

# A PERSPECTIVA SUBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

## THE SUBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INHERITANCE

*Raphael Rego Borges Ribeiro\**

### RESUMO

---

Neste artigo, analisamos a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Usamos a metodologia civil-constitucional e especialmente o método dedutivo, aplicando as grandes premissas da teoria dos direitos fundamentais às especificidades do direito sucessório. Adotamos as doutrinas de Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet como marcos teóricos. Observamos que a herança tem dupla titularidade (sucedido e sucessor). Depreendemos que a herança é um direito a algo, uma liberdade e uma competência. Notamos igualmente que o direito fundamental à herança confere aos seus titulares proteção contra o embaraço de ações, a afetação de suas situações e a eliminação de suas posições jurídicas. Concluimos ainda que, como liberdade e como competência, o art. 5º, XXX da Constituição Federal tutela implicitamente o direito fundamental de testar.

**Palavras-chave:** Herança. Direitos Fundamentais. Direito Civil-Constitucional. Direito das Sucessões.

### ABSTRACT

---

In this paper, I analysed the subjective dimension of the fundamental right to inheritance. I used the civil-constitutional law as methodology, specifically the deductive method, applying the great premises of the theory of fundamental rights to the specificities of the law of succession. I adopted the theories of both Robert Alexy and Ingo Wolfgang Sarlet as theoretical frameworks. I observed that inheritance has two subjects (the

---

\* Doutor em Direito. Professor do Magistério Superior da Universidade Federal do Oeste da Bahia – Centro das Humanidades. E-mail: raphael.ribeiro@ufob.edu.br. Artigo baseado em trecho da tese de Doutorado “O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988”, defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em 06 de dezembro de 2019, com banca composta pelos(as) Professores(as) Doutores(as) Mario Jorge Philocreon de Castro Lima, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Leandro Reinaldo da Cunha, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Ana Luiza Maia Nevares.

deceased and the heir). I noticed that inheritance is a right to something, a liberty, and a competence. I also noticed that the fundamental right to inheritance protects its subjects against embarrassments of actions, impacts on their situations, and the elimination of their entitlements. I also concluded that, both as a liberty and a competence, art.50, XXX of the 1988 Brazilian Federal Constitution implicitly protects the fundamental right to write a will.

**Keywords:** Inheritance. Fundamental Rights. Civil-Constitutional Law. Inheritance Law.

## INTRODUÇÃO

A herança deve ser estudada à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez expressamente inserida no rol do art. 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 primeira perspectiva a partir da seguinte questão orientadora: quais são os desdobramentos do direito fundamental à herança em sua dimensão subjetiva?

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.

Nosso objetivo geral é identificar os principais aspectos da dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Como objetivos específicos, em primeiro lugar compreenderemos de modo geral as consequências da dimensão formal da constitucionalização do direito à herança. Em segundo lugar, identificaremos a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, bem como a classificação da dimensão subjetiva em (a) direitos a algo; (b) liberdades; e (c) competências. Por fim, analisaremos como a herança se manifesta em relação a cada um dos referidos desdobramentos.

## 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. Observamos nesse fenômeno uma relação com aquilo que Norberto Bobbio chamou de multiplicação dos direitos do homem<sup>3</sup>, que tem como de seus fatores determinantes o aumento da quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de tutela<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

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 art. 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; a exceção fica por conta dos direitos de autor, cuja transmissibilidade hereditária veio expressamente determinada pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 86.

<sup>2</sup> 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, p. 252.

<sup>3</sup> 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, conforme já ressaltamos na Introdução.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 82-83.

<sup>5</sup> 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, p. 224.

<sup>6</sup> A Constituição de 1824 se referia exclusivamente à hereditariedade do trono Imperial. A Constituição de 1891 mencionava o direito de herança exclusivamente a respeito da

De acordo com Luís Roberto Barroso, 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”<sup>7</sup>. Significa dizer que o direito infraconstitucional como um todo (e o Direito das Sucessões de maneira essencial), bem como a atuação dos três 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.

### *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 art. 5º, XXX da Constituição Federal a fonte direta do fenômeno sucessório positivado.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do art. 5º da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétrea à herança. De acordo com o art. 60, § 4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o

---

propriedade intelectual. A Constituição de 1934 igualmente mencionava a sucessão relativa à propriedade intelectual, bem como tratava do imposto de transmissão *causa mortis* (inclusive sujeitando-o à progressividade e determinando a igualdade de tributação entre a herança de filhos naturais e legítimos); ademais, regulava a vocação hereditária quanto a bens de estrangeiros situados no Brasil. A Constituição de 1937 tratava do imposto de transmissão *causa mortis* e da sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil. A Constituição de 1946 também tratava do imposto sobre herança; previa a sucessão dos direitos sobre obras literárias, artísticas e científicas; referia-se à sucessão dos bens de estrangeiro existentes do Brasil. A Constituição de 1967 previa a transmissibilidade por herança dos direitos de autor sobre obras literárias, artísticas e científicas; versava sobre a sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil; e estabelecia o imposto de transmissão, inclusive resultante de sucessão *causa mortis*. A Constituição de 1969 (disfarçada de Emenda Constitucional 01/1969) se referia à transmissibilidade por herança do direito de autor, ao imposto de transmissão *causa mortis* e à sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização*, op. cit., p. 252.

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, a teoria que adotamos sobre o fundamento e a função da herança nos leva a considerar que os titulares desse direito fundamental, na sua perspectiva subjetiva, são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel, 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<sup>8</sup>. 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 conclui que nos três sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe<sup>10</sup>. Para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cuius* e dos beneficiários. Por essa razão, aderimos aqui à tese da “dupla titularidade” do direito à herança; na contramão de alguns setores doutrinários, não a consideramos absurda<sup>11</sup>.

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 art. 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura constituição-código<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003, p. 161.

<sup>9</sup> 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. Ver: TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. *Alabama Law Review*, v. 61, n. 2, 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*.

<sup>10</sup> KREICZLER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012, p. 497.

<sup>11</sup> GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015, p. 93.

<sup>12</sup> ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005, p. 11.

Semelhantemente, Gustavo Tepedino criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”<sup>13</sup>. Tepedino 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 pena de se eternizarem “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”<sup>14</sup>. Para ele, 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”<sup>15</sup>.

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 já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela<sup>16</sup>. 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 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)<sup>17</sup>. Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma

---

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n. 28/29, jul./dez. 2008, p. 206.

<sup>14</sup> 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, 2008, p. 363.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 364.

<sup>16</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 574.

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39-41; LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 48, 2017, p. 147-149. 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.

distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte)<sup>18</sup>. Ainda que aceitássemos uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do art. 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<sup>19</sup>. 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<sup>20</sup>. Assim sendo, consideramos que a Constituição protege diretamente e amplamente todo o fenômeno hereditário.

### *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)<sup>21</sup>. José Carlos Vieira de Andrade menciona que podemos encontrar na doutrina as expressões “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo caráter” ou mesmo “dupla função”, sempre

---

<sup>18</sup> Cabe aqui a referência a Pietro Perlingieri, 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 (...)”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

<sup>19</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

<sup>20</sup> MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. *Feminist Legal Studies*, v. 19, 2011, p. 231.

<sup>21</sup> A este respeito, mencionamos Daniel Sarmiento, 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”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

se referindo às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; o autor português critica, porém, a inconsistência com que os conceitos são usados<sup>22</sup>. Nesse sentido, Vieira de Andrade 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<sup>23</sup>.

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.

A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem, com certo consenso, a existência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. 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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>. 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”<sup>26</sup>. Apesar da importância da perspectiva objetiva do direito fundamental à herança, o presente artigo não se debruçará sobre ela; focar-nos-emos exclusivamente na perspectiva subjetiva.

Para os fins desta pesquisa, referimo-nos à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais no sentido de estes serem entendidos, ressalvadas suas

---

<sup>22</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2001, p. 110.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 111.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, 2015, p. 149.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais*, p. 106.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 150.

peculiaridades<sup>27</sup>, como direitos subjetivos. José Carlos Vieira de Andrade identifica dois aspectos na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais<sup>28</sup>. Por um lado, o aspecto funcional refere-se ao reconhecimento da existência (e consequente 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, “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”<sup>29</sup>. Ainda segundo o mencionado 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”<sup>30</sup>. A intensidade dessa justiciabilidade, no entanto, varia de acordo com a normatividade de cada direito fundamental<sup>31</sup>. Precisamos, então, verificar como o titular do direito à herança pode tutelar judicialmente tal direito.

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”<sup>32</sup>. Nas seções seguintes, analisaremos o direito fundamental à herança com base nessa teoria, para compreendermos a natureza do seu conteúdo.

### O direito fundamental à herança como um “direito a algo”

Robert Alexy sustenta que um “direito a algo” pode ser compreendido como uma relação tríplice, cujos elementos são o titular do direito, o seu destinatário e o seu objeto<sup>33</sup>. Ele ainda afirma que “o objeto de um direito a algo é sempre uma

---

<sup>27</sup> 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. *Id.*, p. 116.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 115.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 158.

<sup>31</sup> *Id.*, p. 160.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 4. tiragem. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 193. Recomendamos também a leitura da obra de José Joaquim Gomes Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993, p. 537-540.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 194.

ação do destinatário”, caso contrário não haveria sentido em se referir a este sujeito. Levando essa afirmação em consideração, poderíamos classificar a herança como um direito a algo? O titular do direito à herança pode exigir um agir do destinatário desse direito? Em caso positivo, qual seria essa ação exigível, decorrente do direito à herança? Para respondermos a essas questões, devemos considerar que a ação do destinatário objeto de um “direito a algo” pode ser negativa (uma abstenção) ou positiva (um fazer). Com base nessa distinção, em se tratando do Estado como destinatário, temos, respectivamente, “direitos de defesa” e “direitos a ações positivas”<sup>34</sup>.

Os direitos de defesa, que se referem a uma ação negativa do Estado, dividem-se em “direitos ao não embaraço de ações”, “direitos à não afetação de características e situações” e “direitos à não eliminação de posições jurídicas”<sup>35</sup>.

Quando Alexy menciona a defesa contra o embaraço, ele se refere à proteção que um titular de um direito fundamental tem contra suas ações serem impedidas ou dificultadas<sup>36</sup>. Na esteira da teoria de Alexy, aqui nos referimos a impedimentos ou dificuldades fáticas<sup>37</sup>. Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica<sup>38</sup>.

Dessa forma, podemos imaginar o direito fundamental à herança atuando no sentido de proteger o seu titular de ser faticamente impedido ou dificultado de exercer a sua condição de sucessor. Assim, por exemplo, seria inconstitucional uma norma que exigisse a finalização do inventário e partilha dos bens para que os herdeiros pudessem residir no imóvel deixado pelo *de cuius*. Da mesma forma, vemos uma violação ao direito fundamental à herança quando, por força da morosidade do Judiciário, a alienação de bens do acervo hereditário, dependente de autorização judicial<sup>39</sup>, é retardada excessivamente a ponto de tais bens sofrerem profunda desvalorização ou até mesmo perecerem. Da perspectiva do

---

<sup>34</sup> *Id.*, p. 195-196.

<sup>35</sup> *Id.*, p. 196-199.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 196.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 198.

<sup>38</sup> Assim, não estamos falando da circunstância de o Estado tornar determinadas ações juridicamente impossíveis pela derrogação das normas constitutivas de determinado ato jurídico; essa hipótese específica diz respeito a privar os sujeitos de uma determinada situação jurídica. Os direitos a que isso não ocorra são direitos à não eliminação de posições jurídicas, sobre os quais trataremos mais à frente.

<sup>39</sup> Código Civil de 2002, art. 1.793, § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

sucedido, ilustrativamente, haveria embaraço e conseqüente violação aos seus interesses em relação à herança se o Estado lhe impusesse desarrazoadas limitações aos atos de disposição *post mortem*. Isso evidentemente não significa que qualquer limitação ao ato de testar seja inconstitucional; mas que tais limitações devem ser justificadas racionalmente por outros interesses constitucionalmente relevantes em jogo. Nesse sentido, na medida em que o direito à herança não é absoluto, à luz do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses, admitimos a existência de restrições tanto qualitativas quanto quantitativas à autonomia privada testamentária.

Os direitos de defesa também podem se referir à proteção contra a afetação, por parte do Estado, de certas características e situações do titular do direito; exemplo de característica protegida seria “ser saudável”, e de situação, a “inviolabilidade do domicílio”<sup>40</sup>. Entretanto, devemos ter em mente que essa proteção não é absoluta. A título ilustrativo, a inviolabilidade domiciliar é afastada em determinados casos, nos quais outros interesses são considerados mais relevantes do que o consentimento do morador, como flagrante delito, desastre, necessidade de prestação de socorro ou determinação judicial<sup>41</sup>. Assim, por exemplo, a vontade manifestada pelo sucedido em relação à sua herança é inviolável, desde que compatível com os demais interesses protegidos pelo ordenamento jurídico – entre eles, a solidariedade familiar. Se houver essa compatibilidade, contudo, o Estado não poderá afetar o conteúdo do testamento.

Por fim, os direitos a uma abstenção do Estado podem se referir à proteção contra a eliminação, pelo Estado, de determinadas posições jurídicas do titular do direito. O exemplo dado por Robert Alexy, com fundamento na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, é o do proprietário, cujo direito carece necessariamente de conformação jurídica pelas normas que definem a propriedade<sup>42</sup>. Se as normas que juridicizam a propriedade são derogadas, elimina-se a posição jurídica abstrata de proprietário, ou seja, a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transferir a propriedade sobre determinados objetos, ou ainda a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietário<sup>43</sup>. Nesse sentido, o direito a uma posição jurídica se consubstancia na proteção contra a derrogação das normas correspondentes<sup>44</sup>.

É bem fácil enxergar o direito fundamental à herança enquanto um “direito a algo”, no sentido de um direito a uma posição jurídica. A posição jurídica

---

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 199.

<sup>41</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, XI.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 199.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 200.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 201.

abstrata de herdeiro não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de a herança ter sua fonte diretamente na Constituição, esse direito precisa ser conformado infraconstitucionalmente para que sejam determinados as titularidades e os poderes a ele relacionados. Consequentemente, ao legislador não é dado revogar as normas que cumprem esse papel, ao menos sem editar nova legislação para tanto; o vácuo normativo daí decorrente seria incompatível com a Constituição Federal.

Por outro lado, conforme a teoria de Robert Alexy, os “direitos a algo”, quando têm por objeto um “fazer” por parte do destinatário, consistem em direitos a posições positivas, que por sua vez podem ser divididas em ações positivas fáticas ou normativas<sup>45</sup>. Para as primeiras (que também podem ser designadas direitos a prestações em sentido estrito), é irrelevante a forma adotada pelo Estado para satisfazer o direito; para as segundas, o Estado deve necessariamente atuar pela criação de normas<sup>46</sup>.

Existe alguma ação positiva fática a se exigir do Estado relacionada com o direito à herança? Existem vozes doutrinárias no sentido de que o Estado deveria realizar a todos o pagamento de uma subvenção ou uma transferência a título gratuito de bens que fariam a vez de um acervo hereditário, a todos assegurado. Seria o caso de se reconhecer a herança enquanto um direito fundamental a uma prestação positiva fática. Por exemplo, com base no jusnaturalismo, Thomas Paine<sup>47</sup> defendia a criação de um Fundo Nacional que assegurasse a todas as pessoas, ao atingirem 21 anos, o recebimento de uma soma de 15 libras, bem como 10 libras por ano para os maiores de 50 anos<sup>48</sup>. Para Paine, esses valores seriam devidos a qualquer pessoa, rica ou pobre, pois todos teriam um direito natural à herança<sup>49</sup>. Entretanto, ainda que esta ideia seja pertinente para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, não nos parece que esse tenha sido o cenário imaginado pelo constituinte ao positivar o art. 5º, XXX. Não identificamos neste dispositivo a fonte de um direito constitucional a receber gratuitamente patrimônio, pago pelo Estado, na medida em que tal medida de redistribuição de riqueza, apesar dos seus aparentes méritos, foge completamente à ideia de sucessão *causa mortis*.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Id.*, p. 202.

<sup>47</sup> Obviamente, Thomas Paine escreveu sua obra em um contexto totalmente distinto do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Britânico, ele participou da Independência dos Estados Unidos e ainda teve influência substancial na Revolução Francesa. *Agrarian Justice*, ora referenciado, foi escrito na França. Entretanto, a sua proposta guarda relação com a ideia de herança enquanto direito a prestação fática positiva por parte do Estado.

<sup>48</sup> PAINE, Thomas. *Agrarian Justice*. 1795. Disponível em: <<http://piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018, p. 10.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 11. “It is not charity but a right, not bounty but justice, that I am pleading for.” *Id.*, p. 15.

Por outro lado, conseguimos ver na herança um direito a ações positivas normativas. Haverá uma inconstitucionalidade por omissão (tutelável judicialmente, portanto) sempre que o Estado for inerte no seu dever de atuar na criação de normas que assegurem o exercício do direito à herança. Assim, em primeiro lugar, o legislador deve conformar o fenômeno hereditário (quem é sucedido, quem é sucessor, em que se sucede). Além disso, o Estado tem o dever de preencher lacunas legislativas decorrentes de novas situações fáticas, como o surgimento de novas pessoas com pretensões à herança (caso da reprodução assistida *post mortem*); ou de novos objetos sobre os quais a sucessão pode se operar (como foi o caso, no passado, dos direitos de autor e como hoje há a necessidade, por exemplo, de se melhor regular a transmissão *causa mortis* de acervos eletrônicos, criptomoedas, páginas de redes sociais, entre outros bens intangíveis existentes na era digital). Do mesmo modo, devem ser editadas normas que protejam a condição de herdeiro indevidamente não reconhecida, ou para a recuperação de bens da herança indevidamente sob a posse alheia – sob esse aspecto, elogiável a inclusão da petição de herança no Código Civil de 2002<sup>50</sup>.

Ainda com relação à herança enquanto um direito a ações positivas normativas, também cabe ao Estado editar normas procedimentais que facilitem o exercício dos direitos hereditários; como exemplo, podemos mencionar a Lei n. 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário e partilha por via administrativa<sup>51</sup>. A morosidade do inventário judicial é um obstáculo ao pleno exercício do direito à herança, sendo o prazo de 12 meses para o seu encerramento<sup>52</sup> texto de lei sem qualquer efetividade social, um caso típico de legislação-álibi; esse cenário foi de certa forma atenuado com a possibilidade de se inventariar extrajudicialmente o acervo hereditário. É claro que não se trata de um sistema perfeito, à prova de falhas. Por exemplo, como os Tabelionatos não são órgãos jurisdicionais, não estão sujeitos às regras de competência, inclusive aquelas relacionadas à herança<sup>53</sup>. Assim, os interessados não precisam realizar o inventário extrajudicial no domicílio do autor da herança nem no foro de situação dos bens; identificamos aqui um terreno fértil para a fraude, como por exemplo a exclusão dolosa de um ou mais interessados no procedimento<sup>54</sup>. Apesar disso, o avanço

<sup>50</sup> Arts. 1824 a 1828.

<sup>51</sup> Por essa mesma razão, foi aprovado na VII Jornada de Direito Civil o Enunciado 600, segundo o qual “após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial”. Apesar de a legislação (art. 610, *caput* do Código de Processo Civil de 2015) excluir da via administrativa os casos em que há testamento, no cenário descrito no enunciado não há qualquer justificativa para a imperatividade da adoção da via judicial.

<sup>52</sup> Art. 611 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>53</sup> Art. 48 do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>54</sup> Tivemos que esperar quase uma década para que, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, as instituições financeiras se sentissem à vontade para aceitar o levantamento, com base

social decorrente do sistema da Lei n. 11.441/2007, no sentido de exercício efetivo do direito fundamental à herança, é inegável. Entendemos assim que, com base na proibição do retrocesso<sup>55</sup>, seria inconstitucional a abolição do inventário extrajudicial.

No mesmo sentido de ações normativas positivas que facilitam o exercício dos direitos hereditários, devemos destacar a possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na Lei n. 6858/1990<sup>56</sup> – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria claro retrocesso social.

### O direito fundamental à herança como uma “liberdade”

No contexto da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, seguindo a doutrina de Robert Alexy, utilizaremos a palavra “liberdade” na acepção de liberdade jurídica<sup>57</sup>. A base do conceito de liberdade é constituída “por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade”<sup>58</sup>. De acordo com Alexy, somente podemos falar em liberdade jurídica quando o objeto desta for uma alternativa de ação; o conceito não se refere ao que o titular deve fazer ou irá fazer, mas sobre as suas possibilidades de fazer (e, semelhantemente, de não fazer) algo<sup>59</sup>. Assim, por exemplo, quando nos referimos à liberdade (jurídica) de expressão, estamos tratando da permissão jurídica para que o titular expresse a sua opinião, bem como para que ele deixe de fazê-lo<sup>60</sup>. Porém, para Alexy, a simples permissão do fazer (ou não fazer) algo constitui, por si só, uma liberdade não protegida<sup>61</sup>. Uma liberdade somente poderá ser considerada protegi-

---

na escritura pública de partilha, dos valores nelas depositados em nome do *de cuius*. Não por outra razão, a possibilidade teve de vir expressa no art. 610, § 1º, *in fine* do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>55</sup> A respeito da proibição do retrocesso em matéria social, cuja análise em maior profundidade foge ao objeto da presente investigação, recomendamos a obra organizada por Christian Courtis. COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 220.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 222.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 226.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 227.

da quando for “constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida”<sup>62</sup>.

Na doutrina de Robert Alexy, a liberdade pode ser protegida em face do Estado tanto negativamente quanto positivamente<sup>63</sup>. No primeiro caso, a proteção se dá pelo direito ao não embaraço de ações, ao qual correspondem proibições de ações que embaracem as liberdades fundamentais. Por outro lado, a proteção é positiva quando se combina a liberdade com o direito a uma ação positiva, no sentido de se “tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que a ele é permitido e, nesse sentido, juridicamente possível”<sup>64</sup>.

A princípio, da perspectiva do sucessor, o direito à herança é essencialmente um direito a um *status* jurídico, não a alternativas de ação. Todavia, existem liberdades conexas a este *status* de herdeiro, a começar pela própria margem de deliberação a respeito de aceitar essa condição ou a ela renunciar – não existe *dever* à herança<sup>65</sup>.

Quanto ao sucedido, é mais fácil verificar o direito à herança enquanto uma liberdade jurídica no sentido empregado por Alexy, ou seja, uma alternativa de ação. Ao sujeito é dada a possibilidade de fazer testamento, negócio jurídico em que pode manifestar aquela que será considerada a sua última vontade. Obviamente, também é dada ao sujeito a possibilidade de não fazer testamento; *a priori* não existe dever jurídico de testar<sup>66</sup>. Ademais, a liberdade de testar não é uma simples permissão; trata-se de uma liberdade protegida. A ação permitida (elaborar um testamento) é regulamentada por diversas normas de direito objetivo que garantem o ato de disposição por parte do testador – em especial, todo o Título III do Livro V do Código Civil de 2002. Por essa razão, aderimos ao reconhecimento do ato de testar como um direito fundamental implícito no âmbito de proteção do art. 5º, XXX da Constituição Federal<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> *Id.*, p. 233.

<sup>63</sup> *Id.*, p. 234.

<sup>64</sup> *Id.*, p. 234.

<sup>65</sup> Devemos mencionar a hipótese de renúncia prejudicial a credores. No art. 1.813 do Código Civil de 2002, o legislador estabelece de forma atécnica uma aceitação da herança pelos credores do renunciante. Na verdade, o que ocorre na situação é uma ineficácia da renúncia em relação a esses credores prejudicados, no limite dos seus créditos. Não há aceitação forçada e o renunciante jamais será considerado herdeiro.

<sup>66</sup> Considerando as potenciais insuficiências do modelo *one size fits all* de sucessão intestada, reconhecemos a possibilidade de a ordem de vocação hereditária prevista na lei ser insuficiente para, no caso concreto, contemplar com quinhão hereditário determinadas pessoas próximas ao autor da herança por vínculos de afeto, cuidado ou dependência. Nesses casos, enxergamos certo dever do sucedido de prover por testamento em favor dessas pessoas que, por deficiência da legislação, não foram chamadas à sucessão.

<sup>67</sup> RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020.

## O direito fundamental à herança como uma “competência”

Por fim, os direitos fundamentais, em sua perspectiva subjetiva, podem se apresentar como competências, sejam do cidadão, sejam do Estado. Em relação aos indivíduos, as “competências” constituem um terceiro grupo de posições jurídicas fundamentais ao lado dos “direitos a algo” e das “liberdades”. De acordo com Robert Alexy, “por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada”, seja pela criação de normas (tanto individuais quanto gerais) ou pela alteração das posições jurídicas daqueles indivíduos submetidos às normas<sup>68</sup>.

A alteração de situação jurídica é essencial à noção de competência. Com base nisso, Alexy distingue competência e permissão: “uma ação que seja meramente a realização de algo permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, o que é perceptível pela diversidade de ações permitidas que não implicam alteração de uma situação jurídica”<sup>69</sup>. Apesar disso, a alteração da situação jurídica, por si só, não é um critério adequado para distinguir competência de capacidade fática. Atos delituosos modificam situações jurídicas sem, no entanto, que sua prática seja considerada como exercício de competência<sup>70</sup>. Dessa forma, para Alexy, o exercício de uma competência se dá por meio de ações institucionais, isto é, “ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas”<sup>71</sup>. Essa natureza constitutiva das normas de competência serve de parâmetro diferenciador em relação às normas de conduta, pois estas últimas simplesmente qualificam ações, estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades<sup>72</sup>. Nesse contexto, é essencial que compreendamos que os institutos jurídicos de Direito Privado (como, por exemplo, o casamento e a propriedade) são “complexos de normas formados essencialmente por normas de competência”<sup>73</sup>.

Existe uma relação entre liberdades e competências: a atribuição de competências a alguém cria novas (e, portanto, aumenta o número de) alternativas de ação disponíveis a esse sujeito. Na medida em que um indivíduo só é juridicamente livre para realizar um ato jurídico quando há uma norma que lhe atribua a competência para o fazer, “o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz”<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 236.

<sup>69</sup> *Id.*, p. 237.

<sup>70</sup> *Id.*, p. 238.

<sup>71</sup> *Id.*, p. 239.

<sup>72</sup> *Id.*, p. 240.

<sup>73</sup> *Id.*, p. 245.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 246.

Um claro exemplo em que vemos o direito fundamental à herança enquanto uma competência é, do ponto de vista do sucedido, a competência para fazer testamento. O testador altera a situação jurídica dos sucessores, em especial modificando, dentro de certos limites, o esquema legal de distribuição do patrimônio hereditário. Assim, para ficar nos exemplos mais comuns, ele tem a liberdade de chamar quem originalmente não seria chamado, ou de aumentar o quinhão de alguém que originalmente receberia menos. O ato de testar é uma competência porque se dá por meio de ações institucionais, na medida em que pressupõe regras que lhe regulamentem e deem eficácia jurídica às disposições testamentárias.

De acordo com Robert Alexy, há competências que gozam da qualidade de direitos fundamentais (e, portanto, da proteção daí advinda), como aquelas relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado, por exemplo, a competência para se casar, para constituir associação, para adquirir propriedade ou para testar<sup>75</sup>. Existe, assim, uma proteção contra a ação do legislador, direcionada à eliminação ou à alteração substancial desses institutos jurídicos de Direito Privado. Essa proibição de eliminação das competências relacionadas aos institutos jurídicos de Direito Privado consubstancia o núcleo da chamada “teoria da garantia de institutos”<sup>76</sup>. Nessa perspectiva, as competências para adquirir herança e para testar, por exemplo, são protegidas contra as ações legislativas tendentes a as eliminar.

Por fim, em relação à competência do Estado, as normas de direito fundamental, em perspectiva subjetiva, atuam como normas negativas de competência<sup>77</sup>. Elas conferem ao indivíduo um âmbito de não sujeição ao Estado, dentro do qual o Estado não tem competência para agir. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado, poder constituído que é, só pode agir dentro dos limites que lhe foram determinados pelo poder constituinte<sup>78</sup>. Os direitos fundamentais, em sentido subjetivo, consubstanciam uma dessas limitações, retirando do espaço de atuação estatal certos interesses constitucionalmente considerados dignos de tutela e proteção. Com base nessa perspectiva, consideramos que, ao vedar em regra a disposição testamentária em favor do concubino, o Estado ultrapassa os seus limites de atuação, violando tanto a liberdade de testar do sucedido casado quanto o direito a ser sucessor por parte do seu concubino<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> *Id.*, p. 244.

<sup>76</sup> Concebida por Martin Wolff, em seu *Reichsverfassung und Eigentum*, e aperfeiçoada por Carl Schmitt, em seu *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 247.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>79</sup> Art.1.801, III. Ressalvamos que o tópico requer estudo aprofundado em momento próprio.

Por outro lado, no estabelecimento dos institutos da indignidade e da deserdação não há, em tese, violação a essa norma negativa de competência, uma vez que a exclusão da sucessão se fundamenta na proteção a outros interesses que, nas respectivas hipóteses, o legislador razoavelmente compreendeu que devem prevalecer em detrimento da herança.

## CONCLUSÃO

No presente artigo, estudamos a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança. Observamos as consequências decorrentes da constitucionalização dos tradicionais institutos de direito privado, em especial a eficácia de conformação em relação a todo o ordenamento infraconstitucional. Notamos ainda que a Constituição Federal de 1988 inovou ao elevar expressamente o direito à herança ao patamar de fundamental. Inferimos ainda que este direito é marcado por uma dupla titularidade: o sucedido tem direito a deixar herança, o sucedido tem direito a receber herança.

Compreendemos que os direitos fundamentais, inclusive a herança, têm duas distintas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. Aprendemos que, de acordo com a perspectiva objetiva, a herança integra uma ordem de valores objetivos da sociedade brasileira; por outro lado, de acordo com a perspectiva subjetiva, trata-se de direito subjetivo dos seus titulares.

Com base nas lições de Robert Alexy, notamos que, em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desdobram-se entre (a) direitos a algo; (b) liberdades; e (c) competências. Desse modo, depreendemos que a herança, enquanto direito a algo, pode ser tanto um direito de defesa quanto um direito a uma prestação positiva. Como direito de defesa, a herança protege os sujeitos de fenômeno sucessório contra o embaraço de suas ações, contra a afetação de suas situações e contra a eliminação de suas posições jurídicas. Uma das principais consequências de tais conclusões é a percepção de que a herança não pode ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, e a revogação das respectivas normas infraconstitucionais sem a edição de dispositivos que as substituam configuraria inconstitucionalidade decorrente do retrocesso social. De outro modo, como direito a uma prestação positiva, visualizamos especificamente o dever de uma atuação normativa do Estado para assegurar o exercício da herança. Por outro lado, tanto enquanto liberdade como enquanto competência, concluímos que no âmbito de proteção do direito à herança existe a tutela ao direito de testar. Do mesmo modo, concluímos que a herança igualmente representa uma competência negativa para o Estado, no sentido de um espaço de titularidade dos sujeitos dentro do qual os poderes constituídos não podem atuar.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 4. tiragem. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra, PT: 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.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, PT: Almedina, 1993.
- COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, 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*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 48, 2017.
- MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. *Feminist Legal Studies*, v. 19, 2011.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.
- PAINÉ, Thomas. *Agrarian Justice, 1795*. Disponível em: <<http://piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- 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.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020.

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

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

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

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, 2008.

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

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las teorías y la practica. 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.

*Data de recebimento: 14/09/2020*

*Data de aprovação: 28/10/2020*