

A PERSPECTIVA OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

THE OBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO INHERITANCE

LA PERSPECTIVA OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A
LA HERENCIA

Raphael Rego Borges Ribeiro*

*Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. LLM Student na University of Ottawa. Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Oeste da Bahia.
E-mail: raphaelregobr@gmail.com

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 130. ISSN: 1980-511X

Resumo: Neste artigo, investigamos a perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. Usamos a metodologia civil-constitucional e o método dedutivo. Adotamos da teoria dos direitos fundamentais como marco teórico. Observamos as consequências da natureza constitucional da herança e destacamos a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Depreendemos que a herança compõe uma ordem de valores objetivos e direciona o comportamento dos poderes públicos. Concluimos que o art. 5º, XXX da Constituição é dotado de uma “mais-valia jurídica”, da qual decorrem (a) uma eficácia irradiante; (b) uma eficácia na esfera privada; (c) as garantias institucionais; (d) um dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e (e) a conformação e o procedimento da atividade estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, direito das sucessões, herança.

Abstract: In this paper, I investigated the objective perspective of the fundamental right to inheritance. I used the civil-constitutional law as methodology and the deductive method. I adopted the fundamental rights theory as theoretical framework. I noticed the consequences of the constitutional nature of inheritance and highlighted the double perspective of fundamental rights. I observed that inheritance is among an order of objective legal values, directing public powers' behavior. I concluded that the Constitution art. 5o, XXX has an added value, from which stem (a) a radiating effect; (b) effects in private relations; (c) institutional guarantees; (d) a general duty directed to the State; and (e) the conformation and the proceeding of state action.

Keywords: Fundamental rights, law of succession, inheritance.

Resumen: En este artículo investigamos la perspectiva objetiva del derecho fundamental a la herencia. Utilizamos la metodología civil-constitucional y el método deductivo. Adoptamos la teoría de los derechos fundamentales como marco teórico. Observamos las consecuencias del carácter constitucional de la herencia y destacamos la doble dimensión de los derechos fundamentales. Entendemos que la herencia forma un orden de valores objetivos y dirige el comportamiento de los poderes públicos. Concluimos que el art. 5, XXX de la Constitución está dotado de “valor agregado legal”, del cual resultan (a) una eficacia radiante; (b) efectividad en el ámbito privado; (c) garantías institucionales; (d) un deber general de efectividad asignado al Estado; y (e) la conformación y procedimiento de la actividad estatal.

Palabras clave: Derechos fundamentales, ley sucesoria, herencia.

INTRODUÇÃO

A herança deve ser estudada à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez expressamente inserida no rol do artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988. Desse modo, ao direito hereditário se reconhece uma dupla perspectiva decorrente da sua fundamentalidade: em primeiro lugar, a natureza de direito subjetivo individual; em segundo lugar, a caracterização como elemento objetivo fundamental da sociedade brasileira. Na presente pesquisa, investigaremos essa segunda perspectiva a partir da seguinte questão orientadora: quais são os desdobramentos do direito fundamental à herança em sua dimensão objetiva?

Nosso objetivo geral é identificar os principais aspectos da dimensão objetiva do direito fundamental à herança. Como objetivos específicos, em primeiro lugar observaremos as principais consequências da elevação da herança ao patamar de direito fundamental. Em segundo lugar, diferenciaremos as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Em terceiro lugar, observaremos o art. 5º, XXX da Constituição Federal como componente de uma ordem objetiva de valores no ordenamento brasileiro. Em quarto lugar, deduziremos os efeitos da “mais-valia jurídica” da herança decorrentes da sua natureza fundamental.

Para responder ao problema de pesquisa acima mencionado, utilizaremos o Direito Civil-Constitucional como metodologia. Em especial, procederemos à releitura deste tradicional instituto do Direito Privado à luz da Constituição Federal; semelhantemente, reconheceremos a força expansiva das normas constitucionais, particularmente dos direitos fundamentais, sobre todo o ordenamento infraconstitucional (em especial sobre as normas sucessórias). Adotaremos especificamente o método dedutivo, aplicando as premissas gerais da Teoria dos Direitos Fundamentais aos aspectos particulares pertinentes à herança. Fundamentaremos nossa argumentação em pesquisa de natureza bibliográfica na doutrina especializada. Teremos como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, bem como a teoria da eficácia dos direitos fundamentais desenvolvida no Brasil por Ingo Wolfgang Sarlet.

A justificativa remota para esta pesquisa é política: defendemos a existência de mais pesquisas em Direito das Sucessões no Brasil, para que este ramo deixe de ser doutrinariamente abandonado ou tratado como mero apêndice do Direito de Família. A justificativa imediata é técnico-jurídica: passados mais de 30 anos da elevação expressa da herança ao patamar constitucional, ainda são incipientes os esforços para estudar a matéria à luz da teoria dos direitos fundamentais – com a análise de importantes aspectos como titularidade, âmbito de proteção, núcleo essencial, limites, limites dos limites... Notamos que a doutrina civilista pouco sai do lugar-comum de argumentos superficiais em matéria constitucional; enquanto isso, a doutrina constitucionalista demonstra claro desconforto ao mencionar a questão hereditária, geralmente tangenciando em suas obras o art. 5º, XXX com alguns rápidos comentários mais ou menos acrílicos. Com isso, acabamos encontrando sobre o aspecto fundamental da sucessão *causa mortis* apenas referências à teoria da garantia dos institutos, aspecto que será mencionado no desenvolvimento deste artigo; desse modo, historicamente temos perdido uma oportunidade de efetiva releitura estrutural e funcional

da herança à luz da força normativa da Constituição. O tema precisa começar a ser verdadeiramente explorado, e nossa investigação é tanto uma iniciativa introdutória para preencher esse *gap* na literatura quanto um incentivo ao aprofundamento do tema por outros doutrinadores.

1 HERANÇA: DIREITO FUNDAMENTAL

A constitucionalização do Direito Civil tem, entre outras, uma dimensão formal, cujo primeiro aspecto se verifica pela inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de diversos institutos classicamente considerados de Direito Privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional (FACHIN, 2015, p. 86). Em verdade, como consequência do caráter prolixo da Constituição Federal de 1988, os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos mais ou menos relevantes estampados no texto constitucional (BARROSO, 2008, p. 252). Observamos nesse fenômeno uma relação com aquilo que Norberto Bobbio (2004, p. 82-83) chamou de multiplicação dos direitos do homem¹, que tem como de seus fatores determinantes o aumento da quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de tutela. Também há uma relação com a denominada “força expansiva dos direitos fundamentais”: o substrato das normas que os reconhecem é muito aberto; dessa forma, os direitos fundamentais tendem a se expandir por todo o ordenamento, resultando tanto na emergência de novos direitos quanto na renovação e no enriquecimento incessantes do conteúdo dos direitos clássicos (UBILLOS, 2008, p. 224).

O fenômeno acima descrito se verifica de modo geral em relação ao Direito Civil, e igualmente com o Direito das Sucessões de forma específica. Assim, na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o artigo 5º, XXX estabelece que “é garantido o direito de herança”. Registramos que a elevação da herança ao patamar de direito fundamental expresso é uma inovação do constituinte de 1988. Anteriormente, ela só poderia no máximo ser deduzida como direito fundamental enquanto implícita no direito de propriedade; as exceções, tratadas de modo não uniforme por algumas Constituições anteriores, ficam por conta (a) da transmissibilidade hereditária dos direitos de autor; (b) do imposto de transmissão *causa mortis*; e (c) da sucessão de bens do estrangeiro situados no Brasil.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2008, p. 252), a ascensão de um elemento de direito infraconstitucional ao patamar constitucional resulta na mudança de qualidade da interação deste elemento com as demais normas daquele subsistema, passando a existir uma relação de subordinação destas em relação àquele; trata-se “da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria”. Significa dizer que o direito infraconstitucional como um todo (e o Direito das Sucessões de maneira essencial), bem como a atuação dos 3 poderes públicos, passou a ser informado pela existência de um direito fundamental à herança. Da mesma forma, compete à doutrina aplicar à herança, agora direito fundamental, a teoria dos direitos fundamentais. É parcialmente a esse esforço que nos dedicaremos neste artigo.

1 De nossa parte, usaríamos a expressão “direitos das pessoas”; empregamos a locução “do homem” por fidelidade à obra citada. Fica o registro da nossa preferência por uma linguagem mais inclusiva.

1.1 QUATRO OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Antes de efetivamente analisar a herança à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, devemos fazer quatro observações iniciais que nortearão o restante do nosso estudo. Em primeiro lugar, previamente a 1988, poderia se discutir a fonte constitucional do Direito das Sucessões de forma indireta, com base na família, na propriedade, na liberdade (no caso, de testar) ou simultaneamente em todas essas matérias já presentes nos textos constitucionais anteriores. Por mais que se mantenha sempre relevante o debate sobre o fundamento da herança, o fato é que hoje encontramos no artigo 5º, XXX da Constituição Federal a fonte direta do fenômeno sucessório positivado.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do artigo 5º da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétreia à herança. De acordo com o artigo 60, § 4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional. Tal constatação tem repercussões no debate sobre a funcionalização da herança.

Em terceiro lugar, consideramos que os titulares do direito previsto no art. 5º, XXX são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel (2003, p. 161), a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança. Analisando a estrutura sucessória dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczler-Levy (2012, p. 497) conclui que nos três² sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe. Para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cuius* e dos beneficiários, que estão ligados por um vínculo intergeracional materializado na transferência *post mortem* de propriedade. Por essa razão, aderimos aqui à tese da “dupla titularidade” do direito à herança, no sentido de que este é reconhecido a ambos os sujeitos do fenômeno sucessório, quais sejam, o sucedido e o sucessor.

Em quarto lugar, precisamos tomar muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não devemos adotar a visão estreita de que o artigo 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado infraconstitucionalmente no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter (2005, p. 11) afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição,

2 Aqui devemos fazer uma importante ressalva. Falamos em três sistemas porque, além do *civil law* e da *common law*, em matéria hereditária, devemos tratar separadamente os Estados Unidos em relação às demais jurisdições de *common law*. O regime sucessório norte-americano de modo geral direciona excessivo foco na noção de propriedade e da necessidade de organização de sua transferência após a morte do indivíduo. Mais preocupado com a noção de controle da propriedade durante a vida e para além da morte, trata-se de um sistema cujo princípio norteador é a autonomia, refletida na liberdade testamentária (TRITT, 2010, p. 280). Ali, as noções de solidariedade familiar são muito mais tímidas do que, de modo geral, no resto do mundo ocidental, inclusive no Brasil. Até mesmo as demais jurisdições de *common law* abrandaram os rigores da excessiva liberdade testamentária, com a adoção do instituto da *family provision*.

em detrimento da adequada leitura constituição-código. Semelhantemente, Gustavo Tepedino (2008a, p. 206) criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”. Ainda nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino (2008b, p. 363) também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equivoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, sob o risco de acabarem se eternizando “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”. Para o referido autor, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional” (TEPEDINO, 2008b, p. 364).

Devemos, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008, p. 574) já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela. Assim, a herança que encontramos na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada. Pelas razões acima mencionadas, discordamos do entendimento de Paulo Lôbo (2014, p. 39-41) que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários)³. Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte)⁴. Ainda que aceitássemos uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do artigo 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários. Afinal, se a família (base da sucessão legítima) é objeto de tutela constitucional, a liberdade (autonomia privada – no caso, testamentária) também o é (PRATA, 1982). Nesse mesmo sentido, devemos considerar que por meio da sucessão testamentária o testador pode praticar atos que consubstanciam a concretização direta de valores constitucionais, como por exemplo chamar à sua sucessão alguém indevidamente negligenciado pela legislação, como era o caso dos parceiros homossexuais na lamentável época em que o Direito de Família peremptoriamente rejeitava atribuir direitos a casais formados por pessoas do mesmo sexo (MONK, 2011, p. 231). Assim sendo,

3 Paulo Lôbo fundamenta essa última afirmação na proteção constitucional às pessoas físicas que tenham relação de parentesco ou família com o *de cuius*, bem como em razão dos valores sociais e de solidariedade familiar.

4 Cabe aqui a referência a Pietro Perlingieri (2002, p. 74), para quem “a legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária ou de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes, de maneira que limitar-se à letra clara ou ao sentido próprio das palavras (é possível?) ou à intenção do legislador, passado ou presente, significaria colocar-se fora desta legalidade (...)”.

consideramos que a Constituição protege diretamente e amplamente todo o fenômeno hereditário.

1.2 A DUPLA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Os direitos fundamentais como um todo têm dupla perspectiva: são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva) e elementos objetivos fundamentais da sociedade (dimensão objetiva)⁵. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 110) menciona que podemos encontrar na doutrina as expressões “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo caráter” ou mesmo “dupla função”, sempre se referindo às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; o autor português critica, porém, a inconsistência com que os conceitos são usados. Nesse sentido, Vieira de Andrade (2001, p. 111) afirma que a distinção das dimensões é relevante para demonstrar que

os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

Não entraremos no debate doutrinário a respeito de qual perspectiva deve predominar; para os fins aos quais se propõe a presente investigação, basta que analisemos as distinções entre elas. A herança, incluída no rol desses direitos, também possui cada uma dessas dimensões, e é necessário que as identifiquemos e compreendamos.

Para os fins desta pesquisa, referimo-nos à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais no sentido de estes serem entendidos, ressalvadas suas peculiaridades⁶, como direitos subjetivos. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 115) identifica dois aspectos na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Por um lado, o aspecto funcional refere-se ao reconhecimento da existência (e conseqüente busca de satisfação) de interesses próprios dos titulares. Ao mesmo tempo, o aspecto estrutural diz respeito à proteção intencional e efetiva desses interesses, proteção esta à qual corresponde o “poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 158), “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Ainda segundo o mencionado

5 A este respeito, mencionamos Daniel Sarmento (2008, p. 105), que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política”.

6 As peculiaridades dos direitos fundamentais se referem à qualidade dos sujeitos passivos típicos, à multiplicidade de conteúdos, à variedade e complexidade estrutural, à diversidade funcional e à sujeição a diferentes regimes constitucionais; tudo isso os diferencia da generalidade dos direitos subjetivos típicos do Direito Privado (ANDRADE, 2001, p. 116).

autor, “desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito” (SARLET, 2015, p. 158). A intensidade dessa justiciabilidade, no entanto, varia de acordo com a normatividade de cada direito fundamental (SARLET, 2015, p. 160). Nosso marco teórico na questão, Ingo Sarlet, adota a tríplice divisão, proposta por Robert Alexy, dos direitos fundamentais (“posições jurídicas fundamentais”), em sua perspectiva subjetiva, em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências” (ALEXY, 2015, p. 193)⁷. O artigo 5º, XXX se manifesta de diversos modos, dentre os quais mencionamos ilustrativamente, (a) um direito de defesa (e.g., proteção contra o confisco da herança); (b) um direito a prestações normativas (dever estatal de criação de normas que regulamentem a sucessão hereditária); (c) a competência e a liberdade para fazer testamento. Apesar da evidente importância da perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança, o presente artigo não se debruçará sobre ela; focar-nos-emos exclusivamente na perspectiva objetiva.

A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem, com certo consenso, a existência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, para além da tradicional perspectiva subjetiva. Sob este prisma objetivo, por um lado, os direitos fundamentais constituem a estrutura básica da ordem jurídica, sendo um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos (SARLET, 2015, p. 149). Isso significa que a atuação do Estado (e aqui nos referimos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário) não mais é apenas limitada por estas normas, mas também direcionada por elas (SARMENTO, 2008, p. 106). Por outro lado, a dimensão objetiva também implica a outorga de funções e conteúdos normativos autônomos aos direitos fundamentais, que transcendem sua perspectiva subjetiva – “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 150). Os principais desenvolvimentos acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se deram após o advento da Lei Fundamental alemã de 1949. Em 1958, o *Bundesverfassungsgericht* (a Corte Constitucional da Alemanha) proferiu decisão no caso *Lüth*, consignando que os direitos fundamentais, para além de atuarem como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, funcionam também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2015, p. 149).

Nas próximas seções, entenderemos primeiramente de que forma a herança atua entre os valores objetivos básicos do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente dirigindo a atuação dos poderes públicos; e, na sequência, quais funções e conteúdos normativos autônomos decorrem do direito fundamental à herança. Aqui adotamos duas ressalvas feitas por Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 151) para a adequada compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, não devemos estabelecer uma correspondência entre normas-regra e a perspectiva subjetiva, ou entre normas-princípio e a perspectiva objetiva⁸. Em segundo lugar,

⁷ Recomendamos também a leitura da obra de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 537-540).

⁸ Canotilho (1993, p. 534) se manifesta no mesmo sentido.

devemos distinguir os dois aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: por um lado, a ordem de valores fundamentais objetivos; por outro lado, a mais-valia jurídica (no sentido de reconhecimento de efeitos jurídicos que transcendem a dimensão subjetiva); essa é a lógica que seguiremos ao tratar das temáticas.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA ENQUANTO COMPONENTE DE UMA ORDEM DE VALORES FUNDAMENTAIS OBJETIVOS

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 151), na medida em que os direitos fundamentais incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, eles devem ter sua eficácia valorada não apenas sob uma perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, ou seja, da comunidade em sua totalidade. Isso significa que, uma vez que qualquer direito fundamental cuida de valores e fins que a sociedade deve respeitar e concretizar, ele não deve ser analisado exclusivamente com base no ponto de vista da pessoa individualmente considerada, mas também sob a perspectiva social, isto é, da comunidade como um todo. Consequentemente, Sarlet (2015, p. 152) conclui que “parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais”. Segundo o referido autor, daí decorrem duas consequências: primeiramente, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais em razão do prevalente interesse da comunidade; ademais, ela é um fator de limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, todavia sempre preservando o seu núcleo essencial⁹.

Uma análise apressada do direito à herança leva à conclusão de que se trata de um direito exclusivamente individual e subjetivo, que interessa somente àquelas pessoas que se encontram diretamente envolvidas no fenômeno hereditário; contudo, tal afirmação deve ser rejeitada. O direito à herança é funcionalizado também a outros valores, tanto familiares quanto sociais. Afinal, se o direito à herança é um dos valores objetivos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, a comunidade como um todo tem seus interesses tutelados quando se assegura o instituto da sucessão *causa mortis*. Como Carmem Lúcia Silveira Ramos (1996, p. 155) já havia acentuado há quase um quarto de século, atualmente “é difícil encontrar um interesse privado completamente autônomo, independente, que possa ser exercido com exclusão do interesse público ou coletivo”, ou seja, “é difícil sustentar que um interesse é exclusivamente particular, no sentido oitocentista do termo, conforme consagravam as codificações de direito civil, inclusive a brasileira”. Aderimos aqui também ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.228), para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidade para resolver problemas complexos”. Ao mesmo tempo, com Perlingieri (2008, p.680), entendemos que no ordenamento jurídico vigente não existe

9 Para um estudo específico sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que foge ao objeto da presente investigação, remetemos o leitor à obra de Virgílio Afonso da Silva (2006), “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”.

direito subjetivo que se destine exclusivamente aos interesses individuais do seu titular; “o que há é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.

Pelas razões acima mencionadas, não podemos reduzir a função da herança à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário, em especial do sucessor. Aderimos então à doutrina de Jens Beckert (2007, p. 84-86). Este autor, estudando os discursos sobre herança e o desenvolvimento do Direito das Sucessões na França, na Alemanha e nos Estados Unidos, notou 4 esferas que dominam os debates sobre o fenômeno sucessório: seus efeitos em relação à família; seus efeitos econômicos; sua relação com os valores sociais; e suas consequências políticas. Para o doutrinador alemão, a interação dessas esferas influencia no desenvolvimento institucional do Direito das Sucessões em cada país. Quanto à relação entre herança e família, Beckert ressalta a solidariedade familiar, a formação da identidade e os conflitos familiares suscitados por disputas sucessórias. Sobre os efeitos econômicos, Beckert menciona tanto a importância da acumulação intergeracional de patrimônio para a formação do capital, notadamente nas sociedades em desenvolvimento, quanto o impacto negativo da concentração de riqueza. A respeito dos valores sociais, Beckert relaciona o confronto entre os valores de igualdade e liberdade, bem como a perpetuação da distribuição da riqueza e os consequentes impactos nas oportunidades individuais. Por fim, sobre a interferência da herança na política, Beckert aborda discussões sobre como a concentração de riqueza pode tornar o poder econômico uma ameaça à democracia pluralista.

Ressaltamos ainda a afirmação de Daniel Sarmento (2008, p. 108) no sentido de que certas limitações aos direitos fundamentais são justificadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em prol dos interesses da coletividade. Sarmento aduz que, sempre respeitando o núcleo essencial e a proporcionalidade, pode haver restrições ao âmbito dos direitos fundamentais, conformando-os às necessidades coletivas. Por outro lado, para Sarmento, isso não significa que o direito fundamental deva ser funcionalizado, “numa postura organicista e antiliberal”, aos interesses da coletividade; o que ocorre é que o direito fundamental deixa de ser analisado sob uma visão individualista abstrata e impalpável, mas centrada no ser humano concreto e situado (SARMENTO, 2008, p. 123). Com base nessas premissas, deduzimos que a herança não pode ser tratada como um direito subjetivo ilimitado; acreditamos que o seu exercício está condicionado pelos interesses de toda a sociedade, dentre os quais destacamos os mandamentos constitucionais de solidariedade e de redução das desigualdades sociais. Devemos considerar, de um lado, que há farta doutrina reconhecendo que a transmissão intergeracional de patrimônio contribui para o aumento da concentração de riqueza¹⁰. Em contraste, temos de levar em conta que a herança tem a intangibilidade da cláusula p etra e um núcleo essencial que não pode ser atingido, o que torna inserv eis as posi oes doutrinárias favoráveis   aboli ao ou   restri ao severa do direito sucessório. Por essas razões, entendemos ser necessária uma reflexão aprofundada sobre a estrutura

10 Por todos, recomendamos: Mark Ascher (1990); Marcos Catalan (2010); Nathália Daniel Domingues (2017); Daniel Halliday (2018); LJ Kotlikoff e LH Summers (1981); Liam Murphy e Thomas Nagel (2003); Thomas Piketty (2014); Alu zio Porcaro Rausch (2016); Harlan Eugene Read (1918).

da sucessão *causa mortis*, com uma releitura – tanto limitadora quanto impulsionadora – do seu perfil funcional e o consequente desenvolvimento de uma teoria sobre a função social da herança.

Retornando à doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 152), notamos que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a eficácia dirigente destes em relação aos órgãos estatais; estas normas contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. Esta ordem não se confunde nem afasta a existência das normas de direitos fundamentais de caráter impositivo – aquelas que impõem ao legislador a concretização de tarefas, finalidades ou programas. Dessa forma, o Estado deve dirigir a sua atuação para permanentemente concretizar e realizar o direito fundamental a herança. É evidente que o primeiro passo para tanto é a estruturação de um regime legal da sucessão hereditária, isto é, a definição de quem é sucessor e em que bens e direitos essa pessoa é chamada a receber. Porém isso por si só não é o bastante. O estatuto jurídico da herança deve ser compatível com os valores objetivos decorrentes deste direito fundamental. Nesse sentido o Estado tem o dever de adaptar a vocação hereditária legal às emergentes demandas sociais, familiares e tecnológicas. Dessa maneira, por um lado, em matéria familiar identificamos que tal tarefa foi observada com a regulamentação legal dos direitos sucessórios decorrentes da união estável, demanda há muito existente na sociedade brasileira; apesar disso, notamos que a rígida e abstrata ordem de vocação hereditária constante no art. 1829, I do Código de 2002 é potencialmente insuficiente para atender adequadamente às diversas estruturas já admitidas em nosso ordenamento, como as famílias anaparentais e as famílias reconstituídas, além de contextos íntimos disruptivos como arranjos poliafetivos e outras relações não-normativas de afeto, cuidado e dependência. Por outro lado, percebemos uma problemática inércia legislativa quanto à adaptação da sucessão *causa mortis* às novas tecnologias; a título exemplificativo, não temos leis dispendo sobre os testamentos eletrônicos nem regras sobre a transmissibilidade sucessória dos bens digitais, cuja própria essência requer um tratamento que fuja à lógica mobiliária/imobiliária do Código Civil atual, especialmente em relação à diferença entre os *digital assets* de natureza existencial ou patrimonial.

Por outro lado, uma vez que a sucessão também pode se dar por ato de última vontade, a concretização e realização do direito à herança, manifestado enquanto a liberdade/competência fundamental de fazer testamento (RIBEIRO, 2020), envolve o adequado tratamento jurídico dado às manifestações de última vontade. Isso demanda, em primeiro lugar, a diminuição formalidades testamentárias; afinal, podemos considerar que o excesso de solenidades encarece, dificulta e consequentemente desestimula o ato de testar. Daí também decorre a necessidade de um menor rigor em relação a eventuais vícios formais; invalidar toda a manifestação de última vontade em razão da forma, por si só, é uma violação ao direito fundamental (a) de testar; e (b) à herança daqueles que se tornaram sucessores por força do testamento. Por fim, também entendemos como um aspecto garantidor dos interesses tanto do testador quanto dos sucessores testamentários a existência do Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Atualmente, o provimento 56/2016

da Corregedoria Nacional de Justiça, estabelece a obrigatoriedade de consulta ao RCTO, pelo juiz do inventário ou pelo tabelião responsável pelo inventário administrativo. Tal medida visa a diminuir a quantidade de testamentos que não são cumpridos por desconhecimento ou má-fé dos interessados.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 153) defende, ainda, que, enquanto componentes de uma ordem objetiva de valores, os direitos fundamentais servem também como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado. O próprio autor reconhece que tal afirmação se encontra “no terreno da obviedade”, na medida em que toda norma constitucional pode servir de parâmetro de validade das normas e atos infraconstitucionais. Identificamos uma dupla eficácia do direito constitucional à herança quanto à validade do ordenamento infraconstitucional. Em primeiro lugar, eficácia derogatória, “entendida como recusa de fundamento de validade a qualquer norma anterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p. 98). Em segundo lugar, o direito fundamental à herança tem eficácia invalidante, “responsável pela nulidade de qualquer norma posterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p. 98). Quanto à eficácia derogatória, ilustrativamente entendemos que a proibição de sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos de marinha¹¹ não foi recepcionada pela Constituição de 1988; simplesmente não há qualquer fundamento constitucional que justifique essa norma limitadora do direito fundamental à herança do cônjuge estrangeiro¹². Como exemplo da eficácia invalidante do direito fundamental à herança, compreendemos como inconstitucionais normas que, sem fundamento compatível com a Constituição, privem determinado sujeito do seu *status* de herdeiro. É nesse sentido que sustentamos a evidente inconstitucionalidade (a) da ordem de vocação hereditária que invisibiliza relações de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo *de cuius* que não se encaixam, nem por analogia, no modelo tradicional de família; e (b) da nulidade do benefício testamentário em favor do concubino do testador casado. Contudo, tais temas merecem investigações próprias e que, portanto, não será aprofundado aqui.

3 A MAIS-VALIA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Para além da composição de uma ordem objetiva de valores, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a sua caracterização como um reforço ou complementação da eficácia normativa dessas normas – uma “mais-valia” jurídica (SARLET, 2015, p. 153). Aqui estamos tratando do desenvolvimento de novos conteúdos normativos para os direitos fundamentais, potencialmente autônomos em relação à dimensão subjetiva, mas nem por isso destituídos de exigibilidade pela via judicial. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 111) se refere a esta característica como um “complemento e suplemento da dimensão subjectiva”, denominando-a também “dimensão objetiva em sentido funcional” (ANDRADE, 2001, p. 138).

11 Artigo 18, § 2º do Decreto-lei 3.438 de 1941.

12 Ainda mais se se tratar de estrangeiro residente no Brasil, na medida em que a eles são expressamente assegurados, no *caput* do artigo 5o da Constituição Federal, os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros – inclusive o direito à herança.

De todo modo, podemos identificar cinco desdobramentos desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais: (a) a sua eficácia irradiante; (b) a sua eficácia na esfera privada; (c) as garantias institucionais; (d) o dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e (e) a conformação e o procedimento da atividade estatal.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 153), o primeiro desdobramento desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais, decorrentes de sua dimensão objetiva, é a sua eficácia irradiante (em alemão, *Ausstrahlungswirkung*); em outras palavras, os direitos fundamentais, “na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”. Nesse contexto, na esteira de Pietro Perlingieri (2002, p. 05), devemos lembrar que o ordenamento jurídico é unitário; conseqüentemente, ao analisarmos as controvérsias, não devemos levar em consideração apenas o artigo legal que aparentemente as contém e resolve, porém todo o ordenamento jurídico e particularmente os seus princípios fundamentais. Conforme Daniel Sarmento (2008, p. 124), as atuações do Legislativo, da Administração Pública e do Judiciário são impulsionadas e direcionadas pelos valores que lastreiam os direitos fundamentais; conseqüentemente, a ordem jurídica é humanizada, pois o operador do direito deverá sempre, antes de aplicar as normas jurídicas, reexaminá-las à luz do tecido constitucional, em especial da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça substancial. Aqui identificamos substancialmente a importância do fenômeno designado “filtragem constitucional”; o aplicador do direito deve adotar uma postura voltada à promoção da Constituição (e em especial dos direitos fundamentais), ainda que esteja aplicando uma legislação infraconstitucional editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário (SARMENTO, 2008, p. 125). O intérprete deve, então, seguindo os parâmetros acima mencionados, aplicar o direito sucessório infraconstitucional levando em consideração a existência também de um direito fundamental à herança. Tal direito fundamental também goza de eficácia direta, no sentido de dever ser aplicado “tanto quanto possível, mesmo sem alguma interposição do legislador constituído” (GOMES, 2015, p. 98). Por conta disso, por exemplo, entendemos que, em matéria de reprodução assistida póstuma, negar direitos hereditários à prole concebida *post mortem*, com fundamento na inexistência de previsão legislativa nesse sentido, é uma clara violação do direito fundamental desses filhos; semelhantemente, resolver a questão aplicando acriticamente o *droit de saisine*¹³ é promover o texto da lei¹⁴ em detrimento da Constituição.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais está intimamente relacionada com a questão de sua eficácia na esfera privada¹⁵; a ideia básica é a de que eles não são apenas oponíveis aos poderes

13 Código Civil de 2002, Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Código Civil de 2002, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

14 Texto legal este que, embora promulgado em 2002, ignorou a então já existente hipótese, possibilitada pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, de filhos biológicos do autor da herança concebidos após a sua morte.

15 Tanto que Vieira de Andrade (2001, p. 141-142) estuda ambos os desdobramentos conjuntamente; o autor português reconhece, entretanto, que “não se pode limitar a irradiação e a eficácia externa dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, que estes fenômenos, a existirem, se hão-de forçosamente repercutir em toda a ordem jurídica, designadamente no direito administrativo, substantivo e procedimental, bem como no direito criminal e no direito

públicos, mas também aos sujeitos privados (SARLET, 2015, p. 154). Isto vem sendo estudado como eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Reconhecendo o extenso debate doutrinário a respeito da existência e da forma dessa eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para os fins a que se propõe o presente artigo, e em coerência com a metodologia civil-constitucional, adotamos a perspectiva de Daniel Sarmento (2008, p. 245), segundo quem “existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”¹⁶. Quando falamos em vinculação direta, referimo-nos ao fato de que ela independe de intervenção legislativa, ou seja, de uma norma infraconstitucional que regulamente o modo pelo qual o particular, em suas relações, deve respeitar os direitos fundamentais¹⁷.

Uma hipótese em que podemos verificar a incidência do direito fundamental à herança nas relações entre particulares é a sucessão forçada em favor de determinadas pessoas que mantinham vínculo qualificado com o *de cuius*. Com base no artigo 5º, XXX da Constituição Federal e na solidariedade familiar – que por sua vez decorre tanto do dever constitucional de solidariedade quanto de a família ser a base constitucional da sociedade –, de fato entendemos que a algumas pessoas devem ser reconhecidos direitos sucessórios intangíveis sobre o patrimônio alheio, dos quais somente em casos excepcionais podem ser privadas. Dessa forma, reconhecemos fundamento constitucional para, em casos de extrapolação da parte disponível, a invalidade da doação¹⁸ e a possibilidade de redução das disposições testamentárias¹⁹. Os direitos fundamentais dos sujeitos da sucessão interagem entre si; os interesses do sucedido conformam os do sucessor, e a recíproca é verdadeira. Com a sucessão forçada, o poder de disposição da propriedade a título gratuito, de que goza o sucedido, é quantitativamente restringido pelo direito fundamental à herança de certas pessoas que são qualificadas como sucessoras em razão de guardarem um vínculo especial de proximidade e dependência com ele.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 154), igualmente decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a figura jurídica das garantias institucionais, no sentido de “determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”²⁰. Conforme José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 139) leciona, determinados setores (econômicos, sociais ou administrativos) processual”.

16 O autor continua: “Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas”. O referenciado livro de Daniel Sarmento (2008) é uma das obras essenciais sobre o assunto no Brasil, ficando aqui a nossa recomendação para o leitor interessado especificamente nos fundamentos que levaram à posição adotada, por Sarmento e pela presente investigação, na discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

17 Assim como Juan María Bilbao Ubillos (2008, p. 232), entendemos como falsa a contraposição entre eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ao admitirmos que os direitos fundamentais têm vigência imediata nas relações entre particulares, obviamente não estamos excluindo a eficácia desses direitos através da legislação infraconstitucional.

18 Código Civil de 2002, 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.

19 Código Civil de 2002, Art. 1.967, *caput*. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

20 Sarlet exclui de sua abordagem as garantias institucionais não fundamentais, bem como os direitos-garantia (que assumem feição típica de direito subjetivo, sem prejuízo de uma eventual e por vezes secundária dimensão institucional).

são regulamentados por um conjunto jurídico-normativo; a Constituição então reconhece esses institutos ou instituições, assegurando-lhes proteção especial quanto à sua essência e aos seus traços característicos. Isso não significa que inexista liberdade de conformação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que ao legislador é vedada a destruição, a descaracterização ou a desfiguração dessa instituição – contrário fosse, haveria uma violação ao núcleo essencial do direito fundamental estabelecido pela garantia institucional (ANDRADE, 2001, p. 141). No caso da herança, percebemos imediatamente a função limitadora do artigo 5º, XXX da Constituição Federal; o próprio dispositivo constitucional diz que tal direito é garantido. Dessa forma, salta aos olhos a existência de uma garantia constitucional ao instituto jurídico da herança; a transmissão intergeracional de riqueza não pode ser abolida por ação do legislador infraconstitucional. Por essa razão, a doutrina de modo geral tem certa facilidade em reconhecer o artigo 5º, XXX da Constituição Federal como uma garantia do instituto da herança. Assim, a título de exemplo, podemos mencionar Ana Luiza Maia Nevares (2008, p. 619-620), para quem o referido dispositivo constitucional tem como objetivo “impedir que a sucessão mortis causa seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte”.

Novamente devemos rejeitar uma análise apressadamente reducionista. Na doutrina encontramos afirmações como a de Roberta Drehmer de Miranda (2009, p. 13), segundo quem “não veio a Constituição de 1988 regular o direito civil em lugar da legislação ordinária, ou tornar o direito civil constitucional, mas tão-somente dar segurança jurídica à própria existência de tais institutos (resguardando-os de eventual arbítrio do legislador)”. Contudo, Pietro Perlingieri (2008, p. 571) afirma que, apesar de ser inegável o reconhecimento de que as normas constitucionais estabelecem limites às ordinárias, não podemos tomar esta como a única função dos preceitos fundamentais²¹. Dessa forma, não podemos entender, de forma simplista, que impedir a abolição da sucessão *causa mortis* é a única função do artigo 5º, XXX da Constituição. De forma semelhante, Felipe Lima Gomes (2015, p. 87-88) critica tentativas doutrinárias de reduzir o direito fundamental à herança a apenas uma garantia do instituto. Para o referido autor, a teoria das garantias do instituto não pode erodir a força normativa dos direitos fundamentais, que devem, tanto quanto possível, ser classificados como direitos subjetivos. Do mesmo modo, ele ainda afirma que a força jurídica do direito à herança vai além de impor limites à atuação estatal, servindo de base inclusive para a restrição a outros direitos fundamentais – a exemplo do artigo 496, *caput* do Código Civil de 2002, que restringe o poder de disposição do proprietário de forma a proteger os interesses dos seus eventuais herdeiros²² (GOMES, 2015, p. 88). Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre a atribuição, ao Estado, de um dever geral de efetivação, que por sua vez serve de base para o reconhecimento de deveres estatais de proteção (*Schutzpflichten*). Ao Estado “incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não

21 Perlingieri então se refere à existência de uma função promocional das normas constitucionais, para além da função limitadora da legislação infraconstitucional.

22 Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e ate mesmo de outros Estados” (SARLET, 2015, p. 155)²³. Dessa forma, o Estado deve adotar medidas, de natureza diversa, visando notadamente a proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais²⁴. Encontramos em Felipe Lima Gomes (2015, p. 52) dois exemplos de como o legislador cumpre o seu dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança. O primeiro exemplo é a causa suspensiva do artigo 1.523, I do Código Civil de 2002. De acordo com esta norma, a pessoa viúva não deve casar, se tiver filho do cônjuge falecido, enquanto os bens do casal não forem inventariados e partilhados entre os herdeiros. O legislador evita, assim, que a nova relação conjugal do cônjuge supérstite cause confusão patrimonial e eventual prejuízo ao direito fundamental à herança dos demais sucessores do falecido. O segundo exemplo é o artigo 168, § 1º do Código Penal, que aumenta em um terço a pena do agente que pratica apropriação indébita na condição de inventariante ou testamentário²⁵. Da nossa parte, considerando a perspectiva do sucedido, entendemos que um exemplo de proteção quanto ao seu interesse na herança é a exclusão por indignidade daquelas pessoas que, por violência ou fraude, atentaram contra a sua liberdade de testar²⁶. Do mesmo modo, esse interesse também deve ser considerado como um dos fatores relevantes (apesar de não o único) do desenho normativo da sucessão legítima; a vontade presumida do morto é um dos critérios orientadores das escolhas legislativas na estruturação da sucessão *ab intestato*.

Do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, decorre também o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), “nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*” (ANDRADE, 2001, p. 144). Nesse sentido, o legislador é obrigado a promover os direitos fundamentais²⁷; semelhantemente, “toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional” (SARMENTO, 2008, p. 107). Obviamente, a resposta legislativa clássica para a promoção do direito à herança é a inclusão de um livro do Direito das Sucessões no Código Civil. Entretanto, a simples positivação não é suficiente; conforme mencionado, devemos questionar se existe um nível mínimo adequado de proteção a esse direito. Uma análise crítica da atual codificação revela uma terrível inadequação da legislação civil em relação a diversos aspectos do fenômeno hereditário. A título ilustrativo, (a) do ponto de vista do sucedido, sua liberdade de

23 Este dever também se relaciona simultaneamente com a noção dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela e com o monopólio estatal do exercício da força. Na medida em que a autotutela privada é ordinariamente vedada, compete ao Estado proteger os indivíduos contra violações e ameaça de violações aos seus interesses, advindas do Estado ou de outros indivíduos.

24 Na esteira de Vieira de Andrade (2001, p. 143), temos de reconhecer que o Estado sempre atuou (ao menos em tese) para proteger certos bens jurídicos, tanto com base na criminalização de condutas antissociais quanto com a proteção dos seus nacionais em relação a outros Estados. Contudo, a ideia que este papel se relaciona à efetivação das normas de direitos fundamentais é relativamente recente.

25 O mencionado autor reconhece que a legislação penal referida é anterior à Constituição de 1988, mas defende que, de todo modo, a norma infraconstitucional destacada cumpre o dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança; posição essa com a qual concordamos.

26 Código Civil de 2002, art. 1814, III.

27 De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 115-116), “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. (...) o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de proteção dos direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um ato do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”.

testar é sufocada pelo desnecessário excesso de solenidades legais e pelo rigor como os vícios formais são tratados; (b) a herança forçada, que envolve aspectos substanciais de ambos os sujeitos da sucessão, é regulamentada de forma excessivamente abstrata, sem levar em consideração a extensão do patrimônio hereditário nem a (in)existência concreta de constitucionalmente legítimos interesses dos herdeiros; (c) do ponto de vista do sucessor, a obsessiva busca por segurança e eficiência faz com que a vocação hereditária inclua pessoas que não deveriam ser chamadas à sucessão e exclua pessoas que, ao revés, deveriam ser chamadas²⁸. Do mesmo modo, com base no dever de proteção atribuído especificamente ao legislador em relação ao direito fundamental à herança, compreendemos ainda que a existência da sucessão testamentária não pode ser vista como mecanismo suficiente para suprir as graves falhas na estruturação subjetiva e quantitativa da sucessão *ab intestato*. Conclusivamente, em todos esses casos mencionados, a proteção existe, todavia se revela insuficiente para promover a devida proteção do direito à herança, inserido no contexto axiológico constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 156) menciona como derradeiro desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a função de “parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento”. Tipicamente existem os direitos fundamentais a um procedimento (também chamados procedimentais), como, por exemplo, o direito ao *habeas corpus* ou ao *habeas data*, dos quais não estamos aqui tratando em relação à perspectiva objetiva. Para além deles, reconhecemos que a concretização e o exercício de direitos fundamentais (isto é, a efetivação do seu conteúdo material) demanda uma formatação de organizações e procedimentos que lhe sirvam de auxílio. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 146-147) distingue direitos fundamentais dependentes de um procedimento (o seu exercício só é faticamente possível através de uma organização e segundo um procedimento); direitos sujeitos a um procedimento (a rigor, seu exercício não é impossível sem procedimentos, contudo a Constituição ou a lei os exigem); direitos fundamentais de cunho procedimental (“direitos ou faculdades cujo exercício ou cumprimento impliquem a participação de outrem, em especial quando sejam direitos a prestações, que não são pensáveis sem uma organização e um procedimento, ainda que estes possam ser de dimensão e intensidade muito diversas”); e direitos fundamentais afetados por um procedimento, administrativo ou judicial (como o direito à propriedade perante um procedimento de expropriação). Em qualquer desses casos, os direitos fundamentais impõem que as normas organizacionais e procedimentais sejam “conformadas no sentido de assegurar o exercício ou a efetividade desses direitos ou, pelo menos, em termos que ponderem os valores jusfundamentais em causa” (ANDRADE, 2001, p. 148).

O modelo sucessório adotado no Brasil faz com que a herança seja um direito fundamental sujeito a um procedimento – qual seja, o inventário, com a posterior partilha – e que, por isso, requer a criação e organização de um aparelho estatal para tanto. Nosso Código Civil adota o *droit*

28 E aqui reiteramos o necessário questionamento feito por Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 74): “esse sistema normativo do Direito Sucessório brasileiro, conforme se apresenta atualmente no Código Civil em vigor, é adequado à proteção das pessoas que estejam em situação de dependência econômica para com o de cujus ou em situação de vulnerabilidade econômica?”

de saisine, o que significa que a transmissão *mortis causa* da posse e da propriedade do acervo hereditário se opera de forma automática com a morte, independentemente de qualquer ato ou formalidade para isso²⁹; não sendo faticamente impossível sem o inventário, o direito à herança não é dependente de um procedimento, nos termos descritos no parágrafo anterior. Ocorre que o mesmo modelo também considera a herança um todo indivisível até ser partilhada, aplicando-se a ela as normas pertinentes ao condomínio³⁰. O sistema é totalmente direcionado para que a partilha ocorra, judicialmente (em regra) ou extrajudicialmente (preenchidos os requisitos para tanto), o que sujeita o direito fundamental ao já mencionado procedimento do inventário.

Assim, o Estado deve disciplinar o procedimento que possibilita que a herança seja partilhada, o inventário. Também deve criar, organizar e manter a estrutura em que esse procedimento ocorrerá: seja o órgão jurisdicional com competência para matéria de Sucessões, seja os Tabelionatos em que se lavram partilhas extrajudiciais. Ocorre que o Estado não tem o dever de simplesmente criar esses órgãos e procedimentos relacionados à herança. É também dever do Estado zelar para que o esquema organizacional e procedimental por ele arquitetado adequadamente assegure o exercício de tal direito fundamental³¹. Assim, a simplificação procedimental nos casos de arrolamento é um exemplo de tentativa, da parte do legislador, de facilitar a concretização deste direito constitucional. No mesmo sentido, a possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na lei 6858/1990³² – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria inconstitucionalidade em decorrência de claro retrocesso social. Por outro lado, na medida em que temos como notória a morosidade das varas competentes para processar e julgar os inventários, inevitavelmente reconhecemos nesse cenário o péssimo papel do Judiciário na efetivação do direito à herança.

Importante notarmos, todavia, que aos poucos caminhamos para uma “desinventarização” da sucessão *causa mortis*. Já em meados da década de 1980 John Langbein (1984) mencionava uma revolução no Direito das Sucessões (batizada por ele de *nonprobate revolution*), com o advento de mecanismos para evitar a necessidade de se passar pelo processo de inventário, aos quais a doutrina costuma se referir como “substitutos dos testamentos”³³. A legalidade de tais mecanismos no Brasil é questionável e merece estudo próprio; entretanto, a sua introdução no ordenamento jurídico nacional configurará uma desprocedimentalização do direito fundamental à herança.

29 Por essa razão, a partilha tem natureza declaratória, não constitutiva: a partilha não transmite propriedade, ela reconhece uma transmissão que já se operou desde a abertura da sucessão.

30 Código Civil de 2002, Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

31 A simplificação do processo de inventário, visando à rápida e adequada divisão dos bens, não se trata de uma exigência recente. Há mais de 60 anos Sady Gusmão (1958, p. 37) já defendia essa necessidade.

32 Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

33 No original, *will substitutes*. Esses mecanismos recebem esse nome justamente porque substituem o complexo procedimento de feitura de um testamento, que além de tudo também envolve a apresentação em juízo para cumprimento. Não devemos confundir com instituição, no testamento, de substitutos para o herdeiro ou legatário indicado que não possa ou não queira aceitar a disposição testamentária.

Por fim, em atenção à metodologia civil-constitucional, acreditamos que uma teoria hermenêutica com fins aplicativos, de forma a priorizar a busca pela solução adequada ao caso concreto, exige a atribuição de maior discricionariedade ao juízo sucessório, para que este deixe de ser apenas *la bouche de la loi*. Entretanto, tal ideia é veementemente combatida pela doutrina majoritária, e uma das principais críticas é o suposto aumento do tempo necessário e dos custos para solução das questões hereditárias. Entendemos que o Estado não pode se furtar a cumprir com seu dever de elaborar um procedimento adequado à inserção dessa discricionariedade em matéria sucessória e de equipar as Varas de Sucessões com os recursos necessários para lidar com as demandas daí decorrentes.

CONCLUSÃO

No presente artigo, observamos que a Constituição Federal de 1988 inovou ao expressamente incluir a herança no rol de direitos fundamentais. Argumentamos que a fonte primária da sucessão *causa mortis* é o próprio texto constitucional; que a herança é protegida pela intangibilidade das cláusulas pétreas; que a herança da Constituição deve servir de parâmetro para a interpretação do direito sucessório codificado, sendo inadequado o caminho hermenêutico inverso; e que o art. 5º, XXX tem duas ordens de titulares, quais sejam, o sucedido e o sucessor, que respectivamente tem o direito fundamental a deixar herança e o direito fundamental a receber herança. Notamos, ainda, que os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e uma objetiva.

Em relação à dimensão objetiva do direito fundamental à herança, compreendemos que ele faz parte de uma ordem de valores objetivos da sociedade. Desse modo, para além de dizer respeito aos interesses individuais dos sujeitos do fenômeno sucessório, o art. 5º, XXX tutela interesses de toda a coletividade, de natureza familiar, social e política. O dispositivo também consubstancia uma ordem permanentemente dirigida aos poderes estatais no sentido de concretização e realização da herança. Do mesmo modo, identificamos uma “mais-valia jurídica” do direito fundamental à herança, notadamente a sua eficácia irradiante; a sua eficácia na esfera privada; as garantias institucionais; o dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e a conformação e o procedimento da atividade estatal.

REFERÊNCIAS

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 89, n. 1, p. 69-151, oct. 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

- 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: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.
- BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law: discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800. **European Journal of Sociology**, Cambridge, v. 48, n. 1, p. 79-120, 2007. Disponível em: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_48_2007_Beckert.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, jan/mar. 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. n. 44, out/dez. 2010.
- DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- ENSTERSEIFTER, Tiago. A função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade uma leitura comprometida com a realidade do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 43, dez. 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. 2015. 181 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
- GUSMÃO, Sady. **Vocação hereditária e descendência**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- HALLIDAY, Daniel. **Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath**. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- KOTLIKOFF, Laurence J.; SUMMERS, Lawrence H. The role of intergenerational transfers in aggregate capital accumulation. **Journal of Political Economy**, v. 89, n. 4, p. 706-732, aug. 1981.

- KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Chicago, v. 46, n. 3, p. 495-542, winter 2012.
- LANGBEIN, John H. The nonprobate revolution and the future of the law of succession. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 5, p. 1108-1141, 1984.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Roberta Drehmer de. Reflexões críticas sobre o instituto do concubinato no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 28, out. 2011.
- MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, London, v. 19, n. 3, p. 231-250, nov. 2011.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The myth of ownership: taxes and justice**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten De Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 29, n. 29, p. 147-172, dez. 1996.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 113, out.2015/jan. 2016.
- READ, Harlan Eugene. **The abolition of inheritance**. New York: The MacMillan Company, 1918.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. 2016. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2016.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 75-96, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/6743>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 7, n. 28/29, p. 191-208, jul./dez. 2008a.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008b.

TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. **Alabama Law Review**, Tuscaloosa, v. 61, n. 2, p. 273-336, 2010.

UBILLOS, Juan María 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: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 130. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 11/12/2020

Aprovado em: 31/03/2022