cerdá. Pactos sucesorios: del porqué de su prohibición y su aplicación en la prática. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GOMES, Orlando. Cessão de herança e venda de bens hereditários. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI. n. 3. Rio de Janeiro, 1992.

GOMES, Orlando. Contratos. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMES, Orlando. Parecer. Revista dos Tribunais, RT 176/21, nov. 1948.

GOMES, Orlando. Sucessões. 15 ed. Atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense: 2012.

GORDLEY, James; JIANG, Hao; VON MEHREN, Arthur Taylor. An introduction to the comparative study of private law. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

GORÉ, Marie. Inheritance Law. In: BERMANN, George A.; PICARD, Etienne. Introduction to French Law. Netherlands: Wolters Kluwer, 2008.

GOUVEIA PINTO, Antonio Joaquim de. Tratado regular e pratico de testamentos, e successões. 4ª ed. Lisboa: Tupographia de José Baptista Morando, 1844.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. Partilha em vida. Revista de Direito Imobiliário, RDI 5/26, jan.-jun. 1980.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. Testamento e autonomia. In: Revista de Direito e Estudos Sociais, 1971, p. 4., apud NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

HAMBRO, Peter. The Norwegian approach to forced share, the surviving spouse´s position and irrevocable wills. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

HARARI, Yuval Noah. Toda crise é também uma oportunidade. Tradução de Kelly Cristina Pereira de Morais. O Correio da UNESCO. Paris, jul.-set. 2020, nº 2, publicação eletrônica.

HARDING, Matthew. Some arguments against discriminatory gifts and trusts. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2, 2011.

HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998.

HESPANHA, António Manoel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil. V. 20. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

HOECKE, Mark Van. Methodology of comparative legal research. Law And Method. Boom: Boom Juridische Uitgevers, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRADIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Em 2022, expectativa de vida era de 75,5 anos. Publicado eletronicamente em 29/11/2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Demográfico 2010: características da população e dos domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v.1. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. 2. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. v. 3. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

KANNOWSKI, Bernd. Germanisches Erbrecht und Religion. In: ZIMMERMANN, Reinhard. Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAPPLER, Susanne; KAPPLER, Tobias. Erman Bürgerliches Gesetzbuch. 16ª Auflage. Köln: Otto Schmidt KG, 2020.

KERRIDGE, Rofer. Intestate Succession in England and Wales. In: In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015.

KESSAL-WULF, Sibylle (ed). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022.

KONDYLI, Ioanna. La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés. Paris : L.G.D.J., 1997.

KRALJIC, Suzana. Freedom of testation in Slovenia. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: european perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

KÜHNE, Karsten. Germany. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Sucessões: exposição doutrinaria desta parte do Direito Civil. Rio de Janeiro: 1915.

LANDAU, Eve Chava. Non-testamentary acts affecting the devolution of an estate. In: DROBNIG, Ulrich (ed.). Encyclopedia of Comparative Law. Volume V: Succession. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

LANZÓN, Ignacio Gomá. ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI? In: RONCERO, Francisco Capilla (et. al.). Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

LAPUENTE, Sergio Cámara. Freedom of testation, legal inheritance rights and public order under spanish law. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: european perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

LAURENT, François. Principes de droit civil français. v. 15. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1887.

LEGRAND, Pierre. Como ler o direito estrangeiro. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Concorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre; GLANERT, Simone. Foreign law in translation: if truth be told... In: FREEMAN, Michael; SMITH, Fiona. Law and language: current legal issues. V. 15. Oxford: Oxford Press, 2013.

LEIPOLD, Dieter. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao artigo 2.018. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Código Civil. v. XXI. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LINHARES, Juliana; ZALIS, Pieter. Carmen Lúcia, nova presidente do STF: entre rosas e espinhos. Veja Brasil. Publicado eletronicamente em 11/09/2016.

LOBÃO. Notas a Mello, parte III, título XII, §3, n. 5, *apud*, BARREIROS, José António. A partilha em vida no Código Civil: ensaio preliminar. Revista da Ordem dos Advogados, ano 37, vol. III, set.-dez. 1977.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

LÔBO, Paulo. Direito civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: sucessões. Volume 6. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

LOOZE, JESSICA. Young women's job mobility: the influence of motherhood status and education. In: Journal of Marriage and Family, August 2014, volume 76, number 4. Minneapolis: The National Council on Family Relations.

MADALENO, Rolf. Alimentos compensatórios. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. Droit des successions et des libéralités. 10 ed. Paris : LGDJ, 2022.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. The German Law of Contracts: a comparative treatise. 2° ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. Revista do Instituto de Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Organon, Porto Alegre, v. 6, n. 19, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. (coord.). Modelos de Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao artigo 5º, XXX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et. al). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cood.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Altas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de Direito Privado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HÜMMELGEN, Isabela. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Vol. III. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

MAZEAUD, Henri et Léon (et. al). Leçons de Droit Civil. Tome IV: Successions - Libéralités. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Comentários ao Código de Processo Civil. v. XII. São Paulo: Saraiva, 2023.

MAZZEI, Rodrigo. Ensaios sobre o direito das sucessões: direito material e processual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; MULTEDO, Renata Vilela. Partilha da legítima por meio de testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 12 ed. Dão Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Octavio. É revogável a partilha em vida? Revista dos Tribunais, RT 21/221, abr. 1917.

MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968.

METZLER, Martin. Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse. Baden-Baden: Nomos, 2013.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: The Oxford Handbook of Comparative Law. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (coord.) 2d ed. Oxford University Press, 2019.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019.

MILO, J. Michael. Acquisition of property by succession in Dutch Law: tradition between autonomy and solidarity in a changing society. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 6ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito das sucessões. v.6. 36 ed. Atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOOSER, Michel. Aspects de Droit Successoral Suisse. In : ALCEL-LIOGER, Zoé ; CALÒ, Emanuele. Les Successions en Droit Comparè : Allemagne, Alglaterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie, Maroc, Pays-Bas y Suisse. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiene, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, José Joaquim, G. (et al.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Walter. Teoria Geral e Sucessão Legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. A (ir)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória. In: Atas das Jornadas Internacionais 'Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares'. Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. Revolução sucessória: os institutos alternativos ao testamento no século XXI. Cascais: Principia, 2018.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MUSIELAK, Hans-Joachim. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no Direito brasileiro. In: RODRIGUES; Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 251-268. BUNAZAR, Maurício. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Salvador, n. 279, setembro de 2023.

NONATO, Orozimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NONATO, Orozimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NONATO, Orozimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NUNES, Antônio de Pádua. Partilha em vida. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 13, n. 293, mar. 1960.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventário e partilha: teoria e prática. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. Código Civil Comentado. Vol. XX. Coord. AAZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Perspectivas críticas a partir de gênero, autonomia privada e direito sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (Coord.). Direito das sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

ÖRÜCÜ, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, v. VIII, 2007, n. 1.

PACHECO, José da Silva. Inventário e partilhas na sucessão legítima e testamentária. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: v. 3. Contratos. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 6. Direito das Sucessões. 20 ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PÉRÈS, Cécile. Intestate Succession in France. In: REID, Kenneth (et. al.). Comparative Succession Law: Intestate Succession. Oxford: Oxford University Press, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESSÔA, Epitacio. Parecer. Rio de Janeiro, 1916. In: OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Pacto successorio no direito brasileiro. Rio de Janeiro, sem editora ou ano de publicação.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PIERRAT, Emmanuel. Dernières volontés: l'histoire des plus incroyables testaments et successions. Paris: La Martinière, 2018.

PINTENS, Walter. Need and opportunity of convergence in European Succession Law. In: ANDERSON, M.; AMAYUELAS, E. (ed.). The law of succession: testamentary freedom. Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

PINTENS, Walter. Testamentary Formalities in France and Belgium. In: RAID, Kenneth G. (et. al.). Comparative Succession Law: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011.

PINTO MONTEIRO, Antônio. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC* – ano 1, n. 1, (set./dez. 2012) – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOTET, Paul. La nature des pactes successoraux, et ses conséquences. In: Contributions choisies. Genève: Schulthess, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Sistema de ciência positiva do direito. v. 1. Campinas: Bookseller, 2005.

PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcante. Sistema de ciência positiva do direito. v. 4. Campinas: Bookseller, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Atualizado por Judith Martins-Consta (et. al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XIV. Atualizado por Jefferson Guedes e Otávio Luiz Rodrigues Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXII. Atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo LX. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801). Édition électronique a été réalisée par Claude Ovtcharenko. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

PORTUGAL. Código Civil de 1966. Disponível em https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075, acesso em 19 de fevereiro de 2024.

RAMOS, André Arnt. Invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.028 do Código Civil? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

RAMOS, André Luiz Arnt. Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro. Curitiba: Juruá, 2018.

RAMOS, André Luiz Arnt; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e gênero: algumas reflexões. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REID, Kenneth; ZIMMERMANN, Reinhard; WALL, Marius. Comparative perspective. In: In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020.

REINO UNIDO. House of Lords. Blathwayt v Baron Cawley (1975). UKHL J1022-2. Disponível em https://www.uniset.ca/other/cs3/1976AC397.html, acesso em 12 de janeiro de 2024.

REITZ, John C. How to do comparative Law. The American Journal of Comparative Law, vol. 46, nº. 4, 1998.

REVILLARD, Marie. France. In: HAYTON, David. European Succession Laws. Bristol: Jordans, 1998.

REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. Manual do Código Civil Brasileiro, tomo XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES, Marcelo; VILELA, Renato. Família Matarazzo: as práticas de governança e o planejamento sucessório de duas gerações. In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). Empresas familiares: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Noeses, 2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 7. 26 ed. Atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Partilha. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. Vol. 57. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROGUIN, Ernest. Traité de Droit Civil Comparé. v. IV: Les Sucessions. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1912.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Conrado Paulino; COELHO, Fernanda Rosa. Critérios Diferenciadores da doação e da partilha em vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

RÖTHEL, Anne. Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany. In: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (Editors). The law of succession: testamentary freedom: European perspectives. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011.

RÖTHEL, Anne. Testierfreiheit und Testiermacht. Archiv für die civilistische Praxis, 210. Bd., H. 1, Mohr Siebeck, Februar 2010.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAINT-AMAND, Pascal Julien. La réforme des successions et des libéralités – aspects civil et fiscaux. In : BONOMI, Andrea ; STEINER, Marco (Ed.). Les pactes successorauxs en Droit Comparé et en Droit Internaional Privé: nouveautés en droit français, italien ainsi qu´espagnol et implications pratiques pour la Suisse. Genène: Librairie Droz, 2008.

SALDANHA, Nelson. Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

SALOMÃO, Luis Felipe. MORAES, Luciano Oliveira de. A necessária atualização do Código Civil no Brasil e o papel do Superior Tribunal de Justiça. Biblioteca Digital do Senado Federal. Brasília, 2024.

SANDOZ, Suzette. Switzerland. Family and Succession Law. In: BLANPAIN, R. (Ed.). International Encyclopaedia of Laws. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos Nominados II. 2 ed. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS JUSTO, António. Direito Privado Romano – V (Direito das sucessões e doações). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014.

SCHREIBER, Anderson. Comentário ao artigo 166. In: In: SCHREIBER, Anderson (et. al.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). Direito das Sucessões: problemas e tendências. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

SCHUMANN, Gerhard. Erbvertragsrecht. Berlin: Haufe, 2002.

SHAKESPEARE, William. O Rei Lear. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios e contratos de herança: estudo sobre a autonomia privada na sucessão causa mortis. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV. v. 2. nº. 11. Jan-Jun. 2006.

SIMÃO, José Fernando. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. SCHREIBER, Anderson (et. al.). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SIMÃO, José Fernando. Contratos de doação e testamento como formas de planejamento sucessório. In: In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SIMÃO, José Fernando. O testamento magistral: uma nova figura criada em Guaxupé (parte 2). Consultor Jurídico - Conjur. Publicado em 12 de agosto de 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte-2/, acesso em 12 de janeiro de 2024.

SIMÃO, José Fernando. Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma releitura à luz do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin. In: EHRHARDT JR, Marcos; CORDIANO JR., Eroutlhs. Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOLOMON, Dennis. The law of succession. In: ZEKOLL, Joachim; WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019.

SOUZA, Orlando de. Partilhas amigáveis. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

STAINAUER, Paul-Henri. Le droit des successions. 2 ed. Berne: Stämpfli Editions, 2015.

STAINAUER, Paul-Henri. Première approche de la révision du droit des successions. In : Journée de droit successorial 2019. Université de Fribourg : Stampfli, 2019.

STATE OF ILLINOIS. Supreme Court of Illinois. In re Estate of Feinberg, 235 Ill. 2d 256, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009). Sep. 24, 2009. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-feinberg, acesso em 01 de fevereiro de 2024).

STATE OF ILLINOIS. Supreme Court of Illinois. In re Estate of Gehrt, 134 Ill. App. 3d 308 (1985). Jun. 20, 1985. Disponível em https://casetext.com/case/in-re-estate-of-gehrt, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

STATE OF ILLINOIS. Supreme Court of Illinois. Winterland v. Winterland, 389 Ill. 384, 59 N.E.2d 661 (Ill. 1945). Jan. 17, 1945. Disponível em https://casetext.com/case/winterland-v-winterland, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

STATE OF LOUISIANA. Supreme Court of Louisiana. Succession of Ruxton, 78 So. 2d 183, 226 La. 1088 (La. 1955). Feb. 14, 1955. Disponível em https://casetext.com/case/succession-of-ruxton, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

STATE OF OHIO. Court of Common Pleas, Mahoning County, Probate Division. Shapira v. Union National Bank, 39 Ohio Misc. 28, 315 N.E.2d 825 (Ohio Com. Pleas 1974). Jan. 22, 1974. Disponível em https://casetext.com/case/shapira-v-union-natl-bk, acesso em 01 de fevereiro de 2024.

STAUDINGER, J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Berin: OttoSchmidt, 2022.

STOLLEIS, Michael. Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contra Corrente, 2020.

STÜRZEBECHER, Thomas. Rücktritt vom entgeltlichen Erbvertrag. Pfaffenweiler: Centaurus-Verl., 1987.

SUÍCA. Bundesgericht (BGE), 108, II, 278. Julgado em 17 de junho de 1982. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

SUÍÇA. Bundesgericht (BGE), 256, 2004. Julgado em 02 de junho de 2005. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

SUÍCA. Bundesgericht (BGE), 46, 2007), julgado em 06 de junho de 2007. Disponível em http://relevancy.bger.ch, acesso em 26/09/2023.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism is not an oxymoron. Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SUNSTEIN Cass. Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. v. 6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Temas de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Contrato em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Tratado de Direito das Famílias. 3 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do direito civil: contratos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, capítulo 1, item 3.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, José Joaquim, G. (et al.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia. Alguns problemas da partilha em vida. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor (coord.). Trajetórias do Direito Civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. Apresentação. Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. Prefácio de Ruy Rosado Aguiar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TEUBNER, Werner. Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Band 6. Erbrecht. Neuwied: Luchterhand, 1990.

THULER, Ana Liési. Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil. Florianópolis: Editora Mulheres, 2009, apud OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2016.

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

TROPLONG, Raymond-Theodore. Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil. Vol. I. Paris: Henri Plon, 1872.

TROPLONG, Raymond-Theodore. Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil. Vol. II. Paris: Henri Plon, 1872.

TROPLONG, Raymond-Theodore. Des donations entre vifs et des testaments: ou commentaire du titre II dit livre III du Code civil. Vol. IV. 3 ed. Paris: Henri Plon, 1872.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

VAN ZANDEN, J.L. et. al. (eds). How was life?: Global Well-being since 1820. OECD Publishing, 2014.

VAZ, Marcella Campinho. Renúncia de direitos: limites e parâmetros de aplicação no Direito Civil. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Volume 21. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama, 2010.

VELOSO, Zeno. Testamentos. 2 ed. Belém: CEJUP, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VERBEKE, Alain-Laurent; LELEU, Yves-Henri. Harmonization of the Law of Succession in Europe. In: HARTKAMP, Artur (at. al.). Towards a European Civil Code. 4 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2011.

VERLAG, Carl Heymanns. Reimann/Bengem/Dietz. Testament und Erbvertrag. Köln: 2020.

VIANNA, L.W. (et al). Corpo e alma da magistratura brasileira. Rio de Janeiro: Iuperj/Editora Revan, 1997.

VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. V.2. Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VOGENAUER, Stefan. Sources Of Law and Legal Method in Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. 2nd ed. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

WAAL, Marius J. A comparative overview. In: REID, Kenneth G C, WAAL, Marius J de, e ZIMMERMANN, Reinhard. Exploring the law of succession studies national, historical and comparative. v.5. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007.

WAAL, Marius J. Comparative Succession Law. In: In: REIMANN, Matias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

WAGNER, Gerhard. Introduction to German Law. 3 ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2019.

WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, vol. 622, ago. 1987.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. Right to privacy. Harvard Law Review. v. IV, n. 5, 1890.

WEGERHOFF, Stefan. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 11: Erbrecht. München: C.H. Becker, 2022.

WEIMAR, Peter (et. al). Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2009.

ZAVASCKI, Teori. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo. v. 212. Out/2012.

ZIMMERMANN, Reinhard. Compulsory portion in Germany. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences? Netherlands: Eleven International Publishing, 2018.

ZIMMERMANN, Reinhard. Exploring the Law of Succession: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. Mandatory family protection in the civilian tradition. In: REID, Kenneth G. (ed.) et. al. Comparative Succession Law: vol. III, Mandatory Family Protection. Oxford: Oxford Academic, 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. The new German law of obligations: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ZOPPINI, Andrea. Le Successioni in Diritto Comparato. In: SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Comparato. Milano: UTET, 2002.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. An Introduction to Comparative Law. Translated by Tony Weir. 3rd ed. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing, 1998.