

**SUCESSÃO NECESSÁRIA: UM ESTUDO DE SUA GÊNESE E CONFORMAÇÃO
NA LEGISLAÇÃO LUSITANA E BRASILEIRA****NECESSARY SUCCESSION: A STUDY OF ITS GENESIS AND CONFORMATION
IN PORTUGUESE AND BRAZILIAN LEGISLATION****SUCESIÓN NECESARIA: UN ESTUDIO DE SU GÉNESIS Y CONFORMACIÓN EN
LA LEGISLACIÓN PORTUGUESA Y BRASILEÑA****André Luis Sodré de Andrade¹, Matheus Braz dos Santos², Jairo Ramos Coelho Lins de
Albuquerque Sento-Sé³****RESUMO**

O presente artigo trata da problemática atinente ao tema da sucessão necessária partindo de suas bases históricas, para melhor compreender a sua conformação chegando até a legislação atual. Com tal perspectiva, perpassa-se inicialmente pelo direito romano e o processo de surgimento da sucessão necessária e reserva da legítima e as suas fundamentações históricas e sociais, seguindo com uma análise da temática dentro do direito lusitano, até a sua introdução na legislação brasileira e efeitos correlatos da sucessão necessária em outros pontos da legislação atual. Dessa forma, faz-se uma reflexão acerca do instituto em sua forma atual e os caminhos legislativos percorridos para que se chegasse na atual conformação. No que se refere à metodologia, utilizar-se-ão, no presente trabalho, como métodos científicos os de indução e dedução. No que diz respeito à pesquisa, utilizar-se-á de revisão bibliográfica e levantamento legislativo. E, por fim, a forma de abordagem será qualitativa.

Palavras-chave: Sucessão Necessária. Direito Civil. Reserva da Legítima. Direito Sucessório.

ABSTRACT

This article addresses the issues related to the subject of necessary succession, starting from its historical bases, in order to better understand its formation up to the current legislation. With this perspective, it initially examines Roman law and the process of emergence of necessary succession and reservation of legitimate inheritance and its historical and social foundations, followed by an analysis of the subject within Portuguese law, up to its introduction into Brazilian legislation and related effects of necessary succession in other points of the current legislation. In this way, it reflects on the institution in its current form and the legislative paths taken to arrive at the current formation. Regarding the methodology, in this work, the scientific methods used will be induction and deduction. Regarding the research, a bibliographic review and legislative survey will be used. And, finally, the approach will be qualitative.

Keywords: Necessary Succession. Civil Law. Reservation of Legitimate Inheritance. Inheritance Law.

Recibido: 12/08/2024 | Aceptado: 12/09/2024 | Publicación en línea: 28/06/2024.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Mestre em Família na Sociedade Contemporânea, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: andresandrade.adv@gmail.com

² Barachel em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: matheusbrazsadv@gmail.com

³ Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: jairo.ramoscoelho@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo aborda la cuestión relativa al tema de la sucesión necesaria a partir de sus bases históricas, para comprender mejor su conformación hasta la legislación vigente. Con esta perspectiva, se recorre inicialmente el derecho romano y el proceso de surgimiento de la necesaria sucesión y reserva de los legítimos y sus fundamentos históricos y sociales, seguido de un análisis del tema en el derecho portugués, hasta su introducción en la legislación brasileña y afines. efectos de la sucesión necesaria en otros puntos de la legislación vigente. De esta manera, se hace una reflexión sobre el instituto en su forma actual y los caminos legislativos seguidos para llegar a su configuración actual. En cuanto a la metodología, en este trabajo se utilizará la inducción y la deducción como métodos científicos. En lo que respecta a la investigación, se utilizará la revisión bibliográfica y el relevamiento legislativo. Y, finalmente, el enfoque será cualitativo.

Palabras clave: Sucesión Necesaria. Derecho Civil. Reserva Legítima. Ley de Sucesiones.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em sucessão necessária refere-se ao sistema sucessório em que o indivíduo não tem liberdade plena para dispor acerca da destinação de seus bens após a sua morte. Nele, destina-se uma cota do patrimônio do sujeito aos seus herdeiros necessários, caso existam, cota essa que não pode ser violada, havendo, inclusive, uma série de instrumentos para protegê-la.

O rol de quem seriam os herdeiros necessários é estabelecido na legislação e pode variar de acordo com o tempo e local onde se estude o instituto⁴, no presente trabalho realizaremos o estudo específico do tema a partir de sua aplicação em Portugal e no Brasil.

Prosseguindo no raciocínio, importante analisar brevemente o sentido e fundamento do instituto. Por óbvio, o mesmo possui diferentes facetas ao longo do tempo e espaço em que se realiza a análise, mas é possível afirmar de forma simplificada que o fundamento da reserva da legítima é a proteção do núcleo familiar, “garantindo, minimamente, uma proteção de patrimônio, a partir de uma indisponibilidade patrimonial relativa do titular respectivo”⁵. Ressalta-se que existem também diversos entendimentos no sentido da desnecessidade/não conveniência do instituto, os quais serão destrinchados em estudos posteriores.

A referida restrição à liberdade de testar tem, dentro do sistema jurídico, natureza de ordem pública, dado que sua justificação está para além do indivíduo, procurando manter certos

⁴ Sobre o tema aduz Uchoa Barreira que “A ordem de vocação hereditária não é a mesma, em tôdas as latitudes. Natural é que ela varie. E varia em função sobretudo das idéias com que cada povo encara a instituição da família. Essa é uma das razões por que divergem entre si os direitos sucessórios dos diferentes países. Não é, realmente, o mesmo, e nem podia ser, o direito das sucessões dos ingleses, dos russo, dos alemães, dos franceses e dos americanos.” in BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitaria do Ceara, 1967. p.126.

⁵ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61.

valores adotados pela sociedade, não podendo ser afastada por atos privados. Nesse sentido, aponta-se que há historicamente uma série de limitações no sentido de impossibilitar que se realizem restrições nos bens sob os quais recai a legítima.

Nesse sentido, importante se realizar uma retomada histórica, para que se possa efetivamente compreender a evolução do instituto, suas bases e sua motivação dentro das diversas sociedades. Para isso partir-se-á do Direito Romano, posteriormente indo ao Direito Português, para, por fim, estudar a questão sob a ótica do Direito pátrio.

No intuito de concretizar os objetivos do presente artigo, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica sobre o Direito de Família e Sucessório, em específico acerca da sucessão necessária, bem como outros ramos do Direito Civil, como o contratual, utilizando também de levantamento legislativo relativo aos temas mencionados.

A metodologia a ser adotada aproxima-se da vertente jurídico-dogmática, utilizando os elementos internos ao ordenamento jurídico. Dessa forma, o desenvolvimento do trabalho dar-se-á por uma análise doutrinária e legislativa, examinando as bases e eficiência dos institutos jurídicos envolvidos.

SUCESSÃO NECESSÁRIA NO DIREITO ROMANO

A Civilização Romana foi uma das mais longevas da história, indo da fundação da cidade de Roma em 753 a.C. até a queda do Império Romano Oriental com a conquista de Constantinopla em 1453 d.C., chegando a se estender por 6.500.000 Km² e abrigar 88 milhões de habitantes.

Refere-se, via de regra, ao Direito Romano enquanto um só, mas obviamente, muito pela sua longevidade, esse passou por diversas modificações⁶, sendo dividido, a título de estudo, em fases. A divisão em fases varia de autor para autor, não sendo, porém, relevante para o presente estudo se aprofundar nas divergências sobre o tema, assim, pode-se dividir, via de regra, em: Realeza (753 a.C. - 510 a.C.); República (510 a.C. - 27 a.C.); Alto Império (27 a.C. - 284 d.C.);

⁶ Nesse sentido, aduz-se que “as origens, a evolução e, finalmente, a reinterpretação e atualização do Direito Romano nas compilações justinianéias no século VI P.C. abrangem um multissecular espaço de tempo em que os institutos jurídicos surgiram, desenvolveram-se e sofreram modificações, algumas tão profundas que os tornaram quase irreconhecíveis ou simplesmente extinguiram-nos. Compreende-se, assim, que o Direito Romano não ofereça no seu conjunto uma unidade monolítica. [...] A diversidade do Direito Romano encontra fácil explicação em numerosos fatores que, através do tempo, influíram direta ou indiretamente na estrutura dos institutos jurídicos. Essa vasta gama de fatores inclui desde os acontecimentos políticos, econômicos, sociais, religiosos que assinalaram as diferentes fases da História de Roma até a intensa atuação dos juriconsultos das mais diferentes épocas, o profícuo trabalho dos pretores e as normas jurídicas emanadas de fontes tão diversas como os Comícios, o Senado e o Imperador.” In GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 2.

Baixo Império (284 d.C. - 565 d.C.); e Bizantino (565 d.C. - 1453 d.C.)⁷.

Chega a parecer desnecessário comentar a relevância de estudar o Direito Romano. Além do seu extenso período de vigência, ele serviu de base e influenciou praticamente todo o direito ocidental⁸, chegando inclusive a vigor diretamente algumas matérias em Portugal⁹, apenas a título de exemplo.

Grande porção do Direito Civil Brasileiro teve como base institutos do Direito Romano, tanto o foi que “dos 1.807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes na cultura romana”¹⁰. Dessa forma, como já mencionado, é de extrema importância que se revise a origem e sentido dos institutos para que se possa bem compreendê-los na atualidade.

Vale notar que, agora mais especificamente em relação ao objeto desta dissertação, “o direito das sucessões, tal como está descrito no Code civil, foi em larga medida inspirado no direito romano, sobretudo no direito do Baixo Império e da época de Justiniano”¹¹

Antes de ingressar na questão da sucessão necessária propriamente dita, se faz necessário trazer alguns conceitos do Direito Romano, para que possibilite compreender de forma integral a matéria.

Inicia-se com um conceito básico, que figura, porém, deveras importante para a compreensão da estrutura do Direito Romano, o de *pater familias*. *Pater familias* era o chefe da família romana, tendo total, completo e duradouro poder sobre aqueles que vivessem sob o seu pátrio poder, que estavam sujeitados a ele enquanto o mesmo vivesse¹²¹³. Esse é, invariavelmente,

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.9.

⁸ Sobre o tema aduz Rolim: “A recepção do Direito Romano por outros países significa, pois, que ele passou a servir como alicerce, como base, como uma “bíblia jurídica” [...] Mesmo com a publicação de “códigos civis” nos diversos países não diminui a importância do Direito Romano, mas, muito pelo contrário, consagrou-o.” In ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

⁹ O direito romano teve sempre grande influência no território português, com a publicação das Ordenações Afonsinas foi determinado que “as leis e o direito tradicional (os costumes) deveriam ser supridos por outras fontes do direito, tais como os “santos cânones, a Magna Glosa, de Accursio, e a opinião de Bartolo”, ou seja, o Direito Romano interpretado pelos juristas pertencentes às Escolas dos Glosadores e dos Pós-Glosadores passou a ser oficialmente reconhecido como um direito subsidiário ao direito português. As orientações contidas no Digesto persistiram, também, nas outras ordenações do reino” In ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 125.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

¹¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 674.

¹² MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 155.

¹³ Avançando no estudo do tema, percebe-se que “A princípio, os poderes do pater familias enfeixados na patria potestas são absolutos: o pater familias pode ser comparado a um déspota. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da patria potestas se vão abrandando, até que, no direito justinianeu – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático –, a patria potestas se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo), embora conserve – o que a afasta deste – duas características antigas: a) a vitaliciedade (mesmo no período justinianeu não se conhece, no direito romano, o instituto da maioridade: enquanto vivo o pater familias, estão sujeitos à patria potestas seus filii familias);

o ascendente masculino mais remoto, sob o qual repousa o *patria potestas* e a capacidade jurídica plena.

Avançando para a questão do parentesco, pode-se distinguir duas espécies, o *agnaticio* e o *cognaticio*. “O parentesco *agnaticio* é o que se transmite apenas pelos homens; o *cognaticio* é o que se propaga pelo sangue, e, em consequência, tanto por via masculina quanto por via feminina”¹⁴.

Outro conceito de fundamental relevância é o de *sui heredes*. Os *sui heredes* “eram as pessoas que estariam sob o pátrio poder ou a *manus* do *de cuius*, se este ainda estivesse vivo”¹⁵. Considerava-se que herdavam algo que já lhes pertencia, pois já se encontravam teoricamente na posse dos bens em vida, figurando, assim, como uma espécie de “coproprietários” dos bens do *pater familias*, de maneira a herdar definitivamente esses após sua morte.¹⁷

Os *naturali liberi* eram os filhos nascidos do concubinato, os quais a partir da *legitimatio* adquiriam a condição de filhos legítimos¹⁸. Tal instituto só foi admitido no Direito pós-clássico “quando, em virtude da influência do cristianismo, é combatido o concubinato, surgindo a concepção de que é indigna a condição dos *naturales liberi*.”¹⁹.

Ingressando agora no estudo mais específico do tema, cumpre analisar a questão da liberdade de testar em Roma. Inicialmente, vigia no Direito Romano a noção de uma total liberdade de testar, “nos tempos históricos, na legislação decenviral, o princípio básico do direito sucessório foi o da liberdade absoluta do testador em escolher seu sucessor ou sucessores”²⁰.

e b) a titularidade, não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 663.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 144.

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 796.

¹⁶ Continua Moreira Alves trazendo que “Assim, eram heredes sui – e essa posição se apurava no momento em que se abria a sucessão ab intestato – os filhos vivos, inclusive se adotivos, e não emancipados, do de cuius, seus netos (se o pai deles, que era filho do de cuius, estivesse morto ou tivesse sofrido *capitis deminutio maxima*, *media* ou *minima*); 12 seus bisnetos (se o mesmo tivesse ocorrido com o avô e o pai deles); sua mulher *in manu*; as mulheres *in manu* de seus filhos – e, se fosse o caso, de seus netos – mortos; e o póstumo, isto é, o filho que, ao falecer o de cuius, está no ventre da esposa deste, desde que nasça vivo posteriormente (aplica-se, nesse caso, o brocardo *postumus suus conceptus pro iam nato habetur* – o póstumo suus concebido já se tem por nascido). Não era, portanto, o parentesco cognaticio que dava a posição de heres suus (tanto que o filho emancipado não era heres suus do *pater familias*), mas sim o agnaticio. Entre os heredes sui se admitia a *successio in locum*; quando esta não ocorria, eles sucediam *per capita*. Por outro lado – e além de a Lei das XII Tábuas não fazer distinção, para que fossem heredes sui, entre o homem e a mulher –, os heredes sui adquiriam a herança automaticamente, sem que fosse necessária, portanto, a aceitação; e não podiam renunciá-la, ainda que o quisessem. Na falta de heredes sui, é chamado à sucessão ab intestato o *adgnatus proximus* (ou, se for o caso, os *adgnati proximi*), isto é, o parente agnado do de cuius em grau mais próximo, o que se apura, não no momento da morte do de cuius, mas quando se sabe, com certeza, que este morreu *intestatus*.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 796 – 797.

¹⁷ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira *op. cit.*, p. 661.

¹⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁰ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 189.

Dessa forma, o *pater familias* podia dispor de todos os seus bens como melhor entendesse, sem qualquer limitação legal.²¹

Com o decorrer do tempo, porém, surgiram algumas limitações ao referido direito. Essas limitações podem ser divididas em duas espécies, as quais são estudadas conjuntamente por motivos didáticos, “porquanto, em verdade, elas apresentam características diferentes, surgiram em épocas diversas, e evoluíram independentemente uma da outra.”²². São elas a sucessão necessária formal e a sucessão necessária material.

A sucessão necessária formal figura, como o nome já indica, como restrição relativa ao aspecto formal do testamento. Nesse sentido, Moreira Alves a conceitua como a “denominação que os pandectistas alemães deram ao instituto pelo qual certos herdeiros legítimos têm o direito de ser referidos no testamento, ou para serem instituídos herdeiros testamentários, ou para serem deserdados”²³.

No Direito Quiritário, a sucessão necessária formal valia apenas para os *sui heredes*, decorrendo da seguinte regra: “*sui heredes instituendi sunt uel exheredandi* (os *sui heredes* devem ser instituídos ou deserdados)”²⁴.

Dessa forma, os *sui heredes* deveriam ser constituídos herdeiros ou deserdados em testamentos, devendo tal deserdação ser nominal, abarcar toda a herança e seguir os sacramentos. Assim, poderia então o *pater familias* instituir como herdeiro um estranho.²⁵

As consequências da falta de menção ou deserdação de um *sui*, no entanto, variavam de acordo com quem fosse. Tratando-se de filho não mencionado no testamento, esse era reportado nulo, abrindo-se, portanto, sucessão *ab intestato*. No caso de outros *sui*, como netos ou filhas, o testamento era válido, recebendo, porém, os preteridos sua parte, que consistia em uma quota igual a dos outros herdeiros, no caso de serem *sui*, ou metade da herança, no caso de serem estranhos à família.²⁶

Ainda falando sobre as consequências da não observância dos preceitos da sucessão necessária formal, aduz-se que no caso dos *postumus*, ou seja, aqueles que adquiriam a qualidade de *sui* após a feitura do testamento, reputa-se o testamento como inválido. Observa-se que os *postumus* inicialmente não eram abarcados pelo referido instituto, sendo incluídos com o tempo,

²¹ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 281.

²² ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 809.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 810.

²⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁶ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

a partir da redação de novas leis e atuação dos juriconsultos²⁷²⁸.

No Direito Pretoriano foi incluída a possibilidade de estender a aplicação da sucessão necessária formal aos *liberi*²⁹, através da *bonorum possessio contra tabulas*, através da qual “não se anulava o testamento [...], mas apenas se paralisavam as cláusulas que eram prejudiciais ao *liberi* omitido ou deserddado irregularmente”³⁰.

A sucessão necessária material, por outro lado, se apresenta enquanto uma restrição à matéria disposta no testamento. Essa surgiu no final da República, e no início era o principado, dentro do Tribunal Especial dos *Centumviri* (cem membros), a quem competia julgar questões hereditárias³¹.

A *querela inofficiosi testamenti* incluiu a possibilidade de se questionar a deserdação injusta feita por testamento. Acerca de suas bases, bem esclarece Marky:

A idéia básica, copiada, talvez, de costume prevalente na Grécia, era a de que o testamento em que se nomeavam estranhos como herdeiros, em detrimento de familiares mais próximos, ofendia o *officium pietatis*, esse liame moral que liga entre si tais parentes. Daí o testamento ser considerado *inofficiosum*, pois a última vontade do testador seria evidentemente motivada por ódio injustificável, que o tornava equiparável ao louco (*color insniae*), cujo ato é, como sabemos, nulo do ponto de vista jurídico.³²

Podiam utilizar desse instrumento os ascendentes e descendentes que, se não houvesse testamento, seriam chamados à sucessão. Da mesma forma, a partir de uma constituição imperial de Constantino, os irmãos e irmãs consanguíneos, ou seja, nascidos do mesmo pai, poderiam invocar a *querela inofficiosi testamenti*, no caso do herdeiro instituído ser *persona turpis*^{33.34}.

A *querela inofficiosi testamenti* era utilizada apenas quando o testador não deixava em seu testamento aos parentes acima referidos cota parte da herança que lhes caberia caso a sucessão

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 811.

²⁸ Sobre o tema prossegue Moreira Alves: “Essas diferentes categorias surgiram gradativamente: em primeiro lugar, admitiu-se a instituição ou a deserdação dos postumi sui ou legitimi; em seguida, graças a expediente imaginado pelo juriconsulto Aquílio Gallo, o mesmo ocorreu com os postumi Aquilliani; depois, e isso em virtude da Lei Iunia Vellaea (de, possivelmente, 26 d.C.), estendeu-se aos postumi Vellaeiani primi (primi, porque referidos no primeiro capítulo dessa Lei) e aos postumi Vellaeiani secundi (secundi, porque aludidos no segundo capítulo dela); posteriormente, igual tratamento se deu, por atuação do jurista Sálvio Juliano, aos postumi Iuliani; e, enfim, provavelmente graças à jurisprudência, da mesma forma foram tratados os quasi postumi.” In ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 811.

²⁹ MARKY, Thomas. *op. cit.*, p. 190.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 813;

³¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 190.

³² *Ibid.*, *loc. cit.*

³³ Conceituando *persona turpis*, aduz Alves: “A turpitude nada mais é do que a má reputação de uma pessoa, em virtude da prática de ações menos dignas que, embora não lhe acarretassem a infâmia, traziam sobre ela o desprezo por parte da sociedade. Os autores modernos denominam à turpitude infâmia facti (infâmia de fato), para contrapô-la à infâmia (que seria infâmia iuris, infâmia de direito).” in ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 155.

³⁴ *Ibid.*, p. 815.

fosse *ab intestato*. A referida quota correspondia a 1/4 dos bens calculados sobre o patrimônio líquido do testador no momento de sua morte.³⁵

Ressalta-se que a referida quota era devida apenas se fosse provado pelo herdeiro legítimo que o testador não tinha motivos para deserdá-lo, ou que os motivos eventualmente expostos no testamento eram inverídicos.³⁶

Convém agora realizar um salto histórico para o estudo de como a sucessão necessária evoluiu em Portugal, tomando como principal base as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até a publicação do Código Civil de 1916.

ORDENAÇÕES FILIPINAS E O REGRAMENTO DA SUCESSÃO NECESSÁRIA

As Ordenações Filipinas foram um conjunto de normas compiladas pela Coroa Espanhola, que no momento também era a Coroa Portuguesa, durante o período da União Ibérica. Foi a última de uma série de três instrumentos normativos desse tipo a ser publicada, tendo sido precedida pelas Ordenações Manuelinas e Afonsinas.

Interessante apontar que “as Ordenações Afonsina, Manuelina e Filipina, tomadas em globo, representam em ultima analyse o esforço pacifico, ao mesmo tempo theorico e pratico, da nação portuguesa para a consolidação da sua independência politica”³⁷.

As ordenações surgiram no contexto de estruturação do Estado Português havendo “nelas influências dos povos primitivos da Península Ibérica, como os lusitanos, do direito romano [...], do direito visigótico, em 652 d.C. e, posteriormente, de um retorno ao direito romano, em 1360”³⁸.

De autoria de Dom Filipe I, as Ordenações Filipinas foram publicadas em 11 de Janeiro de 1603, já sob o reinado de Filipe II, sendo notável a sua longevidade, tendo vigido em Portugal até 1867 e no Brasil até 1917 com a publicação do Código Civil³⁹. Sobre a vigência de uma legislação Portuguesa no Brasil após a independência, se esclarece que essa se deu a partir da publicação da Lei de 20 de outubro de 1823, a qual manteve as Ordenações Filipinas e toda legislação portuguesa anterior a 25 de abril de 1821 em vigor no Brasil⁴⁰.

³⁵ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶ *Ibid.*, loc. cit.

³⁷ MARTINS JUNIOR, Jose Isidoro. *Historia do direito nacional*. Rio de Janeiro : Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895. p. 102.

³⁸ VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 set. 2022.

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado - V. I.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 83-84.

⁴⁰ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*.

O referido instrumento previa que o indivíduo tinha direito de dispor livremente da terça parte de seu patrimônio, seguindo o disposto inicialmente nas Ordenações Afonsinas⁴¹ e copiado nas Ordenações Manuelinas.

Determinava-se, dessa forma, que 2/3 do patrimônio figurassem como reserva da legítima, considerando-se, inclusive, a cota legítima tacitamente testada, conforme se infere pela passagem do Título LXXXII do Livro IV:

Porquanto, pois tomou (o pai) a terça de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quiz deixar aos filhos, e os instituiu nellas, posto que dellas não faça expressa menção, e assim devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento.⁴²

Da mesma maneira quanto ao observado na legislação atual, havia proteções específicas relativas à sucessão necessária, a exemplo da questão da doação inoficiosa, *in verbis*: “ficando por sua morte herdeiro legítimo, descendente ou ascendente, poderá esse herdeiro revogar a doação, até haver cumpridamente sua necessaria legitima, e o mais que sobrejar da doação, havel-o-ha esse donatario”⁴³.

Interessante perceber acerca das influências no Direito Português que a terça parte disponível figura “como reminiscência da tradição muçulmana no Direito Português”⁴⁴ a qual pode ser “inferida justamente da continuidade desta regra mesmo após a reconquista do território ibérico”⁴⁵.

No que tange ao rol dos herdeiros necessários, desprende-se que estavam incluídos os ascendentes e descendentes⁴⁶. Nota-se de logo a falta de previsão dos cônjuges, o que foi, apesar

2012. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 24.

⁴¹ Tal previsão pode ser encontrada no Livro IV, título 97 do referido diploma, *in verbis*: “Segundo costume destes Regnos o Padre ou Madre podem tomar a terça de seus bens, e a distribuir e fazer em ella seu herdeiro quem por bem tiverem; e as duas partes som dos filhos por bem do dito costume, dado que os filhos sejam muitos, quer poucos. E porque aquece por vezes que elles fazem testamento da terça... nom fazendo mençom em seu testamento dos filhos, os ques per Direito Cômun devem ser instituidos ou exherdados e nom sendo fica o testamento nenhum... o que é contra o costume susodito, e tal conselho dam letrados e procuradores, e fazem sobre ello grandes despesas; porem nos pedem que, seja nossa mercede mandarmos em tal caso fazer ordenação per nom fazerem laaes despesas daqui em diante.” In: Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 06/10/2022.

⁴² ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quarto Livro*. 14ed. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 912.

⁴³ *Ibid.*, p. 869

⁴⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. *Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69802>>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁴⁵ *Ibid. loc. cit.*

⁴⁶ BASTOS, José Tavares. *O testamento feito pelo próprio testador*. Rio de Janeiro: Garnier Irmãos, 1911. p. 8.

de diversas críticas, mantido pelo Código Civil de 1916, como será detalhado no tópico a seguir.

DISPOSIÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A criação do primeiro Código Civil Brasileiro passou por um longo processo marcado por diversas tentativas até a aprovação do texto definitivo, como pode ser observado pela longevidade das Ordenações Filipinas no Direito pátrio. Acerca da necessidade de um Código Civil Brasileiro esclareceu Beviláqua:

Si ha necessidade claramente accusada pela consciencia juridica entre nós, é, creio eu, a da codificação das leis civis. Testemunhos irrecusaveis desse estado de espirito se nos deparam nos livros de doutrina que assignalam, deplorando, a dissonancia entre o instrumento legislativo de que se servem e a expansão scientifica que os deslumbra; na Jurisprudencia, que se esforça por adaptar vetustos preceitos, creados para uma organização social differente, a novas fórmas de relações juridicas; nas insistent tentativas, por parte dos poderes publicos, de compendiar, num todo systematico, a legislação civil, tão vasta e tão complexa; na aprovação geral com que têm os competentes secundado esses esforços, infelizmente até hoje infructiferos.⁴⁷

Dentre as referidas tentativas de criação de um Código, se notabiliza o anteprojeto de Teixeira de Freitas pela qualidade e grandiosidade da obra, que continha 4.608 artigos, tendo servido, inclusive, de base para a criação do Código Civil Argentino⁴⁸. Foram também realizadas outras empreitadas lideradas por Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues⁴⁹.

Apesar disso, foi apenas em 1899, quando se designou o professor cearense de Direito Civil Comparado Clóvis Beviláqua, que, apesar de diversas críticas, em especial a realizada por Ruy Barbosa e uma difícil tramitação, o projeto conseguiu ser aprovado⁵⁰. Acabou por ser promulgado em 01/01/1916, começando a sua vigência em 01/01/1917, como a Lei 3.071/1916, que teve a redação alterada pela Lei 3.725/17, culminando para finalmente terminar a aplicação das Ordenações Filipinas que vigiam desde o período em que o Brasil era uma Colônia⁵¹.

Apesar da reserva da legítima estar prevista no Direito Português e no Direito Brasileiro desde a sua existência, observa-se que diante de acirrado debate foi votada proposta no sentido do fim da reserva da legítima⁵². Como bem observa Nonato: “a liberdade de testar teve, na

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projecto de Codigo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 13-14.

⁴⁸ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 46.

⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit..

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 99.

⁵¹ *Ibid.*, p. 100.

⁵² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado - VI*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.

elaboração do nosso Código, momentaneamente triunfo no Senado, logrando prevalência as emendas ns. 1.532 e 1.675”⁵³

Prosseguindo, porém, as propostas de emenda para votação na Câmara dos Deputados, “foi repelida a desastrosa inovação, apesar do apoio que lhe deram alguns distintos representantes do povo (45 contra 76. Veja-se o Diário do Congresso, de 21 de Julho de 1915).”⁵⁴

Dessa forma, a reserva da legítima acabou sendo mantida no diploma legislativo, estando prevista em seu artigo 1.576, *in verbis*: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”⁵⁵.

Registra-se que, no referente à mudança da reserva de 2/3 para a metade do patrimônio do *de cujus* a título de sucessão necessária, o Código seguiu o quanto disposto na Lei Feliciano Pena (Decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907). Como anteriormente citado, a referida legislação realizou significativa alteração nas normas vigentes à época no que tange ao Direito Sucessório, determinando em seu artigo 2º que “o testador que tiver descendente ou ascendente sucesível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.”⁵⁶.

Houve grande controvérsia relativa à questão de quem seriam os herdeiros necessários, mais especificamente em relação à inclusão ou não dos cônjuges no rol desses. Clóvis Beviláqua foi um dos grandes defensores da inclusão dos cônjuges enquanto herdeiros necessários, sendo ele um entusiasta da ampliação dos direitos sucessórios dos cônjuges. Nas palavras do próprio:

Entre marido e mulher não existe parentesco, que sirva de base a um direito hereditário recíproco. Um elo mais forte, porém, os une em sociedade tão íntima, pela comunhão de afetos, de interesses, de esforços, de pre-ocupações, em vista da prole engendrada por ambos, que se não pode recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório, somente equiparável ao dos filhos e ao dos pais. Ou se tenha em atenção, para determinar o direito hereditário *ab intestato*, o amor presumido do *de cujus* ou a solidariedade da família, a situação do cônjuge supérstite apresenta-se sob aspecto dos mais vantajosos. [...] e ainda, que a equidade seria gravemente golpeada em muitas circunstâncias, se o cônjuge fôsse preterido por um parente longínquo; os legisladores modernos tem buscado reagir contra o sistema ilógico e injusto da exclusão total ou quase total do cônjuge sobrevivente em face da herança do cônjuge pre-morto⁵⁷.

208.

⁵³ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária: vol II*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. pg. 365.

⁵⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Edição Histórica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 751.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁵⁶ BRASIL. Decreto nº 1.839, de dez. de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

⁵⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 143-144.

Os cônjuges foram, inclusive, colocados no anteprojeto do CC/16 enquanto herdeiros necessários⁵⁸. As ideias do referido doutrinador, porém, não encontraram consonância com o legislador, que acabou por excluir os cônjuges da categoria, vencendo o entendimento de que “o cônjuge e os colaterais não têm direito à legítima. Podem ser excluídos da sucessão até mesmo tacitamente, o que se dá em disposto um indivíduo de toda a sua fortuna por meio de um ato *causa mortis*”⁵⁹.

Com o tempo, muitos avanços foram realizados em relação à sucessão dos cônjuges supérstites, mas foi apenas com o Código Civil de 2002 que esses alcançaram a categoria de herdeiros necessários⁶⁰.

REGRAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em 1967 foi designada comissão de juristas para a elaboração de um novo Código Civil, liderada por Miguel Reale, tendo como diretriz a ideia de tentar preservar tanto quanto possível, “a estrutura e as disposições do Código de 1916, mas reformulando-o, no âmbito especial, com base nos valores éticos e sociais revelados pela experiência legislativa e jurisprudência”⁶¹.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o projeto teve que sofrer uma série de adequações, tendo sido aprovado e publicado apenas em 11 de janeiro de 2002, começando a vigor no mesmo dia e mês do ano de 2003.

O Direito das Sucessões foi tratado no Livro V do CC/02, que compreende do artigo 1.784 ao 2.027, sendo a questão da sucessão necessária prevista, dentre outros⁶², no artigo 1.789, que

⁵⁸ BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceara, 1967. p. 135.

⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões: volume III*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 33.

⁶⁰ A exemplo do entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “Ousamos divergir, data máxima vênica. Com efeito, entendemos que a base axiológica de um casamento há de ser afetiva e, por conseguinte, existencial. Os seus efeitos patrimoniais devem ser circunstanciais e eventuais. Não se pode conceber o casamento como instituição de necessária produção de efeitos patrimoniais, como se as pessoas casassem por perseguições econômicas. [...] Nada contra proteger o cônjuge (e o companheiro) quando há uma vontade do titular do patrimônio nesse sentido. O que não nos parece razoável é impor a alguém que pretende transmitir o seu patrimônio, adquirido por esforço único, para os seus filhos, unicamente, a imperativa divisão sucessória com o cônjuge - que, insista-se à exaustão, pode não ser o ascendente ou descendente dessa prole. Viola-se, a mais não poder, a autonomia privada, ferindo de morte a própria liberdade que serve como esteio do estado constitucional de direito.” In FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 301-302.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35.

⁶² A exemplo do artigo 1.846 e do § 1º do artigo 1.857, respectivamente com redação “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” e “A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

diz “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”⁶³.⁶⁴

No que tange à previsão da reserva da legítima propriamente dita, não trouxe alteração o novo instrumento legislativo, copiando *ipsis litteris* a redação do artigo 1.576⁶⁵ do Código de Clóvis Beviláqua. Por outro lado, pode-se dizer que houve uma mudança em relação ao rol dos herdeiros necessários.

Diferentemente do antigo diploma, o Código de 2002 incluiu o cônjuge no grupo dos herdeiros necessários, atendendo a antiga crítica e seguindo o posicionamento trazido por Beviláqua no anteprojeto do CC/16. Importante notar que “Críticas eram feitas a esse sistema, desde a primeira codificação brasileira, sob o argumento de que o direito do cônjuge não estaria suficientemente preservado, impondo-se uma reforma que melhor contemplasse a sua situação e aperfeiçoasse a sua tutela.”⁶⁶.

Com redação mais sintética, o artigo 1.845 traz que “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”⁶⁷.

Superada a questão do cônjuge enquanto herdeiro necessário, discutiu-se por muito tempo sobre a diferenciação que foi trazida em matéria sucessória entre o companheiro e o cônjuge. A caracterização do companheiro enquanto herdeiro necessário divide opiniões, entendendo parte da doutrina, a exemplo de Nader, que os “companheiros, não catalogados na ordem da vocação hereditária (art. 1.829), mas considerados à parte (art. 1.790), não integram a categoria de

⁶³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁶⁴ Oportuno destacar relevante comentário de Osni de Souza sobre o artigo 1.789 do Código Civil de 2002, “Contrariamente à solução adotada pelo CC/2002, argumentam alguns doutrinadores que o direito de testar é uma simples aplicação do direito de livre disposição, atribuído ao proprietário, sendo um consectário lógico do exercício da propriedade; a restrição ao direito de testar fere a liberdade individual, suprime a autoridade paterna, inibe a iniciativa individual, gerando o vício e a ociosidade. Preferiu, entretanto, o legislador, seguir o caminho oposto, também trilhado pelas legislações modernas, como o CC português de 1966 (arts.2.156 a 2.161), que assegura aos herdeiros necessários participação na herança e justifica o cerceamento da liberdade do testador como forma de proteção da família, evitando o sacrifício daqueles que estão vinculados ao de cujus por laços de parentesco em benefício de terceiros que não contribuíram para a formação do patrimônio. Adotou o Código um sistema de limitada liberdade de testar, pois, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima, que deverá ser calculada, na forma do art. 1.847, “sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação”. A liberdade de testar, portanto, só será plena quando o testador não tiver descendente, ascendente ou cônjuge, hipótese em que poderá livremente dispor de todos os seus bens por testamento, afastando de sua sucessão os colaterais” in MACHADO, Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coor.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. São Paulo: Malone, 2017. p. 1565.

⁶⁵ “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” In BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

herdeiros necessários, embora possam concorrer com descendentes, ascendentes e colaterais”⁶⁸⁶⁹.

Em sentido diverso, tem-se “que se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve *ser* compreendido como tal, por força da proteção constitucional dedicada à união estável (CF, art. 226, § 3º).”⁷⁰ Na mesma linha entende Paulo Lobo que “com o advento do Código Civil de 2002, passaram a ser considerados herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro sobrevivente”⁷¹⁷².

O assunto, porém, parece ter se pacificado com o julgamento dos Recursos Especiais de nºs 878.694⁷³ e 646.721⁷⁴, ambos com repercussão geral conhecida. O primeiro dos casos trata de uniões heteroafetivas e o segundo de uniões homoafetivas, tendo ambos soluções semelhantes, sendo aprovada após o julgamento a seguinte tese em sede de repercussão geral: “No sistema

⁶⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 4.ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 176.

⁶⁹ Continua dizendo que “dúvida não pode haver que não constituem herdeiros necessários, tanto que não foram relacionados no elenco do art. 1.845, o qual, como já afirmamos, é *numerus clausus*. Além disto, na ordem sucessória, estipulada pelo art. 1.790, os companheiros foram situados em último lugar, após, inclusive, os colaterais, como Gavião de Almeida observa” in NADER, Paulo. *op. cit.*, p. 176.

⁷⁰ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 58.

⁷¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

⁷² Na mesma linha de raciocínio prossegue: “O Código Civil não se refere ao companheiro em união estável, entre os que estão obrigados à colação. Todavia, o princípio da igualdade impõe tratamento idêntico ao do cônjuge. O companheiro é herdeiro necessário, tanto sob o ponto de vista da constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, quanto sob o de sua inconstitucionalidade, como sustentamos. Herdeiro por sucessão concorrente, quer pela aplicação do art. 1.790, quer pela aplicação analógica do art. 1.829, em seu lugar, é espécie do gênero herdeiro necessário. Sendo assim, qualquer doação que o outro companheiro lhe faça é adiantamento da legítima e, conseqüentemente, dever de colação.” in LOBO, Paulo. *op. cit.*, p. 89.

⁷³ Julgado com a seguinte ementa: “Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002.’” (RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

⁷⁴ Segue a ementa do julgamento: UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil. (STF - RG RE: 646721 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/11/2011, Data de Publicação: DJe-232 07-12-2011)

constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”.

Inovou também o CC/02, como já mencionado, no retorno à impossibilidade de se estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, fazendo-se ressalva apenas nos casos em que houver justa causa.

DESDOBRAMENTOS DA SUCESSÃO NECESSÁRIA

A reserva da cota legítima não figura como mandamento legal puro e simples, representa, em bem verdade, um complexo de normas que visa, *in praxis*, a sua proteção. Muitas são as ferramentas que o legislador estabeleceu para evitar a burla da legítima, buscando barrar a fértil imaginação humana quando se trata de encontrar meios para delinquir e violar normas legais.

Conforme bem esclarece Orlando Gomes, não se protege a legítima apenas em relação às liberalidades testamentárias excessivas “mas, igualmente, contra as liberalidades excedentes que se efetuam por negócio *inter vivos*, a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mixtum cum donatione*”⁷⁵.

Apesar da observação de Orlando Gomes, quando se pensa nas restrições estabelecidas pela reserva da legítima, a mais óbvia é a limitação à capacidade de testar. Nos artigos 1.996⁷⁶, 1.997⁷⁷ e 1.998⁷⁸, previu o Código Civil a redução da herança nos casos em que o testador invadir

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. Por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 81.

⁷⁶ “Art. 1.966. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁷⁷ “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.” In BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁷⁸ “Art. 1.968. Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente. § 1º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio. § 2º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor” in BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

a cota indisponível.

Estabelece a norma civil, em síntese, que dispondo o *de cuius* em testamento de parcela igual ou inferior a sua parte disponível, ficarão os herdeiros necessários com o remanescente do patrimônio. No caso de dispor de mais do que a sua cota disponível, as disposições que a essa excederem serão reduzidas ao limite estabelecido pela lei.

Prosseguindo, deve-se tratar da questão da doação inoficiosa, a qual pode ser conceituada como “aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários”⁷⁹. A referida limitação à liberdade de doar remonta ao Direito Romano e foi prevista no artigo 549 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “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.”⁸⁰.

Ressalta-se que para ocorrer a caracterização da doação inoficiosa é preciso que se atenda a dois requisitos, quais sejam: que o doador extrapole o limite disponível e, por óbvio, que existam herdeiros necessários.

Questão de grande relevância é se a doação inoficiosa seria passível de nulidade ou anulabilidade. Antes da vigência do CC/02, havia entendimento sólido nos tribunais superiores no sentido de que seria anulável dentro do prazo prescricional de 20 anos⁸¹.

Ocorre que, a partir do referido diploma, foi previsto no artigo 549 de forma clara que a doação inoficiosa é “nula” e não anulável⁸². Dessa forma, acompanha-se o pensamento de Stolze no sentido de que deve prevalecer o entendimento de que o negócio é nulo⁸³.

Já o artigo 544 do Código Civil trata da doação de ascendente para descendente e entre

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 45-46

⁸² Ao tratar sobre o tema, aduzem Pamplona e Stolze que “um ponto digno de elogio no novo diploma é exatamente este: cuidar de traçar uma diagnose linguística diferencial mais nítida entre os institutos jurídicos da nulidade e da anulabilidade. Note-se, portanto, que quando o legislador quis mencionar a hipótese de anulabilidade tratou de ser *explícito*, como é o caso, por exemplo, das regras dos arts. 117, 496, 533, 1.550, 1.558 e 2.027” In GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: tomo II: contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 171.

⁸³ Sobre o tema, o referido autor discorre: “Em nosso sentir, há de prevalecer a segunda linha de pensamento, por se harmonizar não apenas com o sistema em vigor, que /resguarda a legítima por meio de normas de ordem pública, mas também com a própria terminologia empregada no art. 549 do Código Civil. Ademais, a se fixar a tese da anulabilidade, o que resultaria na inafastável conclusão de o prazo decadencial ser, a teor do art. 179, de dois anos, estar-se-ia consagrando, em verdade, um lapso de tempo por demais exíguo, não só se comparando ao anterior (de vinte anos), mas, principalmente, se se considerar que, em se tratando de uma impugnação manejada no seio das relações familiares, mais justo seria reconhecer um prazo maior para que o herdeiro prejudicado, esgotadas todas as vias de composição amigável do litígio, pudesse ingressar em litígio.” in GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 49.

cônjuges, *in verbis*: “A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”⁸⁴. O referido artigo figura igualmente como importante instrumento de proteção da legítima, de maneira a não tornar desiguais as cotas dos herdeiros necessários.

Ressalta-se que, no caso da doação de ascendente para descendente e entre cônjuges, é possível que seja feita expressa menção no instrumento que essa sairá da metade disponível do patrimônio do doador. Assim, a doação não estaria sujeita a colação, não sendo configurado o adiantamento da legítima.

Por fim, têm-se a questão da venda de ascendente para descendente. A matéria foi tratada no artigo 494 do CC/02: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”⁸⁵. A ideia é evitar que se realizem doações mascaradas de compra e venda.

Os descendentes, portanto, têm uma restrição legal, lhes sendo vedada a realização desse negócio sem a aquiescência dos demais descendentes e do cônjuge, assim, “estariam, pois, nesse contexto, impedidos de celebrar este negócio, ainda que fossem perfeitamente capazes, se os demais descendentes não houvessem expressado a sua aquiescência”⁸⁶. Ressalva se faz em relação ao previsto no parágrafo único, no sentido da desnecessidade da autorização do cônjuge nos casos em que esses sejam casados pelo regime de separação obrigatória de bens.

CONCLUSÃO

A sucessão necessária é resultado de uma construção histórica, a partir de fundamentos que variaram de acordo com o tempo, havendo uma eventual repetição do instituto com o tempo, conforme foi analisado no curso deste artigo. Para além das bases romanas do Direito Sucessório, o Código Civil de 1916, seguindo a lógica da legislação lusitana, já trazia expressamente a impossibilidade de o testador dispor de mais da metade da sua herança, sendo essa a redação do art. 1.576 do *códex* supramencionado. Mantendo exatamente a redação, o CC/02 estipula que o testador somente poderá dispor de metade do seu patrimônio quando houver herdeiros necessários, evidenciando que a sucessão tratada neste artigo é amplamente defendida na

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 72.

legislação brasileira.

Nota-se que a importância da sucessão necessária é tanta que o próprio Código Civil atual define que, caso o testador venha a dispor de mais do que a sua cota disponível, as disposições que a essa excederem serão reduzidas ao limite estabelecido pela lei, pois é preocupação maior garantir a cota que cabe aos herdeiros necessários.

Conclui-se que, da proteção dada à legítima pela legislação brasileira, não se limita apenas as liberalidades testamentárias, mas também outros atos jurídicos que podem vir a ferir a porção do patrimônio destinada aos herdeiros necessários, por exemplo: a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mixtum cum donatione*.

Nesse sentido, relevante que se faça uma retomada acerca das bases do instituto, de forma a ser possível melhor compreendê-lo e suas conformações ao longo do tempo, até chegar na legislação atual, chegando assim a um efetivo entendimento do instituto e lógica que o permeia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Quarto Livro*. 14ed. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direitos Romanos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceara, 1967.

BASTOS, José Tavares. *O testamento feito pelo próprio testador*. Rio de Janeiro: Garnier Irmãos, 1911.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

_____. *Direito das Sucessões*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

_____. *Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de dez. de 1907. *Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

_____. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.378.454-RJ. Agravante: S B S. Agravado: S. Relator: Min. Antonio Carlos Pereira. Brasília, 30 nov. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201802631784&dt_publicacao=06/12/2018>. Acesso em: 5 mar. 2023

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.026.288 - SP. Recorrente: Luiza Olegario Fonseca Lima. Recorridos: Paola Mara Cepollina; Rogerio Penteado Proenca; Antonio Franco Cepollina; Marcia Cristina Cotrim Cepollina; Carla Cepollina. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2288242&num_registro=202201312367&data=20230420&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2023

CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1951

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. Por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. *Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69802>. Acesso em: 12 set. 2022.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS JUNIOR, Jose Isidoro. *Historia do direito nacional*. Rio de Janeiro : Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões: volume III*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 4.ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 06/10/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado - VI*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Instituições de Direito Privado - V. I*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas., 2008.

VIEIRA, Hugo Otávio Tavares. *As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil*. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 958, ago. 2015. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/20184/1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 8 set. 2022.