

CÍNTIA BURILLE

HERANÇA DIGITAL

LIMITES E POSSIBILIDADES
DA SUCESSÃO CAUSA
MORTIS DOS BENS DIGITAIS

2ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA HERANÇA À VIDA PRIVADA

*Há quem viva nesta vida
poupando tudo que tem,
se preocupando em deixar
carro, casa ou outro bem.
Mas lhe digo uma verdade:
bom mesmo é deixar saudade
no coração de alguém.*

(Bráulio Bessa)

A primeira parte deste livro destina-se, necessariamente, a uma análise dos direitos fundamentais de herança e da vida privada, previstos nos incisos XXX e X, do artigo 5º da Constituição Federal, respectivamente. Dessa forma, no que tange ao direito de herança, importa verificar seu conceito, o objeto e a justificação histórica da sucessão privada, com o intuito de identificar os limites desse instituto, a fim de diferenciar situações patrimoniais daquelas existenciais ou

personalíssimas. Posteriormente, adentra-se no estudo dos direitos da personalidade, com foco na tutela das situações jurídicas existenciais e na (im)possibilidade de limitação voluntária, quanto à transmissibilidade e à renunciabilidade de tais direitos, com o fito de compreender as razões pelas quais o ordenamento jurídico os protege, inclusive da própria transmissão hereditária. Por derradeiro, apresenta-se uma releitura do alcance da privacidade, partindo-se da ideia originária – *the right to be let alone* – até a contemplação da privacidade atualmente, voltada à proteção de dados pessoais. Ainda, examinam-se a autonomia existencial e os limites de disposição à vida privada, à luz da garantia constitucional de liberdade, vinculada à própria dignidade humana.

2.1 DIREITO DE HERANÇA: CONCEITO, ORIGEM E LIMITAÇÕES

Importa, neste ponto inicial, compreender algumas noções relativas ao direito sucessório. Parte-se da concepção da sucessão privada e da recepção do direito de herança como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. Posteriormente, perpassasse-se na evolução histórica dos fundamentos justificadores da temática, que encontra no direito à propriedade não apenas sua razão, mas a decorrência lógica deste. Após, diferenciam-se as expressões terminológicas sucessão *causa mortis* e herança, distinguindo-se, desta última, quais as relações jurídicas que se transmitem aos herdeiros por força da morte do titular, se somente as patrimoniais ou também as extrapatrimoniais.

2.1.1 Conceito e justificação histórica da sucessão privada

O direito hereditário ou das sucessões se traduz em um complexo de princípios pelos quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir¹. Muito embora no mundo jurídico o uso da palavra sucessão esteja ordinariamente relacionado ao evento morte², há de se atentar ao fato de que a definição do vocábulo suceder não está vinculada, necessariamente, ao fim da vida³. A origem etimológica de suceder vem do latim *succedere* e significa “substituir”, ou “ocupar cargo ou lugar deixado por outra pessoa”⁴. Trata-se, portanto, da substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica.

Na acepção jurídica da palavra, constata-se o emprego do vocábulo em sentido amplo e restrito. Em sentido amplo, sucessão é sinônimo de transmissão e pode ocorrer tanto por vida (*successio inter vivos*) quanto por morte (*successio causa mortis*), e acontece quando a relação jurídica inicialmente estabelecida por determinados titulares passa, pela sucessão, a

-
1. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
 2. Inocêncio Galvão Telles refere que “a sucessão por excelência é a transmissão por morte. Daí chamar-se direito das sucessões ou direito sucessório ao complexo normativo que a rege.” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 32).
 3. Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o fenômeno sucessório é extremamente corriqueiro nas relações jurídicas e transcende o campo do Direito das Sucessões.”. Segundo os autores, o vocábulo sucessão comporta diferentes significados por se tratar de uma expressão plurívoca e não unívoca, não se restringindo, com isso, à esfera da transmissão de herança (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020, p. 30).
 4. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=suceder>. Acesso em: 15 set. 2021.

outros⁵. Em sentido restrito (ou próprio), designa a transmissão em decorrência da morte de um dos sujeitos da relação jurídica⁶, categoria que interessa ao direito sucessório.⁷

Muito embora exista tal diferenciação, o autor português Inocêncio Galvão Telles⁸ refere que há uma forte tendência em se empregar à palavra sucessão a acepção em sentido restrito (sucessão *causa mortis*)⁹. Tal propensão decorre da importância e complexidade que essa forma de transmissão assume, visto que se está a falar da transmissão de todo o patrimônio de uma pessoa, cujo titular não se encontra mais neste plano para manifestar seus desejos ou esclarecer suas intenções.¹⁰

De todo modo, verifica-se que a sucessão jurídica é *mortis causa* ou *inter vivos*, a depender do fato que lhe der

-
5. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
 6. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6.
 7. Nesse sentido, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirmam que “emprega-se o vocábulo sucessão em sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam.” (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20).
 8. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
 9. O próprio nome conferido à área específica do direito (direito das sucessões ou direito sucessório), reforça essa tendência referida pelo autor. Não há a necessidade, *a priori*, em incluir a informação *causa mortis*, para saber que se trata da transmissão em razão da morte de alguém. O Código Civil de 2002 confirma essa tendência, pois, quando adentra na temática da sucessão hereditária, limita-se a nomear: “Livro V - Do Direito das Sucessões”.
 10. TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

origem¹¹. Importa, para fins desta obra, o que toca ao direito das sucessões: a sucessão *causa mortis*, cuja definição é prescrita por Clóvis Beviláqua como “a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor”¹².

Com o decesso de alguém, inaugura-se aquilo que, atualmente, entende-se por direito das sucessões, oportunidade em que as relações jurídicas daquele que faleceu são transferidas a outras pessoas¹³. Tal possibilidade, da sucessão *causa mortis*, encontra fundamento no direito de propriedade e função social, preconizado nos incisos XXII¹⁴ e XIII¹⁵ da Constituição Federal.

No entanto, nem sempre esse elo existiu. Sob o prisma da Ciência do Direito, a disciplina do fenômeno da sucessão *causa mortis* é relativamente recente¹⁶. Isso porque, nos primórdios da organização social, quando não havia o reconhecimento da propriedade privada, a morte de uma pessoa não importava em qualquer modificação da situação de seu

-
11. A *successio inter vivos* refere-se a pessoas, ambas vivas, e a *successio causa mortis* a um fato, a morte (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996).
 12. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 17.
 13. ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 21-22.
 14. Artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal: é garantido o direito de propriedade.
 15. Artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal: a propriedade atenderá a sua função social.
 16. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020.

patrimônio¹⁷. Dessa forma, somente com o reconhecimento da propriedade privada passou-se a verificar a necessidade de criação de um ramo específico do Direito Privado, a fim de regulamentar aos sucessores a transmissão do patrimônio de alguém que faleceu.¹⁸

No entanto, antes de ser econômico, o fundamento mais antigo de que se tem notícia a respeito do fenômeno da transmissão sucessória é de ordem cultural e religiosa. Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que “o sucessor ocupava o lugar do *pater familias* falecido, dele herdando tanto o poder sobre o núcleo familiar regido pelo acervo patrimonial quanto as obrigações religiosas, tornando-se o responsável pelo culto aos antepassados e aos deuses domésticos.”¹⁹

-
17. Sob este ponto, esclarece Carlos Silveira Noronha que “a justificativa plausível, naquela época, para a inexistência da propriedade privada e, conseqüentemente, a da sua intransmissibilidade mediante o instituto da herança residia no fato de não haver uma consciência firmada acerca dos direitos da personalidade atribuídos ao homem.” (NORONHA, Carlos Silveira. Reflexões doutrinárias acerca do direito das sucessões. In: NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As novas perspectivas do direito das sucessões: em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 6).
 18. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020.
 19. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 333. A autora explica que o culto familiar a que se refere não é místico – forma como é apresentado por Numa Denis Fustel de Coulanges –, embora seja autenticamente religioso. A religião dos romanos antigos era, singelamente, um sistema de crenças que não repousava no mundo dos mortos, ou no além, mas tão somente nesta vida e neles mesmos. Trata-se de “um sistema de símbolos que reafirma a maneira como aquela família – ou ao menos as pessoas que a comandavam – construía sua própria identidade.” (HIRONAKA, 2014, p. 113). É esse tipo de culto que tomava cada família em Roma, no interior da qual, quando se falava em deuses, não se falava com o sobrenatural nem com o além, mas unicamente consigo mesmo.

Assim, muito embora a aquisição do patrimônio não fosse a finalidade principal e direta da sucessão hereditária, mas efeito suplementar da soberania doméstica²⁰, a permanência do patrimônio, a ânsia pela sua integridade e pela manutenção de sua continuidade eram vistas como as atividades mais importantes e destacadas do sucessor²¹. Nesse período, importa destacar que a propriedade do morto era recolhida e transmitida ao primogênito varão²². Tais configurações, ensina Numa Denis Fustel de Coulanges, mantinham a família poderosa e impediam a divisão de fortuna entre os filhos²³.

Com o passar dos tempos e o surgimento da propriedade individual no lugar do patrimônio familiar, o direito romano perde sua finalidade sacra e familiar²⁴. A família deixa de ser o ponto de abastecimento e o agente produtor de uma riqueza organizada a partir da produção agrícola, e a chefia familiar cede a um poder essencialmente econômico e individual.

-
20. MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
 21. Ibidem. Ensina Giselda Hironaka que “o patrimônio era o grande fundamento da vida do romano; justamente por isso, ele empenharia todos os seus talentos em adquirir e preservar esse patrimônio, o que independe, todavia, da prática religiosa. Essa prática apenas reafirma a identidade com o patrimônio e o interesse em preservá-lo.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 113).
 22. A regra do direito de progeneritura consistia “no direito de o filho mais velho ficar com a totalidade da herança, ou com a maior parte desta em relação aos outros herdeiros do mesmo grau.” (OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 7).
 23. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.
 24. ZANNONI, Eduardo Antonio. *Derecho civil: derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

Com o falecimento do proprietário dos bens, o domínio desse acervo passa a ser transferido aos sucessores.²⁵

Nesse contexto, muito embora a correlação inicial entre transmissão sucessória e fundamentos de ordem religiosa, biológica ou antropológica²⁶, é de se reconhecer que “o Direito das Sucessões emerge como corolário, consequência lógica e natural, do caráter perpétuo do direito à propriedade, garantindo a sua manutenção mesmo após o falecimento do proprietário”²⁷. Como ensina Orlando Gomes, não é preciso recorrer a construção artificial para justificar o direito hereditário; a sucessão *causa mortis* encontra sua justificação “nos mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica

25. Em Roma, a sucessão testamentária era a forma principal de sucessão *causa mortis* (ao contrário do mundo atual, em que a regra é justamente a sucessão legítima). (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202). Numa Denis Fustel de Coulanges relata que somente no final da fase imperial romana, com Justiniano, implantou-se a sucessão legítima. (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009).

26. Maria Helena Diniz lembra que “há autores, como D’Aguano, que procuram justificar o fundamento científico do direito sucessório nas conclusões da biologia e da antropologia atinentes ao problema da hereditariedade biopsicológica, segundo a qual os pais transmitem à prole não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, resultando daí que a lei, ao garantir a propriedade pessoal, reconhece que a transmissão hereditária dos bens seja uma continuação biológica e psicológica dos progenitores. Semelhantemente Cimbali funda o direito das sucessões na continuidade da vida através de várias gerações.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 6, p. 5).

27. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020, p. 57.

e a extrema, direta e lógica consequência. Esse, o seu fundamento racional.”²⁸

Para além da evolução histórica dos fundamentos justificadores do Direito das Sucessões, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka demonstram que o próprio instituto encontra envoltivos opostos, destacando-se, em uma linha, os socialistas, e em outra, os jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau. Para os socialistas – contrários à propriedade privada especialmente sobre os bens de produção –, a sucessão hereditária nada mais é do que um incentivo às injustiças e desigualdades entre os homens, que concentra riquezas nas mãos de poucos, além de prestigiar a indolência e preguiça, nocivas ao desenvolvimento produtivo e econômico indispensáveis à sociedade. Os jusnaturalistas, de outro modo, consideram a sucessão *causa mortis* uma criação do direito positivo, podendo ser eliminado a qualquer tempo, se assim for de interesse às conveniências sociais.²⁹

A par dos que o atacavam, porém, o instituto da sucessão hereditária sempre encontrou defensores, advogando com fundamentos acatáveis a sua conservação³⁰. Entre eles, Clóvis Beviláqua, que se contrapõe à oposição com o argumento de não ser somente por egoísmo que o indivíduo busca amealhar e conservar a riqueza, maior estímulo é o cuidado com a prole e o cônjuge, a fim de lhes assegurar a base econômica da existência:

28. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 23.

29. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

30. BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1967. v. 1.

É preciso ter a vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência é parte da lei.³¹

Não obstante, Washington de Barros Monteiro³² constata que propriedade que se extingue com a morte do respectivo titular sem a transmissão aos sucessores não é propriedade, mas sim mero usufruto³³. Não por outra razão que “a perpetuidade da propriedade traz consigo a reboque a transmissão sucessória”³⁴, ou seja, a sucessão *causa mortis* tem o condão

-
31. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 16.
 32. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 6.
 33. Paolo Grossi refere que *propriedade* deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem. (GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) Nesse sentido, Ricardo Alves de Lima corrobora tal entendimento quando expõe que “o termo propriedade, tomado ora de forma mais ampla – em referência a todo um leque de relações jurídicas radicadas *in re* –, ora de forma mais restrita – em referência àquele direito real específico de propriedade –, remete à consolidação teórica do *meu* jurídico e tem se ressignificado de acordo com a contingência histórica e as transformações de base social e econômica sobremaneira.” (LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da sucessão: tutela e limites à autonomia privada na sucessão causa mortis*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 37).
 34. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020, p. 57.

de conferir estabilidade ao direito de propriedade privada, viabilizando sua plenitude.

Entre os contemporâneos, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sustenta a necessidade de alinhar o Direito de Família ao de propriedade, eis que o fundamento da transmissão *causa mortis* não estaria apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mas, ainda e principalmente, no fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família³⁵.

Para Dolor Uchoa Barreira, é de compreensão intuitiva que, no sistema capitalista, não se justificaria a supressão do direito sucessório, tampouco a eliminação de seu conteúdo individualista³⁶. Importa, contudo, que a análise do direito sucessório seja realizada de acordo com a política legislativa de cada nação, considerada a posição socioeconômica estabelecida pelo Estado³⁷.

35. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

36. BARREIRA, Dolor Uchoa. *Sucessão legítima*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1967. v. 1. A autora chama a atenção ao fato de que, “mesmo nos países onde o socialismo de Estado se tem imposto, não foi excluída dos quadros do direito civil a sucessão hereditária, a despeito de sua redução quantitativa, por força da política fiscal que a onera pesadamente. E, como ninguém ignora, na própria Rússia comunista, a herança, que a Revolução de Outubro abolira, voltou a ser admitida, dentro de limites razoáveis.” (Ibidem, p. 20). Com a derrocada do estado soviético, a Constituição da Federação da Rússia, de 1993, retratando outros valores, consolidou o direito sucessório, após afirmar o direito à propriedade (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020).

37. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não apenas prevê o direito à propriedade como direito fundamental aos brasileiros e aos estrangeiros (artigo 5º, *caput*) – compreendido como o direito de adquirir propriedade, de vir a ser proprietário –, mas também garante como direito fundamental o direito de propriedade, interpretado “como titularidade do direito subjetivo de propriedade que possibilita exigir a abstenção de todos no sentido de não intervirem no seu domínio com os consectários das faculdades de uso, fruição e disposição”³⁸.

Assim, como reflexo direto do direito de propriedade, a Constituição Federal de 1988³⁹ igualmente garante como direito fundamental o direito de herança⁴⁰. No entanto, mais do que isso, a sucessão *causa mortis* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista

38. OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 24. Tal garantia do direito de propriedade como direito fundamental encontra seu complemento limitador ou relativizador no inciso XXIII do artigo 5º. da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o princípio da função social da propriedade. A previsão constitucional de que “a propriedade atenderá a sua função social” transformou o instituto, superando-se “a ideia do direito de propriedade como uma relação de caráter absoluto, imprescritível e natural entre a pessoa e a coisa.” (LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da sucessão: tutela e limites à autonomia privada na sucessão causa mortis*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 41).

39. José Maria Leoni Lopes de Oliveira elucida que essa garantia não vinha prevista expressamente como direito fundamental nas Constituições brasileiras anteriores, que se limitavam “a referir especificamente: a) ao direito sucessório dos imperadores; b) ao direito sucessório em relação aos direitos dos autores; c) ao direito de o Estado cobrar imposto causa mortis; d) à sucessão de estrangeiro.”. (OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 25).

40. Importa referir que, no sistema jurídico brasileiro, a herança é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental e, por conseguinte, de cláusula pétrea, que não pode ser afrontada sequer pelo poder constituinte derivado (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020).

individual ou coletivo, conforme preceituam os artigos 1º., inciso III⁴¹, e 3º., inciso I⁴², da Constituição Federal de 1988.

Porém, o direito fundamental de herança acaba por desaguar em outros princípios constitucionais, como o da liberdade, na medida em que o ordenamento atribui ao autor da herança liberdade de dispor de seus bens, mas limita o exercício desse direito no princípio da solidariedade familiar, uma vez que a lei garante a intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários⁴³. Além disso, é preciso ressaltar que a garantia constitucional refere-se ao direito de herança, e não ao direito à herança, o que, conforme elucidado por Gustavo Henrique Baptista Andrade, não se trata apenas de uma distinção semântica:

Uma observação que merece ser destacada na redação do inciso XXX do art. 5º da Constituição é de ordem sintática e diz respeito ao uso da preposição “de” ao invés da preposição “a” na expressão nele contida. De fato, garantiu-se o direito de herança e o direito à herança. Não obstante a pouca importância no que diz respeito à linguística, já que ambas as utilizações são corretas, é forçoso reconhecer que a expressão ‘direito de herança’ traz em si carga de objetividade compatível com boa técnica legislativa. O direito de herança está afeto aos destinatários anteriormente indicados, quais sejam, herdeiros, Estado e todos os demais

41. Artigo 1º. da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...].”

42. Artigo 3º. da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...].”

43. OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

cidadãos; liga-se à lei que deve regulamentá-lo; e também por óbvio ao autor da herança. A norma tratou de garantir o instituto jurídico da herança. Caso o legislador tivesse optado por usar a preposição ‘a’, transformando a expressão em ‘direito a herança’, a norma dirigir-se-ia de maneira muito clara aos herdeiros.⁴⁴

Ou seja, ao contrário do que se possa extrair de uma leitura desatenta do inciso XXX do artigo 5º da Constituição Federal, o direito fundamental de herança não contempla apenas os herdeiros legítimos e necessários de quem morreu, mas também se refere “aos herdeiros testamentários, aos legatários e, principalmente, ao autor da herança, a quem deve ser garantido o pleno exercício de todos os poderes atinentes ao domínio”⁴⁵.

Com isso, quer-se dizer que, muito embora o direito de herança figure como direito fundamental – concretizado pelo legislador ordinário que estabelece seu conteúdo, a forma de seu exercício e seus limites, no Livro V do Código Civil de 2002 –, não se trata de um direito absoluto⁴⁶. Dessa forma,

44. ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Foco, 2019. p. 51-52.

45. DELGADO, Mário Luiz. *Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio*. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 6.

46. Aharon Barak afirma que a inexistência de cláusulas explícitas de limitação de direitos constitucionais não os torna absolutos, devendo tais direitos ser interpretados conforme o sistema jurídico como um todo, sendo a relatividade dos direitos constitucionais inerente ao conceito de democracia. O autor aponta também que, se uma constituição deseja tornar um direito absoluto, deverá fazê-lo explicitamente, citando como exemplo a Lei da República Federal Alemã, que considera absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana. Expõe, no entanto, que a maioria dos tribunais constitucionais considera os direitos constitucionais relativos, ou seja, passíveis de limitação (BARAK, Aharon. *Proportionality*. Cambridge University Press: Cambridge, 2012).