

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ana Carolina de Mari Rocha Benício Carvalho

A HERANÇA FORÇADA E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA DO TESTADOR:
Uma análise crítica sobre a imposição da legítima

Belo Horizonte
2022

Ana Carolina de Mari Rocha Benício Carvalho

**A HERANÇA FORÇADA E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA DO TESTADOR:
Uma análise crítica sobre a imposição da legítima**

Versão final

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Mariana Alves Lara

Belo Horizonte
2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

Carvalho, Ana Carolina de Mari Rocha Benício
C331h A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador
[manuscrito]: uma análise crítica sobre a imposição da
legítima / Ana Carolina de Mari Rocha Benício Carvalho.
- 2022.
150 f.: il.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito
Bibliografia: f. 142-150.

1. Direito civil - Teses. 2. Direito de família - Teses.
3. Herança e sucessão - Teses. 4. Testamentos - Teses. I. Lara,
Mariana Alves. II. Universidade Federal de Minas Gerais -
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.67(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA ANA CAROLINA DE MARI ROCHA BENÍCIO CARVALHO

Realizou-se, no dia 08 de julho de 2022, às 14:00 horas, Auditório Francisco Luiz, 16º andar, Prédio I da Faculdade de Direito da UFMG, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A HERANÇA FORÇADA E SEUS REFLEXOS NA AUTONOMIA DO TESTADOR: Uma análise crítica sobre a imposição da legítima*, apresentada por ANA CAROLINA DE MARI ROCHA BENÍCIO CARVALHO, número de registro 2020657915, graduada no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Mariana Alves Lara - Orientador (UFMG), Prof(a). Fábio Queiroz Pereira (UFMG), Prof(a). Walsir Edson Rodrigues Junior (PUCMinas).

A Comissão considerou a dissertação:


Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 08 de julho de 2022.

Prof(a).  Mariana Alves Lara (Doutora) nota 100.

Prof(a).  Fábio Queiroz Pereira (Doutor) nota 100.

Prof(a).  Walsir Edson Rodrigues Junior (Doutor) nota 100.

*Ao nosso Senhor Jesus Cristo, porque Dele, por
Ele e para Ele são todas as coisas.
Ao meu marido, Pedro Benício, com quem
herdarei os bens celestiais.
Aos meus pais e irmã.
À doce memória de minha avó Eloísa.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me sustentado até aqui e ter permitido que eu concluísse esta dissertação.

Agradeço imensamente ao meu marido, Pedro Benício, meu primeiro leitor, revisor, crítico e comentarista, que não poupou esforços para debater comigo desde as vírgulas aos contrapontos de cada uma das ideias presentes nesta pesquisa. Não tenho como mensurar toda a sua inestimável ajuda e todo o seu apoio sempre presente. Obrigada por ter ouvido com paciência todas as minhas dúvidas e inquietações e por me motivar todas as vezes em que meu próprio ânimo falhou. Obrigada pela compreensão nos momentos em que precisei me ausentar para concluir o trabalho e por ter feito de tudo para que a minha escrita fosse a mais leve possível.

Agradeço aos meus pais, Jaime e Márcia, por terem me incentivado e apoiado no sonho de fazer Mestrado desde à época da graduação. Obrigada por sempre acreditarem em mim, estarem presentes e fazerem o possível para que eu alcance cada um dos meus objetivos, com o amor e o carinho que lhes são tão característicos.

Agradeço efusivamente à minha Orientadora, Professora Mariana Lara, por toda a orientação ao longo desta pesquisa. Obrigada pelas considerações, sempre tão precisas e tão valiosas, e pela pronta disposição em todos os momentos. Obrigada pelo atendimento sempre solícito aos meus inúmeros pedidos de reunião e por ter me oferecido muito mais do que uma orientação acadêmica, por ter acreditado em mim como pesquisadora do Direito.

Agradeço aos Professores Fábio Queiroz, Walsir Rodrigues e Giordano Bruno, por terem gentilmente aceito o convite para compor a banca de qualificação e a banca de defesa desta pesquisa. Obrigada por cada uma das arguições e considerações feitas na banca de qualificação, as quais foram de inestimável valor para o aprimoramento das ideias que compõem este trabalho final.

“E disse-lhe um da multidão: Mestre, dize a meu irmão que reparta comigo a herança. Mas ele lhe disse: Homem, quem me pôs a mim por juiz ou repartidor entre vós?”
Lucas 12:13-14.

Resumo

Diante do atual contexto social e jurídico, esta dissertação examina se a manutenção da herança forçada no Brasil ainda é adequada e se traduz como a melhor opção para garantir os fins almejados pela sua imposição. Para tanto, buscou-se analisar criticamente os fundamentos invocados para justificar a legítima, bem como sua estrutura e função. Também se refletiu sobre os limites da intervenção do Estado brasileiro no tocante à autonomia do testador, ao mesmo tempo em que se procedeu a uma investigação acerca da própria autonomia privada, do direito de propriedade e da funcionalização deste último no contexto sucessório. Adicionalmente, foram investigados outros modelos sucessórios mais flexíveis que conferem maior autonomia ao testador sem desamparar seus herdeiros necessitados. Por meio de vertentes metodológicas jurídico-dogmáticas e descritivo-indutivas, concluiu-se pela inadequação da legítima ao ordenamento jurídico brasileiro quando contrastada com os novos arranjos sociais e com outros modelos que se demonstram mais constitucionalmente adequados e protetivos. Após a referida conclusão, com a confirmação da necessidade de mudança em relação ao sistema sucessório atual, foram apresentados alguns subsídios para a construção de um modelo teórico que sirva de base à uma discussão legislativa sobre o tema no Brasil.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Legítima. Autonomia do testador.

Abstract

In the current social and legal context, this dissertation examines whether the maintenance of the forced heirship in Brazil is still adequate and an option to achieve the aim by its imposition. Therefore, the reasons invoked to justify the forced heirship were critically analyzed, as well as its structure and function. The limits of the Brazilian State intervention in the autonomy of the testator were also reflected together with an investigation of private autonomy and of the functionalization of property right in the succession law. Additionally, more flexible and protective succession models were investigated. Through methodological-dogmatic and descriptive-inductive approaches, it was concluded that forced heirship is inadequate to Brazilian Law in comparison with the new social groups and with other more adequate and constitutional models. After the conclusion, with the confirmation of the need to change the current succession system, some elements were presented for the construction of a theoretical model that serves as a basis for a legislative debate about the subject in Brazil.

Keywords: Succession Law. Forced heirship. Autonomy of the testator.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 – Expectativas de vida em idades exatas, variação em ano do período e tempo médio de vida – Brasil – 1940/2019	p.70
Gráfico 1 – Tempo médio vivido pelos indivíduos ao completar idades exatas – Brasil – 1940 e 2019	p. 70

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	18
1.1 Breve explanação sobre as origens da legítima	18
1.2 A imposição da legítima no Brasil	25
1.3 A tríade argumentativa da Herança Forçada	31
1.3.1 Os ideais da propriedade familiar e da solidariedade intergeracional	31
1.3.2 Os princípios e as garantias constitucionais	40
1.3.3 A tradição jurídica e as adaptações da legítima.....	42
1.4 A demanda por mudanças	44
2 CRÍTICAS AOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA SOB O PRISMA DA AUTONOMIA PRIVADA	46
2.1 A autonomia privada e seus reflexos no fenômeno sucessório	47
2.2 A solidariedade e a propriedade familiar no cenário atual	56
2.2.1 A verdadeira solidariedade familiar	56
2.2.2 Imposição <i>versus</i> voluntariedade nas relações familiares	62
2.2.3 As famílias contemporâneas	68
2.3 Outras interpretações dos princípios e garantias constitucionais	75
2.3.1 O direito de herança.....	75
2.3.2 O direito de propriedade e a função social	81
2.4 Uma tradição paternalista	88
3 EM BUSCA DE MODELOS SUCESSÓRIOS ALTERNATIVOS	93
3.1 Panorama geral	94
3.2 A <i>family provision</i> inglesa.....	96
3.3 América latina – Considerações gerais.....	102
4 REFLEXÕES SOBRE UMA POSSÍVEL REFORMA DA LEGÍTIMA NO BRASIL	111
4.1 Visão crítica do modelo sucessório atual	112
4.2 Algumas propostas de reforma do direito sucessório.....	116
4.2.1 Propostas legislativas e o PL 3.799/2019	116
4.2.2 Propostas doutrinárias	120
4.3 Elementos essenciais à reforma do direito sucessório brasileiro.....	127
4.3.1 A natureza das provisões hereditárias e os arts. 1.700 e 1.920 do Código Civil.....	129
4.3.2 Legitimidade ativa para requerer as provisões hereditárias.....	131

4.3.3 Prazo para requerer as provisões hereditárias.....	133
4.3.4 Fixação das provisões hereditárias e fração de contenção	134
4.3.5 Formas de prestação das provisões hereditárias	136
4.4 Críticas prévias e reflexões sobre os tópicos reformistas abordados.....	137
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

INTRODUÇÃO

Dylan Thomas, um dos maiores poetas do século XX, apontou brilhantemente em seu poema *Do not go gentle into that good night* a inevitabilidade da morte e a ineficácia dos protestos que se façam contra ela. Escreve o poeta galês:

Não adentre a noite apenas com ternura
A velhice queima e clama ao cair do dia
Fúria, fúria contra a luz que já não fulgura [...]¹.

Parece ser da natureza humana, ainda que debilmente, insurgir-se contra o agulhão da morte. Algumas pessoas, como se desejassem ser ouvidas não pela voz, mas por seu eco fúnebre, prescrevem direitos e obrigações que ressoem para além do abismo que divisa mortos e vivos. Há quem se enfureça contra a colheita sempre prematura que a morte trata de levar a cabo inflexivelmente - porque por mais que se viva, nunca se vive o suficiente -, e, com o tempo que lhe resta, procura vingar com bondade a maldade que está para sofrer. Há também quem se enfureça não somente contra a morte, mas igualmente contra os vivos, os quais reputa indignos de receber alguma fração de um patrimônio que não descera à cova. Para tantos outros, viver como se não houvesse morte é o melhor insulto ao mal inescapável, o qual normalmente é exprimido com os lacônicos dizeres “não deixou testamento”.

Com fúria ou não, apenas com ternura ou com qualquer outro sentimento, a morte, fenômeno natural que a todos envolverá no seu abraço gélido, apresenta-se invariavelmente como fato jurídico.

Muitos são os desdobramentos que se iniciam com o fim da vida da pessoa natural e de sua jacente personalidade jurídica. Apesar de ser *dies ad quem* para aquele que se vai, a morte é ao mesmo tempo *dies a quo* para aqueles que sucedem ao que se foi, pois, a partir do momento em que alguém falece, algumas de suas relações jurídicas devem ser titularizadas por outras pessoas. Eis o fenômeno sucessório.

Assim como os demais aspectos da vida humana, a morte também tem sido compreendida de múltiplas formas ao longo dos séculos e, especialmente na Era Contemporânea, vem sendo alvo de um novo processo de ressignificação. A partir do advento

¹ Tradução nossa. Texto original: “*Do not go gentle into that good night, / Old age should burn and rave at close of day; / Rage, rage against the dying of the light*”. THOMAS, Dylan. *Do not go gentle into that good night*. *Botteghe Oscure*. Roma, 1951.

de tecnologias disruptivas, temas como herança digital², testamentos virtuais³, recriação de pessoas mortas por meio de inteligência artificial⁴, cemitérios digitais⁵, túmulos com QR Code⁶, dentre vários outros assuntos que ocupam – e atormentam – o homem contemporâneo são amplamente discutidos em nossa sociedade.

No entanto, a despeito do fascínio natural provocado pelas potencialidades da tecnologia moderna, a presente pesquisa se dedica a um dos instrumentos mais antigos da sucessão: o testamento, negócio jurídico unilateral que expressa as disposições de última vontade do *de cuius*.

A verdade é que todas as pessoas morrem e nada podem levar consigo. Por isso, a lei faz previsões acerca do que deve ocorrer com o patrimônio deixado por aqueles que se vão. Na maior parte dos sistemas jurídicos, existem dois modelos de sucessão: aquela que é determinada por disposições *causa mortis* consubstanciadas no testamento do falecido de acordo com a sua vontade, e a sucessão *ab intestato*, regulada exclusivamente pela lei, que presume a vontade do

² Expressão que tem sido utilizada para designar o conjunto de informações, dados, sons, imagens, vídeos, gráficos, textos, arquivos computacionais e qualquer outra forma de conteúdo de propriedade do usuário, armazenado em dispositivos computacionais, independentemente do suporte utilizado, inclusive os armazenados remotamente, em aplicações de internet ou em outros sistemas acessíveis por redes de comunicação e que estão gerando polêmicas acerca de sua sucessão ou não. Ver BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 365/2002*. Dispõe sobre a herança digital. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151903>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:06h.

³ Existem grandes apostas em torno da possibilidade de testamentos feitos por meio de mídias audiovisuais passarem a ser permitidos no Brasil. Ver, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1.689/2021, de autoria da Deputada Alê Silva, que está em trâmite na Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.689/2021*. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:08h.

⁴ Quanto a esse assunto existem vários exemplos, desde o filme *Rogue One: Uma História Star Wars*, que recriou digitalmente o rosto de um ator morto há mais de 20 anos, à mãe que “reencontrou” a filha morta por meio de realidade virtual. Ver REDAÇÃO. *Rogue One: Veja como ator morto há 20 anos foi “ressuscitado” no filme*. Uol. 17/06/2020. Disponível em: <<https://observatoriodocinema.uol.com.br/filmes/2020/06/rogue-one-veja-como-ator-morto-ha-20-anos-foi-ressuscitado-no-filme>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:05h e VIEIRA, Nathan. Mãe “re encontra” filha morta graças a realidade virtual. *Canaltech*. 11/02/2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/bizarro/mae-reencontra-filha-morta-gracas-a-realidade-virtual-160298/>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:05h.

⁵ Algumas redes sociais, como o Facebook, por exemplo, permitem a indicação de um “contato herdeiro” para administrar a conta de usuários falecidos. O perfil das pessoas que assim optarem é então transformado em um “memorial” e os seus amigos podem postar homenagens e fotos na página do falecido. Também é possível que a conta de um usuário falecido seja transformada em memorial, mesmo sem a indicação de um contato herdeiro. Ver FACEBOOK. *O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?*. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:07h.

⁶ Veja-se o caso, por exemplo, do cemitério Nossa Senhora do Desterro, em Jundiaí (SP), que tem colocado QR Codes nos túmulos de famosos da cidade que estão lá enterrados. Quando alguém escaneia o código pelo celular, é direcionado para uma página que funciona como uma espécie de memorial da pessoa falecida, contando sua história, e com homenagens de parentes e fotos. Ver TV Vem. *QR Code em sepulturas ajuda a divulgar histórias de pessoas em cemitério de Jundiaí*. G1. 02/11/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/11/02/sepulturas-com-qr-code-permitem-que-visitantes-conhecam-historias-de-pessoas-em-cemiterio-de-jundiai.ghtml>>. Acesso em 25/05/2022 às 07h.

de cuius e enumera os membros da família que receberão em propriedade o patrimônio do falecido.

Ocorre que, na maioria das jurisdições, mesmo com a possibilidade de se fazer um testamento, o testador não pode dispor da totalidade de seus bens porque uma fração de seu patrimônio, chamada no Brasil de legítima, é reservada para alguns herdeiros que a lei designa como necessários. Dessa forma, o testador só pode determinar, conforme a sua autonomia privada, o destino de parte dos seus bens.

Assim ocorre porque a legítima é concebida como um instituto de proteção à família, porque permite assegurar a conservação dos bens no mesmo núcleo familiar, e aos herdeiros, uma vez que, além de impedir que eles sofram ameaças de não receberem nada por parte do autor da herança, também assegura a igualdade objetiva entre eles⁷.

No Brasil, a legítima está disciplinada pelo art. 1.846 do Código Civil. Nele, prevê-se que metade dos bens da herança pertencem aos herdeiros necessários, quais sejam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

A parcela de propriedade do testador que será reservada varia consideravelmente a depender do ordenamento jurídico que a institui, podendo ser encontrada, a título exemplificativo, a reserva de metade do patrimônio do *de cuius* no Brasil (art. 1.846 do Código Civil) e na Venezuela (art. 884 do Código Civil da Venezuela), e de três quartos no Chile (art. 1.184 do Código Civil do Chile), na Colômbia (art. 1242 do Código Civil da Colômbia) e no Equador (art. 1.207 do Código Civil do Equador).

Em outros países, a legítima varia de acordo com as classificações dos herdeiros necessários, como na Argentina e no Peru, em que dois terços da herança são reservados para os descendentes e metade para os ascendentes (art. 2.445 do Código Civil e Comercial da Argentina e art. 725 e 726 do Código Civil do Peru).

As limitações à liberdade de testar podem, portanto, variar em intensidade conforme a opção legislativa adotada por cada país.

Seja como for, é certo que as normas que regem a disposição testamentária são precedidas por uma construção que, para além de jurídica, tem natureza sociocultural.

Em algumas sociedades que organizam o uso dos bens de forma coletiva, a propriedade, ou grande parte dela, é revertida a favor do Estado. Assim, a figura do testamento perde uma fração significativa de seu sentido a partir da coletivização da propriedade privada, já que o ato

⁷ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 507.

de testar pressupõe “uma personalidade individual, autônoma, e um patrimônio transmissível, por ato da vontade, que vence o aniquilamento físico da morte”⁸.

Assim, para alguns autores, como Carlos Maximiliano, o direito de testar foi se ampliando com a passagem de regimes de características feudais para regimes industriais, momento em que houve uma preeminência da liberdade individual sobre o organismo familiar⁹.

De qualquer modo, a partir de uma estruturação da sociedade centrada no indivíduo, a sucessão, como explica Marius de Waal, passou a ter uma função econômica, qual seja a de regular a transferência de patrimônio por ocasião da morte de uma pessoa e a de garantir que a propriedade receba a destinação elegida pelo falecido dentro dos limites legais, e uma função social, associada à manutenção e à proteção da família enquanto unidade social, de modo que se assegure que a propriedade seja transferida de forma legal e, tanto quanto possível, igualitária. Exatamente por isso, o Direito das Sucessões é diretamente influenciado por tendências sociais relacionadas à família¹⁰.

Dessa forma, o problema do balanceamento entre a autonomia do testador, titular do patrimônio que será transmitido, e a proteção da família possui especial relevância nesse ramo do Direito.

No entanto, a despeito das transformações substanciais ocorridas nas relações familiares ao longo do tempo, o direito sucessório brasileiro, continua engessado em uma rigorosa estrutura conceitualista, extremamente abstrata e descompassada da realidade¹¹. Em outras palavras, “a cada novo avanço do Direito de Família, em reconhecimento às transformações experimentadas na realidade social, o Direito das Sucessões vai se tornando mais ultrapassado”¹². E não apenas as mudanças em torno da família provocam a necessidade de revisão do direito sucessório, mas também todas as novas configurações sociais, econômicas e tecnológicas que têm posto em evidência a insuficiência de suas normas¹³. Basta verificar que, apesar de todas as alterações em relação às composições familiares, os institutos clássicos da

⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 139.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 360.

¹⁰ de WAAL, M. J. A Comparative Overview. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgh: Edimburgh University Press, 2007. p. 2

¹¹ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, abr - jun 2019, p. 212.

¹² SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 212 e 213.

¹³ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimônio, cit., p. 484.

sucessão (como a legítima e a sucessão testamentária), continuam regidos basicamente pelas mesmas regras e princípios do Código Civil de 1916¹⁴.

Não é por menos que a legítima atual, meramente matemática e abstrata, tem revelado sua crescente incompatibilidade com os valores conformadores e caracterizadores das famílias contemporâneas.

Nesse cenário, a compatibilização entre a atual realidade social brasileira e as regras da sucessão, sobretudo em vista das restrições à autonomia privada do testador ensejadas pelo instituto da herança forçada, impõe-se como um verdadeiro desafio. Diante da modificação dos antigos fundamentos da legítima, como defendido por Jan Peter Schmidt¹⁵, sobretudo de suas motivações morais, entende-se que a herança forçada representa uma limitação injustificada na autonomia do testador. Nesse cenário, verifica-se a necessidade de aperfeiçoamento do sistema sucessório brasileiro, de modo que seja concebido um regime que privilegie a liberdade de testar sem excluir a necessária assistência aos dependentes do *de cuius* que se encontrem em situação de vulnerabilidade econômica.

Partindo dessa hipótese, o problema desta pesquisa se encontra circunscrito pela adequação ou inadequação da manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, buscou-se examinar os limites da intervenção do Estado na disposição de bens *causa mortis* e a possibilidade de adoção de sistemas alternativos para lidar com a destinação dos bens do *de cuius*.

A hipótese foi examinada sob o marco teórico doutrinário de que a sucessão hereditária, tal como regulada hoje no Direito brasileiro, pode ser aperfeiçoada de maneira a mitigar a intervenção estatal em favor da autonomia privada do testador. Em especial, as razões citadas por Jan Schmidt¹⁶ e Antonio Aloy¹⁷ para a atual insustentabilidade dos fundamentos da herança forçada serviram de sustentáculo para este marco.

Assim, a pesquisa objetivou analisar criticamente os fundamentos da imposição da legítima no Direito brasileiro, de modo a compreender até que ponto o Estado pode usurpar as prerrogativas que, de outro modo, pertenceriam exclusivamente ao indivíduo titular dos bens.

Sob outro aspecto, a presente pesquisa também teve por finalidade não somente o estudo das nuances que envolvem a espinhosa relação existente entre a herança forçada e a autonomia

¹⁴ VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*. Dissertação de Mestrado. UNI7. Fortaleza, 2017, p. 15.

¹⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019.

¹⁶ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit.

¹⁷ ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: *Indret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2007.

privada, mas também o estudo da *mens legis* da positivação da legítima, a qual sintetiza em si tanto o motivo quanto o escopo da vigência do instituto no Brasil. Tal estudo se fez peculiarmente importante para fins de verificação dos fundamentos, da estrutura e da função da legítima, bem como da sustentabilidade do instituto no Direito Civil atual à luz do ordenamento jurídico.

A investigação partiu de análise doutrinária e legislativa por meio de vertentes metodológicas jurídico-dogmáticas e descritivo-indutivas. Para o desenvolvimento da pesquisa, foram utilizados dados primários e secundários, a partir da leitura de fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias, bem como de produções científicas e ensaios sobre o tema.

O trabalho intenciona contribuir ao Direito das Sucessões brasileiro no que tange à sucessão testamentária. O estudo é relevante para a compreensão dos reflexos que a imposição da legítima gera na autonomia patrimonial das pessoas e na liberdade de testar, especialmente em contraste a outros ordenamentos jurídicos, nos quais soluções mais flexíveis podem ser encontradas.

A pesquisa também pretendeu fornecer subsídios que sirvam à construção de um modelo teórico para a discussão legislativa do tema no Brasil.

O trabalho foi dividido em quatro momentos principais. O primeiro deles é dedicado à apresentação dos fundamentos da legítima e das razões de sua imposição no país. Em seguida, procedeu-se a uma análise filosófica sobre a autonomia do testador e os limites a ela impostos pela legítima. Em um terceiro momento, levantou-se uma discussão acerca de outros modelos sucessórios, sobretudo o modelo inglês, que, por seu caráter mais flexível, difere-se significativamente do sistema sucessório brasileiro. Por fim, apresentam-se reflexões acerca de uma hipotética reforma da legítima no Brasil, buscando-se articular as ideias desenvolvidas nas etapas anteriores com a análise da razoabilidade de uma modificação legislativa no tocante à sucessão testamentária, de forma a sintetizar as conclusões encontradas ao longo do estudo.

1 OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

1.1 Breve explanação sobre as origens da legítima

Para uma reflexão crítica mais contundente acerca do instituto que é objeto desta pesquisa, bem como dos fundamentos que o sustentam, é necessário que se faça uma incursão, ainda que breve, aos fatos históricos que remontam às origens da legítima. Como assinala Pontes de Miranda, para um tratamento honesto das múltiplas questões que o direito sucessório semeia à vida, “teremos de recorrer, constantemente, à Sociologia e à História. Só assim poderemos ter a *consciência das fontes*, que são heterogêneas e, só assim, chegaremos à apreensão do fio funcional que os dispositivos hodiernos possuem”¹⁸. Tal observação não poderia ser mais precisa para o presente estudo, uma vez que a imposição da legítima em um ordenamento jurídico - ou a sua ausência - é categoricamente influenciada por valores extrajurídicos que se alteram conforme os tempos e os lugares.

Como exposto na introdução, a pesquisa se debruça sobre um dos institutos que permeiam o fenômeno sucessório, pelo qual uma porção da herança é reservada, por força legal, a determinados parentes do *de cuius*. Na terminologia jurídica espanhola e portuguesa, a instituição dessa herança forçada é designada pelo termo *legítima* que, segundo Jan Schmidt, encontra suas raízes no Direito Romano¹⁹ - *portio legitima*. Quanto a esse ponto terminológico, é importante destacar que, apesar da imprecisão linguística, a “legítima” não se confunde com a “sucessão legítima”, de modo que esta se trata de uma modalidade sucessória, ao passo que aquela compreende a porção de reserva forçada da herança²⁰.

Há muito o que se falar a respeito da origem e da evolução da legítima, sobretudo porque a sua construção, enquanto instituto sociológico e jurídico, tornou-se um verdadeiro paradigma para o direito sucessório de muitos ordenamentos jurídicos e contribuiu para o desenvolvimento dos outros institutos da sucessão – como a colação, por exemplo²¹.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Tomo LVIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p.6.

¹⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019, p. 14.

²⁰ Uma possível forma de evitar eventuais confusões entre os termos “legítima” e “sucessão legítima” seria, por exemplo, chamar esta última de “sucessão legal”, isto é, aquela modalidade sucessória que se dá conforme a ordem estabelecida pela lei e não pela vontade do *de cuius*.

²¹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019, p. 103.

Não obstante, por uma questão metodológica, serão traçados de forma mais extensa as características da legítima advindas do Direito Romano. Assim ocorre porque é nesse ordenamento que o instituto encontra as suas origens mais remotas, havendo muitos traços preservados em ordenamentos jurídicos da contemporaneidade²². Como observa Diego Papini Lima, a maioria das nações que instituíram a legítima “parecem apenas ter transliterado o produto final de seu desenvolvimento em Roma”²³.

Assim, pode-se afirmar que a legítima atualmente existente no Brasil é resultado da evolução da legítima romana.

Testar, em Roma, representava um dever sagrado²⁴ e os herdeiros instituídos no testamento gozavam de um apelo religioso e de um forte senso de continuidade da personalidade do *de cuius*²⁵, de tal forma que era considerado uma desonra que um *paterfamilias* morresse intestado²⁶.

É a partir dessa ideia que alguns autores, como Fustel de Coulanges, afirmam que o princípio da hereditariedade surgiu em Roma: “assim como o filho é o natural e obrigatório continuador do culto, da mesma forma herda também os bens”²⁷.

O ato de testar era revestido de tanta sacralidade que “a morte se tornava menos assombrosa para um romano se ele tivesse a certeza de que sua unidade familiar seria perpetuada”²⁸. A liberdade de testar, nos períodos arcaico e pré-clássico da sociedade romana, era vista como “uma consequência natural do poder absoluto do chefe de família, que o direito e a religião envolviam num halo de prestígio superior”²⁹. Era por isso que fazer um testamento

²² ZIMMERMANN, Reinhard. Grenzen der Testierfreiheit – woher kommt das Pflichtteilsrecht?. *Private Law Gazette*. Hamburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, p.1-6, set/2020, p. 1.

²³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 104.

²⁴ Fustel de Coulanges, citando Cícero, explica que a religião romana prescrevia que os bens e o culto de cada família eram inseparáveis e que o cuidado dos sacrifícios deveria ser confiado àquele a quem caberia a herança. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92.

²⁵ Afinal, “o homem morre, o culto permanece [...]. Continuando a religião doméstica, o direito de propriedade permanece com ela”. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 92.

²⁶ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil. In: BRAGA, Sérgio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Org.). *Direito de família e sucessões I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 100.

²⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 93.

²⁸ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil, cit., p. 100.

²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 229.

na Roma antiga, de forma muito diferente ao que se tem na contemporaneidade, representava um ato muito mais político e religioso do que jurídico, muito mais público do que particular³⁰.

Embora pudesse testar acerca da totalidade de seu patrimônio, com o posterior desenvolvimento do *ius civile*, o testador romano passou a ser legalmente obrigado a prever uma cláusula de instituição de herdeiros em seu testamento – a chamada *heredis institutio* - para que este fosse considerado válido³¹. Um testamento que não apontasse herdeiros, mas somente indicasse legados, provavelmente, não seria reputado válido pelos pretores³². A validade do testamento também estava condicionada à menção e à deserdação expressas dos parentes do testador aos quais a lei considerava como *sui heredes*, caso estes não fossem instituídos como seus herdeiros³³. A regra se aplicava exclusivamente aos filhos homens, cuja omissão dos nomes tornava o testamento inteiramente nulo³⁴.

Os *sui heredes* adquiriam a herança independente de sua vontade, desde a abertura da sucessão³⁵. Posteriormente, no século II a. C., a *lex Furia testamentaria* passou a prever que, à exceção de alguns parentes, não poderia um herdeiro receber mais de mil ases em legado do que outro herdeiro, e a *lex Voconia* proibiu que um legatário aceitasse em legado uma porção superior ao que um herdeiro receberia no total³⁶. No ano 40 a. C., a *lex Falcidia*, que regulamentou a questão até o advento do direito justiniano, estabeleceu que o testador não poderia legar mais de três quartos do seu patrimônio, criando, então, a partir desse momento, a *quarta falcidia*³⁷.

Progressivamente, desenvolveu-se, em Roma, uma forma de impugnar o testamento que, em suas disposições, prejudicava os parentes próximos do testador em detrimento de outros parentes ou legatários – a chamada *querela inofficiosi testamenti*³⁸. Inoficioso era considerado

³⁰ Fustel de Coulanges menciona que a propriedade no Direito Romano “surge de tal modo inerente à religião doméstica que uma família não podia renunciar nem a uma nem a outra” e que “a propriedade privada era uma instituição da qual a religião doméstica não podia prescindir”. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 89 e 85.

³¹ RÜFNER, Thomas. Testamentary Formalities in Roman Law. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p 9.

³² RÜFNER, Thomas. Testamentary Formalities in Roman Law, cit., p 9.

³³ CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*. 30 ed. rev. e acrescida com casos práticos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 273

³⁴ RÜFNER, Thomas. Testamentary Formalities in Roman Law, cit., p 11.

³⁵ CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 277. Já os herdeiros “voluntários” ou “externos”, só se tornavam herdeiros caso assim desejassem, tendo o direito de ficar “estranhos à sucessão”. Eles não recebiam a herança de pleno direito, mas apenas mediante um ato de vontade denominado adição de herança. CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 278.

³⁶ LAFUENTE, Francisco Espinar. *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 21.

³⁷ LAFUENTE, Francisco Espinar. *La herencia legal y el testamento*, cit., p. 22.

³⁸ JANSEN, Nils. Testamentary Formalities in Early Modern Europe. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 29.

o testamento que feria os deveres para com os parentes próximos do testador. Como explica José Cretella Júnior, quando o testador fazia um testamento privando algum ou alguns de seus familiares de receberem seus bens, “imaginava-se que deveria estar louco, no momento de dispor, visto que só assim se compreenderia que prejudicasse seus parentes próximos”³⁹.

Por conta disso, desenvolveu-se o procedimento por meio do qual o herdeiro poderia alegar que o testador violou à moralidade pública ao não lhe deixar uma porção adequada de sua propriedade⁴⁰. A querela era seguida de uma ação de petição de herança, inicialmente dirigida ao tribunal dos centúviro, na tentativa de “demonstrar que o testamento impugnado é contrário aos deveres baseados na afeição que o *de cuius* deveria ter para com seus familiares”⁴¹.

A legitimidade para propor a ação pertencia aos ascendentes, descendentes e irmãos consanguíneos do testador quando ele instituía como herdeira uma pessoa “vil” (*persona turpis*)⁴². Caso constatado como inoficioso, o testamento era considerado absolutamente nulo⁴³.

Assim, para resguardar a validade do testamento, o testador deveria instituir os herdeiros designados pela lei e legar-lhes uma parte de seus bens – a então denominada *portio debita* ou *portio legitima*⁴⁴. Inicialmente, a quantidade dessa porção era indeterminada, mas, a partir do século II d. C., por força do precedente da *lex Falcidia*, a *portio legitima* foi fixada segundo a quarta parte⁴⁵ da quota hereditária na sucessão legal⁴⁶.

³⁹ CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 274.

⁴⁰ JANSEN, Nils. *Testamentary Formalities in Early Modern Europe*, cit., p. 29.

⁴¹ CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 274.

⁴² CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 274.

⁴³ Vale ressaltar que a *querela inofficiosi testamenti* não era o único remédio para herdeiros que se sentiam prejudicados. Em Roma, também existia a chamada *querela inofficiosae donationis vel dotis*, ação criada com o intuito de impedir que, por meio de doações e dotes exagerados, o *paterfamilias* doasse grande parte de sua propriedade em vida. CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 274.

⁴⁴ CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 274.

⁴⁵ É interessante notar que há quatro variedades de quartas no Direito Romano: a *antoniniana*, a *legítima*, a *falcidia* e a *pegasiana-trebeliana*. A *quarta antoniniana* previa que o impúbere adotado emancipado pelo adotante sem motivo legítimo ou deserdado injustamente teria o direito de receber na sucessão do adotante a quarta parte do que ele teria recebido se não tivesse sido emancipado ou deserdado. A *quarta legítima* pertencia aos ascendentes e descendentes do *de cuius* e era protegida pela *querela inofficiosi testamenti* possibilitando a anulação do testamento que os privou de sua parte na herança. A *quarta falcidia* proibia o testador de legar mais de três quartos do seu patrimônio, tornando um quarto intangível, pertencente aos herdeiros necessários. Já a *quarta pegasiana-trebeliana* cabia ao fiduciário, que recebia um quarto da herança. CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*, cit., p. 285.

⁴⁶ LAFUENTE, Francisco Espinar. *La herencia legal y el testamento*, cit., p.26 e 27.

Justiniano consolidou a legítima por meio da *Novela CXV* e acrescentou, mantendo-se a *querela*, uma ação supletiva por meio da qual o parente prejudicado poderia requerer o complemento de sua porção legítima quando se encontrasse desfalcada. A porção legítima dos filhos também foi aumentada para um terço da herança, caso o número de filhos não excedesse a quatro, e, excedendo, era aumentada para a metade⁴⁷.

Como se sabe, diversos institutos jurídicos foram transmitidos pelo Direito Romano aos ordenamentos jurídicos que se sucederam após a queda do Império Romano. Com a tradição sucessória romana não foi diferente. Muitas instituições sucessórias romanas, dentre elas a legítima, foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos europeus, ainda que sob formas distintas.

Durante a Alta Idade Média, muitos povos mantiveram a noção de reserva do patrimônio do morto para os membros de sua família. Esse costume permanece também na Baixa Idade Média, sob a influência do Direito Canônico e de alguns outros costumes feudais, como os privilégios da primogenitura e da masculinidade, os quais somente foram suprimidos no contexto da Revolução Francesa⁴⁸.

María Ángeles Lucán explica que, na França, a imposição da legítima sem diferenciações qualitativas entre herdeiros em iguais posições derivou de uma conquista do princípio da igualdade da Revolução Francesa, sendo reconhecida, no Código Civil de 1804, como uma reação aos direitos do primogênito no Antigo Regime⁴⁹. A ideia era evitar o favorecimento não somente do filho primogênito, mas também dos filhos homens em detrimento das filhas⁵⁰. Assim, como igualmente explica Carlos Maximiliano, com a Revolução Francesa, a igualdade entre os filhos prevaleceu, qualquer que fosse o matrimônio do qual proviessem, o sexo ou a idade: “eliminaram o direito de primogenitura e a preferência pela masculinidade”⁵¹.

O Código Civil francês de 1804 adotou diversas características do direito romano, “consagrando a legítima como reserva da parcela do patrimônio aos parentes do *de cuius* (art. 731) – que, na redação original daquela codificação, estendia-se até o 12º grau de parentesco

⁴⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 230.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211-250, abr - jun 2019, p. 215.

⁴⁹ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 512.

⁵⁰ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 512.

⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Vol I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 151.

(art. 755)”⁵². Posteriormente, as ideias do Código se difundiram por grande parte dos países ocidentais, lançando as bases do direito sucessório contemporâneo em muitos países⁵³.

Além disso, a legítima também passou a assumir, dependendo do sistema jurídico que a adotava, acepções distintas. Sua configuração inicial no Direito Romano, por exemplo, foi como *pars hereditatis*, isto é, como herança, um direito de propriedade sobre frações do patrimônio do falecido. Nessa acepção, os herdeiros necessários assumem as relações jurídicas do *de cuius*, tornando-se proprietários de seus bens e responsáveis por suas dívidas, não recebendo, portanto, apenas um benefício econômico da propriedade, mas também o direito de co-decidir o destino dos bens.

No entanto, outra acepção da legítima, como *pars bonorum*, é utilizada em alguns ordenamentos jurídicos atualmente, como na Alemanha. Nessa interpretação, a legítima é tida como um direito de crédito dos herdeiros necessários a um valor do patrimônio do *de cuius* que deve ser exercido frente aos herdeiros testamentários ou representantes do espólio⁵⁴. Assim, os herdeiros necessários não se tornam herdeiros no sentido técnico da palavra, uma vez que eles não têm o poder de administração da propriedade, mas apenas recebem uma quantia em dinheiro correspondente ao valor de sua legítima⁵⁵.

Como observa Diego Lima, em que pese a possibilidade de suscitar uma série de questões e distinções em torno da configuração da legítima romana e da germânica, nenhuma delas é capaz de romper com a característica normativa que confirma “o monopólio da cultura jurídica romana na formulação das legítimas - ou reservas - do ocidente moderno: a absorção da matemática como premissa fundamental, particularidade oriunda da ‘matemática das quartas romanas’”⁵⁶.

Assim, mesmo as legítimas atuais que evoluíram de alguma forma da reserva germânica têm seu núcleo lógico primário originado na legítima romana, pois derivadas da mesma concepção de que “a legítima é uma ‘quota’ destinada a pessoas taxativamente especificadas”⁵⁷.

Por isso, pode-se verificar que, na maioria dos países ocidentais, a configuração normativa da legítima é, em grande parte, uma evolução e uma adaptação da legítima romana,

⁵² SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 215.

⁵³ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 215.

⁵⁴ ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Barcelona: Indret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, p. 8.

⁵⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p.7.

⁵⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 117.

⁵⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 117.

que foi se revestindo de diferentes roupagens jurídicas ao longo dos séculos, bem como ao longo dos territórios dominados por nações europeias a partir das Grandes Navegações.

As leis latino-americanas que tratam do direito sucessório, por exemplo, são, de forma geral, bastante homogêneas. Mas quando se trata da imposição ou não de uma reserva da herança, elas se dividiram em dois grupos que, curiosamente, também poderiam ser catalogados por um critério geográfico⁵⁸.

Os países da América do Sul têm, até hoje, permanecido fiéis à tradição da legítima romana trazida ao continente por seus colonizadores espanhóis e portugueses, que a mantinham em seus ordenamentos. Assim, por influência do antigo direito metropolitano, jurisdições como a Argentina, o Brasil e o Chile reservam grande parte da propriedade do testador aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente do falecido, limitando, severamente, dessa forma, a liberdade de testar.

Já as jurisdições da América Central e do México mantiveram esse regime apenas até o início do século XX, quando mudaram abruptamente para um sistema que concede maior liberdade de testar, sujeita apenas a uma espécie de “regime de alimentos” para familiares próximos que não conseguem prover o próprio sustento⁵⁹. Como observa Schmidt, “a coexistência de dois modelos quase opostos dentro de uma região tão fortemente modelada por seu passado colonial, coloca ainda mais em questão a velha noção de que o direito das sucessões é ‘distintamente moldado por peculiaridades culturais’”⁶⁰.

A perpetuação entre os regimes de herança colonial e pós-colonial na América do Sul é mais uma prova de que a reforma do direito privado dessa região, sobretudo no século XIX, foi majoritariamente caracterizada pela reafirmação da tradição colonial. A manutenção da legítima não foi uma conclusão precipitada. Os codificadores e legisladores sabiam de soluções alternativas em outras partes do mundo. A liberdade ilimitada de testar, como ressalva Schmidt, teve defensores proeminentes fortemente influenciados pela filosofia⁶¹. No entanto, ao contrário do que ocorreu na América Central e no México, as forças defensoras da legítima prevaleceram na América do Sul.

Entender os motivos dessa vitória e da manutenção da legítima no Brasil faz parte dos objetivos desta pesquisa, razão pela qual merecerá uma análise mais detida a seguir.

⁵⁸ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 2.

⁵⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 2.

⁶⁰ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 3. Tradução nossa. Texto original: “[...] the co-existence of two almost opposite models within a region so strongly shaped by its colonial past further calls into question the long-held notion that succession law is ‘distinctly moulded by cultural peculiarities’”.

⁶¹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 4 e 5.

1.2 A imposição da legítima no Brasil

No Brasil, a herança forçada não foi questionada até o início dos processos legislativos mais importantes. A imposição de uma legítima aos herdeiros necessários se consolidou como uma herança da cultura jurídica legada por Portugal que, a seu turno, foi moldada a partir de uma adaptação visigótica do direito romano⁶².

Pelo Código Visigótico, havia a imposição de uma legítima em Portugal de três quartos ou quatro quintos da herança a favor dos descendentes e ascendentes⁶³. Já no século XI d.C., porém, algumas variações locais começaram a ser vistas no país, como a previsão de quotas disponíveis de três quartos, de metade e de um oitavo do patrimônio⁶⁴.

Quando as Ordenações Afonsinas entraram em vigor em Portugal, houve uma unificação da matéria e a legítima passou a ser de dois terços⁶⁵. A mesma fração da legítima é mantida nas Ordenações Manuelinas⁶⁶ e Filipinas⁶⁷ que se seguiram⁶⁸.

Já no Brasil, mesmo após a independência política do país, no delongado aguardo da elaboração de um Código Civil pátrio, as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por D. Filipe II de Portugal, continuaram regulando as relações civis brasileiras até o início do século XX, ao lado de outras esparsas disposições normativas que foram agrupadas na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, sem que nenhuma alteração tivesse sido feita no tocante à legítima de dois terços⁶⁹.

Clovis Bevilacqua, redator do primeiro Código Civil brasileiro - que só veio a ser promulgado em 1916 -, foi um adepto declarado à herança forçada e descreveu a liberdade

⁶² SCHMIDT, Jan Peter. Intestate Succession in Latin America. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Comparative Succession Law*. Oxford: Oxford University Press, Vol. II, 2015, p. 119.

⁶³ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 293.

⁶⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 128.

⁶⁵ PORTUGAL. Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V. Livro quatro, título noventa e sete. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1786, p. 356-359. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>.

⁶⁶ PORTUGAL. Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Livro quatro, título setenta. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797, p. 178-181. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>.

⁶⁷ PORTUGAL. Ordenações e Leys do Reyno de Portugal, confirmadas, e estabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV. Livro quatro, título oitenta e dois. Lisboa: Mofteiro de S. Vicente de Fóra, 1747, p. 64. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>.

⁶⁸ É interessante notar, como ressalva Schmidt, que durante um breve período, entre 1769 e 1778, a lei portuguesa chegou a sujeitar até mesmo a parte disponível - de um terço - da herança a restrições, pelo menos no que se refere aos bens herdados. O testador só poderia atribuí-la a descendentes ou, na sua ausência, a alguns outros familiares. Bevilacqua considerou 'abusiva' essa limitação adicional da liberdade de testar - que, em conjunto com outras restrições, constituiu um ataque velado à Igreja, que era, até então, a principal destinatária dos legados *causa mortis*. SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 8.

⁶⁹ Art. 1.008: “Os herdeiros necessários tem direito á duas partes dos bens do testadôr, que só pôde dispor da sua terça. Devem sêr instituídos, ou desherdados, expressamente”. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. 2 v. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 603.

ilimitada de testar como uma arma perigosa que dissolve o bem-estar doméstico e é capaz de perturbar a base econômica da sociedade⁷⁰. O seu projeto de Código reservava dois terços da propriedade para a família do testador como legítima⁷¹.

Já Coelho Rodrigues, contemporâneo de Bevilacqua, foi um dos principais críticos à imposição da legítima no Brasil⁷². Ele a considerava, sarcasticamente, como *ilegítima*, justamente porque, constituída como uma obrigação legal – e, portanto, sendo coercitiva –, a legítima forçava um afeto que, a seu ver, só poderia ser fruto do amor espontâneo entre os parentes⁷³. Coelho Rodrigues também a julgou como absurda, antieconômica e imoral⁷⁴, e via na liberdade testamentária o diferencial da sociedade anglo-saxã sobre a latina⁷⁵.

Quanto a esse último ponto, não se pode deixar de mencionar a opinião de Carlos Maximiliano, ainda nos idos da década de 1930, para quem seria “cedo demais para o Brasil copiar o que realizaram os equilibrados, frios e previdentes anglo-saxônicos”⁷⁶ - referindo-se à ampla liberdade de testar. Para o jurista, um povo que não se julgou suficientemente seguro para abolir o crime de adultério e a indissolubilidade do casamento, não estaria preparado para adotar a liberdade irrestrita em nenhum sentido⁷⁷. Por isso, a legislação brasileira não deveria se pautar no “civismo e bom-senso inigualáveis” dos ingleses, produzindo um desastre no país com a faculdade absoluta de testar⁷⁸.

⁷⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 918.

⁷¹ Art. 1901: “Os herdeiros necessários tem direito a duas partes dos bens do testador, que só pôde dispor da sua terça”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. III. Trabalhos da Comissão (relatórios parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 165.

⁷² Curiosamente, é de se notar, no entanto, que em seu próprio projeto de Código Civil concluído em 1893, Coelho Rodrigues não previa a completa supressão da legítima, mas somente o aumento da parte disponível da herança de um terço para a metade (arts. 2393 e 2499). CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 165, art. 1901. O projeto de Código Civil de Felício dos Santos também previa a legítima de dois terços. O jurista não só previu a legítima como também, como explica Quintella, na obra em que comentou seu projeto, rechaçou a ideia de uma liberdade de testar ilimitada. Ver CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o Direito das Sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado. UFMG. Belo Horizonte, 2017, p. 26.

⁷³ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VI. Trabalhos da Comissão (Discussão da Parte Especial — arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 286.

⁷⁴ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 286.

⁷⁵ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol VI, cit., p. 288.

⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 371.

⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 371.

⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 369 e 370.

No Congresso brasileiro, foram feitas tentativas, sem sucesso, de abolir a herança forçada⁷⁹. Como ressalva Felipe Quintella, pelos volumes relativos à elaboração do Código Civil publicados pela Imprensa Nacional em 1901 e 1902, constata-se que esse foi o assunto mais polêmico e mais debatido dentro do direito das sucessões⁸⁰. No Senado, em 1913, foi proposta uma emenda ao Projeto de Código para a supressão da legítima e garantia da plena liberdade de testar, mas ela foi rejeitada na Câmara dos Deputados por 76 votos a 45 – fato fortemente comemorado por Bevilaqua, que considerava a proposta uma “desastrosa inovação”⁸¹ e dizia que conceder mais liberdade ao testador seria “sacrificar a família, e, com ela, a sociedade, ao egoísmo indisciplinado, absorvente e cruel”⁸².

Uma concessão que os defensores da herança forçada fizeram, no entanto, foi a ampliação da parte disponível de um terço para a metade da propriedade⁸³. Essa alteração foi considerada tão importante que já foi posta em lei em 1907⁸⁴, antes mesmo da promulgação do Código Civil, ao qual foi acrescentada em 1919⁸⁵.

É interessante notar, como observa Schmidt, que os defensores da legítima resistiram firmemente às tentativas de sua supressão⁸⁶. Eles invocaram argumentos históricos, como a evolução do direito romano da liberdade de testar para a herança forçada, bem como argumentos comparativos, pontuando que nenhum dos países da Europa garantia plena liberdade testamentária⁸⁷. Concomitantemente, os debates também eram fortemente influenciados pelos ideais de tratamento igualitário dos filhos expostos no bojo da Revolução Francesa⁸⁸.

⁷⁹ Como a sugestão de supressão da legítima elaborada pelos deputados Adolfo Gordo e Fausto Cardoso. Ver CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. II. Pareceres e emendas. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 370.

⁸⁰ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o Direito das Sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil Brasileiro*, cit., p. 222.

⁸¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 751.

⁸² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 754. Texto adaptado de acordo com as regras ortográficas vigentes.

⁸³ Ver art. 1.735 do Projeto em: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VIII. Parecer do relator geral e Projeto aprovado pela Comissão. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 249.

⁸⁴ Referida lei ficou conhecida como Lei Feliciano Pena. Trata-se do Decreto nº 1839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Diário Oficial da União: Seção 1 - 08/01/1908, p. 264 (Republicação).

⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 365. A legítima se encontrava prevista no art. 1.576 do Código Civil de 1.916: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança”.

⁸⁶ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 8.

⁸⁷ Ver pareceres de Alfredo Pinto e Alencar Guimarães ao Projeto do Código Civil de 1916. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 165-169, 191-193.

⁸⁸ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 9.

O segundo e atual Código Civil brasileiro, promulgado em 2002 – embora redigido ainda no século XX e engavetado por muitos anos – também manteve a legítima no ordenamento pátrio, fato que não é de causar espanto, afinal, como observam André Ramos e Marcos Catalan, as raízes históricas e sociológicas do Código Civil de 1916 retumbam, em larga medida, também no código de 2002⁸⁹. O art. 1.846 é o dispositivo legal responsável por conservar a herança forçada de cinquenta por cento do patrimônio do *de cuius*. Nele, fica previsto que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Assim, após todo o trâmite legislativo, pode-se dizer que a sucessão testamentária no Brasil é limitada atualmente pela imposição de uma legítima, consistente em metade do patrimônio do autor da herança, aos herdeiros necessários designados em lei. Essa legítima é intangível quantitativa e qualitativamente. De forma quantitativa, a intangibilidade da legítima pode ser verificada pelo fato de que nem o testador nem os herdeiros podem reduzir as frações ideais legalmente advindas da divisão da metade da herança⁹⁰. Igualmente, por força do art. 1.848 do Código Civil⁹¹, o testador também é proibido, sem justa causa, de reduzir a qualidade dessas parcelas, seja por meio de cláusulas (como as de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade), seja por meio da conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

Em adição a essas proibições, a intangibilidade da legítima também é resguardada em relação às doações em vida que o testador fizer, uma vez que a lei reconhece como adiantamento da herança a doação de bens a ascendentes, descendentes e ao cônjuge⁹², e considera nula a

⁸⁹ RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório? *Civilistica.com*, Revista eletrônica de Direito Civil, [s. l.], v. 8, n. 2, 2019, p.4.

⁹⁰ CC/02: Art. 2.002: Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

⁹¹ CC/02: Art. 1.848: Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

⁹² CC/02: Art. 544: A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

doação que excede, no momento da liberalidade, àquilo que o doador poderia dispor em testamento⁹³.

Os herdeiros necessários somente podem ser privados de sua porção legítima nos taxativos casos de indignidade ou deserdação previstos, sobretudo, pelos arts. 1.814⁹⁴, 1.962⁹⁵ e 1.963⁹⁶ do Código Civil.

Vale registrar uma curiosa mudança temática ocorrida de uma legislação para a outra. No Código Civil de 1916, a herança forçada era tratada no contexto da sucessão testamentária⁹⁷, mas no Código Civil de 2002, foi transferida para a seção que disciplina a sucessão legítima⁹⁸. Para Schmidt, esse desenvolvimento da lei brasileira seria uma ilustração de que, na verdade, embora da perspectiva do testador, a herança forçada seja vista como uma limitação de sua liberdade, em sua acepção germânica, ela parece ser mais precisamente concebida como o núcleo central e obrigatório da sucessão legítima⁹⁹.

Segundo ele, não é surpreendente o fato de que essa concepção germânica da legítima tenha viajado para terras tão distantes como a América do Sul, porque ela encontrou uma forte expressão na referência mais importante das codificações sul-americanas do século XIX: o Código Civil francês de 1804¹⁰⁰.

O fato é que, independentemente do viés sob o qual é analisada, seja como limite à sucessão testamentária, seja como núcleo da sucessão legítima, a herança forçada continua

⁹³ CC/02: 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.

⁹⁴ CC/002: Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

⁹⁵ CC/02: Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

⁹⁶ CC/02: Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

⁹⁷ Ver arts. 1.721 – 1.725 do Código Civil de 1916.

⁹⁸ Ver arts. 1.845 – 1.850 do Código Civil.

⁹⁹ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 29.

¹⁰⁰ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 29.

imposta no ordenamento jurídico em vigor, ao mesmo tempo que a sucessão testamentária se encontra “adormecida” no Brasil. Tal configuração aponta para uma completa descaracterização do germen sucessório romano. Se na Cidade Antiga morrer intestado era uma grande desonra, para os brasileiros, o ato de testar tem se demonstrado uma opção muito pouco estimada¹⁰¹.

Na visão de Paulo Lôbo, o modelo individualista de predomínio da sucessão testamentária “foi desafiado pela realidade social brasileira de desconsideração massiva do testamento e da incidência quase total da sucessão legítima em todas as classes sociais [...]”¹⁰². A sucessão testamentária passou, assim, a ser secundária. Ainda segundo o autor, a legítima inverte a primazia do testador para os herdeiros. Em suas palavras:

Em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade, que era tida como norte de interpretação, a primazia passou para o herdeiro. O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador, que não pode restringi-lo, salvo nos limites admitidos pela lei. O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro¹⁰³.

Dessa forma, o cenário sucessório brasileiro evidencia, prontamente, duas perigosas situações: a primeira é a de que, sendo os testamentos subutilizados no país, poucas são as críticas e insurgências levantadas contra a limitação da liberdade de testar, e a segunda, ainda mais séria, é a de que, sob o peso da tradição legal, a maioria das pessoas considera a herança forçada e a sucessão legítima tão naturais e enraizadas que nem sequer chegam a pensar sobre o tolhimento da faculdade de dispor livremente sobre os seus próprios bens¹⁰⁴.

Por isso, como precisamente observa Schmidt, a tensão entre a liberdade de testar e a legítima não é simplesmente uma questão de direito privado, mas um assunto que toca as bases da própria sociedade¹⁰⁵.

¹⁰¹ Para se ter uma ideia de como o número de testamentos é baixo no Brasil, em uma população com 213,3 milhões de habitantes no ano de 2021, basta dizer que, nesse mesmo ano de 2021, em decorrência da pandemia da Covid-19, o número de testamentos registrados bateu recorde histórico chegando a 13,9 mil. Ver PUENTE, Beatriz. *Com 13,9 mil emissões em 2021, Brasil registra novo recorde de testamentos*. CNN, Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-13-9-mil-emissoes-em-2021-brasil-registra-novo-recorde-de-testamentos/>>. Acesso em: 20/04/22, às 20:29h.

¹⁰² LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias: Pluralidade e Felicidade. 2013, p. 37.

¹⁰³ LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 37.

¹⁰⁴ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 7.

¹⁰⁵ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 4.

1.3 A tríade argumentativa da Herança Forçada

São de naturezas variadas as justificativas levantadas para sustentar a imposição da legítima. Há alegações de cunho jurídico, econômico, histórico, moral e social. Ao longo dos anos, novas justificativas passaram a ser acrescidas à defesa da legítima, enquanto outras perdiam sua razão de ser no mundo fático, afinal, como bem elucida Alfredo Pinto, “a questão é transcendente; tem preocupado juristas, economistas e filósofos [...]”¹⁰⁶.

As principais justificativas se mantiveram constantes ao longo do tempo e, apesar de serem de carizes distintas, elas geralmente orbitam uma mesma tríade argumentativa. A defesa da legítima está fundada, assim, em três alicerces principais.

O primeiro e mais sólido deles é encontrado nos ideais da propriedade familiar e da solidariedade intergeracional. O segundo está relacionado a alguns princípios e garantias constitucionais, com ênfase no direito de herança previsto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal. E o terceiro e último alicerce consiste no peso da tradição jurídica e na alta adaptabilidade da legítima. Essas são as bases ampla e repetidamente invocadas pelos defensores da herança forçada ao longo dos tempos.

1.3.1 Os ideais da propriedade familiar e da solidariedade intergeracional

Como observa Fustel de Coulanges, “há três coisas que, desde as idades mais antigas, se encontram fundadas e solidamente estabelecidas pelas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade”¹⁰⁷. O autor acrescenta, ainda, que essas três coisas tiveram uma relação tão intrincada na origem, que “pareceram ter sido mesmo inseparáveis”¹⁰⁸.

Embora se refira às sociedades gregas e itálicas, essa afirmação pode ser estendida a grande parte do mundo latino, inclusive ao Brasil. No decorrer do século XIX, a ideia da

¹⁰⁶ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 166. Texto adaptado de acordo com as regras ortográficas vigentes.

¹⁰⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 79.

¹⁰⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 79.

solidariedade e da propriedade familiar constituíam a principal base do direito sucessório¹⁰⁹. Com o tempo, porém, percebeu-se tanto que o ideal de uma sucessão familiar e da liberdade de testar tinham que ser conciliados ou equilibrados um com o outro quanto que a maneira mais simples e óbvia de se fazer isso era por meio do reconhecimento de uma parte de livre disposição e uma parte de reserva obrigatória da herança, que deveria se destinar para alguns familiares próximos, independentemente da vontade do testador¹¹⁰.

Para Lacerda de Almeida, o estabelecimento da propriedade na família reflete as crenças morais e religiosas do tempo e tem, no Direito das Sucessões, sua mais acentuada expressão, pois “no modo de transmissão dos bens por morte está estereotipada a ideia que em certa época vigora acerca da família e do papel que é chamada a desempenhar na sociedade”¹¹¹. Tal pensamento não poderia ser mais preciso quando analisado sob a ótica da imposição de uma porção legítima em um ordenamento jurídico.

A herança forçada foi pensada, essencialmente, sob dois pilares: o primeiro era o dever do falecido de sustentar familiares, especialmente filhos; o segundo foi a ideia de uma propriedade familiar construída ao longo de gerações que deveria permanecer no mesmo núcleo original¹¹². É por isso que, para alguns doutrinadores, o direito das sucessões “é antes uma consequência lógica dos direitos da família, uma evolução da propriedade partilhada em benefício da comunhão geral ou do Estado¹¹³”.

Isto é, a legítima, além de tudo, garantiria que o patrimônio acumulado durante muitos anos de trabalho pelos ancestrais de uma geração permanecesse restrito àquele mesmo núcleo familiar e não fosse legado a um completo estranho que em nada contribuiu para a formação daquele capital¹¹⁴. Na visão de seus defensores, ninguém melhor do que os filhos do *de cuius*, “personagens de estímulo à sua luta em vida e, colaboradores naturais da formação e produção

¹⁰⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N. 19/19, 2019, p. 7. Ver também CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 162.

¹¹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law, cit., p. 8.

¹¹¹ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1915, p. II. Texto adaptado de acordo com as regras ortográficas vigentes.

¹¹² SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 9.

¹¹³ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 163.

¹¹⁴ Quanto a essa ideia de propriedade familiar, Fustel de Coulanges menciona que há motivos para crer que, nos primeiros tempos de Roma, a terra, indissociável à religião doméstica, era praticamente inalienável, formando um só corpo com a família. Depois de um tempo, a divisão da propriedade passou a ser permitida caso houvesse muitos irmãos, mas esse parcelamento só era possível por meio de uma cerimônia religiosa, afinal, “só a religião poderá dividir aquilo que, antes, ela própria proclamara indivisível”. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, cit., p. 90.

da riqueza material”¹¹⁵, para herdarem a propriedade do autor da herança, já que ela “não foi idealizada apenas para que dela fossem meros usufrutuários”¹¹⁶.

Ademais, para alguns juristas, a conservação da propriedade do *de cuius* em sua família traria, como consequência, “a divisão da grande propriedade em pequenas partes tornando-a acessível ao maior número de cidadãos e impossibilitando deste modo a formação e a influência predominante das grandes fortunas”¹¹⁷. Segundo essa visão, a reserva hereditária, ao impedir a manutenção dos grandes domínios patrimoniais que passavam de uma geração a outra sem se dividirem, obstaculizaria a formação de uma prejudicial aristocracia¹¹⁸, pois o testamento muitas vezes era utilizado para perpetuar o poder das famílias de ricos proprietários de terras que geralmente transferiam sua propriedade para o filho primogênito¹¹⁹.

Aliado ao ideal de propriedade familiar, também é levantado o princípio da solidariedade intergeracional bem descrito na ideia de que os membros mais velhos de um núcleo familiar devem ajudar os das gerações a eles subsequentes. Esse era um dos principais fatores que fazia a legítima receber um amplo apoio popular entre as diversas camadas sociais do país.

Como ilustra Raphael Carminate, as famílias do Brasil Colônia se assemelhavam à família romana primitiva em vários aspectos¹²⁰:

Naquela sociedade, a limitação se justificou, pois as pessoas dependiam do patrimônio deixado por seus antepassados, especialmente da terra, para sobreviver, já que a mulher não era financeiramente independente e não havia sistema previdenciário que garantia ao cônjuge sobrevivente e aos descendentes menores pensão por morte. [...] No Brasil Colônia, em que vigiam as Ordenações, a limitação à liberdade de dispor para depois da morte também era o único modo eficaz de se garantir aos familiares condições mínimas de sobrevivência após a morte de seu provedor, pois o país era essencialmente agrário, dependendo todos da terra para prover seu próprio sustento¹²¹.

¹¹⁵ MADALENO, Rolf. *Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/350/Testamento%2C+testemunhas+e+testamenteiro%3A+uma+brecha+para+a+fraude>> Acesso em 02/11/2020.

¹¹⁶ MADALENO, Rolf. *Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude*, cit.

¹¹⁷ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 192.

¹¹⁸ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 192.

¹¹⁹ SCHMIDT, Jan Peter. *Intestate Succession in Latin America*, cit., p. 121.

¹²⁰ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 136.

¹²¹ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 135.

Diante desse contexto econômico e familiar, a legítima passou a ser vista como um instituto que protegeria a família, porque permitiria assegurar a conservação dos bens no mesmo núcleo familiar. Mais do que isso, ela se mostrava necessária até mesmo para a própria emancipação econômica dos filhos, tendo em vista que as condições financeiras e a expectativa média de vida das pessoas eram muito inferiores às atuais.

Dessa forma, a sucessão *mortis causa* era vista como um poderoso fator de perpetuidade e união da família através dos tempos¹²². Para Carlos Maximiliano, a liberdade do indivíduo deveria ser condicionada pelas necessidades e conveniências sociais, sendo, por isso, necessário “cimentar os vínculos familiares, manter a união, a solidariedade e o afeto entre pais e filhos”¹²³, dos quais resultariam direitos e deveres.

Clóvis Beviláqua ainda acrescenta que, como poder do que ele denomina de “elemento familiar”, o fato de ter sido “no grêmio da família que o homem trabalhou; de ter sido nas afeições da família que ele hauriu estímulos para afadigar-se na conquista de sua fortuna [...], de ter sido na família que lhe facilitaram a aquisição de bens¹²⁴”, traduz-se em uma predisposição favorável à distribuição do patrimônio entre os parentes próximos.

Tal percepção também irradiava seus efeitos na defesa da herança forçada como um mecanismo de barreira a casos em que testadores, talvez “vítimas de uma paixão passageira e senil”, dão toda a sua propriedade para uma pessoa “indigna” fora da família, deixando seus familiares com a tarefa, muitas vezes difícil, de comprovar suas necessidades em juízo e deixando também os filhos à mercê de um pai que usa a ameaça da deserdação como um meio de controle sobre eles¹²⁵ ou que transfere todos os seus bens a apenas um de seus filhos. É indispensável notar, que essas hipóteses, muito mais do que a necessidade real dos herdeiros, ocuparam todo o núcleo central de defesa da legítima.

Isso pode ser depreendido pela análise dos pareceres feitos ao Projeto de Código Civil de Beviláqua. Alfredo Pinto, por exemplo, chega a alertar em seu parecer que, da liberdade absoluta de testar, poderiam resultar a “imprevidência e a injustiça dos chefes de família, testando em benefício de estranhos, em detrimento da prole [...]”¹²⁶. Citando Planiol em seu contra-ataque às ideias de extinção da legítima defendidas por Le Play, o jurista também menciona que, para que a liberdade de testar gerasse os fecundos resultados que seus defensores

¹²² PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 162.

¹²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 30.

¹²⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 53.

¹²⁵ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 53.

¹²⁶ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 168.

alegam, seria necessário que cada homem atingisse o “ideal perfeito de pai de família esclarecido e seguro de suas decisões”¹²⁷.

Para Maximiliano, o uso irrestrito da liberdade de testar constituiria “flagrante violação dos deveres de família”¹²⁸. A sucessão forçada serviria exatamente para limitar o arbítrio do pai que não atende às necessidades e aos méritos dos filhos, evitando desconfiças, dúvidas e desunião entre “as pessoas ligadas pelos mais estreitos laços de sangue”¹²⁹. Parecida é a opinião de Beviláqua, que considera a liberdade de testar como a “expressão do arbítrio e da prepotência”, assegurando a legítima aos herdeiros necessários contra “a vontade fraca, seduzida, malévola ou desorientada do testador”¹³⁰.

Beviláqua também defendia que, superiores aos interesses e à vida do indivíduo, “que é um mísero átomo na gigantesca engrenagem da mecânica social”, seriam os interesses e a vida da família e da própria sociedade, motivo pelo qual o desenvolvimento da liberdade individual, em relação às disposições *causa mortis*, somente deveria ser permitido conquanto mantidos ílesos esses interesses superiores¹³¹.

Alencar Guimarães também expressa preocupação em seu parecer ao projeto de Código ao dizer que “seria, talvez, perigoso no estado atual da sociedade brasileira, permitir a liberdade testamentária tão ampla e tão completa quanto a querem e a desejam os ilustres signatários da emenda”¹³². Para explicar o motivo do alegado perigo, sustenta que as tradições, os costumes e a educação do povo brasileiro estavam ainda tão viciados e dominados por preconceitos que eram, por isso mesmo, “evidentemente incompatíveis com reforma de tal natureza, que tão fundamente afeta todas as relações de família, quebrando os laços de sangue, a afeição e a simpatia que devem existir entre seus membros”¹³³.

Continua ainda o jurista dizendo que ao sentimento público repugnaria que um homem possuidor de vasta fortuna adquirida pelo bravo esforço das gerações antepassadas de sua

¹²⁷ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 168.

¹²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 368.

¹²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 368.

¹³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 923.

¹³¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 138.

¹³² GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 191. A “emenda”, no caso, faz referência à proposta de abolição da legítima apresentada na época de discussão do Projeto.

¹³³ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 191.

família esquecesse seus filhos e legasse seu patrimônio a um completo estranho¹³⁴. Ainda sobre o caso hipotético desse mesmo homem, acrescenta:

E a sociedade não teria igualmente a recear que um grande número de filhos assim deserddados fosse constituir um poderoso exército de desgraçados, de desclassificados, atirados a todas as aventuras e a todos os crimes, que se tornasse perigoso inimigo da comunhão que assim lhes arrancava o direito a uma porção da herança paterna e tão injusta e cruelmente os desapossava de seus bens?¹³⁵.

Tais receios, no entanto não parecem ter sido restritos ao povo brasileiro e a seus “viciados costumes”. Como observou Schmidt, essa defesa dramática da herança forçada pode ser encontrada em outros ordenamentos e fornece uma visão instrutiva dos propósitos associados à instituição¹³⁶. É o caso, por exemplo, da argumentação de um dos estudiosos chilenos mais importantes da segunda metade do século XIX, José Clemente Fabris, que se assemelha muito ao arrazoado pelos juristas brasileiros. Segundo seu entendimento,

Se omitirmos as ações forçadas, veremos com equanimidade e indiferença que um pai vicioso prefere seus filhos provenientes do adultério, enquanto seus filhos legítimos labutam na miséria; veríamos que um pai caprichoso ou sem consciência prefere sem razão plausível um de seus filhos aos outros; veríamos que um pai fraco ou estúpido é dominado pelo mais astuto ou perverso de seus filhos, que consome toda a sua fortuna; veríamos que o afeto por uma segunda esposa faria os filhos do primeiro casamento perecerem na pobreza; veríamos um pai vaidoso que, pelo esplendor da família, concentra toda a sua fortuna em um de seus filhos; e, finalmente, veríamos as mil extravagâncias que fluem naturalmente dos vícios, a desordem das paixões, a falta de inteligência e energia, etc.¹³⁷.

Assim, a legítima serviria para socorrer tanto a família, de um ponto de vista geral, quanto os herdeiros, de um ponto de vista individual, garantindo-lhes uma igualdade mínima. Desse modo, a herança forçada ganhou uma função estabilizadora das relações familiares

¹³⁴ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 191.

¹³⁵ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 191.

¹³⁶ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p.7.

¹³⁷ FABRES, José Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Chileno*. Vol II. 1902, apud SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p.7. Tradução nossa. Texto original: “If we omitted the forced shares, we would see with equanimity and indifference that a vicious father prefers his children emanating from adultery, while his legitimate children toil in misery; we would see that a father who is capricious or without conscience prefers without plausible reason one of his children over the others; we would see that a weak or stupid father is dominated by the most astute or perverse of his children who consumes his entire fortune; we would see that the affection for a second wife would make the children from the first marriage perish in poverty; we would see a father full of vanity who for the sake of the family’s splendour concentrates his entire fortune in one of his children; and finally, we would see the thousand extravagancies that naturally flow from vices, the disorder of passions, the lack of intelligence and energy, etc.”.

verticais – entre ascendentes e seus descendentes – e também das relações horizontais - entre irmãos e a sucessão de seus pais. Para Alencar Guimarães, não se veria como um ato de justiça um pai que deixa “a um filho preferido toda a sua fortuna em detrimento dos outros, que não souberam ou não puderem despertar-lhe os mesmos sentimentos de afeição e de carinho que o irmão beneficiado”¹³⁸. Na visão do autor, tal situação despertaria perigosas discórdias, rivalidades e ódios vivazes entre irmãos que foram feridos pela injustiça paterna¹³⁹.

Albert Lamarca I Marquès, embora em terras estrangeiras, parece seguir o mesmo raciocínio ao argumentar que “a partir desta perspectiva, a herança forçada pode servir como um escudo para um irmão contra o comportamento oportunista de outro que deseja obter todos os bens dos pais”¹⁴⁰. Para o autor, um regime de liberdade de testar absoluta poderia estimular a competição entre irmãos e ações egoístas para tentar influenciar os pais a testarem única e exclusivamente a favor de algum ou alguns deles, o que geraria um nefasto “cainismo”¹⁴¹ no seio da família.

Ainda segundo o autor, os filhos oferecem uma grande variedade de benefícios quantificáveis e não quantificáveis para seus pais, contribuindo, assim, durante um longo período de potencial acumulação de ativos, para a formação do patrimônio de seus ascendentes, fato que geraria o direito ao compartilhamento forçado da herança de seus progenitores¹⁴². Ele ainda aduz que a decisão de trazer os filhos ao mundo foi fruto de uma escolha dos pais, o que geraria deveres e compromissos que vão além da infância. Assim como os filhos não nasceram sozinhos, os pais também não morrerão sozinhos, pois precisarão da ajuda dos filhos durante a velhice¹⁴³.

¹³⁸ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 191.

¹³⁹ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 192.

¹⁴⁰ LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship. *Oñati Socio-legal Series* [online], *Wealth, Families and Death: Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance*, vol. 4, n. 2, 2014, p. 275. Tradução nossa. Texto original: “From this perspective, forced heirship can serve as a shield for one sibling against opportunistic behavior of another who wants to obtain all of the parents’ assets.”.

¹⁴¹ Palavra usada para fazer referência ao comportamento de Caim, personagem bíblico que matou seu irmão, Abel, por ciúmes, cuja história se encontra narrada no capítulo 4 do livro de Gênesis. Com o tempo, o termo passou a ser usado para designar condutas agressivas observadas em alguns animais, principalmente entre espécies de aves como a Águia Dourada, que consiste na aniquilação dos filhotes mais novos pelos filhotes mais velhos ou mais fortes para monopolizar a comida trazida pelos pais.

¹⁴² LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship, cit., p. 274.

¹⁴³ LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship, cit., p. 274.

Por isso, segundo o autor, é difícil acreditar que a sociedade possa ser melhor diante da defesa do individualismo em questões familiares, de que ninguém deve nada a ninguém e de que a legítima deve ser abolida porque as pessoas são absolutamente livres para decidir sobre sua herança¹⁴⁴.

Ainda sobre a justificativa da legítima em relação aos ascendentes, María Lucán cita que alguns juristas a defendem como uma espécie de tributo ao princípio da família ou a débil compensação aos sacrifícios feitos pelos pais, uma vez que o fato de os ascendentes serem considerados herdeiros necessários seria um meio de retribuir as benesses recebidas pelo descendente ao longo de muitos anos¹⁴⁵.

Para outros juristas com uma visão menos romântica do instituto, como von Schmitt, a legítima deveria existir porque quem casa e tem filhos renuncia parte da liberdade de disposição sobre seus bens após a morte, pois fica comprometido, implicitamente, a deixar parte de seu patrimônio ao seu cônjuge e seus descendentes¹⁴⁶.

Posição muito parecida é encontrada em Beviláqua para quem os progenitores deveriam observar os “deveres sacratíssimos em relação à progênie”¹⁴⁷, não podendo os pais se esquecerem de que ao chamar à vida novos seres, contraem, primeiramente, para com a própria consciência e, após, para com a sociedade, “a obrigação de ampará-los contra os golpes da fortuna adversa e contra o assédio das necessidades inadiáveis”¹⁴⁸.

Semelhante lição é encontrada em Carlos Maximiliano para quem o ato de gerar leva consigo a responsabilidade genésica, pois “o que põe no mundo um ente está obrigado a velar pelo seu futuro, pela sua felicidade; a ninguém assiste o direito de aumentar voluntariamente o número dos revoltados. É justo, pois, que o filho seja herdeiro forçado do pai”¹⁴⁹.

Para seus defensores, a herança forçada reflete a realidade da vida familiar coletiva e sinaliza a importância de manutenção desse rico e complexo conjunto de relacionamentos. Assim, ela garantiria que os valores positivos de uma família sejam refletidos na morte de um de seus membros¹⁵⁰.

¹⁴⁴LAMARCA I MARQUÈS, Albert. *We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship*, cit., p. 274.

¹⁴⁵LUCÁN, María Ángeles Parra. *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*, cit., p. 502.

¹⁴⁶ZIMMERMANN, Reinhard. *The Compulsory Portion in German Law*, cit., p. 9.

¹⁴⁷BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 229.

¹⁴⁸BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 229.

¹⁴⁹MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 143.

¹⁵⁰LAMARCA I MARQUÈS, Albert. *We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship*, cit., p. 274.

Atualmente no Brasil, ainda há muitos defensores da legítima enquanto instrumento de proteção à família. Ana Luiza Nevares, por exemplo, defende que “a legítima é um expediente que fortalece a unidade da família”, concretizando a solidariedade familiar no âmbito sucessório e funcionando como “um mecanismo de distribuição de recursos diante da ausência daquele que provia com o seu patrimônio as necessidades da família”¹⁵¹. Dessa forma, a autora e idealizadora de um dos projetos de lei que tratam da alteração do livro das sucessões no Código Civil vigente¹⁵², conclui que “a legítima não deve ser excluída do ordenamento jurídico brasileiro”¹⁵³.

Raphael Ribeiro também defende ser totalmente incompatível com o direito civil constitucionalizado “a adoção de um sistema sucessório notadamente individualista e voluntarista como o norte-americano, focado essencialmente na perspectiva do *de cuius* e do seu amplíssimo poder de disposição patrimonial”¹⁵⁴. Para ele, a legítima não pode ser abolida nem significativamente reduzida, pois seria um grave equívoco considerar que os únicos interesses tutelados pela sucessão são os titularizados pelo falecido¹⁵⁵.

Nesse sentido, o autor defende que a herança envolve um vínculo intergeracional e que a autonomia privada não é absoluta, não devendo ser também o direito de fazer testamento¹⁵⁶. Dessa forma, na visão de Raphael Ribeiro, “a solidariedade familiar deve impulsionar, direcionar e limitar toda a sucessão hereditária”¹⁵⁷, uma vez que prestar excessiva reverência à vontade do testador seria o mesmo que retroceder ao direito civil oitocentista, em que a autonomia individual era o centro do direito privado¹⁵⁸. O autor ainda alerta para as hipóteses nas quais “a disposição testamentária pode eventualmente ser motivada por razões vingativas, injustas, egoístas, mesquinhas da parte do testador”, em claro descumprimento aos deveres

¹⁵¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. Em: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões: Família, Afetos e Democracia*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>.

¹⁵² Trata-se do Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões, esboçado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que já se encontra em trâmite no Senado Federal sob o projeto de lei nº 3.799/2019. Algumas propostas desse projeto são discutidas no capítulo 4.

¹⁵³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?, cit.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 123-155, abr./jun. 2021, p. 129.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada, cit., p. 129.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada, cit., p. 130.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada, cit., p. 132.

¹⁵⁸ Cita o autor: “O testador não pode permanecer sendo encarado como o bom e velho burguês cujos atos não são questionados à luz dos mandamentos constitucionais”. RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada, cit., p. 134.

impostos pela solidariedade familiar, motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve continuar prevendo à sucessão forçada¹⁵⁹.

O fato é que, seja por meio de uma defesa mais sociológica, seja por meio de argumentos mais silogísticos, a herança forçada é idealizada como mantenedora da ordem legítima, da paz e da estabilidade dos relacionamentos familiares¹⁶⁰. Afinal, como assustadoramente se indaga Alencar Guimarães no Brasil do século XIX: a estabilidade das famílias e a solidariedade de seus membros não desapareceriam com um sistema que garanta a ampla liberdade de testar?¹⁶¹.

1.3.2 Os princípios e as garantias constitucionais

Além dos ideais da propriedade familiar e da solidariedade intergeracional, o segundo polo de argumentos que sustenta a legítima se encontra na interpretação de alguns princípios e garantias constitucionais e seus respectivos reflexos infraconstitucionais.

No Brasil, o art. 5º, XXX, da Constituição Federal elenca o direito de herança como um direito fundamental. O que vem a ser esse direito de herança e se a legítima faz parte dele são perguntas que se encontram em dissonância na doutrina. Aqueles que querem defender a herança forçada desenham uma interpretação do referido inciso extensa o bastante para abarcar dentro dele a reserva hereditária.

É o caso, por exemplo, de Paulo Lôbo, que, ao se questionar o que significa ser “garantido o direito de herança”, responde, enfaticamente:

Direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. [...] A Constituição não se refere à sucessão em geral, mas apenas à herança. Ou seja, foi elevado à garantia constitucional o direito daqueles que se qualificam como herdeiros de quem morreu (autor da herança), mas não qualquer sucessor. A Constituição não define quem seja herdeiro, o que remete ao legislador infraconstitucional. Todavia, este está limitado ao fim social da norma constitucional, que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco¹⁶².

¹⁵⁹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada, cit., p. 134.

¹⁶⁰ LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship, cit., p. 275.

¹⁶¹ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 192.

¹⁶² LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 36.

Ou seja, para o autor, a Constituição Federal “consolidou radicalmente a mudança de paradigma do conceito individualista e liberal das titularidades, como senhorio intocável sobre as coisas, para a subordinação daquelas à função social¹⁶³”. Com isso, o Direito das Sucessões também passaria a estar orientado a uma função social. Conseqüentemente, o jurista considera que a legítima dos herdeiros necessários estaria enquadrada nessa previsão constitucional.

De acordo com essa visão, o intérprete deve encontrar o sentido que privilegie o direito do herdeiro e não a vontade do autor da herança. Disso, surgiu a ideia da “função social do testamento”, segundo a qual “a vontade do testador é levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e deve estar em conformidade com esse e os demais princípios constitucionais”¹⁶⁴.

Assim, a despeito da também previsão constitucional do direito à propriedade (art. 5º, XXII), alguns doutrinadores consideram que, ao elencar outras garantias, como a da proteção da família (art. 226), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I) e da igualdade entre os filhos (art. 227, §6º), a Constituição estaria impondo limitações ao testador e criando um sistema de liberdade mitigada a fim de permitir a concretização de valores que melhor consultam aos interesses da família¹⁶⁵.

Dessa forma, apesar de ser o fundamento do direito sucessório, a propriedade deve ser orientada de acordo com a sua função social, tornando-se, portanto, relativizada e passível de sofrer intervenção estatal para limitar a disposição testamentária¹⁶⁶. Para seus defensores,

[...] se é certo que o direito de dispor é uma resultante lógica do direito de propriedade, não é menos verdade que a lei civil em um superior interesse do corpo social, qual o de assegurar a boa e regular organização da família e prover a sua conservação, pode e deve prescrever: normas e regras para o exercício desse direito sem ferir aquele outro¹⁶⁷.

Isso é dizer que, na transmissão hereditária, o princípio da autonomia da vontade - em que se apoia a liberdade de dispor -, e o princípio da supremacia da ordem pública devem ser conjugados para proteger tanto os interesses do autor da herança quanto os interesses da família. Seria por isso que, a despeito da disposição de bens por testamento ser um corolário do direito

¹⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 35.

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 38.

¹⁶⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*. 24ª ed. rev. e atual. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa [Atual.], vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 179.

¹⁶⁶ DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 183, 2015, p. 18.

¹⁶⁷ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 193. Texto adaptado de acordo com as regras ortográficas vigentes.

de propriedade, o Código Civil acolhe o princípio da liberdade de testar limitada tendo em vista o interesse social geral de proteção à família¹⁶⁸, que também está estatuído na Constituição.

Quanto a esse ponto, os defensores da legítima também sustentam que, se a determinação de uma quota disponível da propriedade para testamento é um atentado à liberdade de dispor e à autonomia das pessoas, também o serão as disposições que regem as doações *inter vivos*, o regime de bens no casamento e os direitos e deveres entre cônjuges, por exemplo¹⁶⁹.

Por fim, é interessante notar que, ainda sob a égide da Constituição de 1891, os mesmos argumentos já eram suscitados. À época, os apoiadores da herança forçada alegavam que, a despeito dessa outra carta constitucional também ter firmado o compromisso de manter o direito de propriedade¹⁷⁰, afirmar que a legítima era incompatível com o direito brasileiro seria “levar muito longe a interpretação extensiva desse texto legal, interpretação da qual resultaria o desmoronamento de todo o edifício do direito civil pátrio”¹⁷¹.

1.3.3 A tradição jurídica e as adaptações da legítima

O último argumento da defesa tríplice da legítima se encontra no peso da própria tradição jurídica e nas suas constantes acomodações.

Como visto, o papel desempenhado pelo testamento no direito romano, como um instrumento de poder e sacralidade, refletia os interesses e as peculiaridades da época¹⁷², o que naturalmente foi mudando ao longo dos séculos e das civilizações. A sucessão testamentária, que era a modalidade sucessória por excelência - uma vez que a sucessão legítima servia, inicialmente, apenas para suprir a falta da primeira de acordo com a vontade presumível do falecido -, foi perdendo espaço¹⁷³.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 111 – 113.

¹⁶⁹ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 167.

¹⁷⁰ BRASIL. *Constituição* (1891). Constituição da República Federativa do Brasil. 1891, art. 72, § 17.

¹⁷¹ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. III, cit., p. 167.

¹⁷² LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 37.

¹⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, cit., p. 30.

Assim, toda a magnitude que o ato de testar possuía foi sendo diluída, pouco a pouco, até chegar ao estado atual brasileiro em que o número de pessoas que morrem intestadas é de sobremaneira superior ao número de pessoas que falecem tendo deixado um testamento¹⁷⁴.

É certo que o baixo apelo popular para testar é oriundo de vários motivos, como, por exemplo, a relutância das pessoas, de uma forma geral, em pensar sobre a sua própria morte e as muitas limitações impostas à elaboração de um testamento¹⁷⁵ – e aqui não se está a falar apenas da quota disponível, mas das formalidades necessárias para a validade desse negócio jurídico.

Todavia, também é de se notar que talvez um fator decisivo para o baixo índice de testamentos seja, exatamente, a imposição da legítima. Como na maior parte dos casos não há a possibilidade de testar sobre a totalidade do patrimônio, muitas pessoas acabam se sentindo desestimuladas a fazer disposições *mortis causa* acerca de seus bens.

Afinal, como ensina Norberto Bobbio, quando o ordenamento jurídico julga como algo positivo o fato de o agente usar o mínimo possível de sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que é lícito. Mas, ao contrário, se o mesmo ordenamento jurídico julga como positivo o agente se servir o máximo possível da sua liberdade, “procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente”¹⁷⁶. No caso do ordenamento brasileiro, as leis acerca do testamento de fato parecem desencorajar o seu uso, diante de seu excessivo rigor e seu descompasso com a realidade.

Ademais, as normas da sucessão intestada possuem algum lastro no que é socialmente aceito como o modo apropriado de se distribuir os bens de uma pessoa falecida. A divisão dos herdeiros nas classes de descendentes, ascendentes e colaterais tem uma aparência de “correta” e, em um primeiro olhar, mostra-se simples e prática¹⁷⁷.

Além disso, mesmo com as mudanças nas estruturas familiares, a legítima conseguiu se adaptar parcialmente aos novos cenários que foram se formando, por exemplo, com o fim da

¹⁷⁴ Como citado anteriormente, no ano de 2021, o Brasil bateu recorde histórico com o registro de 13,9 mil testamentos, em uma população de 213,3 milhões de habitantes. Ver PUENTE, Beatriz. *Com 13,9 mil emissões em 2021, Brasil registra novo recorde de testamentos*. CNN, Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-13-9-mil-emissoes-em-2021-brasil-registra-novo-recorde-de-testamentos/>>. Acesso em: 20/04/22, às 20:29h.

¹⁷⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brazil. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 100.

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 20.

¹⁷⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Intestate Succession in Latin America. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Comparative Succession Law*. Oxford: Oxford University Press, Vol. II, 2015, p. 139.

discriminação dos filhos extraconjugais e a regulação da sucessão do companheiro em muitos países¹⁷⁸, o que demonstrou uma favorável maleabilidade do sistema.

Por isso, a legítima alcançou um relativo sucesso em muitos países, sobretudo nos regimes sul-americanos, e se tornou a tradição jurídica predominante, fazendo com que todo o legado jurídico, histórico e cultural anterior de predominância e popularização do uso do testamento enquanto instrumento de transmissão de patrimônio *post mortem* fosse relegado, dando-se preferência ao emprego da sucessão legítima. Dessa forma, a sucessão testamentária, que antes recebia uma destinação preferencial da lei¹⁷⁹, tornou-se secundária, em grande parte, porque as pessoas se acostumaram com a legítima e com as regras da sucessão legítima.

O grande problema é que essa visível preterição da sucessão testamentária muitas vezes tem sido usada como um argumento para justificar a imposição da legítima, em uma completa inversão das causas. As dificuldades do sistema e suas limitações são acobertadas debaixo do véu de sua naturalização e as pessoas nem sequer têm se questionado sobre a imposição da herança forçada e sua verdadeira efetividade, apenas porque a consideram algo natural e evidente¹⁸⁰.

Por esse fato, Jan Peter Schmidt conclui que a diferença crucial entre os países que mantêm a herança forçada e os que a abandonaram não está nos argumentos contra a legítima, mas nesse seu aparente “sucesso” e na sua adaptabilidade¹⁸¹.

Nos últimos anos, porém, os antigos propulsores desse sucesso têm se encontrado em dissonância com as realidades do século XXI.

1.4 A demanda por mudanças

O fato de os regimes de proteção à família por meio da legítima terem se mantido bastante estáveis nos últimos anos na América do Sul não significa que não sejam questionáveis ou que ainda estejam adequados às atuais conjunturas sociais.

Foi visto que a legítima se apoia, principalmente, nos ideais de solidariedade familiar, no caráter não absoluto do direito de propriedade e na força da tradição jurídica. Entretanto, tais pilares parecem não se encaixar mais aos fins propostos, como se verá adiante, e nem tampouco afastam tantos outros fundamentos que provocam a discussão acerca da exclusão da legítima

¹⁷⁸SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 46.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 37.

¹⁸⁰ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 7.

¹⁸¹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 4.

em um campo no qual a autonomia privada deveria ser mais ampla, já que relativo a assuntos de viés essencialmente patrimonial¹⁸².

O que se constata é que, apesar dos esforços jurídicos para a proteção da legítima, algumas graves falhas, tanto do sistema em si quanto de seus fundamentos, mostram-se bastante visíveis a todos aqueles que querem enxergar.

Ademais, a legítima não é uma limitação apenas às disposições testamentárias, mas irradia seus efeitos também para as disposições por atos *inter vivos*¹⁸³. Não é à toa que o art. 549 do Código Civil torna nulas, por exemplo, as chamadas doações inoficiosas, isto é, aquelas doações feitas ainda em vida que excedem a quota destinada aos herdeiros necessários do doador¹⁸⁴. Assim, conforme observa Carminate, “como a legítima limita, também, a disposição dos bens através de contrato de doação, celebrado antes da abertura da sucessão, seu conceito não pode estar atrelado a ‘bens do espólio’ ou da ‘herança’, tampouco a ‘testador’”¹⁸⁵, o que torna ainda mais imprescindível a sua discussão.

Inclusive, tem-se visto, não raramente, o surgimento de alguns artificios usados para provocar uma espécie de “fuga” ao regime excessivamente rígido da legítima, como as transferências que não são doações, mas que produzem resultados econômicos semelhantes, a exemplo de uma apólice de seguro de vida e de planos de pensão privados¹⁸⁶, além de outros mecanismos, até mesmo ilícitos, que também são utilizados de forma fraudulenta para burlar a reserva dos herdeiros necessários¹⁸⁷.

Diante dessas últimas ponderações, é importante observar que esses artificios são uma forte prova de que o atual sistema não atende às demandas sociais de modo satisfatório, sobretudo quando traz limitações para atos cujos efeitos nem sequer estão condicionados à morte do sujeito.

Todavia, a principal causa que impõe o debate da herança forçada está atrelada ao seu fundamento de maior peso: a proteção da família. Assim como o papel do testamento e a própria visão funcional da herança passaram por significativas mudanças nos últimos anos, as estruturas

¹⁸² DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima, cit., p. 15.

¹⁸³ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 78.

¹⁸⁴ Quanto a este ponto, ver também seguinte julgado acerca das chamadas doações sucessivas: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação rescisória nº 3.493/PE*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 12/12/2012. Publicação da súmula: 06/06/2013.

¹⁸⁵ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 79.

¹⁸⁶ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 39.

¹⁸⁷ A exemplo das próprias doações sucessivas (Ver nota 184).

familiares, certamente, não são mais as mesmas que se encontravam no país na época da elaboração do primeiro código civil. Se os arranjos familiares iniciais impunham, por si próprios, uma proteção por meio da herança forçada, o mesmo não pode ser dito das famílias nos dias atuais.

Em palavras mais diretas, isso quer dizer que as bases sobre as quais a legítima foi fundamentada hoje se encontram profundamente balançadas diante dos novos contextos sociais. Como observa Schmidt,

Assim como em outras partes do mundo, o desmoronamento do modelo de família tradicional e as mudanças na forma como a riqueza é criada e organizada, assim como o aumento da expectativa de vida, são consideradas como causa da erosão das bases da herança forçada¹⁸⁸.

A sequência lógica dessa conclusão é que, à luz das mudanças sociais e de desenvolvimentos jurídicos em outros continentes, o desejo por um aumento da liberdade testamentária vem à tona com mais ênfase. Todavia, o que se pode perceber sem maiores esforços é que, nacionalmente, o debate sobre o tema ainda se mostra incipiente. São poucas as linhas dos livros, quando existentes, que se dedicam a refletir não só sobre os fundamentos da legítima, mas também sobre seus impactos na autonomia do testador.

2 CRÍTICAS AOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA SOB O PRISMA DA AUTONOMIA PRIVADA

Nas páginas anteriores, foi resumidamente exposto o assaolho principiológico do direito sucessório do século XIX que ainda quer vigorar no Brasil. Assentada, sobretudo, na ideia da solidariedade intergeracional e da propriedade familiar, a sucessão era compreendida como “uma divisão puramente matemática de um bolo imparcial e universal que não se preocupava com as singularidades da vida dos envolvidos no fenômeno - sucessores e sucedidos”¹⁸⁹. Isto é, a disciplina do direito sucessório, tal como é hoje, mostra-se “indiferente às particularidades dos bens transmitidos e das pessoas que são chamadas a suceder”, bastando apenas que

¹⁸⁸ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., Abstract. Tradução nossa. Texto original: “Just as in other parts of the world, the crumbling of the traditional family model and changes in the way wealth is created and organized, as well as the rise of life expectancy, are deemed to have eroded the foundations of forced heirship”.

¹⁸⁹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019, p. 32.

determinados indivíduos guardem certa consanguinidade com o autor da herança para que, obrigatoriamente, seja a eles destinada uma parcela patrimonial do falecido a título de uma “igualdade” meramente formal entre os herdeiros, tendo em vista que não são analisadas as necessidades e peculiaridades de cada um¹⁹⁰.

Assim, uma vez analisadas essas principais bases que sustentam – ou sustentavam - a legítima, faz-se necessário o estudo crítico de suas próprias falhas diante dos novos contextos sociais que, como indicado, estão fazendo ruir o arcabouço jurídico e cultural sobre o qual a herança forçada majoritariamente se apoiou.

Como ressalva Lucán¹⁹¹, a análise crítica dos sistemas de legítima não se contempla, exclusivamente, do ponto de vista do interesse pessoal do testador (liberdade de testar) ou dos herdeiros necessários (direito a receber uma herança), mas também sob uma ótica de interesse social, relacionada à função econômica e social que deve justificar a existência dessa instituição para que o ordenamento garanta sua proteção.

Contudo, para que seja possível lançar um olhar crítico mais profundo sobre a legítima, é preciso que se faça uma discussão analítica a respeito da autonomia privada do testador sob pena de se ter um exame incompleto acerca das falhas da herança forçada. Isso, porque, para além de todas as demais discussões que serão feitas sobre suas bases anteriormente expostas, tem-se na autonomia privada do testador o centro irradiador dos problemas filosóficos e existenciais que permeiam a legitimidade da imposição da legítima pelo Estado.

2.1 A autonomia privada e seus reflexos no fenômeno sucessório

Objeto de inúmeras reflexões ao longo do tempo, conceituar a autonomia privada não é uma tarefa fácil - como se pode perceber pelas miríades de tentativas empregadas no afã de defini-la satisfatoriamente. Não só isso, a sua própria definição é alvo de modificações à medida em que os cenários e atores da experiência humana também vão se alterando, afinal, como observou Miracy Gustin, “a autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo”¹⁹².

¹⁹⁰ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 32.

¹⁹¹ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 483.

¹⁹² GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 24.

No mesmo sentido, Francisco Amaral também identificou o caráter instável do conceito de autonomia privada quando afirma que ela é histórica e relativa e que fatores de várias naturezas, sejam eles morais, políticos ou econômicos, contribuíram para sua configuração até que ela fosse consubstanciada como um princípio fundamental da ordem jurídica privada¹⁹³.

Semelhante é o parecer de Pietro Perlingieri, para quem a definição do que vem a ser a autonomia privada “não é uma operação simples”¹⁹⁴. Ressalta o autor que sobre o conceito circundam questões altamente relacionadas com a configuração do ordenamento jurídico: “a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas, colocam a sua exigência”¹⁹⁵.

Sob a ótica do direito privado, o indivíduo autônomo é aquele capaz de se autorregular em alguma medida e modificar sua própria situação jurídica. A autonomia privada constitui-se, assim,

em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo num reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade¹⁹⁶.

Na mesma linha, Márcio Fabri dos Anjos defende que a “autonomia constitui formalmente uma expressão de máxima grandeza e de dignidade humana e se manifesta na capacidade de os seres humanos poderem fazer escolhas racionais¹⁹⁷”. Isto é, o sujeito autônomo age segundo suas próprias concepções e estilo de vida. Essa ideia de autonomia também encontra apoio na opinião de Brunello Stancioli para quem os valores constitutivos da pessoa natural é que permitem a vivência de suas próprias escolhas de acordo com a orientação de seus ideais de vida boa¹⁹⁸.

¹⁹³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, 1989, p. 217.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 334.

¹⁹⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 214.

¹⁹⁷ ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, 2006, p. 178.

¹⁹⁸ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade*. Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 95.

Para Perlingieri, uma definição usual de autonomia privada passa pela ideia de que ela é o “poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos em qualquer medida livremente adotados”¹⁹⁹. Ela seria, portanto, a liberdade de regular as próprias ações ou de determinar as regras mediante um pacto consensual²⁰⁰. Ainda segundo o autor, a partir do pressuposto de que cada um é o melhor juiz de seus próprios interesses, “a autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, auto-regulamentação, poder da vontade”²⁰¹.

Tal definição também encontra coro na opinião de Emílio Betti que vê na autonomia privada a configuração de um autorregulamento: “um regulamento directo, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efectivado pelos próprios particulares interessados”²⁰².

Não constituiu objeto da pesquisa, no entanto, desenvolver ensaios sobre os desdobramentos filosóficos do conceito de autonomia privada. De qualquer modo, vê-se que sua definição está diretamente relacionada à liberdade individual que, por sua vez, pode ser entendida como “a possibilidade de opção, como a liberdade de fazer ou de livre arbítrio, ou, ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais”²⁰³. Tal liberdade, como valor jurídico, permite que o indivíduo atue de forma a criar, nos limites delineados pela lei, suas próprias normas, o que, em sentido objetivo, é a máxima expressão de sua autonomia privada²⁰⁴.

Quanto a este ponto, é importante notar que uma significativa parcela de manifestação e expressão da liberdade dos sujeitos autônomos reside, justamente, na livre disposição de seus bens, no poder de pactuar o destino do seu patrimônio; isto é, no reconhecimento da propriedade privada. Assim, como assevera Perlingieri, a essência da liberdade de um indivíduo, sob uma ótica jurídica, consiste, em grande parte, “em reconhecer à sua vontade o poder de regular relações jurídicas especialmente patrimoniais”²⁰⁵.

Esse raciocínio se encontra intimamente ligado à ideia de Betti quando defende que a necessidade de negócios entre sujeitos é típica de ordenamentos jurídicos baseados no

¹⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 335.

²⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 335.

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 340.

²⁰² BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 99.

²⁰³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 216.

²⁰⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 216.

²⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 340.

reconhecimento da propriedade individual²⁰⁶. Para o autor, é apenas por meio desse reconhecimento que a circulação de bens e a prestação de serviços podem ser entregues à autonomia privada dos indivíduos. Isto é, uma vez sendo admitida a propriedade individual, os proprietários podem então promover a troca de bens e serviços, dar empréstimos, transmitir os bens por morte, e assim sucessivamente, “pondo em ordem, por si mesmos, mediante negócios, os seus interesses individuais nas relações recíprocas”²⁰⁷. Não é por menos que a autonomia privada consistiria, portanto, “um fenómeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um”²⁰⁸.

Tal relação entre liberdade, propriedade e autonomia privada também foi precisamente identificada por Ana Prata quando afirma que a ideia moderna de propriedade envolve um pressuposto irremovível da liberdade do homem de possuir um poder que se manifesta, externamente, por um lado, no direito do titular do bem “repelir qualquer ingerência alheia perturbadora” e, por outro, no direito de “fazer seus os benefícios económicos obtidos pelo exercício do seu direito por outrem”, e, internamente, em “uma estrutura de poder sobre a coisa, no sentido de que à pessoa é atribuída uma ilimitada liberdade de utilização dessa coisa”²⁰⁹.

Em outras palavras, seria dizer que quando o sujeito aliena um bem, por exemplo, isso nada mais é do que a afirmação do seu poder sobre a coisa, constituindo-se essa alienação não somente em uma manifestação do poder negocial livre da pessoa, como também na “situação negocial exemplar e mais importante, a partir da qual se irá construir a noção de negócio jurídico”²¹⁰.

Portanto, sob essa ótica de autonomia privada, o negócio jurídico seria a manifestação precípua da autonomia do sujeito, pois ele é o instrumento pelo qual “o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros”²¹¹.

Assim, dentre as nuances das definições de autonomia privada, foram adotadas para os fins previamente propostos, como se verá a seguir, suas acepções mais modernas, sobretudo aquelas advindas de seu aspecto negocial, que pressupõem “definir o negócio jurídico como ato e como instrumento de autonomia privada, como auto-regulamento dos próprios interesses do agente, em suma como fonte normativa”²¹².

²⁰⁶ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 92.

²⁰⁷ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 93.

²⁰⁸ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 93.

²⁰⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 137.

²¹⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 136.

²¹¹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 98 e 107.

²¹² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*, cit., p. 210.

Isso significa dizer que tanto a propriedade quanto a autonomia negocial “são vistas como os dois aspectos essenciais e incidíveis da liberdade humana - liberdade que é, como se sabe, natural e originária do homem”²¹³. Desse modo, dentro do recorte da propriedade do sujeito, há uma esfera de poder do proprietário que exclui qualquer intromissão alheia, pois, dentro desse domínio, sua decisão é soberana. Isso evidencia, mais uma vez, a relação entre propriedade e liberdade negocial, pois o contrato será necessariamente usado quando o proprietário fizer disposições sobre o bem, manifestando, dessa forma, o seu poder sobre a coisa. Assim, sua autonomia estaria assegurada se ele não for privado de seus bens ou sofrer modificação de sua propriedade sem uma manifestação livre e efetiva de sua própria vontade²¹⁴.

Verifica-se, a partir dessas ideias, que a autonomia privada se manifesta e se realiza sobretudo no campo das relações jurídicas patrimoniais que, como observa Amaral²¹⁵, são o setor por excelência da esfera da soberania individual. E não há como negar que o direito sucessório, como pontuam Roxana Borges e Renata Dantas, “é expressão do direito de propriedade. O Direito das Sucessões tem por objeto essencialmente interesses patrimoniais”²¹⁶. Ora, nesse sentido, o testamento – negócio jurídico unilateral -, exteriorização volitiva da disposição de bens *post mortem*, é nada menos do que a própria expressão da autonomia privada dentro do Direito das Sucessões.

Dessa forma, têm-se todos os elementos anteriormente citados – liberdade, propriedade e autonomia negocial - profundamente reunidos em uma única relação: o ato de testar. Em princípio, essa relação é reconhecida pelo *caput* do art. 1.857 do Código Civil que prevê que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

Diz-se “em princípio” porque a lei impõe uma série de restrições substanciais ao testador: estabelece um percentual máximo de propriedade do qual este pode dispor²¹⁷, institui herdeiros necessários²¹⁸, apresenta hipóteses taxativas bastante restritas de deserdação²¹⁹,

²¹³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 139.

²¹⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 142.

²¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*, cit., p. 223.

²¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 75.

²¹⁷ É o caso da legítima, tema desta pesquisa. Ver art. 1.846 do Código Civil.

²¹⁸ No Brasil, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Ver art. 1.845 do Código Civil.

²¹⁹ Ver arts. 1.961 a 1.965 do Código Civil.

especifica formalidades²²⁰, veda formas testamentárias²²¹ e limita até mesmo o conteúdo das disposições de última vontade sob pena de invalidade²²². Há de se perguntar, portanto, por que razão a mera disposição da propriedade privada *mortis causa* se reveste de tão inexoráveis restrições.

Um dos motivos levantados para isso é proveniente da natureza do próprio negócio jurídico, pois, nos contratos, cada contratante se torna censor do outro, enquanto, no testamento, o testador, legislador doméstico, é o único juiz de sua vontade, razão pela qual necessitaria de maior certeza e segurança para o exercício de seu “augusto ministério”, o que faz com que os contratos sejam mais facilitados do que os testamentos²²³.

Esse argumento, no entanto, é enfraquecido quando contrastado com uma outra característica intrínseca dos testamentos: o fato de só surtirem seus efeitos após a morte do testador. Portanto, ainda que o testador faça disposições das mais absurdas, essas em nada o prejudicariam, uma vez que ainda não seriam eficazes enquanto estiver vivo. Prova disso é que o próprio legislador, fugindo da genérica “maioridade civil” alcançada aos dezoito anos, conferiu aos menores púberes plena capacidade testamentária ativa. Desse modo, as limitações à autonomia do testador parecem estar mais ligadas a outros motivos.

É notório que a noção atual de propriedade não é mais aquela vinculada a um poder pleno do proprietário, na qual, dentro de uma certa demarcação, o proprietário seria completamente livre para manifestar a sua senhoria sobre o bem²²⁴. Ao contrário, a determinação moderna do conteúdo da propriedade, “dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”²²⁵. Sendo assim, “as restrições que o direito de propriedade foi sofrendo repercutem no âmbito da autonomia privada do proprietário”²²⁶.

Parte desses interesses extraproprietários estão abarcados na ideia de função social da propriedade, o que será melhor discutido em tópico próprio²²⁷. Aliás, não só a propriedade, mas vários outros institutos jurídicos passaram pelo filtro da funcionalização nos últimos tempos.

²²⁰ Uma vez que o testamento é um negócio jurídico solene, *ad solemnitatem*, para ser considerado válido, deve seguir uma das formas ordinárias ou especiais previstas em lei. Ver art. 1.862 do Código Civil para as formas ordinárias e arts. 1.886 e 1.887 para as especiais.

²²¹ A exemplo dos testamentos conjuntivos proibidos pelo art. 1.863 do Código Civil.

²²² A exemplo das hipóteses do art. 1.900 do Código Civil.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 32.521/DF*. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. 4 de dezembro de 1958, p.15.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2004, p. 317.

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit., p.317.

²²⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 144.

²²⁷ Ver tópico 2.3.2 – “O direito de propriedade e a função social”.

Algumas consequências desse fenômeno relacionadas ao tema desta pesquisa, como dito, serão discutidas posteriormente.

Por ora, é importante observar que quando a autonomia privada se encontra com a dimensão social, esbarra, antes de mais nada, em uma série de limites e exigências que antecedem o seu reconhecimento jurídico à medida em que é chamada a atuar no plano do direito e segundo a lógica dele²²⁸. Assim, “o reconhecimento jurídico confirma, aceita e, quando necessário, modifica limites e exigências naturais da autonomia privada”²²⁹.

É em grande parte por conta desses motivos que escapam do “campo patrimonial” que a lei prevê uma série de restrições para a validade do testamento.

Como observa Prata, como o negócio jurídico é a forma de expressão da vontade dos sujeitos e como a vontade privada “não é fonte direta e imediata de efeitos jurídicos, mas tem a sua eficácia subordinada à necessária mediatização da lei”, ele se torna um instrumento para que o Estado opere sua intervenção nas relações privadas: ou “negando eficácia jurídica à vontade privada quando esta se manifesta em condições de flagrante frustração dos pressupostos da sua força vinculativa”, ou quando da vontade dos sujeitos resultam consequências prejudiciais para o bem-estar social, “fazendo intervir no regulamento negocial interesses alheios, de um ponto de vista imediato, àqueles que ditaram esse regulamento”²³⁰.

Assim, sendo o testamento o negócio jurídico próprio do direito das sucessões, a intervenção do Estado nesse domínio se dirige precipuamente a ele.

Não sem razão, portanto, essas intervenções estatais devem ser cuidadosamente analisadas, sob pena de os sujeitos padecerem de uma ingerência excessiva ou irrazoável em um âmbito no qual deveria reinar, *a priori*, a liberdade individual. Aliás, como pondera Diego Lima,

Naquilo que a sucessão se expressa pura e simplesmente como a transmissão de um patrimônio - uma universalidade de bens e de direitos pertencentes a uma dada pessoa, seca, sem afetação ou vinculação a um propósito social específico- em decorrência do falecimento (ou possível falecimento) de um indivíduo, exige-se a preservação do princípio da autonomia da vontade do sucedido como vetor dirigente de condutas, como elemento hermenêutico central de interpretações judiciais e como diretriz principal de construção e de controle deontológico dos regramentos legislativos²³¹.

²²⁸ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 200.

²²⁹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, cit., p. 200.

²³⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 41.

²³¹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 77.

Assim, torna-se importante assegurar um espaço livre ao testador, “reconhecer uma essência que não deve ser invadida nem pelo Estado e nem por pretensões vazias de outros particulares”²³²; um local em que o proprietário possa, enquanto também na condição de testador, decidir e escolher livremente de acordo com suas próprias convicções morais, sem que lhe sejam exigidas maiores justificativas “que não a própria exteriorização da vontade”²³³. Afinal, é sobretudo no espaço privado que o sujeito pode alcançar “a realização da sua personalidade, desfrutar da sua intimidade, da sua privacidade, implementar, enfim, os seus direitos de personalidade”²³⁴.

Para tanto, faz-se imprescindível questionar a imposição da legítima tal como é configurada hoje no ordenamento brasileiro.

Isso, porque, uma vez entendida a autonomia privada como princípio conformador da própria ordem jurídica, sua limitação por qualquer elemento externo que não seja o próprio indivíduo somente pode e deve ser admitida em caráter excepcional, nas situações em que terceiros têm seus direitos ou interesses violados.

Como observa Gerald Dworkin, o fim que legitima o uso do poder sobre os cidadãos autônomos, contra a sua vontade, é o de evitar danos a outros. Nas demais situações, ainda que envolvam a autoproteção, o indivíduo não deveria ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo porque isso será melhor para si, o tornará mais feliz ou seria o mais correto²³⁵.

Afinal, poder escolher é um bem em si mesmo que não depende da sabedoria, da justeza ou do acerto do que se escolhe. Em outras palavras, pode-se dizer que o modo pelo qual uma pessoa faz suas escolhas é o melhor, não porque é o melhor em si, mas porque é o seu próprio modo. Por isso, a autonomia, entendida como o poder de escolher, é privilégio e condição própria de um ser humano que atinge a maturidade de suas faculdades e pode, então, usar e interpretar a experiência à sua maneira²³⁶.

Assim, é preciso atentar para o fato de que, em situações nas quais a ação autônoma nem sequer provocaria danos a alguém – como no caso de um testador que não tem nenhum herdeiro em situação de vulnerabilidade –, obrigar o sujeito a agir exclusivamente em benefício

²³² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 77.

²³³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 77.

²³⁴ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011, p. 133.

²³⁵ DWORKIN, Gerald. *Paternalism. Liberty and Paternalism*. Chapter seven. Wadsworth Publishing Company, 1971. Disponível em: <<https://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>>, p. 181.

²³⁶ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 186.

de interesses públicos, abrindo mão de seus próprios anseios e vontades individuais, é admitir que a pessoa humana “se torne autômata, despersonalizada, ou até deixe de existir, eis que ela será reduzida a um mero instrumento da coletividade”²³⁷.

Por outra face, é possível argumentar que, em uma situação na qual o ato autônomo irá prejudicar outra pessoa, a interferência do estado pode ser justificada – e até mesmo requisitada.

Se, por exemplo, está-se diante de um sistema sucessório em que o autor da herança pode sempre dispor da totalidade do seu patrimônio, e um testador, pai de um filho ainda criança, deixa todos os seus bens para um amigo de longa data, tem-se uma hipótese em que, a despeito das mais amistosas intenções do testador, suas disposições autônomas interferiram substancialmente na vida de um terceiro que dele era dependente.

Nesse caso, como nas demais situações em que há herdeiros necessitados e dependentes do *de cuius*, a transmissão de uma parte da herança para esses herdeiros não se afigura como uma imposição absurda e autoritária, mas, pelo contrário, demonstra-se legítima.

No entanto, a formatação atual da sucessão brasileira, que se faz alheia à existência de necessidades por parte dos herdeiros ou de risco de danos, impede que a intangibilidade de metade da herança seja vista com bons olhos.

Afinal, como já ressaltado, “qualquer limitação à autonomia privada, que não esteja suficientemente justificada na proteção a direitos e garantias fundamentais do(s) afetado(s) por seu exercício é ilegítima e inconstitucional”²³⁸. Não é por menos que algumas restrições à propriedade privada, como a legítima do atual sistema sucessório, podem ser consideradas “equivalentes - se não jurídica, ao menos economicamente - a autênticas expropriações”²³⁹.

²³⁷ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 133.

²³⁸ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 133.

²³⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 151.

2.2 A solidariedade e a propriedade familiar no cenário atual

2.2.1 A verdadeira solidariedade familiar

Após essas breves incursões aos desdobramentos da autonomia privada no fenômeno sucessório já é possível iniciar o estudo crítico dos principais fundamentos da imposição da legítima no Brasil anteriormente citados.

O argumento de maior peso a favor da herança forçada, por séculos invocado nos debates jurídicos em torno do tema, é o da proteção à família do *de cuius* por meio da solidariedade intergeracional e da manutenção da propriedade familiar.

É incontestável, como afirma Léon Duguit, que o homem é um ser que vive e sempre viveu em sociedade, integrando, desde o seu nascimento, um agrupamento humano, no qual, ao mesmo tempo em que desenvolve uma consciência clara de sua individualidade e necessidades próprias, também adquire uma consciência quanto à sua dependência da comunidade ou da sociabilidade²⁴⁰. A partir disso, conclui o filósofo que “a ‘solidariedade social’ é que constitui os liames que mantêm os homens unidos”²⁴¹.

No entanto, apesar dessa solidariedade ou interdependência uns dos outros abranger, de modo geral, toda a humanidade, é certo que esta última se encontra dividida em um extenso número de grupos sociais, o que faz com que cada homem só se conceba verdadeiramente solidário com aqueles que pertencem ao seu mesmo grupo²⁴². É o caso, *em regra*²⁴³, das famílias.

Aqui, cabe indagar, como fez João Baptista Villela, em que outro lugar mais que na família “se manifesta a contradição entre as aspirações libertárias do homem e a sua fundamental vocação para o engajamento?”²⁴⁴. Representa a família, portanto, um “*locus* privilegiado de um conflito tendencial profundo”²⁴⁵ entre a autonomia privada e a heteronomia social.

De muitas formas limita a família ao indivíduo e impõe duros sacrifícios à sua liberdade. Por outro lado, ao mesmo tempo, também o liberta, promovendo-lhe a personalização por meio dos contatos profundos e insubstituíveis aos quais dá origem. Assim, “as relações aqui são,

²⁴⁰ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 39.

²⁴¹ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*, cit., p. 40.

²⁴² DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*, cit., p. 40.

²⁴³ Obviamente, uma regra que comporta exceções.

²⁴⁴ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 10.

²⁴⁵ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*, cit., p. 10.

portanto, de natureza ambivalente: a família cerceia a liberdade, ao mesmo tempo que a realiza sob outra forma”²⁴⁶.

A família goza de especial proteção do Estado, conforme se depreende do *caput* do art. 226 da Constituição Federal. Igualmente, o princípio da solidariedade ganha um substancial relevo no ordenamento jurídico quando “construir uma sociedade livre, justa e *solidária*” é elencado como um dos objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º, I, CF/88).

É fato, portanto, que a *cellula mater* da sociedade deve ser inegavelmente protegida e amparada. Em muitas situações, isso implicará o reconhecimento jurídico de deveres e responsabilidades próprios para os seus componentes, como é o caso da obrigação de prestar alimentos²⁴⁷. Dessa forma, cada um dos membros do corpo familiar é reconhecido como “um colaborador na defesa de interesses individuais e sociais decorrentes das relações familiares, na medida em que os laços afetivos geram responsabilidades e direitos decorrentes do dever de cuidado recíproco”²⁴⁸.

É com base nesse entendimento e, sobretudo, no já citado princípio da solidariedade que ao testador se impõe o dever de respeitar a legítima dos herdeiros necessários, motivo pelo qual metade de seu patrimônio é então reservado para os seus sucessores e torna-se indisponível para deixas testamentárias, representando uma verdadeira limitação de sua autonomia em face dos interesses solidaristas que surgem no seio familiar.

Para Beatriz Silva, é exatamente porque a autonomia, em um contexto solidarista, pressupõe o respeito ao outro, que se deve falar, nessas situações, no exercício de uma “autonomia responsável”²⁴⁹. Assim, para a autora, na medida em que a solidariedade remodela a autonomia,

mais do que um limite à autonomia, por meio da imposição de deveres, a solidariedade é um elemento interno dela, razão pela qual se defende que um estudo sobre a relação entre solidariedade e autonomia parece dizer mais respeito ao conteúdo contemporâneo da autonomia privada do que ao princípio da solidariedade em si [...]”²⁵⁰.

²⁴⁶ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*, cit., p. 10.

²⁴⁷ Ver art. 1.694 do Código Civil.

²⁴⁸ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 587.

²⁴⁹ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*. Dissertação de mestrado. PUCMINAS. Belo Horizonte, 2018, p. 50.

²⁵⁰ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 50.

De fato, como também observa Silva, a mudança da concepção liberal para a solidarista não possui seu ápice na questão de proteger ou não a autonomia, “mas em qual sentido protegê-la”²⁵¹. Assim, se antes, sob um prisma individualista, a proteção da autonomia estava centrada na declaração de vontade do agente autônomo, agora, sob o viés solidarista, essa vontade deixa de ser “alvo de tutela por si só para se submeter, como todos os outros institutos jurídicos, à verificação de se respeita ou não a condição humana alheia”²⁵².

Disso decorre a importância, segundo a mesma autora, de identificação dos tipos de solidariedade. Isso, porque, em alguns casos, a imposição de condutas solidárias aos membros familiares não está nem indiretamente atrelada ao exercício de uma escolha autônoma de suas partes. Para essas situações, a autora chega a denominar tal obrigação de “solidariedade familiar ‘pura’, que vai impor a prestação de auxílio material e/ou moral àquele que não praticou nenhum ato de autonomia do qual a atribuição de um dever de solidariedade pudesse ser considerado desdobramento lógico”²⁵³. Em tais hipóteses, portanto, como o elemento volitivo daquele que é obrigado a prestar a ação solidária nem sequer é considerado ou aparenta possuir alguma relevância, o dever de solidariedade se encontra totalmente desvinculado de uma ação autônoma – e, por isso mesmo, responsável²⁵⁴.

Em vista disso, torna-se imprescindível a identificação de um conteúdo mínimo do princípio da solidariedade familiar e de critérios para a sua aplicação de forma a impedir que a imposição de deveres solidários aos membros de uma família reduza a bem pouco a liberdade humana²⁵⁵, sobretudo nessas situações em que nem sequer há uma correlação com a escolha autônoma dos indivíduos, como é o caso da legítima.

É certo que o Estado, naqueles espaços em que falha o altruísmo familiar, deve garantir a sua permanência e proteção. No entanto, não é menos certo que a aplicação do princípio da solidariedade em um campo privado, no qual, ao menos em tese, a autonomia dos indivíduos é elemento preponderante, não pode se dar de forma vaga e irrefletida sob pena de ser aleatoriamente invocado “para impor a terceiros deveres de auxílio, quando cabe em primeira

²⁵¹ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 50.

²⁵² SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 50.

²⁵³ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 70.

²⁵⁴ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 70.

²⁵⁵ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 76.

mão à própria pessoa angariar os meios, materiais e existenciais, para a construção de seu projeto de vida”²⁵⁶.

Isso se torna sobremaneira importante para que a solidariedade não se confunda com mero assistencialismo e reduza, de forma irrazoável, a autonomia das pessoas dentro do agrupamento familiar. Não se está aqui a falar que a solidariedade não seja um princípio importante. Pelo contrário, sabe-se que sem a solidariedade, “a subjetividade jurídica e a ordem jurídica convencional estão fadadas a constituírem mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados”²⁵⁷. No entanto, a lógica da solidariedade não pode se confundir com caridade ou filantropia. Não só isso, a solidariedade familiar não pode significar, por si só, a “dissolução do indivíduo no todo familiar, desconsiderando sua dignidade pessoal”²⁵⁸, seus interesses e vontades próprios.

E é justamente em função disso que não se pode permitir, como defende Patrícia Rocha, “a utilização vazia e abstrata do elemento funcional da sucessão, evitando-se, assim, uma solidariedade travestida de mero assistencialismo”²⁵⁹. Ainda como ressalva a autora,

A herança deve ser compreendida em um contexto social, considerando-se sua repercussão para além da vontade do *de cuius*, o que não importa em reconhecer, indistintamente, o direito a uma reserva patrimonial a determinados sucessores tão somente porque se encontram ligados ao falecido por vínculos familiares próximos²⁶⁰.

Assim, a legítima tal como está positivada hoje, fundada em critérios abstratos de parentesco e em uma igualdade meramente formal, acaba impedindo, muitas vezes, a efetiva realização do princípio da solidariedade. Sem que sejam devidamente ponderados os interesses envolvidos no caso concreto, não há como promover uma sucessão solidária que atenda, na medida do possível, às reais necessidades dos familiares, caso existam²⁶¹.

Seguindo esse raciocínio, faz-se necessário admitir que não existe solidariedade familiar dentro do campo sucessório quando não há nenhum herdeiro a se socorrer. Beneficiar herdeiros

²⁵⁶ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 76.

²⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>

²⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*, cit.

²⁵⁹ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 593.

²⁶⁰ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 593.

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, abr - jun 2019, p. 220.

necessários de forma automática, como faz a lei, não é conduta de solidariedade²⁶². A limitação ao direito de testar pela imposição abstrata da legítima não guarda relação com a solidariedade ou com alguma função social, mas, “pelo contrário, irrompe, em demasia, o núcleo do direito de propriedade, que, a despeito de não ser absoluto, também não pode ser injustificadamente violado ou restringido”²⁶³.

Afinal, como afirmam Roxana Borges e Renata Dantas, “uma norma genérica com vistas a limitar a transmissão patrimonial para depois da morte não se sustenta se o destinatário destes bens for um maior, capaz e apto de promover o próprio sustento”²⁶⁴. Somente haverá uma solidariedade de fato quando os herdeiros forem economicamente dependentes do *de cuius*.

Na mesma linha, argumenta Zimmermann que os deveres de alimentos existentes na família podem ser fundamento para que a lei não permita que os membros familiares se tornem indigentes após a morte da pessoa que era responsável por seus alimentos. Mas isso não é capaz de justificar uma parcela obrigatória que vá além do necessário para a continuidade do pagamento desses alimentos²⁶⁵.

Logo, nos casos em que os sucessores do *de cuius* não são dele dependentes, não haveria necessidade de se falar em uma “solidariedade familiar pura”, desconectada da autonomia do sucedido. Nesses contextos, tal princípio não deveria ser aplicado, mas o juízo do testador, baseado nos verdadeiros laços de afetividade que ele construiu ao longo de sua vida – e não nos presumidos pelo legislador –, é que deveria ditar a destinação *post mortem* de seu patrimônio.

Como também observou Renata Dantas, a proteção a cada membro familiar, balizada na Constituição Federal, “não necessariamente estará assegurada ao se criar classes de herdeiros e, em alguns deles, considerá-los necessários”²⁶⁶. Isso, porque o direito das sucessões “não está voltado a efetivamente proteger cada membro familiar”²⁶⁷, sobretudo aqueles que nem mesmo necessitam de um amparo essencial. Ao contrário, uma legislação sucessória que de fato fosse protetiva e solidária

²⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 88.

²⁶³ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 595.

²⁶⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 89.

²⁶⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N. 19/19, 2019, p. 32.

²⁶⁶ DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 183, 2015, p. 19.

²⁶⁷ DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima, cit., p. 20.

[...] deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar²⁶⁸.

Essa perspectiva se mostra muito mais efetiva na proteção da família do que a que vige no atual sistema. Sendo assim, a reserva patrimonial para sucessores em estados de vulnerabilidade concretamente considerados se apresentaria em maior consonância “com os princípios constitucionais de solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que se preservaria a autonomia privada funcionalizada à proteção da pessoa”²⁶⁹.

Inclusive, se o direito sucessório deve ser orientado em atenção aos aspectos de vulnerabilidade dos herdeiros, a indagação de Felipe Gomes se faz oportuna: “se alguém faz um testamento, deixando uma legítima incapaz de garantir, as necessidades vitais dos herdeiros necessários, seria possível contestar a disposição patrimonial de última vontade?”²⁷⁰. Em outras palavras, o que se está aqui a indagar é se nos casos em que a metade do patrimônio do *de cuius* não é suficiente para garantir as condições de subsistência de um ou mais herdeiros que dele dependiam, deveria haver uma restrição ainda maior à sua liberdade de testar quanto à outra metade do patrimônio, a fim de se permitir a manutenção dos vulneráveis²⁷¹.

Ressalte-se que não se está a defender que todo o direito sucessório deve estar orientado pelas condições de vulnerabilidade dos herdeiros. É certo que em algumas situações, como é o caso do direito real de habitação²⁷², o fim da lei não é simplesmente o de equalizar uma assimetria identificada - aliás, é possível que nem haja, de fato, uma assimetria -, mas sim, o de garantir o direito de moradia do cônjuge, independentemente da existência de alguma vulnerabilidade de sua parte²⁷³.

²⁶⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?. *Jornal Carta Forense*, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>.

²⁶⁹ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 595.

²⁷⁰ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese de Doutorado. UFC. Fortaleza, 2015, p. 108.

²⁷¹ É um questionamento bastante interessante, sobretudo quando se está a propor um novo modelo sucessório pautado na real necessidade dos herdeiros necessários. No entanto, levada ao extremo, essa ideia poderia conduzir a um cenário em que todo o patrimônio do *de cuius* fosse destinado a um herdeiro que possui elevada necessidade, desconsiderando por completo qualquer autonomia do autor da herança sobre o seu próprio patrimônio.

²⁷² Ver art. 1.831 do Código Civil.

²⁷³ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 70.

No entanto, pelo menos no tocante à legítima, o princípio da solidariedade precisa ser revisto, devendo a liberdade de testar ser limitada *apenas e na medida em que* protege uma função social relevante ou assegura condições existenciais aos herdeiros do testador²⁷⁴.

Além disso, é possível afirmar que o aumento da liberdade de testar, ao permitir que o testador expresse suas individualidades, também lhe possibilitaria exercer justamente a solidariedade em favor dos herdeiros mais necessitados na medida exata de suas necessidades. Isso significa que a liberdade testamentária, em vez de suplantar a solidariedade familiar, como argumentam os defensores da legítima, pode, muito pelo contrário, fortalecê-la por meio de uma distribuição mais justa e equânime dos bens que compõem o patrimônio do falecido.

Afinal, a concepção da família como “entidade merecedora de proteção em si mesma” ou como “fatiamientos abstratos de parentesco” resulta em uma transmissão patrimonial que, na realidade, acaba por desconsiderar a pessoa de seus membros – a quem efetivamente a lei queria proteger²⁷⁵.

2.2.2 Imposição *versus* voluntariedade nas relações familiares

Uma outra questão que se impõe no tocante à legítima e sua relação com a família está centrada, como visto no primeiro capítulo, na pueril ideia de que a herança forçada seria capaz de manter a paz no seio familiar e a estabilidade social. Essa foi uma das principais tônicas presentes nos argumentos favoráveis à legítima na época de discussão do Projeto do Código Civil de 1916.

Como exposto anteriormente, muitos juristas consideravam que deixar alguma herança para os filhos constituía uma verdadeira obrigação natural dos pais que surgia como consequência lógica da procriação²⁷⁶. Dessa forma, como foram responsáveis por trazer à vida seus sucessores, os pais teriam de lhe garantir o sustento, mesmo após a sua morte.

Entretanto, essa não era a opinião unânime da doutrina, mesmo naquela época. Coelho Rodrigues, por exemplo, principal crítico da legítima no Brasil do século XIX, argumenta, contrariamente, que uma vez criados e educados os filhos, “se uma das partes fica devendo à

²⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 89.

²⁷⁵ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, abr - jun 2019, p. 217.

²⁷⁶ É o caso, por exemplo, de Carlos Maximiliano, Clóvis Bevilacqua e Albert Lamarca I Marquês. Para lembrar esses argumentos, ler o tópico 1.3.1.

outra, não é o pai mas o filho”²⁷⁷. O autor não deixa de reconhecer que o dever de sustentar o filho importa uma limitação justa à propriedade dos pais, no entanto, para o jurista, desde que este já esteja em condições de se manter pelo próprio trabalho, “em vez de credor converte-se em devedor de quem lhe proporcionou essas condições”²⁷⁸.

Continuando em suas críticas, Coelho Rodrigues afirma que, apesar de ser natural nos pais o desejo de deixar para os filhos suas riquezas e bens, impor essa transmissão como uma obrigação legal – algo que, diga-se de passagem, deveria ser deixado a cargo dos próprios sentimentos – chega a ser “illegítimo, [...] absurdo, [...] anti-econômico e até supinamente immoral”²⁷⁹.

Explica o autor que a imposição da legítima é ilegítima porque o amor ou é espontâneo ou não existe, não podendo ser forçado por meios coercitivos. É absurda porque os pais são melhores juízes entre seus filhos do que o legislador, assim, são os pais que deveriam decidir a respeito da divisão de sua propriedade entre seus descendentes. É antieconômica porque o primeiro estímulo para o trabalho é justamente a esperança de poder dispor sobre o seu fruto, sendo assim, impedir que o testador determine o destino de parte do seu patrimônio reduz o estímulo ao trabalho e à produção de riqueza. Por fim, sustenta o autor que é imoral porque desmoraliza o poder dos pais e faz os filhos se tornarem ociosos e preguiçosos, já contando com a riqueza que irão receber sem ter por ela trabalhado²⁸⁰.

A visão da ilegitimidade da legítima defendida por Coelho Rodrigues encontra guarida na opinião de outros doutrinadores, inclusive estrangeiros. Clóvis Beviláqua cita em seu manual, por exemplo, a ideia de Montesquieu, para quem havia uma lei natural que obrigava os pais a alimentarem seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los seus herdeiros²⁸¹.

Do mesmo modo, como explica Zimmermann, von Schmitt, apesar de ter defendido a imposição de uma reserva hereditária com base em outros argumentos²⁸², não considerava o amor pelos familiares mais próximos, principalmente pelos filhos e pelo cônjuge, um “dever

²⁷⁷ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VI. Trabalhos da Comissão (Discussão da Parte Especial — arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902 p. 286.

²⁷⁸ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 287.

²⁷⁹ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 286.

²⁸⁰ RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 286.

²⁸¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 12.

²⁸² Para os argumentos de von Schmitt, ver p. 37.

natural” do falecido capaz de lhe impor a transmissão de uma parte obrigatória da herança. Para o autor, a falta de amor constituiria uma violação moral, mas não a violação de um preceito legal, porque o verdadeiro valor só poderia ser atribuído ao amor voluntário²⁸³.

Ademais, como elucida Felipe Gomes, “todo o direito que o filho deve ter sobre o patrimônio de seu pai deve decorrer das regras já estabelecidas para essa matéria – e não compor qualquer tipo de direito hereditário necessário”²⁸⁴. O raciocínio do autor é bem simples: por que um filho, a quem os pais já não têm mais o dever de sustento, e que não faz jus ao direito a alimentos, deve ter direito a uma parcela do patrimônio dos seus pais quando eles falecerem? Se esse direito não existe enquanto seus pais ainda estão vivos, por que motivo se torna um direito necessário com o falecimento deles?²⁸⁵ Esses questionamentos, feitas as devidas acomodações, valem tanto para os ascendentes quanto para os cônjuges também.

Nas palavras de Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas,

Que o Estado se substitua àquele que preferiu nada dizer sobre o destino de seus bens para privilegiar seus familiares é interferência que não se justifica, seja porque presume a vontade do falecido em uma direção na qual não necessariamente se encaminha, seja porque acaba por privilegiar parentes do *de cuius* sem nenhuma fundamentação relevante para tanto sob o prisma socioeconômico. É mero culto ao passado²⁸⁶.

Embora não estivesse dissertando sobre o tema da herança forçada, uma orientação parecida com essas ideias pode ser encontrada também nas lições de Villela. É que fundamentar a existência da legítima em um suposto “amor obrigacional” que os ascendentes devem ter pelos seus descendentes parece ser uma confusão entre paternidade e procriação. Como explica Villela, o homem tem o poder de usar os mecanismos da natureza dos quais decorrem o nascimento de uma pessoa ou abster-se de fazê-lo²⁸⁷. Uma vez diante do nascimento de um filho, o homem também tem o poder de comportar-se em relação a ele de várias maneiras, inclusive por meio de algumas obrigações jurídicas. No entanto, “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de

²⁸³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Compulsory Portion in German Law*, cit., p. 9.

²⁸⁴ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 122.

²⁸⁵ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 122.

²⁸⁶ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 226.

²⁸⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*, a. 27, n. 21. Belo Horizonte, 1979, p. 401.

uma decisão espontânea”²⁸⁸. Em síntese, “pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é”²⁸⁹.

É por isso que, segundo o autor, todo o direito de família – assim como o direito sucessório - tem a tendência de se organizar sob o princípio basilar da liberdade, afinal, “as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas”²⁹⁰. Em outras palavras, isso seria dizer que a própria ideia da solidariedade que deve reger as relações familiares só faz de fato sentido se espontaneamente vivenciada.

Afinal, a afetividade que une os membros de uma família não pode ser prescrita ou planejada em fórmulas abstratas, mas sim constatada, em certas condições e sob certas circunstâncias, no mundo dos fatos, lugar em que realmente é existente e operante²⁹¹.

É com base nessas ideias de afetividade, solidariedade e amor espontâneos, que autores como Diego Lima chegam até mesmo a defender que a sucessão, enquanto instrumento de proteção e coesão da família, não pode mais ser concebida à luz de regras técnicas e abstratas “que não permitam uma imprescindível inquirição da qualidade afetiva da relação havida entre as pessoas diretamente envolvidas no fenômeno sucessório - sucessor e sucedido”²⁹². Dessa forma, a ideia do autor é que determinada pretensão sucessória ou determinada ordem de vocação hereditária só poderia ser considerada lídima dependendo da existência e da quantidade do grau de afetividade estabelecido entre os protagonistas da sucessão.

É uma forma de pensar que rompe significativamente com o paradigma sucessório atual pois está a embasar uma nova concepção de transmissão da herança dependente de reais – e não simplesmente presumidos - laços de afetividade entre os familiares. Assim, para o autor, “dado que o elemento central de aglutinação familiar [...] deixou de ser a mera posição ocupada numa dada árvore genealógica e passou a situar-se, preponderantemente, no mundo real da socioafetividade”, seria natural que qualquer ordem hereditária legal – que presume a vontade do testador – admitisse uma análise concreta dos meandros afetivos entre o falecido e seus pretensos sucessores²⁹³.

Isso evitaria, ainda segundo o autor, “uma série de distorções que poderiam ser verificadas entre aquilo que se presumiu na frieza da lei e aquilo que se verificou na ardência

²⁸⁸ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 400.

²⁸⁹ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 414.

²⁹⁰ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, cit., p. 414.

²⁹¹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 39.

²⁹² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 38.

²⁹³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 81.

dos fatos”²⁹⁴. Utilizar-se-ia uma lógica parecida a usada nos institutos da indignidade e da deserdação, mas com a diferença substancial de que, em vez da premissa ser fundada em um pretense direito dos familiares à herança, “a lógica seria invertida, e a constatação da inexistência da afetividade significaria a própria inexistência (e não a superveniente extinção) de um direito de herdar fundado na presunção de vontade do falecido”²⁹⁵.

Para além dessas abordagens sucessórias mais inovadoras, ainda que se fique no sistema tradicional, verifica-se, de qualquer modo, que a liberdade testamentária se constitui em uma das mais excelentes oportunidades para a expansão e a expressão dos sentimentos afetivos do testador para com aqueles que realmente “fizeram jus à sua gratidão ou benevolência”²⁹⁶.

Como relata Antoni Aloy Vaquer, a prática mostra que em regra os testadores se guiam por vínculos familiares e afetivos em suas disposições, sendo extremamente raros aqueles casos, fervorosamente apontados pelos defensores da herança forçada, em que um testador favorece um terceiro em detrimento de sua própria família²⁹⁷. As experiências da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, por exemplo, - lugares em que não existe herança forçada -, podem facilmente comprovar essa afirmação, pois, a despeito da inexistência da legítima, as relações familiares continuam sendo mantidas e respeitadas²⁹⁸.

Além disso, os instrumentos legais que poderiam funcionar como espécies de “saídas de emergência” da legítima, isto é, a indignidade e a deserdação, também não são muito efetivos²⁹⁹. Como traço comum dos regimes sul-americanos, as hipóteses em que o testador pode deserdar um herdeiro são muito específicas e exaustivamente regulamentadas, além de serem interpretadas estritamente, o que representa mais uma intervenção irrazoável na autonomia do testador³⁰⁰. As hipóteses taxativas de deserdação obrigam o testador “a levar ao

²⁹⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 81.

²⁹⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 81.

²⁹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*, cit., p. 138.

²⁹⁷ ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: *Indret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, p. 11.

²⁹⁸ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 5 e 6.

²⁹⁹ Um forte indício dessa pouca efetividade é a tramitação no Congresso Nacional de uma série de projetos de lei que preveem a ampliação das hipóteses de indignidade e deserdação, como o PL 867/2011, PL 8205/2017, PL 9306/2017, PL 229/2019, PL 3410/2019, PL 3459/2019, PL 3846/2019, PL 4738/2019, PL 6548/2019, PL 386/2020, PL 3634/2021, PL 479/2022 e o PL 1122/2022. Os projetos citados ainda estão em fase de tramitação e podem ser consultados no site no Congresso: <<https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=sucess%C3%A3o%3B+leg%C3%ADtima&p=4>>. Acesso em 22/05/2022 às 10:22h. Ver item 4.2.1.

³⁰⁰ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019, cit., p. 42.

público as desgraças e muitas vezes as vergonhas do lar”³⁰¹. Em suma, os obstáculos à deserdação são tão grandes que alguns doutrinadores chegam a ser tentados a discuti-la como uma proteção à legítima, em vez de uma real ameaça³⁰².

Ademais, a imposição da legítima estimula um verdadeiro exercício de uma “amesquinhada fiscalização do patrimônio dos familiares, sobretudo daquele pertencente aos pais”³⁰³. O aspecto matemático da legítima – cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança – possibilita que os herdeiros realizem, mesmo antes da morte do *de cuius*, “esquadrinhamentos financeiros parasitários [...] endossando-se uma invasão e uma catalogação minuciosa, aritmética, das disposições patrimoniais que os mesmos eventualmente possam ter realizado ou desejado realizar por livre e espontânea vontade”³⁰⁴.

Para mais, como visto no capítulo anterior³⁰⁵, alguns doutrinadores sustentam que se a determinação de apenas um percentual da propriedade para testar for um atentado à liberdade e à autonomia privada, as disposições que regem as doações *inter vivos*, o regime de bens no casamento e os direitos e deveres entre os cônjuges, por exemplo, também serão³⁰⁶.

Contudo, não é preciso muito esforço para perceber que essas comparações não se sustentam por se tratarem de situações jurídicas bastante distintas. Embora, nenhuma pessoa seja obrigada a doar uma parte de seu patrimônio ou a se casar, toda pessoa é obrigada a deixar metade de seu patrimônio para seus herdeiros necessários. Portanto, em um caso, o indivíduo se sujeita a determinadas regras e limitações mediante seu próprio interesse, enquanto em outro, não possui a escolha de se submeter ou não.

Além disso, o argumento também é falho em sua própria essência porque a autonomia privada é bastante expressiva – para não se dizer “predominante” – nessas situações apontadas, sobretudo no casamento. Recorde-se que aos nubentes é dado escolher o regime de bens do matrimônio, seja por meio dos modelos já previstos no Código Civil, seja por meio de estipulações próprias consubstanciadas em pacto antenupcial³⁰⁷. Não só isso, a própria

³⁰¹ GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 288.

³⁰² SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 44.

³⁰³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 33.

³⁰⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 33.

³⁰⁵ Ver p. 41.

³⁰⁶ PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. III. Trabalhos da Comissão (relatórios parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 167.

³⁰⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 80.

Constituição Federal garante, no parágrafo 7º do art. 226, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.

Sendo assim, é forçoso perceber as nítidas diferenças entre os contextos e constatar que a indisponibilidade de metade do patrimônio de uma pessoa, ao contrário dos outros casos, representa um verdadeiro atentado à liberdade e à autonomia do indivíduo. Em outras palavras, é clara a distinção entre a imposição e a voluntariedade.

2.2.3 As famílias contemporâneas

Para além de todos esses argumentos anteriormente levantados, verifica-se que a principal fragilidade dos motivos familiares invocados para a sustentação da legítima não reside em torno das questões de solidariedade familiar, afetividade, real necessidade dos herdeiros, deserção restritiva ou fiscalização do patrimônio alheio. Na verdade, o contraponto atual de maior peso à existência da legítima é mais sociológico do que jurídico: está na própria composição das famílias contemporâneas.

Como ressalva Villela, é impossível teorizar sobre a família na sociedade atual sem que se considere as profundas transformações pelas quais a instituição passou, “a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos”³⁰⁸. Assim, a substituição da grande família pela família nuclear, baseada na tríade pai-mãe-filho – que, por sua vez, também já se modificou bastante -, bem como a transmutação de uma unidade com fins econômicos, políticos, culturais e religiosos para um grupo de companheirismo e realização pessoal deram um rosto completamente diferente à família³⁰⁹, de tal forma que se pode seguramente afirmar que a sua constituição hodierna em muito se distancia da que era vista à época da elaboração do Código Civil.

Essas transformações da instituição familiar também foram percebidas por Marcos Catalan, que inclusive chegou a questionar a que família a legítima e seus defensores pretendem perpetuar, uma vez que ela não pode mais ser vista como uma simples comunidade de produção,

³⁰⁸ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*, cit., p. 11.

³⁰⁹ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*, cit., p. 11.

tal como no século XIX³¹⁰. Ademais, “as relações são muito mais instáveis que outrora e as famílias assumem configurações geométricas distintas daquelas existentes no passado”³¹¹.

As novas geometrias das famílias brasileiras, bem diversas daquela para a qual foi pensada a legítima, podem ser facilmente observadas pelos próprios dados estatísticos do país. Do século XIX até meados da década de 1940, o Brasil passou por um intenso processo de transição demográfica, saindo de altas taxas de natalidade e mortalidade para o início da queda das taxas de mortalidade³¹². Depois disso, diversas ações foram implementadas a fim de reduzir ainda mais a mortalidade em todas as idades³¹³ e vários outros fatores combinados, como o aumento da renda, o aumento da escolaridade e o aumento de saneamento básico, por exemplo, levaram à significativa diminuição dos níveis de mortalidade e ao consequente aumento na expectativa de vida dos brasileiros ao longo dos anos³¹⁴.

O relevante aumento da expectativa de vida no Brasil de 1940 a 2019³¹⁵ pode ser verificado estatisticamente pela tabela e pelo gráfico abaixo:

³¹⁰ CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 11, p. 135-147, out/dez 2010. Disponível em: <<https://ibdcivil.org.br/?p=1390>>, p. 140 e 141.

³¹¹ CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira, cit., p. 141.

³¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020, p. 6. Ainda segundo o IBGE, a incorporação de políticas de saúde pública e os avanços da medicina, sobretudo com os antibióticos recém descobertos no combate de doenças infecto-contagiosas e importados no pós-guerra contribuíram para esse início da primeira fase de transição demográfica do Brasil: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*, cit., p. 6.

³¹³ Como campanhas de vacinação em massa, atenção ao pré-natal, aleitamento materno, agentes comunitários de saúde, programas de nutrição infantil e outros, segundo INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*, cit., p. 7.

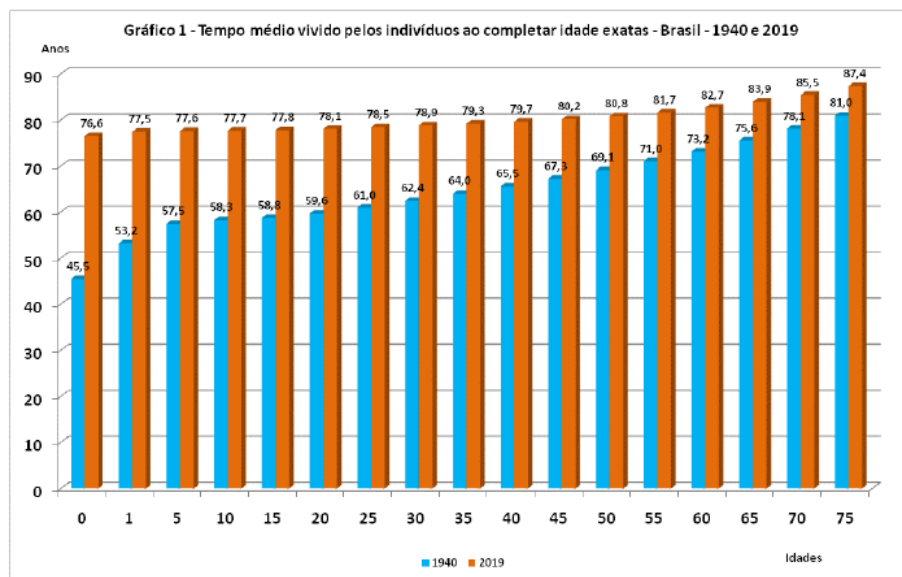
³¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*, cit., p. 7.

³¹⁵ Foram analisados os dados estatísticos de 2019 em virtude do grande número de óbitos provocados pela pandemia da COVID-19 nos anos de 2020 e 2021.

Tabela 1 – Expectativas de vida em idades exatas, variação em ano do período e tempo médio de vida – Brasil – 1940/2019

Idade	Expectativas de Vida						Variação (em anos) 1940/2019			Tempo Médio de Vida - Ambos os Sexos	
	1940			2019			Total	Homem	Mulher	1940	2019
	Total	Homem	Mulher	Total	Homem	Mulher					
0	45,5	42,9	48,3	76,6	73,1	80,1	31,1	30,2	31,8	45,5	76,6
1	52,2	49,7	54,9	76,5	73,0	80,0	24,2	23,3	25,1	53,2	77,5
5	52,5	49,7	55,3	72,6	69,2	76,1	20,2	19,5	20,8	57,5	77,6
10	48,3	45,5	51,1	67,7	64,3	71,2	19,5	18,7	20,1	58,3	77,7
15	43,8	41,1	46,6	62,8	59,4	66,3	19,0	18,3	19,7	58,8	77,8
20	39,6	36,9	42,5	58,1	54,8	61,4	18,5	17,9	18,9	59,6	78,1
25	36,0	33,3	38,8	53,5	50,4	56,5	17,5	17,1	17,8	61,0	78,5
30	32,4	29,7	35,2	48,9	46,0	51,7	16,4	16,2	16,5	62,4	78,9
35	29,0	26,3	31,6	44,3	41,5	46,9	15,3	15,2	15,3	64,0	79,3
40	25,5	23,0	28,0	39,7	37,1	42,2	14,1	14,0	14,2	65,5	79,7
45	22,3	19,9	24,5	35,2	32,7	37,5	12,9	12,8	13,0	67,3	80,2
50	19,1	16,9	21,0	30,8	28,5	33,0	11,8	11,6	12,0	69,1	80,8
55	16,0	14,1	17,7	26,7	24,5	28,6	10,6	10,4	11,0	71,0	81,7
60	13,2	11,6	14,5	22,7	20,7	24,4	9,5	9,1	10,0	73,2	82,7
65	10,6	9,3	11,5	18,9	17,2	20,4	8,4	7,8	8,9	75,6	83,9
70	8,1	7,2	8,7	15,5	13,9	16,7	7,3	6,7	8,0	78,1	85,5
75	6,0	5,4	6,3	12,4	11,1	13,4	6,4	5,6	7,0	81,0	87,4
80 anos ou +	4,3	4,0	4,5	9,7	8,7	10,5	5,5	4,6	6,0		

Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020, p. 9.



Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020, p. 9.

Em palavras, a análise estatística demonstra que no início do processo de transição demográfica, isto é, pelos idos de 1940, uma criança esperaria viver em média 45,5 anos, mas, trinta anos depois, em 1970, a expectativa de vida ao nascer já tinha sofrido um acréscimo de 12,1 anos. Em 2019, a expectativa de vida já estava na casa dos 76 anos, representando um aumento de 30,2 anos para os homens e 31,8 anos para as mulheres. Assim, um indivíduo de

50 anos em 2019 teria a expectativa de viver 11,8 anos a mais que um indivíduo da mesma idade em 1940³¹⁶.

Isso significa não só que, em média, as pessoas agora têm mais tempo para acumular mais patrimônio ao longo da vida – e fazer um bom planejamento patrimonial a partir disso – mas também que os filhos têm herdado mais tarde os bens da herança dos pais³¹⁷. Logo, atualmente, a regra é que quando os pais morrem, seus filhos já estão tipicamente na casa dos 40 a 55 anos de idade e financeiramente estáveis³¹⁸. Sendo assim, a legítima não pode mais ser justificada pela necessidade de garantir a subsistência dos descendentes e sua emancipação, como de fato acontecia séculos atrás³¹⁹, quando os herdeiros herdavam, majoritariamente, ainda crianças ou adolescentes³²⁰.

Além disso, a renda das pessoas tem aumentado com a idade, geralmente alcançando seu pico nos indivíduos com faixa etária entre 45 e 54 anos³²¹. Isso quer dizer que a herança, ou, pelo menos, a legítima em regra tem sido recebida no momento de maior riqueza do herdeiro. Dessa forma, é necessário questionar:

tem, pois, sentido seguir afirmando que o fundamento da legítima é a solidariedade intergeracional? Ou, pelo contrário, se realmente a solidariedade intergeracional é o fundamento da legítima, deve-se modificar o sistema legitimário para adequá-lo a dita finalidade?³²²

Igualmente, a outra justificativa tradicional para a herança forçada relacionada ao ideal de propriedade familiar também já pode ser considerada obsoleta. Antigamente, a vida e a propriedade na família eram comuns; todos ajudavam a adquirir o patrimônio – “o patrimônio desempenhava um papel central de aglutinação familiar e de representatividade social. Era um adesivo que unia os membros e um distintivo que evidenciava a família em seu contexto

³¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*, cit., p. 8.

³¹⁷ RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?, cit., p. 2.

³¹⁸ ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 9.

³¹⁹ Sobre o argumento de emancipação dos filhos por meio da legítima, ver p. 33.

³²⁰ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 110.

³²¹ ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 9.

³²² ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 10. Tradução nossa. Texto original: “¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional? ¿O, por el contrario, si realmente la solidaridad intergeneracional es el fundamento de las legítimas, debe modificarse el sistema legitimario para adecuarlo a dicha finalidad?”.

social.³²³” Assim, ele de fato pertencia substancialmente mais a família do que a uma pessoa individualmente considerada.

No entanto, não é assim que tem ocorrido hoje, uma vez que, em regra, cada um trabalha por si, de modo que os parentes não colaboram mais uns com os outros – “a propriedade não mais é familiar; só existe a individual”³²⁴. Com a inserção das mulheres no mercado de trabalho e a diminuição do número de filhos, há mais possibilidades de as pessoas proverem o próprio sustento sem necessitar da ajuda dos parentes³²⁵. Além disso, o próprio aumento da urbanização brasileira gera impactos na percepção da propriedade, pois, em regra, em sociedades marcadamente urbanas, não há grande ligação entre as atividades profissionais dos membros da família como há em comunidades rurais. Assim, “a tendência é que os filhos não contribuam com o seu trabalho para a manutenção da casa”³²⁶.

Na América do Sul, por exemplo, a quantidade de propriedades fundiárias que são transmitidas de geração em geração é muito pequena para ser representativa da população em geral e, além disso, os casos de riqueza acumulada pelo esforço conjunto de pais e filhos diminuiu bastante nos últimos cento e cinquenta anos, sendo que grande parte das fortunas sul-americanas atuais são resultado do esforço individual das pessoas e, na medida em que um cônjuge ou companheiro tenha contribuído para sua formação, um ajuste justo é garantido pelo regime de bens³²⁷.

Ademais, essa antiga ideia de propriedade familiar é bastante difícil de conciliar com o tratamento igualitário dos filhos nas famílias contemporâneas. O sentido atribuído a esse princípio pela legítima é um sentido seco, matemático, concebido na “existência de uma uniformidade quantitativa entre aquilo que havia sido transferido pelos pais para cada um dos filhos em termos de bens e posses, fazendo-se pouco das especificidades e das motivações”³²⁸. Assim sendo, nesse modelo, as “relações familiares” são medidas aritmeticamente, sem uma real análise das peculiaridades que as integram.

Contudo, uma parcela significativa da sociedade atual é constituída de famílias recompostas e filhos extraconjugais que em alguns casos nem sequer tiveram uma convivência relevante com o *de cuius* e, portanto, dificilmente contribuiram para a construção da sua

³²³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 42.

³²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 362.

³²⁵ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 110.

³²⁶ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 109.

³²⁷ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 47.

³²⁸ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 43.

propriedade³²⁹. Dessa forma, a atual perspectiva jurídica do direito sucessório não guarda relação com a realidade familiar hodierna, a qual pouco ou nada tem de comunitarismo proprietário³³⁰.

Assim, verifica-se que o argumento de que a legítima garante a solidariedade intergeracional e a conexão econômica entre a propriedade e a família é desmentido pelas próprias análises estatísticas³³¹.

Evidencia-se, portanto, de modo claro que a sociedade contemporânea se tornou irreconciliável com um modelo sucessório que se diz fundamentado na proteção e na coesão da família mas que visa, exclusivamente, à “garantia de um superado ‘patrimonialismo familiar’ por meio da criação de mecanismos de perpetuação patrimonial vazios de funções verdadeiramente familiares e fincados numa frígida manutenção de laços meramente formais e institucionais”³³².

Isso, porque o critério de aglutinação da família foi alterado, bem como seus aspectos patrimoniais e solidários, passando a família a ser vivenciada sob uma ótica “despatrimonializada”, e não como uma fonte de produção de riquezas, tratando-se de um *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e do afeto entre seus membros.

Assim, não sendo um fim em si mesma, a família deve ser vista como um “espaço de concretização de projetos individuais, o que representa maior autonomia – a ser exercida de forma responsável – aos seus membros e, por conseguinte, menor ingerência para resguardar a tomada de decisões pessoais em questões íntimas”³³³. Por isso, alguns doutrinadores defendem um direito de família mínimo, no qual as intervenções do Estado nas questões familiares só ocorram em último caso, já que, como regra, devem prevalecer a liberdade e o exercício da autonomia privada dos membros da família, “pois somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos seus direitos fundamentais, o desenvolvimento da sua personalidade”³³⁴.

³²⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 47.

³³⁰ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 33.

³³¹ ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 14.

³³² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 84.

³³³ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 65.

³³⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. Dissertação de Mestrado. PUCMINAS. Belo Horizonte, 2009, p. 141.

Dessa forma, o Estado deveria intervir no direito de família apenas quando sua atuação resultasse em uma autêntica melhora na situação de seus membros³³⁵. No caso da imposição estatal da legítima, verifica-se que tal requisito para sua intervenção não é preenchido na maioria dos casos, pois a ausência da herança forçada não significa, necessariamente, a ruína ou a miséria da família, uma vez que sua atual previsão abstrata não apenas desconsidera a situação patrimonial concreta dos herdeiros como também se encontra descolada da realidade das famílias³³⁶, que não mais justifica tamanha restrição no direito de propriedade.

À vista do exposto, parece forçoso concluir, portanto, que as novas configurações familiares reclamam um novo modelo sucessório. Torna-se nítida a fragilidade dos argumentos baseados na coesão da família, ainda que sob os auspícios do princípio da solidariedade, afinal, como lembra Felipe Gomes, o dever de ser solidário também “deve existir em função de algum objetivo; ele próprio deve ser funcionalizado, sob pena de ser apenas outra designação para a mesma noção de proteção institucional da família, por si própria”³³⁷.

A legítima, se realmente necessária, deveria ser utilizada “como instrumento apto a possibilitar uma existência digna e justa, pela garantia da oferta de um patrimônio mínimo aos sucessores, e não fonte de seu enriquecimento injustificado”³³⁸, uma vez que, como anteriormente argumentado, o repasse obrigatório de metade da herança a herdeiros que não possuem vulnerabilidade não se trata de proteção à família nem de solidariedade entre as suas gerações.

Afinal, como alertou Coelho Rodrigues, ainda no século passado, “organizada como se acha a família brasileira, não se pôde mais manter a herança necessária, porque cessaram todas as razões que a podiam justificar, há três séculos. A sua história o vae provar!”³³⁹.

³³⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*, cit., p. 142.

³³⁶ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 594.

³³⁷ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 107.

³³⁸ ROCHA, Patricia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários, cit., p. 594.

³³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, Vol. VI, cit., p. 286.

2.3 Outras interpretações dos princípios e garantias constitucionais

2.3.1 O direito de herança

No capítulo anterior, foi demonstrado que os defensores da legítima fazem uma interpretação extensiva do direito de herança previsto no inciso XXX do art. 5º da Constituição Federal, conjugado com outros princípios e valores constitucionais, como forma de abarcar a herança forçada dentro desse dispositivo³⁴⁰.

Por isso, como ressalva Schmidt, as propostas para uma reforma sucessória mais substancial precisam antes tratar da questão da compatibilidade com o direito constitucional³⁴¹.

Como visto, o exame dimensional desse direito encontra opiniões divergentes na doutrina. Sendo assim, nas palavras de Felipe Gomes, torna-se imprescindível “estabelecer o âmbito de proteção do direito fundamental à herança, isto é, indicar o conjunto de fatos, estados e posições jurídicas que estão, *prima facie*, acobertados pela proteção constitucional conferida pelo constituinte”³⁴². Todavia, como ponderou o próprio autor, essa tarefa aparentemente simples revela uma grande dificuldade, uma vez que “o direito à herança acabou confundido, na literatura nacional, com o direito à propriedade, em tratamentos bastante promíscuos de vários setores”³⁴³.

Uma das justificativas para essa confusão, ainda segundo o autor, deve-se à própria novidade da inclusão do direito de herança na Constituição Federal. Somando-se à inovação, a “falta de estudos mais específicos sobre os direitos fundamentais ligados à matéria tradicionalmente classificada como direito privado, fez com que nunca houvesse um estudo acurado sobre o âmbito de proteção do direito à herança”³⁴⁴.

É certo, portanto, que o modo mais adequado de se entender a raiz e a intenção de tal previsão constitucional está em se debruçar sobre os próprios anais da Assembleia Nacional Constituinte. Desde cedo, é possível notar a citada confusão entre o direito de propriedade e o direito de herança nas considerações de alguns constituintes. É o caso, por exemplo, de Antônio

³⁴⁰ Como um dos principais expoentes dessa doutrina, pode-se citar Paulo Lôbo cujas ideias interpretativas encontram-se expostas no item 1.3.2 desta pesquisa.

³⁴¹ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 49.

³⁴² GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 74.

³⁴³ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 74.

³⁴⁴ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 74.

Mariz que chega a questionar: “Por que dar autonomia ao direito de herança, que é reflexo do direito de propriedade? Por que distingui-lo entre os direitos enumerados nesta declaração?”³⁴⁵.

Destarte, analisando-se mais profundamente as discussões da Assembleia Nacional Constituinte, pode-se perceber anotações importantes para o estudo do tema. Como observa Diego Lima, a inserção do direito de herança no texto constitucional situada no espaço “dos direitos e garantias” veio com o Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais instituída em 1985 – a chamada “Comissão dos Notáveis” - sob a presidência de Afonso Arinos³⁴⁶. Entretanto, durante a realização da Constituinte, várias emendas e substituições foram propostas em torno do dispositivo, tanto para tratar o direito de herança no mesmo inciso do direito à propriedade quanto para tratá-lo como um direito separado – em alguns casos em artigo diferente do art. 5º e até mesmo com modificação da sua redação para não mais constar como “direito de herança”, mas sim como “direito à sucessão hereditária”³⁴⁷.

Assim, apesar das divergências, é possível perceber preocupações entre os constituintes quanto ao conteúdo e à fundamentabilidade do direito de herança³⁴⁸. O constituinte Pompeu de Sousa, por exemplo, propôs que o direito de herança fosse “dessacralizado” para que o seu excesso não se tornasse socialmente injusto³⁴⁹. Dessa forma, sugeriu que a legislação infraconstitucional concebesse o direito de herança apenas quanto aos bens estritamente necessários para garantir a subsistência dos herdeiros³⁵⁰.

De mais a mais, como resultado das inúmeras discussões que se seguiram, o texto atual de previsão do direito de herança foi consolidado tal como está hoje³⁵¹. Para Diego Lima,

A prevalência desse texto, associada à sua colocação topográfica como um direito fundamental “de primeira geração” (influenciado pelos receios de tomadas patrimoniais pelo Estado que se revigoravam pelo clima da Guerra Fria) poderia querer nos indicar que a fundamentalidade do direito à herança representaria apenas um reforço *post mortem* ao direito de propriedade, como um elemento impeditivo do

³⁴⁵ BRASIL. *Atas das Comissões da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, p. 58.

³⁴⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 58.

³⁴⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do art. 5º da Constituição de 1988* [recurso eletrônico]. Série obras comemorativas. Homenagem: n. 9. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15176/construcao_artigo_constituicao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.

³⁴⁸ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 59.

³⁴⁹ BRASIL. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<https://senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>, p. 251.

³⁵⁰ BRASIL. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*, cit., p. 251.

³⁵¹ Procedeu-se a uma pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal, no dia 03/09/2021, às 16:14h, por meio da qual foram encontrados 31 resultados de julgados para o termo “direito de herança”, dos quais apenas oito são posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988. Nenhum deles, no entanto, versava sobre a interpretação de referido direito. Também foi feita busca por julgados com os termos “art. 5º, XXX”, mas os 35 resultados encontrados eram igualmente irrelevantes para a presente questão.

Estado de se apropriar dos bens de uma pessoa falecida, evitando-se a formação de algum tipo de cláusula resolutiva em nível infraconstitucional, ou mesmo o estabelecimento de medidas que sufocariam indiretamente essa propriedade, como, por exemplo, a fixação de tributos com alíquotas confiscatórias³⁵².

Tal perspectiva encontra amparo em outros doutrinadores³⁵³, como Renata Dantas e Roxana Borges, para quem a previsão constitucional do direito de herança “resguarda o direito das pessoas em face do poder público, não se permitindo sua extinção, como já ocorreu, ainda que por curto período, em alguns países socialistas. Mas sua fundamentalidade não significa a indispensabilidade da reserva legitimária”³⁵⁴.

Aprofundando-se mais na questão, também é possível identificar entendimentos distintos quanto à titularidade do direito de herança. Para Diego Lima, o direito de herança seria bidimensional e tutelaria, ao mesmo tempo e com a mesma intensidade, “aqueles que se relacionam ao direito de propriedade do falecido (ou pretense falecido) e de seus herdeiros proprietários; e aqueles que se relacionam ao direito de família do falecido (ou pretense falecido) e de seus familiares dependentes e vulneráveis”³⁵⁵. Dessa forma, estaria materializada a garantia de que os planejamentos patrimoniais organizados em vida pelo autor da herança, manifestados por meio de sua vontade, seriam concretizados quando sua morte ocorresse e, ao mesmo tempo, a garantia dos herdeiros proprietários, designados pelo falecido, de que herdariam a medida patrimonial por ele próprio previamente estabelecida³⁵⁶.

Assim, a expressão proprietária do direito de herança abrangeria, para o autor, tanto um predomínio da vontade individual do *de cuius* no tocante ao planejamento prospectivo de seu patrimônio quanto a proteção dos interesses dos herdeiros por ele nomeados³⁵⁷. Esse seria, segundo o jurista, o regime sucessório que mais se adequaria a uma sociedade democrática, uma vez que a liberdade de disposição e o planejamento sucessório, além de serem produtos da

³⁵² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 60.

³⁵³ Opiniões semelhantes podem ser encontradas, por exemplo, em Marcos Catalan, para quem o direito de herança representa uma garantia e um direito de defesa à atuação do Estado (CATALAN, Marcos. *Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira*, cit., p. 9), e em Patrícia Rocha, que advoga a interpretação do referido dispositivo como um “direito das pessoas em face da intervenção do Poder Público quanto a uma possível supressão da sucessão *causa mortis* do ordenamento jurídico brasileiro”, sem que isso signifique a indispensabilidade da legítima (ROCHA, Patricia Ferreira. *A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários*, cit., p. 592).

³⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*, cit., p. 86.

³⁵⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 64 e 65.

³⁵⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 78.

³⁵⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 79.

autonomia privada dos indivíduos, também dizem respeito a própria dignidade humana constitucionalmente protegida³⁵⁸.

Já para Judith Martins-Costa, a transmissibilidade *post mortem* dos bens que compõem a herança integra o próprio conteúdo do direito de propriedade³⁵⁹. Nesse sentido, para a autora, a previsão do direito de herança é a garantia de que o direito de propriedade não se torne um mero “usufruto vitalício”³⁶⁰. Discordando de tal entendimento, Felipe Gomes advoga que essa ideia de “proteção conexa” entre o direito de propriedade e o direito de herança representa uma falta de esforço interpretativo da doutrina³⁶¹.

Para ele, a ideia de que o direito de herança não passa de um desdobramento lógico do direito de propriedade, sem um conteúdo normativo próprio, disseminou-se na literatura jurídica porque nenhuma pessoa, em sã consciência, manteria seu patrimônio após uma certa idade, caso não pudesse exercer o seu direito de herança. Sendo assim, a impossibilidade de transmitir os bens por morte, faria com que as pessoas tentassem dispersar ao máximo sua propriedade antes de envelhecerem. Tal fato lógico teria propagado o entendimento de que o direito de herança “não teria um conteúdo adicional do direito à propriedade, mas seria apenas um reforço, uma reafirmação da propriedade”³⁶².

Para o autor, no entanto, essa suposta proteção conexa do direito à propriedade com o direito de herança não se sustenta. Conforme expressa o jurista, se a faculdade de disposição compõe o direito à propriedade, independente de qual forma se dê essa disposição – isto é, *inter vivos* ou *mortis causa* – ela já estaria abarcada no âmbito de proteção do direito à propriedade. Assim sendo, “qualquer eliminação à possibilidade de disposição *mortis causa* do patrimônio de uma pessoa já significaria uma limitação ao seu direito à propriedade”³⁶³. Em outras palavras, isso quer dizer que qualquer legislação que reduzisse as possibilidades de disposição sobre um direito fundamental de uma pessoa, ainda que a partir de um ato que só geraria efeitos após a sua morte, já estaria violando o seu direito de propriedade.

³⁵⁸ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 78.

³⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX - é garantido o direito à herança. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 717.

³⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX - é garantido o direito à herança, cit., p. 717.

³⁶¹ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 75.

³⁶² GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 75 e 78.

³⁶³ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 77.

Portanto, conclui o autor que “não haveria necessidade de um direito à herança que servisse de ‘linha auxiliar’ do direito à propriedade, a fim de garantir que o patrimônio do hereditando não fosse arrebatado pelo Estado em qualquer situação”³⁶⁴. Ademais, não tendo o direito de herança um conteúdo próprio, ele ficaria à mercê do legislador ordinário quanto à definição de seus limites e extensão³⁶⁵.

Ainda segundo o jurista, baseando-se única e exclusivamente na ideia de que a previsão constitucional do direito de herança restringe-se apenas a impor limites à atuação estatal, não haveria como, em nome desse mesmo direito, ser limitado algum outro direito individual³⁶⁶, o que não é verdade, uma vez que a legislação infraconstitucional impõe restrições ao proprietário já tendo em vista a legítima dos herdeiros necessários³⁶⁷. Dessa forma, se a observação do direito de herança fosse dirigida apenas ao Estado, a constitucionalidade de determinadas normas civis no tocante à matéria seria questionável e não haveria como se fundamentar qualquer pretensão particular em relação à herança em uma prestação positiva³⁶⁸.

Quanto à questão da titularidade do direito de herança, o autor também se posiciona contrariamente à ideia da bidimensionalidade. Para ele, se tanto o sucedido quanto os sucessores fossem titulares do direito, “não haveria qualquer limitação a qualquer posição jurídica em relação à pessoa de cujo patrimônio viesse a sair a herança. Contudo, essa construção é miseravelmente falha”³⁶⁹.

Assim, para Felipe Gomes, separando-se o direito de propriedade do direito de herança e dando a este último conteúdo normativo próprio, ter-se-ia que o direito de herança engloba “o conjunto de atos, fatos e posições ligados à possibilidade de uma pessoa aceitar, ou recusar, o patrimônio de outra, que deixou de existir”³⁷⁰, o que estaria em perfeita consonância com o próprio conceito de herança e, mais uma vez, não guardaria qualquer relação com a reserva legitimária.

³⁶⁴ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 77.

³⁶⁵ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 87.

³⁶⁶ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 88.

³⁶⁷ Como as previsões dos arts. 549 e 496 do Código Civil, por exemplo.

³⁶⁸ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 87.

³⁶⁹ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 76.

³⁷⁰ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 155.

Como se pode ver, o direito constitucional à herança não possui até hoje uma conceituação e extensão bem definidas na doutrina.

Consequentemente, é possível encontrar tanto autores que advogam pela interpretação ampla do artigo, entendendo que ele se refere à legítima, quanto autores que defendem uma interpretação mais garantista, no sentido de que a norma constitucional desejou evitar o confisco dos bens pelo Estado após a morte. Tem-se, assim, tanto defensores de que o direito de herança é consequência direta do direito de propriedade quanto aqueles que argumentam pela sua completa separabilidade.

Segundo Jan Schmidt, muitos estudiosos latino-americanos consideram a herança forçada como potencialmente ofensiva às respectivas ordens constitucionais de seus países de origem, mormente diante da excessiva limitação à liberdade de testar e aos direitos de propriedade³⁷¹.

Esta pesquisa adota a interpretação de que o direito constitucional à herança garante tão somente a herança propriamente dita, a qual não deve ser confundida com a legítima ou com a sucessão legítima. Assim ocorre porque se o Constituinte de fato estivesse querendo abarcar a legítima, a norma imposta seria prescrita de uma forma bem diferente, tal como “é garantido aos herdeiros necessários o direito à legítima” ou alguma outra construção textual congênere.

Não sendo essa a previsão, entende-se que o art. 5º, XXX, da Constituição Federal trata da transmissibilidade do patrimônio de uma pessoa após a sua morte. Transmissibilidade essa que pode ser deferida pelo próprio autor da herança, segundo ato de sua vontade, por meio de um testamento, ou, não sendo o caso de sucessão testamentária, pela sucessão legítima, conforme a ordem de vocação hereditária prevista em lei, podendo ainda, em último caso, o Estado se apropriar de seus bens, caso o autor da herança não possua herdeiros.

Assim, faz-se coro às variadas posições doutrinárias que não veem nessa previsão constitucional a indispensabilidade da legítima e entendem que o *direito constitucional à herança* não se traduz na imposição de uma *herança forçada*.

A partir dessa premissa é possível, então, discutir de forma ampla a fundamentabilidade da legítima.

³⁷¹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 49.

2.3.2 O direito de propriedade e a função social

A despeito da previsão constitucional do direito de herança, sabe-se – inclusive por meio de outra previsão constitucional – que o direito à propriedade, de qualquer modo, não é absoluto, devendo, antes, anteder à sua função social.

Como visto no capítulo anterior, os defensores de uma reserva hereditária se valem justamente do caráter não mais absoluto da propriedade - agora relativizado, também por meio da noção de função social -, para legitimar a existência de uma herança forçada aos parentes do *de cujus*.

Nesses termos, a indisponibilidade de metade do patrimônio do autor da herança para que seja transmitida aos seus herdeiros necessários seria também uma forma de concretizar a função social da propriedade. Isso, porque a ideia de função social também tem adentrado ao direito sucessório, de forma que hoje em dia já é discutida, como visto anteriormente³⁷², uma suposta função social do testamento e do direito das sucessões como um todo³⁷³. Diante de tal cenário, torna-se imprescindível discutir a funcionalização da propriedade e seus impactos no tocante à legítima.

É certo que a propriedade se caracteriza pelo poder de oponibilidade *erga omnes* do proprietário, sendo, a um só tempo, fundamento e aspecto da liberdade individual, representando um domínio exclusivo em que a interferência de terceiros significa uma restrição a essa liberdade³⁷⁴. Entretanto, nos últimos tempos, a noção de propriedade foi profundamente alterada para se fazer constar sempre ao lado de sua “função social”.

Como explica Francisco Amaral, a crescente funcionalização dos institutos jurídicos demonstra que o Direito e a sociedade têm se interessado pela eficácia das normas e dos institutos não apenas em relação ao controle ou disciplina social, mas também no tocante à organização e direção da sociedade, por meio de funções distributivas, promocionais e inovadoras, deixando de lado a costumeira função repressiva³⁷⁵. Por isso, começou-se a falar na função econômico-social dos institutos jurídicos. Inicialmente, a ideia era em relação à propriedade, depois, ao contrato, e hoje já abarca vários outros institutos, como o testamento. Assim, nessa visão, o exercício da autonomia privada dos indivíduos fica condicionado à utilidade social de suas autorregulações, que devem ter sempre em vista o bem comum,

³⁷² Ver p. 40.

³⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*, cit., p. 38.

³⁷⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 140.

³⁷⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*, cit., p. 228.

o meio mais adequado de satisfazer as necessidades sociais e a promoção de igualdade material para todos diante das exigências da justiça social³⁷⁶.

Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a ideia da função social rompe com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade³⁷⁷. Essa noção se encontra atualmente tão defendida e consolidada que a propriedade que não está conformada aos interesses sociais não pode ser considerada legalmente protegida. Nas palavras dos autores, “não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social”³⁷⁸.

Tal conjuntura, contudo, pode se revelar bastante perigosa a começar do próprio conceito de função social. Segundo Tepedino e Schreiber, a função social não seria um princípio a ser balanceado com o princípio da propriedade privada, mas comporia a própria noção de propriedade³⁷⁹. Sendo assim, não existiria um “espaço mínimo” dentro da propriedade que poderia ser retraído ao ponto de se manter imune ao avanço do interesse social³⁸⁰. Dessa forma, a função social seria usada para “moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular”³⁸¹.

Essa ideia parece embasada na noção de Duguit, para quem o direito do proprietário deveria ser limitado pela missão social a ele incumbida em virtude de sua situação particular³⁸². Isso é dizer que a função social não seria um dado externo à propriedade, mas sua própria condição de existência e proteção³⁸³. Idêntico parece ser o entendimento dos constitucionalistas, como Bernardo Fernandes, que vê a função social como “elemento integrador do conceito de propriedade; como objeto constitutivo do mesmo”³⁸⁴.

Assim, “se o proprietário não cumpre e não se realiza a função social da propriedade, ele deixa de ser merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, desaparece o direito de propriedade”³⁸⁵. Nesses termos, a função social seria, para Ana Prata, a síntese dos limites legais

³⁷⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 228.

³⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº 6, jun de 2005, p. 102.

³⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, cit., p. 105.

³⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, cit., p. 106.

³⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, cit., p. 106.

³⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro, cit., p. 106.

³⁸² DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*, cit., p. 49.

³⁸³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 154.

³⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 449.

³⁸⁵ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 154.

e intrínsecos à propriedade³⁸⁶, enquanto Fernandes a considera “muito mais que uma limitação ao exercício do bem”, porque fixa condutas que, se não observadas, podem desnaturar a sua própria condição³⁸⁷.

O fato é que apesar de a doutrina estar orientada para noções razoavelmente parecidas do que seria a função social da propriedade, os debates em torno do seu conceito não estão encerrados. Como pondera Prata, “mantém-se em aberto, nomeadamente, a questão de saber qual é efectivamente a função social da propriedade”³⁸⁸.

Destarte, a maior parte dos doutrinadores, orienta-se por um conceito aberto de função social, uma vez que “esta questão não é susceptível de ser resolvida em abstracto, pois se encontra indissolúvelmente dependente da forma como cada ordem jurídica a coloca e a resolve em cada momento histórico”³⁸⁹. Na opinião de Tepedino, a função social da propriedade teria, desse modo, uma configuração flexível, podendo modificar-se de estatuto para estatuto, de acordo com a concreta realização dos interesses em jogo³⁹⁰.

Segundo essa visão, a propriedade se transformaria em um “direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas”³⁹¹.

Seja de que modo for, essa indefinição e amplitude do conceito de função social da propriedade abrem espaço para uma perigosa insegurança jurídica. Como objeta Fernando Leal,

O dever permanente de examinar a conformidade constitucional exige que participantes de processos argumentativos dentro do direito manipulem não só a legislação infraconstitucional, como também referenciais vagos da Constituição como “dignidade humana”, “função social” e “solidariedade” em busca da suposta solução constitucionalmente adequada para o caso concreto³⁹².

Isso sem falar que a ideia de função social inerente à propriedade legitima a intervenção do Estado na propriedade privada de várias maneiras. Como observou Prata, as intervenções podem incidir sobre a titularidade, sobre os poderes de utilização do bem, sobre o domínio da iniciativa econômica do proprietário e sobre a estruturação das relações entre o proprietário e os outros sujeitos interessados no uso do bem³⁹³. À exceção de alguns casos, a maioria dessas

³⁸⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 154.

³⁸⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 450.

³⁸⁸ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 155.

³⁸⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 155.

³⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 318.

³⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 329.

³⁹² LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça. PUCRS. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado*. Ano 9, n. 33, Out./Dez. 2015, p. 132.

³⁹³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 173.

intervenções se traduzem em limitações do poder negocial do proprietário, situando-se “no domínio da autonomia privada de que este goza em consequência da sua posição jurídica relativamente ao bem”³⁹⁴. Segundo Amaral, isso ocorre porque a função social foi sendo configurada como “princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação das leis”³⁹⁵.

Ademais, a própria inclusão da ideia de função social no direito de propriedade é vista por alguns doutrinadores como uma “tendência publicizante” do direito privado, “ao situar todo o direito de propriedade, desde que funcionalizado, sob o manto do direito público”³⁹⁶.

Em decorrência disso, o direito privado é esvaziado de um de seus institutos nucleares – a propriedade privada – enquanto se observa um inchaço do direito público, que, por sua vez, aproxima-se de consequências totalitárias³⁹⁷.

Assim, a falsa noção de que “o direito privado nada mais é que a institucionalização do espírito egoístico dos indivíduos”³⁹⁸ produz resultados preocupantes, como se a autonomia privada dos indivíduos repugnasse completamente qualquer fim ou interesse social, “como se a superação da clássica concepção de direito subjetivo (que passa a abranger a noção de dever, implícita à função social) não ocorresse precisamente no seio do direito privado”³⁹⁹, e, por fim, como se apenas mediante comandos públicos e o paternalismo estatal, as pessoas fossem deixar seu patrimônio para seus familiares.

Não se está aqui a defender, contudo, que normas de direito público não devam incidir no direito privado ou, mais especificamente, na propriedade privada. A propriedade privada não só aceita como inclusive supõe a influência de fatores e interesses sociais em seu âmago⁴⁰⁰, embora não tolere a subtração quase que por completo das noções de direito subjetivo e de autonomia privada do proprietário. Em outras palavras,

³⁹⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 173.

³⁹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 229.

³⁹⁶ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith [Org]. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 731.

³⁹⁷ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith [Org]. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 782.

³⁹⁸ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito, cit., p. 782.

³⁹⁹ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito, cit., p. 782 e 783.

⁴⁰⁰ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito, cit., p. 783.

Negar o que é próprio da pessoa, em sua dimensão essencialmente individual - o direito subjetivo, conduz à negação da mesma pessoa em benefício único de sua dimensão coletiva. Negar a existência de um âmbito que é particular em seu bojo, submeter a totalidade do que é privado tanto ao Estado quanto à sociedade civil, em perspectiva redutora da natureza humana, conduz inexoravelmente a alguma espécie de totalitarismo⁴⁰¹.

Como visto no primeiro capítulo, uma das bases mantenedoras da legítima é justamente a relatividade do direito de propriedade e sua função social. Entretanto, pelo agora exposto, pode-se perceber que o manuseio desses elementos de forma displicente e sem critérios representa um verdadeiro perigo para a autonomia privada das pessoas. Isso, sem esquecer de mencionar que a própria noção de autonomia privada teria de passar por uma reconstrução teórica de seu conceito, para não dizer extinta, se a função social deixar de ser encarada como um mero elemento excepcional, externo à autonomia, e passar a ser coessencial à sua própria existência⁴⁰².

É importante ressaltar que não se defende que os institutos jurídicos não devam ter, sob nenhuma hipótese, uma função social. A questão é compreender quais os limites dessa funcionalização, pois, como bem sintetiza Francisco Amaral, “emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual”⁴⁰³, e esse é um substrato perfeito para intervenções cada vez maiores e paternalistas por parte do Estado.

É justamente por isso que as consequências da funcionalização dos institutos jurídicos são sentidas, precipuamente, “no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e, conseqüentemente, da afirmação da pessoa”⁴⁰⁴. Assim, é importante perceber que a funcionalização das relações e dos institutos sucessórios, se não for feita de forma adequada, pode provocar graves limitações à autonomia privada.

O que se tem verificado na prática é que o repasse de metade da herança, na grande maioria dos casos, não só não revela nenhuma solidariedade familiar – como demonstrado no item anterior -, como também não cumpre e nem atende a nenhuma função social, mas, ao contrário, invade excessivamente o direito de propriedade dos indivíduos⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito, cit., p. 783 e 784.

⁴⁰² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 174.

⁴⁰³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 229.

⁴⁰⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 229.

⁴⁰⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 87.

Assim, apenas um sistema que possibilitasse a análise concreta das necessidades e dos interesses dos herdeiros de uma pessoa, permitiria o estabelecimento de “limites autênticos à autonomia que determinado indivíduo goza na disposição de seu patrimônio particular, tanto em vida quanto para além de sua morte”⁴⁰⁶.

Isso, porque a resposta que se apresenta a quem seriam os destinatários da função do Direito sempre tem dois polos: a sociedade como um todo e os indivíduos que são partes componentes dessa totalidade⁴⁰⁷. O esperado é que o Direito atenda a ambos, pois, como explica Norberto Bobbio, a função social do Direito é relevante para os governantes, que devem resolver as injustiças sociais, e a função individual do Direito é relevante para os governados, que o veem como um instrumento de proteção, garantia e libertação de cada um dos membros da sociedade. Dessa forma, essas duas perspectivas devem ser consideradas e compatibilizadas na análise funcional dos institutos jurídicos⁴⁰⁸.

Por isso, a ideia de que o direito sucessório e de que o Direito Civil como um todo devem atender a uma função social calcada em uma visão de cunho primordialmente coletivista e solidarista, além de não chegar a ser nem mesmo factível, pode levar a um perigoso caminho de negação da própria dignidade da pessoa, uma vez que “o coletivo abstrato é vazio de conteúdo”⁴⁰⁹. Como sintetiza Carlos Eduardo Ruzyk,

se tudo no Direito Privado tivesse uma função social centrada em uma concepção coletivista pautada na pretensão de “coesão social”, não seria viável, à luz da noção contemporânea acerca dos Direitos Fundamentais, refletir com seriedade sobre desenvolvimento da personalidade do sujeito, de suas relações familiares, do atendimento de suas necessidades por meio do patrimônio: mais do que sujeito, o ser humano seria tomado como elemento de um todo mais relevante que a preservação da dignidade pessoal daqueles que o compõem⁴¹⁰.

Sendo assim, torna-se necessário repensar o significado da funcionalização dos institutos jurídicos privados sob um prisma renovado e dialético que seja capaz de compatibilizar a proteção da subjetividade concreta e interrelacional⁴¹¹. Para tanto, é imperioso

⁴⁰⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 42.

⁴⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 104.

⁴⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*, cit., p.105.

⁴⁰⁹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 42.

⁴¹⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado. UFPR. Curitiba, 2009, p. 3.

⁴¹¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*, cit., p. 4.

compreender que o direito civil “não atende a uma função coletiva sem face, nem, tampouco, a um indivíduo abstrato, apêndice da propriedade, mas, sim, à liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade”⁴¹².

Em outras palavras, é preciso deslocar o foco do fenômeno sucessório unicamente dos destinatários das deixas patrimoniais para compatibilizá-lo com os igualmente relevantes interesses do proprietário, uma vez que a família foi repersonalizada e abandonou seu antigo perfil institucional para reposicionar as pessoas como o verdadeiro centro das destinações jurídicas⁴¹³.

Por isso, para além de uma função social da propriedade ou dos demais institutos jurídicos privados, há uma função social que adquire conteúdo na própria liberdade do sujeito⁴¹⁴. Existe uma função na liberdade dentro da família e das relações familiares que não está unicamente atrelada a um viés social-coletivista, mas garante um espaço coexistencial entre os indivíduos⁴¹⁵. Em síntese, “a função social, assim, mais do que estritamente ‘social’, é uma função reprodutora da pessoa”⁴¹⁶.

Dessa forma, não tendo a função social da propriedade um conceito estanque, não se pode dizer que a legítima estaria por ela abarcada. Aliás, partindo-se desse pressuposto de que a função social da propriedade deve ser verificada de acordo com cada caso concreto e com as situações jurídicas envolvidas⁴¹⁷, o que se verificaria, na prática, é que os herdeiros que já são economicamente independentes do *de cuius* não deveriam receber a herança de forma automática, mas deveriam ser privilegiados os herdeiros vulneráveis, para que, de fato, a propriedade cumprisse alguma esperada função social.

⁴¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*, cit., p. 4.

⁴¹³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 42.

⁴¹⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*, cit., p. 4.

⁴¹⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*, cit., p. 4.

⁴¹⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*, cit., p. 4.

⁴¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 329.

2.4 Uma tradição paternalista

Finalmente, deve ser contestada a última peça da pirâmide de argumentos que sustenta a imposição da legítima no Brasil: o peso da tradição jurídica. Como abordado no primeiro capítulo, diante da obrigatoriedade legal de transmissão de metade do patrimônio para os herdeiros necessários, muitas pessoas se sentem desestimuladas a fazer testamento. A legítima e a ordem de vocação hereditária estão já há tanto tempo enraizadas na sociedade que passaram a se revestir de um manto de naturalidade e justiça.

Entretanto, a despeito de todas as adaptações pelas quais a legítima passou como forma de se adequar às novidades que iam surgindo dentro das relações familiares, tentou-se demonstrar que o atual cenário das famílias brasileiras não é mais compatível com essa tradição. Os fundamentos que a justificavam antes já não mais podem ser encontrados da mesma forma, fato que gera a premente necessidade de mudança.

Apesar de todas as transformações sociais que aconteceram ao longo dos séculos, nota-se que a falta de críticas em torno desse sistema de herança forçada tão naturalizado fez com que as pessoas não percebessem uma das mais graves consequências da perpetuação da tradição da legítima: a manutenção de um paternalismo estatal irrazoável.

Sabe-se que, sob certas circunstâncias, quando as relações jurídicas envolvidas são assimétricas, a intervenção estatal se torna legítima e, inclusive, esperada⁴¹⁸. Não obstante, mesmo nesses casos de assimetria, a atuação do Estado deve ser totalmente embasada em parâmetros previamente definidos sob pena de violação a outros princípios constitucionais.

Isso ocorre porque a supressão da autonomia dos indivíduos promovida pelo Estado ocorre a partir de presunções gerais, que em grande parte das situações – como se viu anteriormente – estão evadas de equívocos e, quando plausíveis, são aplicadas inadequadamente ao caso concreto. É por isso que, como observa Gerald Dworkin, quando o público interfere na conduta pessoal, é bem provável que interfira de maneira errada e no lugar errado, afinal, todos os erros que o indivíduo provavelmente cometerá ignorando conselhos e advertências não superam nem minimizam o mal de permitir que outros o constrem a fazer o que eles consideram como seu bem⁴¹⁹.

Quando, todavia, nem sequer há uma situação assimétrica ou a possibilidade de um indivíduo causar danos a outrem – como no caso de um testador sem herdeiros vulneráveis – a

⁴¹⁸ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*, cit., p. 60.

⁴¹⁹ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 185.

intervenção do Estado, se necessária, deve ser ainda mais criteriosa para não invadir âmbitos inegociáveis da autonomia privada das pessoas. Caso contrário, o cenário que se desenha é o do forte paternalismo jurídico descrito por Fernando Leal: o Estado passa a figurar como “primordial guardião dos interesses individuais, atuando como se conhecesse as preferências dos seus cidadãos melhor do que eles mesmos”⁴²⁰. Assim, sob o pretexto de estar sendo protegido de si mesmo e de suas escolhas supostamente “mal pensadas”, o indivíduo passa a ser guiado pelo que o Estado acha que é melhor para ele, querendo ele isso ou não.

Dessa forma, sob um olhar mais atento, é possível perceber que a imposição de uma reserva forçada de metade da herança constitui, na verdade, uma espécie de paternalismo jurídico perigoso, uma vez que, sob o olhar aficionado do Estado, irá privar o indivíduo de fazer suas próprias escolhas e de determinar quem ficará com os seus bens, sendo sua vontade substituída pela vontade coercitiva do Estado.

Na visão de Gerald Dworkin, pode-se dizer que a imposição da legítima seria um caso de “paternalismo impuro”, pois ao tentar proteger o bem-estar de uma classe de pessoas – no caso, os herdeiros necessários –, a única maneira possível de fazê-lo envolve restringir a liberdade de outras pessoas além das que serão beneficiadas – no caso, o testador⁴²¹.

Por isso, o paternalismo, em sua forma impura, exige argumentos ou razões mais fortes para se justificar, uma vez que faz com que pessoas percam sua liberdade sem nem sequer terem a consolação de fazê-lo em seu próprio interesse⁴²².

Como discutido anteriormente, na maior parte dos casos, o *de cuius* já não tem mais nenhum descendente incapaz no momento de sua morte ou mesmo ascendentes vivos que precisariam de auxílio econômico. Nesses casos, não haveria, portanto, nenhum princípio de solidariedade familiar, nenhuma função social da propriedade e nenhuma outra razão paternalista, moral ou jurídica, capazes de sustentar, razoavelmente, o impedimento da livre destinação de metade do seu patrimônio para depois de sua morte.

Como conceituam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, nos casos em que todos os herdeiros são maiores e capazes, sem nenhuma necessidade de ajuda material, afigura-se como uma verdadeira violência impedir que alguém disponha de seu patrimônio de forma livre e voluntária⁴²³.

⁴²⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 146.

⁴²¹ DWORKIN, Gerald. Paternalism, cit., p. 183.

⁴²² DWORKIN, Gerald. Paternalism, cit., p. 183.

⁴²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016, p. 381.

Vê-se, portanto, que aqui não se está diante de uma hipótese em que o Estado precisaria, necessariamente, intervir para equilibrar uma situação desproporcional ou para proteger alguém vulnerável que poderia sofrer danos com escolhas “mal pensadas”. Trata-se, ao revés, de disposições de última vontade de um testador capaz, e, além disso, ainda que ele disponha de seu patrimônio de forma leviana, nem as consequências de suas más escolhas patrimoniais seriam sofridas em vida, uma vez que seu testamento só será cumprido após a morte.

A própria determinação de quem são os herdeiros necessários e qual é a ordem em que serão chamados a suceder é uma prova concreta desse paternalismo. Em princípio, a instituição dos herdeiros e a sua ordem de preferência deveriam ser uma escolha moral de cada autor da herança, pois, como bem ressalva Francisco Amaral, “tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores, e, por isso mesmo, seus melhores defensores”⁴²⁴.

Com a imposição da legítima, no entanto, as pessoas ficam impedidas de construir para si mesmas as suas próprias normas e traçar o destino de seu patrimônio segundo as suas concepções de bem e de justo, sendo obrigadas a deixar metade de seu patrimônio para os herdeiros que o Estado escolheu como necessários, presumindo que essa seria a vontade do autor da herança e que isso seria o mais “sensato” ou o mais “correto” a se fazer.

Isso significa que o Estado assume escolhas morais para os indivíduos em circunstâncias em que não haveria dano para ninguém caso eles decidissem por si mesmos, o que, como explica Ana Prata, fere um dos princípios básicos da atuação estatal no âmbito privado, a saber, que tal intervenção cesse tão logo não seja mais necessária, retomando a autonomia privada seu lugar de regulamentadora jurídica da vida econômica, uma vez que a intervenção pública é tendencialmente transitória e essencialmente excepcional⁴²⁵, afinal, se houver uma forma de atingir o fim desejado sem que para isso a liberdade seja restringida, é ela que deve ser adotada⁴²⁶.

De qualquer forma, como ressalva Gerald Dworkin, em todos os casos de uma intervenção paternalista, o Estado deve arcar com um pesado ônus de “demonstrar a natureza exata dos efeitos nocivos (ou consequências benéficas) a serem evitados (ou alcançados) e a probabilidade de sua ocorrência”⁴²⁷.

⁴²⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, cit., p. 213.

⁴²⁵ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 34.

⁴²⁶ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 188.

⁴²⁷ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, cit., p. 188. Tradução nossa. Texto original: “to demonstrate the exact nature of the harmful effects (or beneficial consequences) to be avoided (or achieved) and the probability of their occurrence”.

Assim, se por um lado, nos antigos modelos familiares, a intervenção do Estado por meio da imposição da legítima era necessária para a subsistência da sociedade, por outro lado, diante dos arranjos sociais contemporâneos, o que se espera é que a autonomia privada dos indivíduos volte a ocupar seu lugar de destaque. Não obstante, o que se verifica, como nota Leal, é um cenário cada vez maior de um paternalismo judicial forte, em que a liberdade tem sido constantemente asfixiada em nome “da realização, em casos concretos, de subprincípios da dignidade, como a integridade psicofísica, a solidariedade e a igualdade⁴²⁸”.

O risco desse paternalismo forte pode ser notado, como observou o próprio autor, quando restrições à liberdade dos indivíduos são admitidas não por meio de categorias as quais ele chama de tradicionais, como o interesse público ou o interesse coletivo - que, por sua vez, já têm seus problemas ao serem usados como limites ao exercício dos direitos -, mas, sobretudo tendo como base “outros direitos fundamentais e, no limite, do direito fundamental mais importante: a dignidade humana”⁴²⁹. Nesse caso, é possível dizer que estar-se-ia diante de uma “tirania da dignidade” que vai minando, com o tempo, “a capacidade de indivíduos autônomos realizarem e agirem conforme as suas escolhas individuais”⁴³⁰.

Tal contexto gerou, ainda segundo o autor, “uma inundação do direito por padrões de moralidade”, advindos, sobretudo, do conceito amplíssimo de dignidade e da ideia de que o Direito deve efetivar a sua máxima proteção⁴³¹.

Assim, a partir dessa crescente vinculação entre o direito e a moral, as situações patrimoniais passaram a ser cada vez mais funcionalizadas, enquanto as decisões judiciais em torno desses temas se tornam cada vez mais metodologicamente desparametrizadas⁴³², diante da ausência de fixação de critérios em situações de paternalismo jurídico forte⁴³³.

Dessa forma, o que se verifica é que a autonomia privada, embora seja considerada princípio fundamental da ordem jurídica, tem seu escopo cada vez mais reduzido, com bases em exigências hoje não mais justificáveis. Por isso, como sustenta Carminate, para que a legítima respeite, de fato, a autonomia privada do autor da herança, “ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a

⁴²⁸ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 146.

⁴²⁹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 148.

⁴³⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 148.

⁴³¹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 154.

⁴³² LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 155.

⁴³³ Neste ponto, vale citar outra observação de Fernando Leal, para quem: “A justificativa, ainda que parcial, de alguns níveis de paternalismo não elimina, porém, a necessidade de fixação de (i) critérios materiais sobre a aceitabilidade de assunções voluntárias de riscos ou danos efetivos, (ii) presunções sobre o exercício consciente da vontade e (iii) regras de distribuição de ônus de prova capazes de definir os limites para a implementação de regulações paternalistas”. LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional, cit., p. 147.

mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários”⁴³⁴. Só assim se poderia considerar legítima a restrição à liberdade de dispor, caso contrário, não passa de um paternalismo estatal extravagante.

A gravidade desse cenário de paternalismo injustificável reside justamente no fato de que a autonomia privada garante a realização dos postulados básicos de liberdade e de reconhecimento do valor jurídico dos indivíduos dentro de um ordenamento. Sem ela, portanto, a pessoa humana passa a não possuir valor em si mesma, mas somente na medida em que serve de instrumento para a realização de fins sociais muitas vezes desconexos aos seus próprios interesses. É a funcionalização da vida humana.

⁴³⁴ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 142.

3 EM BUSCA DE MODELOS SUCESSÓRIOS ALTERNATIVOS

Criticados os fundamentos da legítima no ordenamento jurídico brasileiro e verificado que as suas falhas escancaram o descolamento do sistema atual com a realidade social, passe-se à investigação de modelos sucessórios alternativos, a fim de que seja possível analisar a aplicabilidade de soluções de outros países ao ordenamento jurídico do Brasil. Tal exame, ainda que não exaustivo e não comparativo⁴³⁵, oferecerá subsídios para uma possível reforma do direito sucessório brasileiro.

A investigação de outros modelos sucessórios também se faz necessária para a verificação de alternativas legais capazes de privilegiar em maior medida a autonomia privada dos testadores, reduzindo-se o impulso paternalista do Estado, sem, contudo, renegar o dever da solidariedade familiar.

Para chegar a esta parte da pesquisa, foram analisados os regimes sucessórios de vários países, a maioria deles latino-americanos e europeus. Porém, como a finalidade do capítulo é buscar modelos sucessórios alternativos ao modelo brasileiro e como não se tem a pretensão de empreender um estudo comparado, entre os modelos analisados, escolheu-se citar com mais detalhes o da Inglaterra⁴³⁶.

O sistema sucessório inglês é um dos modelos de ampla liberdade testamentária mais paradigmáticos do mundo, motivo pelo qual seu estudo se faz não só imperativo, como também bastante interessante. A partir dele, o testador tem total liberdade para dispor de seu patrimônio, sem qualquer imposição de uma reserva forçada. No entanto, o modelo inglês também garante uma especial proteção aos herdeiros do testador em caso de necessidade, como se verá a seguir. Por isso, tem sido usado como referência de um sistema que harmoniza os dois interesses em torno dos quais o Direito das Sucessões gravita.

Por fim, serão traçadas algumas observações gerais acerca da legítima na América Latina. Além da proximidade geográfica com o Brasil, outras proximidades culturais, como a tradição *civil law*, são fatores importantes para a constatação de que sistemas alternativos não são uma realidade apenas do outro lado do Atlântico, como se costuma pensar.

⁴³⁵ Ressalta-se que não foi empregada metodologia de direito comparado neste capítulo. O que aqui se pretende é ilustrar modelos sucessórios de outros países que garantem uma maior liberdade testamentária.

⁴³⁶ Como o objetivo principal do capítulo é expor modelos sucessórios alternativos, por consequência, o país escolhido possui regras sucessórias bem distintas das do Brasil.

O principal objetivo da exposição é analisar, de forma geral e ilustrativa, os desenvolvimentos em torno da legítima que ocorreram em países que possuem uma maior liberdade de testar.

3.1 Panorama geral

María Fernández-Hierro e Marta Fernández-Hierro propuseram uma divisão entre os países segundo os seus sistemas sucessórios em três grandes grupos: um primeiro grupo composto pelos sistemas legitimários clássicos que impõem a legítima aos parentes próximos do *de cuius*, um segundo grupo formado pelos países que reconhecem a liberdade de testar de uma forma mais ampla, e um terceiro grupo “intermediário” entre os dois anteriores, no qual a liberdade de testar não é tão ampla, pois existe uma legítima, mas os herdeiros necessários só tem direito a ela em casos específicos⁴³⁷.

São representantes do primeiro grupo, majoritariamente, os países mais fortemente influenciados pela tradição romana, tais como Portugal, França, Itália e Brasil⁴³⁸. As autoras também subdividem esse primeiro agrupamento entre os países em que a legítima varia segundo o número de herdeiros, como a França⁴³⁹ e a Itália⁴⁴⁰, os países em que a legítima representa

⁴³⁷ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *Boletim JADO*. Bilbao. Ano VIII, nº19, maio, 2010, p. 25-27.

⁴³⁸ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 25.

⁴³⁹ Na França, a legítima não é representada por uma parcela fixa, mas possui variações de acordo com números de herdeiros do *de cuius* à época da abertura da sucessão, podendo ser formada por metade, um terço ou um quarto da herança. Assim, de acordo com o art. 913 do Código Civil francês, se houver apenas um descendente, a parte reservada será metade do patrimônio, havendo dois descendentes, a legítima corresponderá a dois terços da herança e, havendo três ou mais descendentes, a reserva abarcará três quartos da massa hereditária. O art. 914 reserva ao cônjuge sobrevivente um quarto da herança, mas apenas se ele não concorrer com nenhum outro herdeiro. Há de se destacar que as últimas reformas francesas no tocante a essa matéria demonstram uma acomodação da legítima à nova realidade social de aumento de expectativa de vida e multiplicação de famílias recompostas, introduzindo maior flexibilidade para proteção de determinados herdeiros, como filhos com deficiência, ou para a conservação de um negócio familiar. Ver LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 491.

⁴⁴⁰ Na Itália, o cálculo do tamanho da legítima varia conforme os sujeitos beneficiados e o seu número. Por exemplo, se a herança é destinada somente a um filho, metade do patrimônio do autor da herança é reservado; se concorrem mais de um filho, a legítima será composta de dois terços do patrimônio e deve ser repartida de forma isonômica entre eles. (art. 537 do Código Civil Italiano). Para mais detalhes sobre a legítima italiana, ver: VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*. Dissertação de Mestrado. UNI7. Fortaleza, 2017, p. 57 e 58, e FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 44 e 45.

uma porção fixa e invariável⁴⁴¹, como a Espanha⁴⁴², e, por fim, os países de tradição hispânica que contemplam a *mejora*⁴⁴³. Também se encontram no primeiro grupo, embora de modo peculiar, os países que reconhecem a legítima não como uma parte da herança, mas como um direito de crédito, como é o caso da Alemanha⁴⁴⁴.

No segundo grupo, estão, principalmente, países de tradição anglo-saxã, como a Inglaterra⁴⁴⁵ e os Estados Unidos da América⁴⁴⁶. Na América Latina, podem ser citados como

⁴⁴¹ Sobre países que adotam a legítima fixa ou variável ver também: VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*, cit., p. 41.

⁴⁴² A Espanha também impõe uma reserva ao patrimônio do autor da herança para os chamados *herederos forzosos* que são, segundo o art. 807 do Código Civil espanhol, os descendentes do *de cujus*, em primeira ordem; na falta desses, os ascendentes, e o cônjuge sobrevivente de acordo com a forma e medidas estabelecidas pela lei. Conforme o art. 808 do Código Civil espanhol, a legítima dos descendentes corresponde a dois terços da herança, e, segundo o artigo seguinte, a legítima dos ascendentes corresponde à metade da herança, salvo nos casos em que concorrem com o cônjuge supérstite, circunstância em que a legítima será de um terço do acervo hereditário. Além disso, o mesmo artigo também prevê que quando algum ou alguns dos herdeiros forçados se encontrarem em situação de incapacidade, o testador poderá dispor em seu favor a legítima dos demais herdeiros capazes. Nesses casos, salvo disposição em contrário do testador, o que for recebido pelo herdeiro incapaz ficará gravado com substituição fideicomissária em favor dos herdeiros que tiveram sua parte da legítima afetada, de modo que o herdeiro beneficiado não poderá dispor daqueles bens nem a título gratuito nem por ato *causa mortis*.

⁴⁴³ A *mejora* corresponde a uma parte semi-livre do patrimônio do autor da herança que pode ser usada para aumentar a porção hereditária de determinados herdeiros necessários. É um instituto de origem visigótica que também é encontrado em alguns sistemas sucessórios latino-americanos de antigas colônias espanholas. Como explica Jan Schmidt, o nome *mejora* deriva da possibilidade conferida ao testador de “melhorar” (*mejorar*) a porção hereditária de um determinado herdeiro forçado. Em países que reconhecem esse instituto, o patrimônio do autor da herança é dividido em três partes, não necessariamente iguais: uma parte para a livre disposição do testador, uma parte vinculada à legítima e uma última parte, a *mejora*, que é semi-livre, podendo ser distribuída para aumentar a herança de determinados herdeiros. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019, p. 30.

⁴⁴⁴ No direito alemão, a legítima não é *pars hereditatis* como no Brasil, mas sim *pars bonorum*, isto é, o herdeiro necessário não tem uma participação direta na herança, mas um direito de crédito contra os demais herdeiros e legatários. Essa pretensão (§2303 do BGB) só é requerida quando o herdeiro necessário foi excluído do testamento, quando recebeu uma quantidade menor do que deveria ser a sua quota, ou quando recebeu sua quota com algum gravame. A legítima alemã corresponde à metade da herança. A ordem de vocação hereditária começa com os descendentes do *de cujus*. Se houver apenas descendentes, a legítima corresponderá à metade da herança, dividida igualmente entre as estirpes. Concorrendo descendentes e cônjuge, os descendentes têm direito a três oitavos da herança (37,50%) e o cônjuge a um oitavo (12,50%) para que a legítima se mantenha em metade do patrimônio. Por fim, concorrendo ascendentes e cônjuge, um quarto da herança vai para o cônjuge (25%) e um quarto (25%) para os ascendentes. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*, cit., p. 51 e 52.

⁴⁴⁵ Ver tópico 3.2

⁴⁴⁶ A matéria relativa ao direito sucessório no ordenamento americano é de competência estadual, mas, em regra, a autonomia do testador é bastante ampla, sobretudo no tocante aos requisitos formais para a elaboração de um testamento. A maioria dos estados americanos não estabelece nenhum tipo de porção forçada aos herdeiros do *de cujus*, apenas os filhos menores podem reivindicar alimentos a cargo do espólio e somente até completarem a maioridade. No geral, o cônjuge tem o direito a uma parte do patrimônio do falecido, que costuma ser de um terço. Em regra, os norte-americanos usufruem de uma liberdade praticamente irrestrita para decidirem o destino de suas propriedades após a morte. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*, cit., p. 33.

pertencentes a esse sistema os ordenamentos jurídicos do México, da Guatemala, de Honduras, de Nicarágua, de El Salvador, de Costa Rica e do Panamá⁴⁴⁷.

Finalmente, fazem parte do terceiro grupo, segundo as autoras, países como a Rússia⁴⁴⁸, a Estônia⁴⁴⁹, a Lituânia⁴⁵⁰, a Eslovênia⁴⁵¹ e a Polônia⁴⁵². Na América Latina, também é possível citar o sistema de Cuba⁴⁵³ como representante do terceiro grupo.

A seguir, será apresentada uma visão mais detalhada acerca do modelo sucessório inglês, notoriamente conhecido por ser um regime de ampla liberdade testamentária.

3.2 A *family provision* inglesa

No ordenamento inglês, adota-se um modelo sucessório com ampla liberdade testamentária temperada com uma “espécie”⁴⁵⁴ de direito a alimentos, a *family provision*⁴⁵⁵. Os potenciais herdeiros necessários do *de cuius* devem provar em juízo que suas circunstâncias

⁴⁴⁷ Serão traçadas maiores considerações sobre esses países e sobre a América Latina em geral no item 3.3. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 26.

⁴⁴⁸ O art. 1.149 do Código Civil da Rússia garante aos filhos menores do falecido e ao cônjuge ou pais com deficiência o direito de requererem pelo menos metade da herança. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 27.

⁴⁴⁹ Na Estônia, a lei sobre a herança prevê que se um falecido tiver deserdado um herdeiro “necessário” incapacitado para o trabalho, ou tiver reduzido seus quinhões, esses parentes têm o direito de reivindicar a legítima. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 27.

⁴⁵⁰ Na Lituânia, os filhos que eram mantidos pelo *de cuius* à época de sua morte têm direito a uma legítima que corresponde à metade da quota da sucessão legítima. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 27.

⁴⁵¹ Avós e irmãos do falecido que são incapazes de trabalhar e prover o próprio sustento possuem direito à legítima na Eslovênia. Além disso, desde 2001, o cônjuge ou herdeiros sem meios suficientes para se manterem podem requerer judicialmente um aumento de suas quotas em detrimento de outros herdeiros. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 27.

⁴⁵² Se os herdeiros forem menores ou incapazes de trabalhar, a legítima passa a ser de dois terços na Polônia. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 27.

⁴⁵³ Em Cuba, por força dos arts. 492 e 493 do Código Civil cubano (Lei nº 59/87 de Cuba), a proteção familiar é concedida apenas aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge que são incapazes de trabalhar e dependiam economicamente do falecido, os chamados “herdeiros especialmente protegidos”. Eles recebem uma parte fixa do patrimônio, em vez de uma quantia ajustada às suas necessidades reais. A legítima nesses casos, que inclusive ficou conhecida como “legítima assistencial”, é de metade da herança, segundo o art. 492.

⁴⁵⁴ Diz-se “espécie” porque o *family provision* não coincide, exatamente, com o direito de alimentos previsto no Código Civil brasileiro.

⁴⁵⁵ Como observa Aurelio Barrio Gallardo, esse modelo não é originalmente inglês, mas surgiu nas antigas colônias britânicas. A Nova Zelândia foi o primeiro país de tradição *Common Law* a pensar em um sistema de restrições mais flexíveis à liberdade de testar, consubstanciado no *Testator’s Family Maintenance Act 1900*, que serviu de inspiração para ordenamentos estrangeiros. Ver GALLARDO, Aurelio Barrio. La *family provision* inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº48, 2018, p. 106.

específicas atendem aos requisitos da lei para receberem alimentos advindos da herança. Eles não têm o direito a uma parte previamente reservada antes de reivindicá-la, e a quantidade também varia de acordo com cada caso⁴⁵⁶.

Como observa Albert Lamarca, essa abordagem protege a liberdade de testar ao mesmo tempo em que leva em consideração as necessidades dos dependentes do *de cuius*⁴⁵⁷. O direito a uma participação forçada não é concedido de forma generalizada, mas apenas aos necessitados e na medida de suas necessidades⁴⁵⁸.

Na Inglaterra, portanto, vigora uma liberdade testamentária bem mais ampla, sem que haja a imposição de uma legítima a herdeiros necessários. Isso significa que, no geral, o cidadão inglês pode dar a destinação que desejar à sua propriedade, o que abarca, até mesmo, o direito de ser "caprichoso" ou "excêntrico" em suas disposições de última vontade⁴⁵⁹, como nos casos, por exemplo, de testamentos inusitados que preveem a utilização de toda a herança para cuidados com um determinado animal doméstico⁴⁶⁰.

Entretanto, como adiantado, em 1975, o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* “regulamentou algumas hipóteses em que pessoas ligadas ao falecido podem, por intermédio do Judiciário, requerer algum tipo de auxílio financeiro”⁴⁶¹ proveniente da herança, caso necessitadas. Os legitimados a solicitar judicialmente tal provisão são o cônjuge ou companheiro, o ex-cônjuge que não contraiu novas núpcias, os filhos, outras pessoas tratadas como “filhos” do *de cuius* e qualquer pessoa que, imediatamente antes da morte do *de cuius*, estava sendo mantida total ou parcialmente por ele⁴⁶².

Segundo Diego Lima, o rol de pessoas legitimadas a reclamarem a provisão-notadamente, no tocante aos dois últimos grupos -, revela que o critério inglês utilizado para

⁴⁵⁶ O prazo para requerer a *family provision* é de seis meses a partir da nomeação do inventariante, com possibilidade de adoção de medidas cautelares. Ver FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 30.

⁴⁵⁷ LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship. *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (2), 2014, p. 269 e 270.

⁴⁵⁸ Importante ressaltar que a *family provision* pode incidir sobre toda a propriedade do *de cuius*, descontando os valores das despesas habituais (funeral, impostos, gastos testamentários, etc). Ver GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar, cit., p. 115.

⁴⁵⁹ SPENCE, George. The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery. Londres: *V. and R. Stevens and G. S. Norton*, 1849, p. 544. Disponível em: <<https://archive.org/details/equitablejurisd01spenuoft/page/544/mode/2up>>.

⁴⁶⁰ GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón. *Revista de derecho civil aragonés*. N° 17, 2011, p. 63. Disponível em: <<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/32/29/02barrio.pdf>>.

⁴⁶¹ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil. In: BRAGA, Sérgio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Org.). *Direito de família e sucessões I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 109.

⁴⁶² INGLATERRA. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* 1975. Art. 1. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>.

enquadrar uma pessoa como “familiar”, longe de se basear em um conceito puramente sanguíneo ou estrutural, está fundamentado na existência concreta de que entre ela e o *de cuius* havia um “comportamento familiar” (*familial behavior*) fundando na reciprocidade de afetos e de cuidados (*principle of reciprocity*), o que demonstraria, por exemplo, “a distinção existente entre o trato altruísta, afetivo, de um companheiro ‘do lar’ e a estatura profissional de um empregado doméstico ou de um cuidador remunerado”⁴⁶³.

O juiz tem ampla liberdade para analisar e valorar as circunstâncias de cada caso e determinar se a concessão da “provisão” familiar é procedente ou não, bem como a forma e a quantidade em que ela se dará⁴⁶⁴. Segundo o art. 3º do *Inheritance Act 1975*, ele deve levar em consideração na hora do julgamento, entre outros fatores, os recursos econômicos e necessidades financeiras que o solicitante tem ou pode ter razoavelmente no futuro, as obrigações e responsabilidades do *de cuius* para com o solicitante, deficiências físicas ou mentais do solicitante, a composição e a quantia da herança e demais questões que achar relevante diante das circunstâncias do caso concreto, como a conduta do solicitante para com o *de cuius*, ou, por exemplo, no caso de ser o solicitante o cônjuge, sua idade, o tempo de duração do casamento e sua contribuição ao bem-estar da família.

Ou seja, para que uma provisão familiar seja concedida é necessário que o juiz verifique se o requerente possui todas as condições necessárias para ser considerado um “familiar dependente”. Após, será julgado se ele foi ou não contemplado com provisões adequadas pelo falecido e, por fim, serão determinados “a quantidade, a qualidade e o modo de satisfação da obrigação a ser imposta ao acervo, caso confirmado, no juízo anterior, que as provisões haviam sido, de fato, inadequadas”⁴⁶⁵.

Assim, diante da necessidade de avaliação judicial do relacionamento que o solicitante mantinha com o falecido, diferentemente do que ocorre no modelo brasileiro, aqueles que guardavam uma relação meramente formal ou biológica com o *de cuius*, em regra, não terão suas requisições atendidas⁴⁶⁶. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso *Re Jennings*, no qual um adulto de cinquenta anos requeria parte da herança de seu falecido pai com base na *family provision*. Ocorre que seus pais haviam se separado quando ele ainda tinha apenas dois anos de

⁴⁶³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019, p. 175.

⁴⁶⁴ O juiz também decidirá a quantia e a forma da disposição concedida, por exemplo: se a provisão se dará em pagamentos periódicos, em uma soma concreta de dinheiro, em uma atribuição de bens específicos da herança, etc. FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*, cit., p. 28 e 29.

⁴⁶⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 175.

⁴⁶⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 176.

idade e, desde os seus quatro anos, ele havia sido criado apenas por sua mãe e por seu padrasto não tendo praticamente nenhum contato com seu pai e não recebendo nenhum auxílio financeiro por parte dele. Como não foi contemplado no testamento de seu pai, que deixou sua herança para a caridade, ele resolveu acionar à justiça em busca de uma provisão familiar. O tribunal, entretanto, manteve o testamento do Sr. Jennings na íntegra, já que não foi verificada uma relação verdadeiramente familiar entre o requerente o falecido, mas meramente de sangue⁴⁶⁷.

Outro exemplo paradigmático e ainda mais interessante sob o ponto de vista da liberdade do autor da herança é o caso *Re Coventry*. Em seu contexto, um senhor separado de fato faleceu sem deixar testamento, o que fazia, segundo as regras da sucessão *ab intestato* que vigoravam à época de seu falecimento, que todo o seu patrimônio fosse deixado à sua ex-mulher, que já não morava mais com ele e que contava, então, com setenta e quatro anos de idade e vivia por meio de pensões⁴⁶⁸. Entretanto, eles possuíam um filho em comum, de quarenta e seis anos, que viveu com o falecido nos seus últimos dezanove anos de vida e o ajudava em diversas questões, inclusive financeiras. Como o *de cuius* não havia deixado testamento e o filho não era beneficiado pelas regras da sucessão legal, ele ingressou com uma reclamação judicial, pleiteando parte da herança e alegando que estava passando por dificuldades devido a seu divórcio recente.

Porém, o tribunal entendeu que, uma vez que o filho do falecido já era adulto, apto e capaz de trabalhar, tinha boa saúde e emprego fixo, e não havia nenhuma circunstância especial em sua situação, o falecido não lhe devia nenhuma obrigação moral. Os julgadores também ressaltaram que o objetivo da *family provision* não é fornecer legados ou recompensas por condutas meritorias⁴⁶⁹. Isso significa que o tribunal não tem uma espécie de “carta branca”, ao abrigo do *Inheritance Act 1975*, para reformar as disposições do falecido pensando no que teria sido mais sensato, útil ou justo a se fazer no lugar dele⁴⁷⁰. Em outras palavras, não é dado ao tribunal questionar como deveria ter sido feita uma distribuição justa dos bens. Ao revés, o que

⁴⁶⁷ INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Jennings* [1994] Ch 286. Disponível em: <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87a60d03e7f57ec1182>>.

⁴⁶⁸ INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Coventry* [1980] Ch. 461 [1979]. Disponível em: <<https://swarb.co.uk/in-re-coventry-deceased-ca-3-jan-1979/>>.

⁴⁶⁹ Ainda que esse argumento seja reiterado insistentemente pela jurisprudência inglesa, como ressalva Aurelio Gallardo, a conduta do requerente também é levada em conta para o deferimento da *family provision*. Lembra o autor que, na prática, é valorado se o requerente não trabalhava fora para cuidar dos filhos, se ajudou na empresa do falecido, se prestou colaboração em seus negócios, etc. Ver GALLARDO, Aurelio Barrio. *La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar*, cit., p. 118.

⁴⁷⁰ A jurisprudência inglesa também tem reiterado que o chamado “teste de razoabilidade” para análise dos pedidos de provisão familiar deve ser aplicado de forma objetiva do ponto de vista do tribunal, e não subjetivamente a partir da perspectiva do falecido. Isso quer dizer que não se trata de averiguar se o testador é culpado por agir de forma irracional, mas sim de verificar se a disposição realizada é razoável ou não. Ver GALLARDO, Aurelio Barrio. *La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar*, cit., p. 108.

foi ressaltado, é que um inglês deve permanecer em liberdade ainda na sua morte, podendo dispor de sua propriedade da maneira que quiser ou deixar de fazê-lo⁴⁷¹.

Assim, os julgadores concluíram que deveria haver algum tipo de reivindicação moral por parte do requerente a ser mantida pelo patrimônio do falecido para que o pedido fosse procedente, mas não simplesmente a mera relação de sangue. Dessa forma, sendo capaz de manter dignamente a si mesmo e a sua família, o requerente não deveria perturbar a liberdade patrimonial de seus pais, motivo pelo qual seu pedido não foi deferido⁴⁷².

Desse modo, como elucida Diego Lima, para concluir se determinada pessoa é um familiar dependente do *de cuius*, legítimo (*eligible*), portanto, para pleitear uma provisão familiar, o tribunal costuma analisar dois fatores principais: a qualidade do relacionamento e as necessidades para o custeio da vida do requerente que vinham sendo supridas pelo falecido em razão “do reconhecimento de uma obrigação moral - não profissional, não contratual, não negocial - por ele assumida de forma voluntária ou mesmo impositiva (*assumption of responsibility*)”⁴⁷³.

Os pedidos de filhos adultos que têm capacidade para trabalhar e prover o próprio sustento geralmente são indeferidos⁴⁷⁴. Já quando os filhos se encontram em alguma situação especial, os juízes costumam ser mais flexíveis em relação à *family provision*. Em um desses casos, por exemplo, *Millward v. Shenton* [1972], ordenou-se a entrega de onze doze avos da herança de uma mulher, que havia destinado todo o seu patrimônio para a caridade, a um de seus sete filhos acometido por uma doença tão severa que o tornava totalmente dependente de outras pessoas⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Coventry* [1980] Ch. 461 [1979], cit.

⁴⁷² INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Coventry* [1980] Ch. 461 [1979], cit.

⁴⁷³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 177.

⁴⁷⁴ Outro caso que se tornou paradigmático nesse sentido é o *Ilott v. Mitson* [2017], em que uma senhora faleceu e deixou em testamento toda a sua herança (cerca de £ 486.000,00) a três entidades cuidadoras de animais. Sua filha única, que já era maior e capaz, requereu em juízo parte da herança para poder comprar a casa em que morava, fixando sua pretensão financeira em torno de £ 164.000,00. Em primeira instância, ela conseguiu uma *family provision* no valor de £ 50.000,00, que foi alterada, pelo Tribunal de Apelação, para £163.000. No entanto, a Suprema Corte reestabeleceu o valor inicial de £ 50.000,00, sob o argumento de que o objetivo da provisão familiar é o sustento do requerente, não abarcando tudo aquilo que ele deseja possuir, mas apenas o que é necessário para a sua subsistência. Assim, eles entenderam que adquirir o imóvel que morava não era uma necessidade da requerente, nem afetava suas condições de moradia. Ver EMSLIE, Caroline; KENNEDY, Kevin; HEWITT, Tom. *Ilott v Mitson: Supreme Court overturns decision in daughter's Inheritance Act claim*. 2017. Disponível em: <<https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/ilott-v-mitson-supreme-court-decision-in-inheritance-act-claim>>.

⁴⁷⁵ INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Millward v. Shenton* [1972]. Disponível em: <<https://vlex.co.uk/vid/millward-v-shenton-792674421>>.

É certo também, no entanto, que o sistema inglês não é isento de falhas. Como observa Aurelio Gallardo, a própria lei que estabelece a *family provision* está repleta de conceitos jurídicos indeterminados e expressões vagas, como “*full valuable consideration*”, “*substantial*” e “*reasonable and financial needs*”, que dão ampla margem de discricionariedade para o juiz⁴⁷⁶.

Além disso, obriga-se que as partes exponham os detalhes de suas relações com o autor da herança e seu estado financeiro. Como também pontua Gallardo, a simples leitura das sentenças inglesas nesta matéria é capaz de demonstrar a dificuldade enfrentada pelos juízes em cada caso concreto, os quais, muitas vezes, precisam analisar vários aspectos íntimos envolvidos na relação entre as partes⁴⁷⁷.

Entretanto, apesar desses problemas, o sistema inglês não instiga a litigiosidade e não possui um grau elevado de demandas⁴⁷⁸. Uma provável razão para isso é que as pessoas em geral, cientes de que não podem desamparar seus familiares dependentes, já fazem provisões nesse sentido, seja pela via testamentária⁴⁷⁹, seja por doações durante a vida, ao mesmo tempo em que os familiares que normalmente requerem algo na justiça, na maior parte das vezes, não pleiteiam somas acima de suas necessidades essenciais⁴⁸⁰. Além disso, outro fator que diminui o número de demandas são as conciliações pré-processuais que permitem a resolução da disputa antes do efetivo ajuizamento da ação⁴⁸¹.

Assim, apesar de suas falhas, há de se notar que o modelo inglês, ao mesmo tempo em que garante uma liberdade patrimonial muito maior ao testador, possui uma elevada

⁴⁷⁶ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar, cit., p. 107.

⁴⁷⁷ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar, cit., p. 107.

⁴⁷⁸ Segundo o relatório sobre sucessão intestada e reivindicações de *family provision* apresentado ao parlamento inglês em 2011, em três anos, cerca de apenas mil reivindicações com base na *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* foram formalmente iniciadas. THE LAW COMMISSION. *Intestacy and family provision claims on death*. London: The Stationery Office, 2011. Disponível em: <www.lawcom.gov.uk>.

⁴⁷⁹ A cultura de fazer testamento também contribui para a diminuição do nível de litigiosidade em torno da herança. Em 2011, por exemplo, dos cerca de 480.000 óbitos registrados na Inglaterra e no País de Gales, estima-se que 260.000 deixaram testamento (cerca de 54% do número total de óbitos). Ver REINO UNIDO. *Intestacy and family provision claims on death*. Londres: *The National Archives*, 2012, p.17. Disponível em <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>.

⁴⁸⁰ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 172.

⁴⁸¹ Segundo dados fornecidos por uma Comissão de Serviços Jurídicos da Inglaterra, das ações de *family provision* iniciadas entre 2010 a 2011, 14% foram liquidadas antes da instauração do processo. Se a mesma proporção for mantida para todos os casos resolvidos antes de os procedimentos serem emitidos, independentemente de haver ou não assistência jurídica envolvida, o número total de litígios no país de 2005 a 2011 seria próximo de 2.000 casos. Ver INGLATERRA. *Intestacy and Family Provision Claims on Death*. London: Ministry of Justice, Law Commission, 2012. Disponível em: <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>.

funcionalidade no tocante à proteção da família, uma vez que as análises de pedidos de provisão familiar são sempre feitas no caso concreto, de acordo com as pessoas e as necessidades diretamente envolvidas, promovendo verdadeira “funcionalização de uma messe proprietária, enxergando-a, em primeiro lugar, como um meio de preenchimento existencial de pessoas que dela dependem essencialmente para sobreviver com dignidade”⁴⁸². Como descreve Elizabeth High, a *family provision* funciona como um mecanismo de balanceamento entre a liberdade de testar, e o dever de sustento dos familiares⁴⁸³. Dessa forma, a sucessão se torna bastante flexível, com cada caso sendo resolvido de acordo com suas próprias circunstâncias⁴⁸⁴.

É por isso que sistemas sucessórios como o da Inglaterra têm sido vistos como mais modernos e adequados do que os modelos rígidos de herança forçada⁴⁸⁵. Além de harmonizarem, de maneira muito mais equitativa, a autonomia privada e a solidariedade familiar, uma ênfase maior em cada um desses polos será dada de acordo com as reais necessidades em questão⁴⁸⁶.

3.3 América latina – Considerações gerais

Diferentemente do que sugerem as classificações tradicionais do direito comparado, os sistemas sucessórios latino-americanos não são simples ramificações da tradição da Europa Continental em geral e do direito espanhol e português em particular. Ao revés, curiosamente, o modelo sucessório baseado nas necessidades reais dos herdeiros que hoje é majoritariamente encontrado nos países de tradição consuetudinária parece ter sido adotado pela primeira vez em todo o mundo pelas jurisdições da América Central e do México⁴⁸⁷.

Jan Peter Schmidt, em 2019, procedeu a um minucioso estudo do direito sucessório dos países que compõem a América Latina⁴⁸⁸. Como fazer um estudo comparado não é objetivo

⁴⁸² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 187.

⁴⁸³ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, v. 17, 1984. p. 321.

⁴⁸⁴ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain, cit., p. 336.

⁴⁸⁵ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, 2021, p. 149.

⁴⁸⁶ A título de curiosidade, vale citar a ressalva de Aurelio Gallardo no sentido de que a jurisprudência inglesa tem revelado uma tendência de não admitir pedidos de *family provision* sobre heranças módicas (*small estates*). GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar, cit., p. 116.

⁴⁸⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 57.

⁴⁸⁸ Trata-se do texto frequentemente citado nesta pesquisa: SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019.

deste capítulo, mas apenas tecer considerações acerca de determinados modelos sucessórios, as pesquisas de Schmidt servirão como base principal para as ilustrações dos sistemas latino-americanos pretendidas por hora.

Dessa forma, a exposição de um panorama geral dos regimes sucessórios da América Latina será importante por diversos motivos. O primeiro deles, como já pontuado anteriormente, é a constatação de que sistemas de proteção familiar baseados em uma liberdade testamentária mais ampla não são exclusivos de países de tradição *Common Law*, mas também em regimes de *Civil Law*, como os sistemas do México (art. 1.283 do Código Civil Federal do México), da Guatemala (art. 936 do Código Civil da Guatemala), de Honduras (art. 1.148 do Código Civil de Honduras), da Costa Rica (art. 595 do Código Civil de Costa Rica) e do Panamá (art. 778 do Código Civil do Panamá)⁴⁸⁹.

Em segundo lugar, o estudo geral permite identificar vários pontos em comum entre os sistemas sucessórios latino-americanos. Na América do Sul, por exemplo, o núcleo de herdeiros necessários, em regra, é o mesmo⁴⁹⁰: descendentes, ascendentes (com qualificações ocasionais) e o cônjuge sobrevivente (com qualificações ocasionais)⁴⁹¹, não estando incluídos os irmãos e outros parentes colaterais. Apesar disso, no geral, o círculo de herdeiros necessários foi expandido, com a inclusão dos filhos extraconjugais, do cônjuge e do companheiro, ao contrário do que aconteceu na Europa, em que alguns países, como a França e a Alemanha, excluíram os ascendentes⁴⁹² do rol de herdeiros forçados⁴⁹³.

Em terceiro lugar, por meio do panorama geral, também são detectados múltiplos pontos distintos. Como já dito anteriormente, as jurisdições sul-americanas têm permanecido fiéis à herança forçada trazida pelos seus colonizadores até hoje, enquanto os países da América

⁴⁸⁹ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 26; e VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*, cit., p. 43.

⁴⁹⁰ Já entre os países da América Central e México não é possível fazer a mesma afirmação. O círculo de pessoas legítimas para pleitear alimentos contra o espólio do *de cujus* costuma variar entre eles. A Costa Rica, por exemplo, inclui apenas descendentes, ascendentes e cônjuge (art. 595 do Código Civil da Costa Rica), enquanto no México, os companheiros e parentes colaterais até o quarto grau também são chamados (art. 1.368 V, VI do Código Civil do México).

⁴⁹¹ No entanto, a Colômbia, o Equador e o Uruguai não concebem o cônjuge sobrevivente como um herdeiro necessário, mas apenas a "parte do cônjuge" (*porción conyugal*), que está sujeita a deduções. Ver art. 1.230 e seguintes do Código Civil da Colômbia, art. 1.196 e seguintes do Código Civil do Equador e art. 874 e seguintes do Código Civil do Uruguai.

⁴⁹² Ao mesmo tempo em que propostas no sentido de excluir os ascendentes tem sido feitas em alguns países, no Brasil, juristas como Ana Luiza Maia Nevares enfatizam a crescente vulnerabilidade dos ascendentes por conta do aumento da expectativa de vida. Ver NEVARES, Ana Luiza Maia. *A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída no ordenamento jurídico brasileiro?*. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões. Famílias Afetos e Democracia*, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>>.

⁴⁹³ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 18.

Central e do México romperam abruptamente com essa tradição ainda no século XX, instituindo um regime que garante uma liberdade de testar muito mais ampla, sujeita apenas a um sistema de manutenção dos familiares próximos⁴⁹⁴.

Além disso, entre os países latino-americanos que adotam a legítima, há diferenças significativas no tamanho da parte reservada. Outras variações em torno da posição jurídica dos herdeiros necessários e da própria instituição da *mejora* também são encontradas⁴⁹⁵.

Assim, em muitos países da América do Sul, a legítima é estável, sendo representada por uma parcela fixa, como no Brasil e na Venezuela (art. 884 do Código Civil da Venezuela), em que ela é sempre a metade da herança, ou no Chile (art. 1.184 do Código Civil do Chile), na Colômbia (art. 1242 do Código Civil da Colômbia) e no Equador (art. 1.207 do Código Civil do Equador), onde corresponde a três quartos, incluindo a *mejora*.

Já em outros países, o tamanho da legítima varia de acordo com os grupos de herdeiros necessários. Na Argentina (art. 2.445 do Código Civil e Comercial da Argentina) e no Peru (art. 725 do Código Civil do Peru), por exemplo, são reservados dois terços da herança para os descendentes, enquanto na Bolívia são reservados quatro quintos (art. 1059 do Código Civil da Bolívia). Para ascendentes, a metade da herança é reservada na Argentina (art. 2.445 do Código Civil e Comercial da Argentina) e no Peru (art. 726 do Código Civil do Peru), enquanto dois terços são reservados na Bolívia (art. 1060 do Código Civil da Bolívia).

Ademais, uma visão geral da América Latina permite observar que a posição do cônjuge sobrevivente nos sistemas sucessórios tem melhorado ao longo do tempo, sobretudo com a previsão de direitos sobre a moradia da família⁴⁹⁶, embora a condição do cônjuge como herdeiro forçado também não deixe de receber críticas entre os países⁴⁹⁷. Outrossim, a sucessão dos companheiros, inclusive no tocante à herança forçada, parece se alinhar cada vez mais às regras

⁴⁹⁴ Ressalte-se, no entanto, que essa divisão entre os países da América do Sul e da América Central e México não é hermética, nem forma blocos monolíticos. Cada país escolheu o seu próprio regime sucessório de forma independente e em ambos os lados, há propostas de alteração do sistema sucessório para o seu oposto. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 2 e 3.

⁴⁹⁵ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 3 e 4.

⁴⁹⁶ A exemplo do direito real de habitação conferido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente pelo art. 1.831 do Código Civil brasileiro.

⁴⁹⁷ As críticas à elevação do cônjuge como um herdeiro necessário se dão, majoritariamente, por conta da preocupação generalizada por parte da doutrina em uma “superproteção” do cônjuge oriunda das regras da sucessão legítima combinadas com as regras do regime de bens do casamento, uma vez que o cônjuge, na maioria dos casos, é herdeiro e meeiro ao mesmo tempo. O Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões, proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), por exemplo, exclui o cônjuge ou o companheiro sobrevivente do rol de herdeiros necessários, concedendo-lhes uma parte da herança apenas nos casos de insuficiência de recursos. Ver arts. 1.845 e 1.850, §1º do Anteprojeto. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*. 2019, p. 22. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%c3%95ES%20\(v_final%202019\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%c3%95ES%20(v_final%202019).pdf)>.

da sucessão dos cônjuges, embora grande parte das codificações civis da América Latina não conceda a eles, expressamente, uma legítima⁴⁹⁸.

Adicionalmente, por meio de uma análise superficial, seria tentador identificar, apressadamente, uma propensão ao aumento da liberdade de testar, principalmente na América do Sul, devido a diminuição das participações forçadas ocorrida em quase todas as últimas modificações legislativas dos países sul-americanos. Contudo, uma análise mais atenta demonstra que, ao contrário, a liberdade de testar foi ainda mais limitada, sobretudo pelo aumento do rol de herdeiros necessários⁴⁹⁹.

No entanto, o ponto mais singular do estudo geral dos sistemas latino-americanos certamente está no exame da mudança radical ocorrida nos séculos XIX e XX entre os países da América Central e do México que passaram de regimes de herança forçada para regimes com ampla liberdade testamentária.

De início, é interessante notar que esses países, tais como os da América do Sul, também sofreram influência das nações metropolitanas europeias, sobretudo a espanhola, que impõem a legítima no seu ordenamento. Tanto foi assim, que as primeiras codificações civis da região mantinham a herança forçada em vigor e deixavam pouco espaço para a liberdade testamentária⁵⁰⁰.

Assim, para Isis Flores, a origem da liberdade de testar na América Latina se originou exatamente como um produto do ânimo “diferenciador” que surgiu nas ex-colônias espanholas logo no início de sua independência. Seu ponto de partida foi a Constituição de 1824 da extinta República Federal da América Central (formada por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua e Costa Rica) que foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos e baseada nos princípios liberais de propriedade e igualdade⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Na América do Sul, apenas os Códigos Civis da Bolívia (art. 1.064) e do Peru (art. 724) concedem, expressamente, uma legítima aos companheiros. Nos demais países, em geral, as Cortes Supremas estão estendendo as regras da sucessão dos cônjuges aos companheiros, como o que ocorreu no Brasil com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694 pelo STF. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878.694/MG*. Relator: Ministro Roberto Barroso, data de julgamento: 10/05/2017, data de publicação da súmula: 15/05/2017.

⁴⁹⁹ Por conta da inclusão dos filhos extraconjugais, do cônjuge e do companheiro. Isso também pode ser observado, em alguma medida, em relação à *mejora*. Sua abolição só representou, de fato, um aumento na liberdade de testar nos países em que ela não foi integrada à legítima. Na Bolívia, por exemplo, ela passou a fazer parte da legítima, o que restringiu ainda mais a liberdade testamentária. SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 45.

⁵⁰⁰ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 11.

⁵⁰¹ FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*. Memoria para optar al grado de doctor en el programa “Construcción Europea: Aspectos Jurídicos y Económicos”. España. Universitat de Lleida. 2015, p. 229.

Ademais, não se pode olvidar da influência de Andrés Bello no direito das sucessões latino-americano, o crítico da herança forçada mais famoso na América Latina⁵⁰². Bello foi o redator do Código Civil do Chile de 1855⁵⁰³ e era partidário das instituições inglesas⁵⁰⁴ e da liberdade de testar. É considerado um dos maiores influenciadores na formação dos códigos civis e na implementação da liberdade de testar em Honduras, México, Guatemala, Nicarágua, El Salvador e Costa Rica⁵⁰⁵.

Nem todos os países têm bem documentadas as principais razões que levaram à mudança dos seus sistemas sucessórios, com algumas exceções⁵⁰⁶. No entanto, parece razoável supor que o avanço de uma abordagem sucessória mais liberal na América Central e no México possa ter sido impulsionada, de alguma forma, pela proximidade geográfica com os Estados Unidos da América⁵⁰⁷, país em que a liberdade testamentária é bastante expressiva⁵⁰⁸. Em 1880, Honduras⁵⁰⁹ aboliu a legítima do país, seguida pela Costa Rica⁵¹⁰ em 1881, e pelo México⁵¹¹

⁵⁰² Vale citar que na Argentina e no Brasil, Bello influenciou Vélez Sarsfield e Teixeira de Freitas. Na Colômbia, Manuel Ancizar pediu a Bello que lhe enviasse uma cópia do seu Código Civil recém-publicado no Chile que, uma vez publicado na Colômbia, também serviu de base ao Código Civil do Panamá e da Costa Rica. FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*, cit., p. 233.

⁵⁰³ Em seu projeto de Código Civil chileno, Bello tentou aumentar a liberdade de testar no Chile e suprimir a figura da *mejora*, contudo, suas disposições não foram aprovadas nesse ponto no processo legislativo. SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 6.

⁵⁰⁴ Durante o período que ficou em Londres, Bello teve muito contato com o direito inglês e, na visão de Jan Schmidt, essa experiência provavelmente o influenciou a não ver com bons olhos a imposição da legítima. SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 5.

⁵⁰⁵ FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*, cit., p. 237.

⁵⁰⁶ Como o caso de Costa Rica. Ver nota 510 abaixo. No caso do México, por exemplo, diz-se que a abolição da legítima não ocorreu por conta de um verdadeiro apelo popular ou jurídico do povo mexicano, mas, sobretudo, porque o então presidente da época, o general Manuel González, possuía vários filhos de relações extraconjugais. Assim, motivado por seu interesse pessoal, mandou publicar o novo Código Civil para que pudesse instituir livremente seus herdeiros. Ver FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*, cit., p. 216.

⁵⁰⁷ Para Isis Flores, “*El ánimo de cortar lazos con las instituciones castellanas y la curiosidad de probar, mediante la adopción de sus instituciones, el éxito de los vecinos del norte motivaron no solo la Ley Doce de Guatemala, sino que también fueron el motor del proyecto mexicano de 1822 y de todos los que vinieron después*”. FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*, cit., p. 230.

⁵⁰⁸ Contudo, como ressalva Schmidt, “[...] em vista da falta de evidências claras, tudo isso são meras especulações”. Tradução nossa, Texto original: “[...] *yet in view of the lack of clear evidence, these are all mere speculations.*” SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 13.

⁵⁰⁹ Segundo Isis Flores, Honduras já havia começado o processo de adoção de medidas mais liberais desde 1872, as quais foram consagradas em sua Constituição de 1880. FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*, cit., p. 41.

⁵¹⁰ Costa Rica é um dos poucos países da América Central que deixou registrados os motivos para abolição da herança forçada. Lá, a legítima foi considerada uma intrusão excessiva no direito de propriedade e enfraquecedora da autoridade dos pais. Com o impulsionamento da filosofia liberal, a ideia de que os homens deveriam esperar o que vinha de seu trabalho pessoal passou a ser difundida no país e corroborou para a mudança do regime sucessório. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 12.

⁵¹¹ É interessante notar que, em 1822, encontrou-se no México um projeto de lei que previa um sistema de herdeiros fixos apenas em caso de sucessão intestada, concedendo a inteira liberdade do testador para dispor de seus bens.

em 1884. Após essa primeira onda de reformas, El Salvador, Guatemala, Nicarágua e Paraná também extinguiram a herança forçada no início do século XX⁵¹².

Independentemente dos motivos que ensejaram as reformas, o fato é que as jurisdições da América Central e do México têm mantido um sistema que garante maior liberdade ao testador há mais de cem anos. Isso é um forte indício de que elas não se arrependeram de abolir a herança forçada. Em El Salvador, por exemplo, o princípio da *libre testamentificación* chegou a receber proteção constitucional expressa (art. 22 da Constituição de El Salvador) e, no Panamá, o Código de Direito Internacional Privado de 2015 declarou que a liberdade de testar faz parte da ordem pública (art. 51 do Código de Direito Internacional Privado da República do Panamá). É interessante notar ainda que esses países da América Central e o México não apenas “emendaram” o direito vigente, mas substituíram completamente a então tradição existente por um sistema totalmente diferente baseado em princípios praticamente antagônicos ao anterior⁵¹³.

A característica comum que pode ser observada nesses modelos é que eles funcionam, a grosso modo, como uma espécie de “extensão” das obrigações alimentares do falecido após a sua morte. Além disso, apesar de a análise dos pedidos de alimentos envolver significativa discricionariedade judicial, no geral, o exercício de tais reivindicações não está sujeito a muitos requisitos adicionais, diminuindo o grau de flexibilidade que os tribunais da América Central e do México possuem para avaliar as reivindicações de alimentos se comparados aos tribunais da Inglaterra e da Austrália⁵¹⁴.

Os países da América Central geralmente não concedem um pedido imediato de alimentos, mas, tal como no modelo inglês, espera-se que os testadores façam provisões apropriadas em seus testamentos⁵¹⁵. No caso de El Salvador, Honduras e Nicarágua, por exemplo, foi necessário apenas suprimir a legítima e a *mejora* e manter o dever do testador de prever alimentos⁵¹⁶. Se o testador não fizer as previsões alimentares, o testamento não é

No entanto, não se sabe se o projeto foi, de fato, apresentado formalmente, nem se teve repercussão legislativa nacional, de modo que a legítima mexicana continuou vigente até 1824. Lamentavelmente, o nome do autor do primeiro documento latino-americano que defende a liberdade de testar como um meio para garantir a proteção e a união da família também é desconhecido. O projeto foi encontrado apenas assinado pela sigla J.M.C. FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*. Universitat de Lleida. 2015, p. 195.

⁵¹² SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 12.

⁵¹³ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 53 e 57.

⁵¹⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 49 e 50.

⁵¹⁵ Ver art. 595 do Código Civil da Costa Rica; art. 1.141 do Código Civil de El Salvador; art. 1.368 do Código Civil do México e art. 778 do Código Civil do Panamá. Uma exceção é o art. 976 do Código Civil da Nicarágua, que concede o direito à manutenção por lei, e também o art. 936 do Código Civil da Guatemala.

⁵¹⁶ Ressalte-se que Honduras e Nicarágua mantiveram a porção conjugal (*porción conyugal*) porque ela já possuía natureza alimentar. Ver art. arts 979 e 1147 do Código Civil de Honduras e art. 976 do Código Civil da Nicarágua.

inválido, embora seja “inoficioso”, mas os herdeiros passam a ter uma pretensão contra a herança que poderá ser judicializada caso não se resolva amigavelmente⁵¹⁷. Além disso, as necessidades consideradas são apenas as do momento da morte do testador, uma vez que, para garantir necessidades futuras dos herdeiros, grande parte da herança teria que ser reservada⁵¹⁸.

Todavia, é importante ressaltar que, embora os regimes sucessórios da América Central e do México compartilhem da mesma base geral, eles não são substancialmente idênticos. Em El Salvador, a título exemplificativo, os descendentes têm direito a alimentos até que concluem seus estudos ou treinamento profissional (art. 211 do Código de Família e art. 1.141 do Código Civil de El Salvador), enquanto na Costa Rica (art. 595 do Código Civil de Costa Rica) e no México⁵¹⁹ (art. 1.368, I e II do Código Civil Federal do México)⁵²⁰, o direito a alimentos se encerra quando os descendentes atingem a maioridade civil, a não ser que sejam inaptos para o trabalho ou deficientes.

Outras inúmeras variações também podem ser observadas nos procedimentos para requerer e receber alimentos advindos da herança. No México, por exemplo, o herdeiro beneficiário recebe os alimentos em forma de uma pensão (art. 1.375 do Código Civil do México), ao passo que na Costa Rica, uma quantia fixa, judicialmente arbitrada, é concedida ao herdeiro com base em uma avaliação pericial (art. 595 do Código Civil da Costa Rica)⁵²¹. Já em El Salvador, o juiz pode escolher entre conceder uma pensão mensal ou uma parcela fixa a título de alimentos – esta última limitada a um terço do patrimônio líquido (art. 1.141 do Código Civil de El Salvador).

⁵¹⁷ Ver, por exemplo, art. 595 do Código Civil da Costa Rica; art. 1.141 do Código Civil de El Salvador; art. 1.375 do Código Civil do México.

⁵¹⁸ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 52.

⁵¹⁹ A legislação mexicana de 1884, no entanto, previa uma diferenciação baseada no sexo dos descendentes no tocante aos alimentos. Para os descendentes homens, os alimentos eram devidos pelo autor da herança até que completassem vinte e cinco anos ou, se fossem incapazes, enquanto durasse a incapacidade. Para as mulheres, os alimentos eram devidos enquanto não contraissem matrimônio e tivessem uma “conduta honesta”, sem importar a idade. Além disso, o cônjuge supérstite, caso fosse mulher, deveria permanecer viúva e “viver honestamente” para receber alimentos. (arts. 3323 a 3333 do Código Civil mexicano de 1884). Ver FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las “legítimas alimentarias” en el Derecho Comparado*, cit., p. 217.

⁵²⁰ É interessante mencionar que no México o testador não é obrigado a deixar alimentos aos herdeiros que tenham bens. No entanto, se o herdeiro tiver poucos bens, a obrigação do testador poderá ser reduzida a uma espécie de “complemento” da pensão que ele receberia caso não tivesse bem algum (art. 1.370). Para fazer jus a esse direito de receber alimentos, o herdeiro precisa se enquadrar, ao tempo da morte do testador, em algumas das hipóteses do art. 1.368, perdendo o direito tão logo sejam descaracterizadas as hipóteses legais, tenha uma “má conduta” ou adquira bens (art. 1.371). Essa pensão alimentícia, porém, segundo o art. 1.372, não poderá exceder a quantidade que o herdeiro receberia em caso de sucessão *ab intestato*, nem poderá ser inferior à sua metade.

⁵²¹ Em alguns casos, quando a lei não estabelece um limite máximo para os pedidos de alimentos, uma determinada concessão pode até mesmo exaurir todo o patrimônio do *de cuius*, deixando herdeiros e legatários de “mãos vazias”, o que, como observa Schmidt, é um resultado potencialmente incoerente. SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 52.

Tecnicamente, essas alternativas demonstram que as reformas legislativas da América Central e do México tentaram combinar um modelo baseado nas necessidades dos herdeiros com elementos já existentes em sua própria tradição doméstica, como o sistema sucessório de Cuba, que confere a manutenção dos familiares mais próximos na forma de quotas fixas, em vez de deixar sua determinação ao arbítrio de um juiz⁵²². As antigas colônias espanholas da América do Sul, também já encontravam uma solução parecida em sua própria tradição na forma da “quarta marital” ou *porción conyugal*, que concedia uma parcela fixa ao cônjuge supérstite que dela dependia concretamente⁵²³.

De qualquer modo, olhando para a tendência geral, como observou Schmidt, é possível perceber um movimento irreversível, porém ainda bem tímido, em direção a uma maior autonomia do testador no direito sucessório, que começou no fim do século XIX e início do século XX, quando as reformas legislativas acarretaram uma maior flexibilização do domínio colonial. Diante de tais desenvolvimentos jurídicos em outras partes do mundo e das novas configurações sociais, uma mudança radical para regimes baseados nas necessidades reais dos herdeiros tem sido defendida na América do Sul⁵²⁴.

Essa visão já se mostrava clara no momento em que a superproteção do cônjuge sobrevivente começou a ser percebida e questionada. Atualmente, as propostas de limitação da legítima apenas aos descendentes incapazes de se sustentar, devido à idade, deficiência ou alguma outra vulnerabilidade, também parecem um impulso para um remodelamento dos sistemas de herança forçada⁵²⁵.

Entretanto, apesar dessas tendências, parece duvidoso que uma reforma ampla e profunda ocorra em breve nos regimes sucessórios existentes na América do Sul, porque, a despeito de suas incontestáveis falhas, a legítima ainda desfruta de ampla aceitação popular. Isso sem contar que, como o número de potenciais herdeiros necessários é sempre superior ao

⁵²² O direito sucessório cubano é diferenciado porque combina uma regulação baseada nas necessidades de determinados herdeiros com a concessão de ações fixas. É uma tentativa de limitar a liberdade de testar apenas em casos de necessidades reais e, ao mesmo tempo, evitar grande parte da incerteza jurídica dos sistemas puramente discricionários como o inglês. É claro que esse sistema também não é imune a críticas. A parcela fixa de metade do patrimônio do autor da herança, por exemplo, muitas vezes pode ser grande ou pequena demais diante da necessidade real concreta. Além disso, os herdeiros especialmente protegidos não são classificados de acordo com uma determina ordem de vocação hereditária, mas colocados no mesmo grau de igualdade, o que significa, por exemplo, que o pai do *de cuius* não seria excluído pela existência de filhos menores do falecido também necessitados, mas compartilharia com eles, de forma igualitária, a parte reservada. De qualquer forma, é interessante notar que a ideia de uma legítima fixa assistencial parece uma combinação interessante entre a tradicional abordagem abstrata dos países que adotam uma herança forçada e a abordagem concreta dos sistemas de *Common Law* e da América Central baseados nas necessidades dos herdeiros. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 55 e 56.

⁵²³ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 48.

⁵²⁴ SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 47 e 50.

⁵²⁵ Como a atual *mejora* argentina, por exemplo.

número de testadores – que, aliás, é um número muito baixo nos países de herança forçada -, as reduções da legítima não são tão atrativas do ponto de vista político, fazendo com que eventuais reformas sejam bastante graduais, como a que aconteceu na Argentina em 2014 por exemplo, com um singelo aumento da parcela disponível⁵²⁶. Outra possível alternativa para uma flexibilização paulatina dos sistemas sucessórios de herança forçada seria a mudança da concepção da legítima como *pars hereditatis* para *pars bonorum*, e sua consequente concessão em forma de crédito monetário⁵²⁷.

De toda forma, como se vê, muitos países, inclusive na América Latina, têm temperado o rigor das normas da legítima com mecanismos que possibilitam uma verdadeira aferição das necessidades reais dos herdeiros necessários⁵²⁸. Caso mais reformas aconteçam, será instigante analisar se elas foram capazes de mudar a cultura do planejamento sucessório no país, aumentando o número de testamentos e reduzindo o uso de transferências vitalícias como artifício para disposições pós morte⁵²⁹.

É certo que as normas e as experiências de cada país variam de acordo com inúmeros fatores socioculturais, mas as breves exposições de outras regulações em torno do direito sucessório já são suficientes para demonstrar, como asseveram Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas, que um modelo baseado na análise de situações concretas não resulta em “um colapso generalizado do Direito das Sucessões, como se costuma alardear no Brasil”⁵³⁰.

⁵²⁶ O histórico do direito argentino revela uma tendência muito forte à proteção da família e à redução dos poderes do testador. O Código Civil de 1869, por exemplo, reservava quatro quintos da propriedade do *de cujus* para os descendentes, regra que foi inclusive considerada inconstitucional. Recentemente, no entanto, com a última reforma legislativa de 2014, a Argentina aventurou-se em reduzir a legítima, mas medidas muito drásticas foram evitadas. Assim, a legítima dos descendentes – que antes era de quatro quintos - passou a ser de dois terços e a dos ascendentes e do cônjuge passou a ser de um meio (art. 2.445). SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 22 e 23.

⁵²⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 48.

⁵²⁸ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211-250, abr - jun 2019, p. 13.

⁵²⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 49.

⁵³⁰ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 13.

4 REFLEXÕES SOBRE UMA POSSÍVEL REFORMA DA LEGÍTIMA NO BRASIL

Uma vez verificada a inadequação da legítima à atual realidade e apresentados alguns sistemas sucessórios diferentes do sistema brasileiro, passa-se a um esboço de uma possível reforma sucessória para o Brasil, alicerçada na autonomia privada do testador, sem, contudo, abandonar o caráter protetivo à família do *de cuius*.

Como observa Lucán, o Direito das Sucessões, via de regra, não se expõe a reformas legais na mesma intensidade que outros ramos do Direito Civil. No entanto, as mudanças sociais, econômicas e tecnológicas têm colocado em evidência a insuficiência das normas vigentes e exposto a necessidade de modernização da legislação que trata do tema⁵³¹.

Como abordado no capítulo anterior, reduções significativas na legítima não são muito bem recepcionadas pela classe política, o que dificulta uma reforma substancial da matéria. Assim, uma reforma legislativa ampla exigirá, muito provavelmente, longos anos de discussões políticas, jurídicas e sociais. É por isso que, como também visto, grande parte das reformas legislativas acerca da herança forçada começa com estratégias graduais⁵³².

No entanto, a despeito da popularidade que possa estar atrelada à legítima e da resistência a uma reforma geral, as inadequações da herança forçada se tornaram evidentes demais para que sejam ignoradas. Não é por menos que muitas propostas de revisões da matéria têm sido apresentadas especialmente no intuito de garantir proteção apenas aos herdeiros incapazes e vulneráveis, como será melhor detalhado a seguir.

É certo que todos os modelos têm suas falhas e seus méritos. Não é preciso muito esforço para constatar imperfeições nos outros sistemas apresentados e dificuldades para a implementação de algumas propostas que serão expostas. Porém, entre as opções de regimes sucessórios, demonstra-se prudente que a escolha recaia sobre o modelo que apresente o menor número de vícios e a maior adequação aos ditames constitucionais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵³¹ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 484.

⁵³² SCHIMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019, p. 49.

4.1 Visão crítica do modelo sucessório atual

No segundo capítulo deste trabalho, já se discutiu acerca da previsão constitucional do direito de herança, tendo-se defendido que a legítima não estaria protegida pelo dispositivo constitucional. Assim, uma vez superada essa questão é possível avançar para a discussão de propostas reformistas mais substanciais.

Para alguns autores, como Felipe Gomes, a obrigação oriunda de uma relação familiar, que impacta no direito de propriedade de um dos envolvidos, deve ter repercussões normativas no direito hereditário limitadas a um conjunto restrito de situações. Isso, segundo o autor, conduziria aos seguintes questionamentos: “as obrigações decorrentes de vínculos familiares devem ser garantidas por direitos hereditários necessários? Essa forma de proteger os familiares é a mais adequada, ou haveria uma alternativa melhor, dentro do ordenamento jurídico, para a proteção das pessoas dos herdeiros?”⁵³³. Como defendido nos capítulos anteriores, de fato, o modelo atual não se evidencia como a melhor opção para atingir o fim tão desejado de proteção da família.

A insuficiência do modelo vigente pode ser percebida em diversas situações, ao não se adequar às peculiaridades que envolvem o direito sucessório. O direito brasileiro confere, a título exemplificativo, o mesmo tratamento jurídico a uma sucessão em que o autor da herança possuía vasto patrimônio, com todos os herdeiros capazes de se autossustentar financeiramente, e a uma sucessão em que o *de cuius* possuía apenas uma residência modesta destinada à moradia da família, com um filho capaz e autossustentável e um outro filho hipossuficiente⁵³⁴.

Isso ocorre porque a herança tem sido desenhada no sistema brasileiro, como “um grande bolo unitário a ser repartido entre os herdeiros por meio de critérios puramente matemáticos, formais e apriorísticos⁵³⁵”. Pessoas integrantes de determinadas “classes”, a partir de uma legitimidade sucessória estaticamente instituída em lei, habilitam-se no procedimento de inventário para pleitear uma fração do patrimônio que antes pertencia ao falecido. Após um “‘esboço’ representativo de uma operação essencialmente aritmética de subtração entre créditos e débitos”⁵³⁶, os credores são pagos, e, posteriormente, uma nova operação aritmética é feita para garantir a igualdade milimétrica dos quinhões hereditários. Dessa maneira, a grosso modo,

⁵³³ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese de Doutorado. UFC. Fortaleza, 2015, p. 118 e 119.

⁵³⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019, p. 99.

⁵³⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 98.

⁵³⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 98.

defere-se a sucessão brasileira, de forma totalmente abstrata e alheia às reais necessidades do caso concreto⁵³⁷.

Não é por menos que Eroulths Cortiano Júnior e André Luiz Arnt Ramos adjetivam o sistema estanque de herança forçada como defasado e estéril para compor de forma satisfatória conflitos advindos da complexidade factual⁵³⁸. Essa esterilidade do direito sucessório brasileiro, ocasionada, principalmente, pela adoção de um critério de simetria não ajustado ao mundo real, torna evidente que a legítima não tem protegido, de forma eficaz, aqueles a quem realmente deveria proteger.

Como pontua Ana Luiza Nevares, no atual sistema brasileiro, não há qualquer distinção das regras sucessórias entre ascendentes e descendentes de acordo com suas características e especificidades, “bastando que integrem tal categoria de parentes para serem considerados herdeiros necessários”⁵³⁹. Quanto ao cônjuge, a autora ainda percebe uma má sistematização da matéria no art. 1.829, I, do Código Civil, que, por utilizar, mais uma vez, o critério abstrato do regime de bens do casamento, acabou por gerar uma série de distorções exatamente porque o critério deveria ser concreto, isto é, “deveria estar baseado no resultado da aplicação das regras do regime de bens no patrimônio do casal, de forma a realmente alcançar uma gradação da tutela sucessória do cônjuge conforme as relações patrimoniais decorrentes do regime matrimonial de bens”⁵⁴⁰.

A mesma imperfeição também é observada por Diego Lima, para quem o modo de fixação da herança em duas metades – parte disponível e parte indisponível -, no plano concreto, pode se mostrar absolutamente insuficiente para proteger aqueles familiares dependentes que precisariam de uma parcela patrimonial maior, além de ser estabelecido por meio de um tecnicismo puramente matemático, fundado em uma premissa de igualdade exclusivamente formal, que não apenas estabelece travas à liberdade dispositiva e molesta injustificadamente o direito de propriedade do *de cuius*, como também “viola a pretensão lídima e prioritária que os seus familiares dependentes possuem em vista de seu patrimônio, no propósito de tutelarem a sua subsistência e o seu conforto”⁵⁴¹.

⁵³⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 98.

⁵³⁸ JUNIOR CORTIANO, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. 4 ed, n.4, maio 2015. Cascavel: NEJUS, 2015, p. 65.

⁵³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?. *Jornal Carta Forense*, 2014. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>.

⁵⁴⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?, cit.

⁵⁴¹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 155 e 156.

Dessa forma, o modelo instituído não contém uma abertura textual para a verificação e comprovação do equilíbrio das quotas hereditárias e das necessidades dos herdeiros forçados. A tentativa de “fechar” o sistema por meio dos critérios abstratos e matemáticos, não permite uma incursão “nas especificidades fáticas de cada pessoa envolvida no fenômeno, de cada bem componente do acervo, e nem da relação entres esses bens e a manutenção da dignidade dos familiares dependentes e vulneráveis do falecido”⁵⁴². Não se pode averiguar, por exemplo,

se determinada quantia depositada na conta bancária do *de cuius* é integralmente necessária para o custeio da saúde de um familiar vulnerável que dele dependa essencialmente, se determinado imóvel residencial é utilizado como moradia de um filho que, embora maior, é deficiente, permitindo-se concluir que não possui nem nunca possuirá autonomia financeira nem laborativa; se determinado automóvel é utilizado pelo filho adolescente como meio de transporte para cursar a sua universidade, etc⁵⁴³.

Assim, apesar de parecer solucionar a tensão entre a autonomia do testador e a proteção à família, o que se verifica, na realidade, é que as divisões aritméticas da legítima e a tentativa, a todo custo, de manutenção da igualdade puramente formal entre os sucessores, somente criam maiores embaraços ao tratamento isonômico da questão, afinal, o pertencimento a uma classe de herdeiro necessário, no modelo atual, constitui-se em fato meramente legal, podendo estar totalmente desvinculado dos aspectos humanos reais que, de outra forma, seriam relevantes para a sucessão.

É por isso que, como já defendido anteriormente, para que o dever da solidariedade familiar e o princípio da proteção à família do *de cuius* efetivamente se concretizem por meio da sucessão *causa mortis*, os institutos sucessórios deveriam estar focalizados na tensão havida entre o respeito à liberdade do testador e o socorro aos herdeiros dependentes e hipossuficientes, uma vez que toda justificativa para a herança necessária, dentro de uma concepção instrumental da família, deve recair na proteção dos seus membros na exata medida do devido e necessário à existência digna de uma pessoa – e não na “família” por si própria⁵⁴⁴. O modelo atual, ao desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, trata a família da mesma forma com a qual tem tratado a herança: como uma massa unitária totalmente abstrata, deixando de atender à sua natureza multipolar e concreta.

⁵⁴² LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 98.

⁵⁴³ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 159.

⁵⁴⁴ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 121.

Dessa forma, uma nova maneira de enxergar o fenômeno sucessório deve corroer, como sustenta Diego Lima, “qualquer tentativa de ascender títulos hereditários obrigatórios, ou ‘necessários’, fundados apenas no grau de parentesco havido entre indivíduos”⁵⁴⁵. É necessário que no caso concreto, os valores sinalizados como importantes sejam aplicados no âmbito de uma partilha efetivamente instrumental.

Mas, se houver uma maneira alternativa de garantir a dignidade dos membros da família, sem que para tanto se tenha que adentrar no direito sucessório, tal forma será mais compatível com a Constituição, pois a reserva hereditária interfere rigorosamente no direito à propriedade, não apenas após a morte do indivíduo, mas também para a prática de atos *inter vivos*. Não só isso, o próprio *quantum* da legítima (um meio) pode se afigurar, muitas vezes, em medida desproporcional. De um lado, pode ser muito superior às necessidades dos herdeiros – caso de fato haja alguma necessidade. Por outra face, pode não ser o suficiente para cumprir com os deveres do *de cuius* diante das pessoas pelas quais era responsável⁵⁴⁶. Assim, pode-se perceber a incompatibilidade da legítima atual - rígida, ortodoxa e pouca afeita à realidade -, com as premissas constitucionais⁵⁴⁷, pelo menos não na medida ótima, como classifica Felipe Gomes⁵⁴⁸.

Um direito sucessório que se diz contemporâneo e constitucional somente pode ser balizado no mundo real, onde, de fato, será possível verificar “se a dimensão familiar irá prevalecer de alguma forma sobre a dimensão proprietária da herança, bem assim em que medida qualitativa e quantitativa ela prevalecerá”⁵⁴⁹.

É por isso que, como ressaltam Eroulths Cortiano e André Luiz Arnt, um modelo que privilegie a liberdade de testar sem prejuízo da aplicação subsidiária da sucessão legítima seria muito mais efetivo⁵⁵⁰, afinal, ninguém melhor que o testador, na sua função de “legislador doméstico”, para conhecer a realidade em que vive.

⁵⁴⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 160.

⁵⁴⁶ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 121.

⁵⁴⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 160.

⁵⁴⁸ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 121.

⁵⁴⁹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 160.

⁵⁵⁰ JUNIOR CORTIANO, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. *Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro*, cit., p. 65.

4.2 Algumas propostas de reforma do direito sucessório

4.2.1 Propostas legislativas e o PL 3.799/2019

Como já adiantado, existem muitas propostas para reformas legislativas no direito sucessório brasileiro⁵⁵¹.

Para se ter ideia, são vários os projetos que preveem alterações no Código Civil com o intuito de ampliar as hipóteses de exclusão dos herdeiros por indignidade e deserdação. Alguns exemplos podem ser encontrados nos PL 867/2011, PL 8205/2017, PL 9306/2017, PL 229/2019, PL 3410/2019, PL 3459/2019, PL 3846/2019, PL 4738/2019, PL 6548/2019, PL 386/2020, PL 3634/2021, PL 479/2022 e o PL 1122/2022⁵⁵².

O número elevado de projetos de lei para estender os casos de exclusão dos herdeiros necessários é um forte indicador de que a herança forçada não tem produzido os resultados práticos esperados.

Outros projetos em relação à concorrência do cônjuge e do companheiro com os ascendentes, bem como acerca do direito à sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial após a morte do autor da herança, também estão sendo discutidos no Congresso brasileiro, tais como o PL 3075/2008 e o PL 1218/2020⁵⁵³.

No entanto, a proposta legislativa que mais impacta às questões referentes à legítima é o Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões esboçado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que se encontra em trâmite no Senado Federal como projeto de lei nº 3.799/2019⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Por uma questão metodológica, optou-se por analisar os projetos de lei em tramitação que versam sobre matérias referentes à legítima e à classificação dos herdeiros necessários. No entanto, deve ser ressaltado que existem outras propostas de alteração do Direito das Sucessões no tocante a vários outros temas, inclusive bem atuais, como em relação à chamada “herança digital” (PL 4099/2012, PL 365/2022) e à possibilidade de fazer testamentos e codicilos em meios audiovisuais (PL 5820/2019 e o PL 1.689/2021).

⁵⁵² Os projetos citados ainda estão em fase de tramitação e podem ser consultados no site no Congresso: <<https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?colegao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=sucess%C3%A3o%3B+leg%C3%ADtima&p=4>>. Acesso em 22/05/2022 às 10:22h.

⁵⁵³ Os projetos citados ainda estão em fase de tramitação e podem ser consultados no site no Congresso: <<https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?colegao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=sucess%C3%A3o%3B+leg%C3%ADtima&p=4>>. Acesso em 22/05/2022 às 10:22h.

⁵⁵⁴ A última informação sobre a tramitação do projeto no site do Senado Federal consta que ele está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ desde o dia 02/02/2022 aguardando designação do relator. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 3.799/2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em 22/05/2022 às 10:22h.

No tocante à matéria específica deste trabalho⁵⁵⁵, o referido anteprojeto propõe a alteração do art. 1.845 do Código Civil para excluir o cônjuge – e o companheiro⁵⁵⁶ – do rol de herdeiros necessários, mantendo apenas os descendentes e os ascendentes nessa categoria⁵⁵⁷. Dessa forma, segundo a exposição de motivos dos elaboradores do anteprojeto, o autor da herança poderia dispor livremente sobre a participação do consorte na sucessão e, até mesmo, promover a sua exclusão⁵⁵⁸.

No entanto, apesar da exclusão do rol de herdeiros necessários e da possibilidade de exclusão da sucessão pelo próprio testador (art. 1.850, *caput*, do anteprojeto⁵⁵⁹), o cônjuge ou companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para a sua subsistência poderia reivindicar quota hereditária não superior a que receberia pela sucessão legítima. Assim, a sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro não estaria mais baseada no vínculo conjugal, mas na sua dependência econômica concreta em relação ao *de cuius*. Se o cônjuge ou companheiro comprovarem insuficiência de recursos, a quota hereditária a eles destinada virá da legítima dos herdeiros necessários e não da parte disponível⁵⁶⁰.

O anteprojeto ainda prevê uma releitura do art. 1.831 do Código Civil que assegura ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, em caráter vitalício, independentemente do regime de bens ou das condições econômicas do supérstite. Os autores propõem que o direito real de habitação seja atribuído aos sucessores vulneráveis que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte. O referido benefício poderia ser exercido coletivamente enquanto os dependentes não

⁵⁵⁵ É importante ressaltar que o referido anteprojeto prevê uma série de alterações no Livro V do Código Civil, inclusive no tocante à sucessão testamentária, como, por exemplo, a introdução, no art. 1.862, da possibilidade de testar ordinariamente por meio de sistema digital de som e imagem. No entanto, serão analisadas neste trabalho apenas as modificações em relação aos aspectos da herança forçada.

⁵⁵⁶ Embora não conste como herdeiro necessário no texto legal, o companheiro também é considerado herdeiro necessário no sistema atual em virtude da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, que prevê um regime sucessório para os companheiros distinto do regime sucessório dos cônjuges. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878.694/MG*. Relator: Ministro Roberto Barroso, data de julgamento: 10/05/2017, data de publicação da súmula: 15/05/2017.

⁵⁵⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*. 2019. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%c3%95ES%20\(v_final%202019\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%c3%95ES%20(v_final%202019).pdf)>. *Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.*

⁵⁵⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit., p. 20.

⁵⁵⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit. *Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.*

⁵⁶⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit., p. 20.

adquirissem renda suficiente para a manutenção de sua própria moradia ou não constituíssem nova família⁵⁶¹.

Em relação ao *quantum* da legítima, o anteprojeto o mantém em metade dos bens da herança. Uma novidade introduzida no art. 1.846 é a possibilidade de o testador destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade – uma espécie de *mejora* inspirada no art. 2.448⁵⁶² do código civil argentino⁵⁶³. Para os fins do artigo, é considerada pessoa com vulnerabilidade toda aquela que tem impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, obstrui sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁵⁶⁴.

Ainda no tocante à matéria, o anteprojeto também prevê, no art. 1.848⁵⁶⁵, em complemento com o disposto no atual artigo 2.014, a possibilidade de conversão dos bens da

⁵⁶¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit.

Art. 1.831. Ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis (art. 1.846) que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhes caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja bem a inventariar.

§ 1º O direito real de habitação poderá ser exercido em conjunto pelos respectivos titulares conforme seja a situação na data do óbito.

§ 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, bem como constituir nova entidade familiar.

⁵⁶² No original (art. 2448 do Código Civil e Comercial da Argentina): “*Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral*”.

⁵⁶³ Conforme explicam os próprios elaboradores do anteprojeto. Ver INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit., p. 24. A *mejora* havia sido abolida do direito sucessório argentino, mas voltou a figurar no Código Civil e Comercial da Argentina em 2014, porém com um âmbito de aplicação restrito, tendo o testador o direito de alocar um terço da parte reservada apenas para um ascendente ou descendente com deficiência. Na concepção espanhola tradicional, a *mejora* também pode ser usada para esse fim, mas não é restrita a ele. Ver SCHIMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*. Max Planck Institute of Comparative Law. N 18.19, 2019, p. 33.

⁵⁶⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit.

Art. 1.846 Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

§ 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade.

§ 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual em relação a sua idade ou meio social, implica em desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁵⁶⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit.

Art. 1.848. A cláusula de inalienabilidade só poderá ser aposta sobre os bens da legítima para proteger o patrimônio mínimo do herdeiro.

legítima em dinheiro, de forma a facilitar o planejamento sucessório nos negócios do testador⁵⁶⁶.

A despeito das inovações interessantes trazidas pelo anteprojeto, como a possibilidade de o direito real de habitação ser exercido coletivamente por todos aqueles dependentes do *de cuius* que não possuem moradia própria, verificam-se ainda algumas restrições à liberdade do testador que, segundo às premissas deste trabalho, seriam irrazoáveis.

A manutenção da legítima em metade dos bens da herança é um exemplo disso. Apesar da exclusão do cônjuge e do companheiro do rol de herdeiros necessários, o testador continua impedido de dispor livremente sobre a metade dos seus bens caso possua descendentes ou ascendentes.

A espécie de “*mejora*” introduzida é outro exemplo. Em que pese o louvável motivo para sua previsão, qual seja, beneficiar herdeiros com vulnerabilidade, não é difícil constatar que, em um sistema sem herança forçada, essas pessoas poderiam ser muito mais adequadamente beneficiadas pelo testador. Isso, porque o testador poderia lhes destinar até mesmo a integralidade da herança, sem ter a obrigação legal de deixar uma parte para herdeiros necessários que nem mesmo dependem de sua ajuda financeira⁵⁶⁷. Ademais, a *mejora*, apesar de parecer um instituto que confere maior autonomia ao testador, produz, na realidade, o efeito contrário, sendo mais um limitador de sua liberdade⁵⁶⁸, além de aumentar significativamente a complexidade do sistema jurídico⁵⁶⁹. Não é por menos que muitos países da América Latina que a possuíam em seus regimes sucessórios anteriores já a aboliram do seu ordenamento⁵⁷⁰.

§ 1º *Independente de motivação a aposição das cláusulas de incomunicabilidade e de impenhorabilidade.*

§ 2º *Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, salvo se a conversão for determinada em dinheiro.*

⁵⁶⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*, cit., p. 25.

⁵⁶⁷ Quanto a este ponto, vale notar a reflexão de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves: “é razoável a limitação da liberdade de testar de um pai cujos filhos são maiores e capazes e possuem um vasto patrimônio, maior do que o do próprio genitor, quando este, ciente disso, gostaria de beneficiar um irmão desamparado e desafortunado?”. Ver FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016, p. 381.

⁵⁶⁸ Ressalte-se que na concepção espanhola clássica da *mejora*, a escolha de qual herdeiro terá sua parte melhorada é deixada inteiramente a cargo do testador, pessoa que indiscutivelmente está em melhor posição para fazer tal julgamento. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 33 e 34.

⁵⁶⁹ Para Schmidt, por exemplo, os “céticos” continuarão considerando a *mejora* como um instituto que, embora atraente na teoria, traz problemas de cálculo desnecessários, tornando o balanceamento entre a liberdade de testar e a herança forçada uma tarefa ainda mais obscurecida. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 31 e 34.

⁵⁷⁰ Como exemplos, podem ser citados o Uruguai, a Argentina, a Venezuela e o Paraguai, que retiraram a *mejora* de suas codificações ainda no século XIX, bem como a Bolívia e o Peru, que fizeram o mesmo na segunda metade do século XX. Outros exemplos são o México e os países da América Central que, ao abolirem a herança forçada de seus sistemas, também suprimiram, automaticamente, a *mejora*. O Chile, a Colômbia e o Equador, no entanto, ainda mantêm o instituto. Ver SCHMIDT, Jan Peter. *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, cit., p. 30 e 31.

4.2.2 Propostas doutrinárias

Para além dos projetos de lei já em tramitação no Brasil, existe também uma série de outras propostas doutrinárias em torno de uma reformulação do Direito das Sucessões.

Em relação a essas propostas, é de se notar que têm se tornado frequentes as sugestões quanto à criação de regimes especiais e prioritários para determinados grupos de herdeiros considerados como vulneráveis.

Patrícia Ferreira Rocha, por exemplo, defende que a reserva legítima seja garantida apenas aos sucessores em situação de vulnerabilidade ou dependência econômica do *de cuius*, fato que deveria ser sempre avaliado de acordo com o caso concreto⁵⁷¹.

Sob uma perspectiva de funcionalização da legítima, a autora também defende o reconhecimento da mesma base jurídica dos alimentos para a legítima, com a conseqüente “inclusão dos colaterais de 2º grau como detentores do direito a uma reserva legítima”⁵⁷², caso estejam em situação de vulnerabilidade, tendo em vista que a obrigação de prestar alimentos se estende aos irmãos por força do art. 1.697 do Código Civil⁵⁷³.

Ainda segundo a autora, a legítima não deveria ser definida por meio de um valor fixo, mas sim variável, na exata medida das necessidades dos herdeiros legítimos que atendam aos critérios de vulnerabilidade. Assim, da mesma forma que os alimentos são baseados nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante, a legítima também o deveria ser, conforme essa proposta⁵⁷⁴.

Em síntese, a autora sustenta que o pedido para receber “alimentos” advindos da herança deveria ser apreciado levando-se em conta vários fatores, tais como as necessidades financeiras, os recursos (atuais e projetados), a existência de deficiência física ou mental do peticionário, a existência de outros peticionários ou beneficiários do espólio e a natureza das obrigações do falecido perante os beneficiários e os peticionários, além das características do espólio.

⁵⁷¹ ROCHA, Patrícia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 596.

⁵⁷² ROCHA, Patrícia Ferreira. Função social da legítima: da solidariedade familiar abstrata à análise casuística da vulnerabilidade dos sucessores. In: EHRHARDT Jr. Marcos; LOBO, Fabíola (Org.). *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 270.

⁵⁷³ Isabela Valadares e Walsir Rodrigues fazem uma proposta semelhante ao sugerirem “a instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor da herança”, privilegiando, nos demais casos, a autonomia do testador. Ver VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil. In: BRAGA, Sérgio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Org.). *Direito de família e sucessões I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 113.

⁵⁷⁴ ROCHA, Patrícia Ferreira. Função social da legítima: da solidariedade familiar abstrata à análise casuística da vulnerabilidade dos sucessores, cit., p. 271.

Se o estado de vulnerabilidade do herdeiro peticionário for permanente, a reserva legítima poderia advir de uma parcela do patrimônio, e, caso seja temporário, poderia se dar na forma de uma provisão⁵⁷⁵.

Posição mais ousada é adotada por Felipe Gomes, para quem uma obrigação familiar que pode ser convertida em pecúnia não deveria ser fato gerador de um direito hereditário, mas sim, ser resolvida sem o uso desse recurso, como um crédito a favor do credor dessa obrigação. Assim, bastaria “a admissão de um crédito, cujo montante viesse a ser estipulado de acordo com os critérios legais, para atender às necessidades dos familiares, que o *de cuius* tivesse obrigação de satisfazer”⁵⁷⁶.

Em relação aos cônjuges e companheiros, Felipe Gomes ainda sustenta que o direito hereditário necessário nesses casos está relacionado a uma visão de “casamento-negócio”, a partir da qual a morte se torna uma causa de aquisição patrimonial. No entanto, a crescente desinstitucionalização do casamento deveria conduzir, segundo o autor, a uma redução dos direitos sucessórios imperativos⁵⁷⁷.

Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas também concordam com uma redefinição dos critérios adotados pela lei para identificar quem serão os herdeiros necessários do *de cuius*.

Os autores, seguindo a mesma linha de funcionalização da legítima, entendem que o fundamento para se ter direito à uma quota hereditária deve ser a necessidade econômica dos herdeiros⁵⁷⁸.

Contudo, de modo diverso às ideias acima, não consideram razoável que cada sucessão seja analisada de forma individual pelo Poder Judiciário, sob pena de se produzir uma judicialização excessiva a que se tem tentado evitar a todo custo nos últimos anos.

Dessa forma, tendo em vista também uma maior segurança jurídica no sistema sucessório, os autores propõem a utilização de critérios objetivos para a identificação dos herdeiros que receberão a tutela da legítima⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ ROCHA, Patrícia Ferreira. Função social da legítima: da solidariedade familiar abstrata à análise casuística da vulnerabilidade dos sucessores, cit., p. 272.

⁵⁷⁶ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 119.

⁵⁷⁷ GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*, cit., p. 120.

⁵⁷⁸ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, abr - jun 2019, p. 13.

⁵⁷⁹ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 13.

Nesse sentido, defendem a necessidade de garantir aos filhos menores a qualificação de herdeiros necessários, “sendo possível, ainda, cogitar-se de uma extensão da condição de herdeiro necessário até os 24 anos, em analogia ao que ocorre com alimentos”⁵⁸⁰. Concomitantemente, aos filhos maiores com deficiência, aos ascendentes idosos e ao cônjuge ou companheiro que não tenham condições econômicas de manter seu padrão de vida e não tenham sido contemplados com meação também deve ser garantida a posição de herdeiros necessários. No entanto, na visão dos autores, eles não devem possuir um direito absoluto à legítima, podendo outro herdeiro, mediante prova de ausência de necessidade, contestar sua pretensão⁵⁸¹.

Os autores ainda propõem uma alternativa diferente para os casos de herança vacante com a ideia de criação de um Fundo Nacional da Herança⁵⁸², especificamente destinado ao amparo de menores, idosos e pessoas com deficiência, a ser alimentado com os recursos daqueles que falecem sem deixar testamento e herdeiros necessários⁵⁸³.

Um sistema parecido com o de Schreiber e Viégas é proposto por Raphael Carminate, para quem, na classe dos descendentes, a legítima só deveria ser concedida aos menores e incapazes⁵⁸⁴, mas sem natureza absoluta. Assim, caso um descendente menor ou incapaz possua meios de se autossustentar, ele poderá ser excluído da sucessão. Da mesma forma, o descendente maior e capaz teria a possibilidade de pleitear judicialmente a ineficácia da cláusula testamentária que o excluiu da sucessão caso comprove ter necessidade de recebê-la.

⁵⁸⁰ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 14.

⁵⁸¹ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 14.

⁵⁸² É importante mencionar que uma solução parecida pode ser encontrada na Suécia, país em que, na ausência de herdeiros, a lei prevê a destinação da herança ao *National Inheritance Fund*, um fundo social gerido pela Agência de Serviços Jurídicos, Financeiros e Administrativos da Suécia que se destina à promoção da assistência e educação de crianças, jovens e pessoas com deficiência. Ver JOHNSTON, Augusta. *Family Law: Information on the rules*. Trad. James Hurs. Stockholm, 2013. p. 53. Disponível em: <<https://slidex.tips/download/family-law-information-on-the-rules>>. Reinhard Zimmermann também cita a ideia de Theodor Hilgard e Karl Brater para a reforma do direito sucessório alemão que consistia na criação de um fundo público alimentado por uma porção obrigatória da herança em todos os casos de sucessão testamentária para ajudar os necessitados. Assim, a herança forçada, em vez de ir para os herdeiros necessários, iria para o fundo de assistência social. A ideia, porém, não chegou a ser implementada no país. ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N. 19/19, 2019, p. 5.

⁵⁸³ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro, cit., p. 14.

⁵⁸⁴ Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves também se manifestaram pela imposição da legítima para os herdeiros necessários incapazes, mas não nos casos de herdeiros maiores e capazes, fato que, segundo os autores, poderia ser comparado a uma “interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica”. Ver FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., p. 64. Entendem os autores que a existência de apenas herdeiros necessários capazes não comporta legitimidade e justa motivação para limitar a liberdade de testamento. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., p. 381.

Os menores e incapazes também teriam direito real de habitação sobre o imóvel que é a residência da família, independentemente da legítima e da existência de outros bens desta natureza a partilhar, caso necessitados. Ademais, como os descendentes menores e incapazes seriam considerados herdeiros necessários, o testador não poderia deserdá-los⁵⁸⁵.

Em relação aos ascendentes, a legítima se restringiria, inicialmente, apenas aos idosos, em favor dos quais também haveria presunção de necessidade, sendo a eles conferido o direito real de usufruto sobre uma quota do patrimônio do *de cuius*, sem comprometer a propriedade dos bens que ficaria à livre destinação do testador. Os ascendentes não idosos só teriam direito à legítima diante da comprovação de situação de dependência do autor da herança⁵⁸⁶.

Por fim, quanto ao cônjuge ou companheiro com reais necessidades, Carminate entende que eles teriam direito ao usufruto de um terço dos bens comunicáveis, sem prejuízo do direito real de habitação, se vigorasse entre eles regime de bens diferente do regime da comunhão universal – o qual geraria a exclusão automática do cônjuge a qualquer participação na legítima⁵⁸⁷.

Ana Luiza Nevares também propõe que sejam considerados herdeiros necessários apenas os filhos do *de cuius* com até vinte e três anos de idade ou com até vinte e cinco anos de idade, se ainda estiverem cursando ensino superior, e aqueles que, por força de enfermidade física ou mental, sejam permanentemente incapazes de cuidar de si mesmos ou de administrar seus bens. Os outros filhos, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro teriam direito de reclamar cota não superior àquela que receberiam por lei pela sucessão legítima, desde que comprovassem desamparo e vulnerabilidade por ocasião da abertura da sucessão⁵⁸⁸.

Semelhantemente, Roxana Borges e Renata Dantas propõem um modelo de legítima baseado na “proteção dos economicamente vulneráveis, independentemente de deixa testamentária, na forma de uma reserva especial”⁵⁸⁹. Para as autoras, os herdeiros economicamente vulneráveis não seriam aqueles com poucos recursos financeiros, mas os que

⁵⁸⁵ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011, p. 142 e 143.

⁵⁸⁶ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 142 e 143.

⁵⁸⁷ CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*, cit., p. 143.

⁵⁸⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. Em: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões: Família, Afetos e Democracia*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>.

⁵⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 89.

não possuem condições materiais de se manterem sozinhos⁵⁹⁰. Na ausência de herdeiros em situação de vulnerabilidade, restaria para a autonomia privada do testador liberdade irrestrita, “afastando-se a transmissão obrigatória de metade da herança apenas por motivo de relações familiares”⁵⁹¹.

A título de complemento, é interessante citar que, internacionalmente, nos países que possuem herança forçada, propostas para possíveis reformas do sistema sucessório também têm ganhado relevo.

Antonio Aloy Vaquer, por exemplo, sugere no direito espanhol⁵⁹² que os ascendentes sejam excluídos do rol de herdeiros necessários e que apenas o cônjuge e os descendentes em situação de necessidade, que seriam para o autor os filhos de até vinte e cinco anos de idade e os que possuam alguma deficiência ou incapacidade para o trabalho, tenham direito a uma quota fixa dos bens da herança ou do seu valor⁵⁹³.

A deficiência ou a incapacidade poderia surgir mesmo após a abertura da sucessão, gerando o direito à legítima para o descendente dentro de um prazo máximo de até dez anos. Outra medida a ser adotada seria a possibilidade de pagamento da legítima em dinheiro, por meio de um direito de crédito⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 90.

⁵⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos, cit., p. 90.

⁵⁹² O autor faz suas propostas de reforma para o direito espanhol com base em modelos sucessórios de outros países. Ele cita, por exemplo, que na Estônia os herdeiros necessários incapacitados para o trabalho e que foram deserdados pelo testador têm direito a receber a legítima. Na Lituânia, os parentes do *de cuius* têm direito a receber a legítima quando necessitarem ser mantidos no momento de seu falecimento. Na Eslovênia, os avós e irmãos do *de cuius* só recebem a legítima se forem incapacitados para o trabalho e tiverem necessidades financeiras e, na Polônia, a legítima se incrementa de até dois terços da herança se os herdeiros necessários são menores de idade ou incapacitados para o trabalho. ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: *Indret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, p. 7 e 8.

⁵⁹³ ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 7 e 17.

⁵⁹⁴ ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 19.

O autor também propõe a opção de se estabelecer uma “legítima coletiva”, a exemplo do que ocorre no direito aragonês⁵⁹⁵, de forma que o testador possa escolher a qual herdeiro favorecer entre os herdeiros necessários existentes⁵⁹⁶.

Maria Ángeles Lucán, por sua vez, identifica algumas tendências internacionais comuns acerca do tema. Segundo a autora, há três propostas principais que frequentemente são levantadas nas discussões em torno da herança forçada: a supressão da legítima dos ascendentes, o fortalecimento da posição do cônjuge ou companheiro viúvo e a redução dos direitos legitimários dos descendentes⁵⁹⁷.

Em relação à exclusão dos ascendentes, a autora comenta que as razões de sua sugestão estão geralmente associadas ao fato de que os ascendentes já estão protegidos em caso de necessidade pela obrigação de alimentos prevista no Código Civil e também devido aos conflitos que a legítima dos ascendentes gera com a legítima do cônjuge ou companheiro supérstite⁵⁹⁸. Algumas propostas reconhecem unicamente aos ascendentes o direito de recobrem os bens que haviam doado ao filho falecido como antecipação de herança⁵⁹⁹.

No tocante à segunda tendência, Lucán explica que a ideia de fortalecer e melhorar a posição do cônjuge viúvo na sucessão parte do princípio de que ele ajudou na construção do patrimônio do *de cuius*⁶⁰⁰. A autora acrescenta, ainda, que muitos ordenamentos propõem a atribuição *ex lege* da moradia destinada à residência da família ao cônjuge ou companheiro sobrevivente⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ Em Aragão, existe a figura da “legítima coletiva”, que é conferida aos descendentes, os únicos herdeiros necessários no direito aragonês. A eles é reservada metade da herança que, por ser “coletiva”, pode ser atribuída livremente aos herdeiros: o testador pode distribuí-la de forma igualitária ou destiná-la integralmente a apenas um único descendente. Ver art. 486 do Código de Direito Foral de Aragão (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de março). É válido notar que sistemas hereditários distintos são encontrados em outras comunidades autônomas espanholas, como na Galícia e na Catalunha. Na Galícia, a legítima dos ascendentes foi suprimida na reforma legislativa de 2006, além de a legítima dos descendentes ter sido reduzida a um quarto da herança. Além disso, os herdeiros, de comum acordo, podem optar por receber a herança em bens hereditários ou em dinheiro. Ver artigos 242 e seguintes do Código Civil da Galícia (Lei 2/2006, de 14 de junho, de Direito Civil da Galícia). Já na Catalunha, o art. 452-1 do Livro Quarto do seu Código Civil (Lei 10/2008), regulamenta a chamada “quarta vidual”, o direito que o cônjuge ou o companheiro viúvo em situação de vulnerabilidade econômica tem de receber até ¼ do acervo hereditário líquido.

⁵⁹⁶ ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 14.

⁵⁹⁷ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 485.

⁵⁹⁸ A autora comenta que o direito sucessório belga, por exemplo, apesar de não ter suprimido a legítima dos ascendentes, permite que o testador deixe todos os seus bens para o seu cônjuge ou companheiro quando este concorre apenas com os ascendentes. Ver LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 501.

⁵⁹⁹ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 501.

⁶⁰⁰ É importante ressaltar, como faz a própria autora, que a ampliação dos direitos do cônjuge ou companheiro sobrevivente geralmente se dá em detrimento do direito de outras pessoas (ascendentes ou descendentes). LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 502.

⁶⁰¹ LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 502.

Por fim, em relação à tendência de redução da legítima dos descendentes, menciona Maria Ángeles a forte corrente doutrinária a favor da substituição da reserva legitimária dos filhos pelo reconhecimento de um direito a alimentos. A autora comenta que o panorama legislativo atual de muitos países tem se direcionado para a proteção concreta de pessoas em situação de necessidade⁶⁰².

Maria e Marta Fernández-Hierro também observam uma tendência internacional ao aumento da liberdade de testar por diferentes vias, como a redução da parcela de reserva legitimária e das pessoas que devem ser consideradas herdeiros necessários, a possibilidade de pagar a legítima em dinheiro e de forma parcelada, a ampliação das causas de deserdação e a realização de pactos sucessórios⁶⁰³ para negociação da herança⁶⁰⁴.

O fato é que, como visto, as propostas para uma reforma do Direito das Sucessões são muitas e partem de diversos campos, configurando-se em vários modelos alternativos. Como ressalva Schmidt, um determinado regime pode, por exemplo, limitar a quota hereditária à medida das necessidades básicas da vida dos herdeiros, enquanto outro pode lhes dar o direito de manter seus antigos padrões de vida. Um regime pode negar categoricamente reivindicações de herdeiros maiores e capazes, enquanto outro pode ser mais tolerante e flexível⁶⁰⁵.

Contudo, independentemente dos modelos idealizados nas propostas, o que se verifica é que a base geral dos modelos apresentados é a mesma e aponta para a irremediável necessidade de ampliação da liberdade de testar.

O que se pode afirmar com segurança é que nenhum desses modelos alternativos – e muito menos o modelo atual – está imune a falhas e imperfeições. Cada uma das propostas anteriormente expostas possui problemas práticos e teóricos de implementação que demandariam um trabalho à parte para a sua correta discussão.

No entanto, para não se fugir do escopo desta pesquisa, nas seções seguintes serão lançadas as linhas gerais que uma reforma adequada do direito sucessório brasileiro faria bem em observar.

⁶⁰² LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 503.

⁶⁰³ É importante mencionar que os pactos sucessórios ainda são proibidos no Brasil por força do art. 426 do Código Civil.

⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19, maio, 2010, p. 78 e 79.

⁶⁰⁵ SCHIMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 50.

4.3 Elementos essenciais à reforma do direito sucessório brasileiro

Diante dos variados modelos idealizados para uma reforma do Direito das Sucessões, torna-se espinhosa a tarefa de tentar identificar, entre as opções possíveis, a proposta que se demonstre mais adequada tanto teoricamente, segundo as balizas e premissas constitucionais e principiológicas do ordenamento jurídico brasileiro, quanto em sua implementação prática, dados o contexto e a realidade brasileira, para disciplinar a autonomia do *de cuius* e a proteção de sua família.

Primeiramente, é importante destacar, conforme todas as críticas ao sistema atual de herança forçada feitas até aqui, que uma das premissas das quais esta pesquisa parte é a de que um regime sucessório que prevê reservas legitimárias a herdeiros abstratamente considerados não é o regime que mais se adequa aos princípios constitucionais vigentes.

A partir disso, à luz dos capítulos anteriores, a questão consiste em optar ou por um sistema de legítimas assistenciais *ex lege* ou por um sistema sem reservas hereditárias originalmente definidas por lei, a chamada “legítima aberta”.

A primeira opção certamente é muito interessante e encontra amparo em diversos princípios e microsistemas legais de proteção a pessoas com algum tipo de vulnerabilidade, seja ela econômica ou existencial. Não é por menos que muitos modelos apresentados no tópico anterior possuem a previsão de uma quota hereditária para herdeiros com deficiência, incapazes, idosos e até mesmo para aqueles que ainda não concluíram o ensino superior.

No entanto, essa opção, apesar de muito atrativa do ponto de vista teórico, não parece ser a melhor na prática. Isso acontece porque, em que pese a maioria das hipóteses de herdeiros necessários envolver situações de necessidades presumidas, tais modelos, em seus fundamentos, continuam se apoiando no mesmo pressuposto uniforme e abstrato definido em lei, que impõe uma reserva hereditária ao patrimônio do *de cuius* à margem das especificidades concretas.

Em outras palavras, o regime sucessório brasileiro continuaria mantendo uma legítima, com a diferença de que a classificação dos herdeiros necessários passaria a ser outra. Embora seja carregado de boas e justas intenções, um sistema assim concebido incrementaria a complexidade do processamento da sucessão, uma vez que teriam que ser consideradas no inventário e na partilha todas as circunstâncias de necessidade e vulnerabilidade objetivamente definidas pela lei.

Assim, mostra-se mais adequado à autonomia do proprietário do patrimônio e até mesmo à proteção da família, que o testador possa destinar seus bens da forma e na medida em que achar mais justas aos seus herdeiros vulneráveis ou dele dependentes. E, apenas para os casos em que seu bom senso e solidariedade falharem, a lei preveria o remédio para os herdeiros preteridos.

É por isso que a opção que se afigura mais justa e constitucional segundo a visão autoral - embora se admita que a sua implementação prática poderia vir a depender de construções jurisprudenciais futuras -, é a de um modelo sem legítima previamente estabelecida em lei, mas com um direito a provisões garantido aos herdeiros dependentes e necessitados que assim o reclamem e o comprovem, a exemplo do modelo inglês.

Segundo essa proposta, o testador sempre poderia dispor livremente da totalidade de seu patrimônio para depois de sua morte. No entanto, tal como ocorre com a *family provision*, os herdeiros do testador não contemplados pelo testamento ou contemplados de forma insuficiente, que estivessem em situação de necessidade à época de sua morte, e que dele dependiam economicamente, teriam o direito de reclamar judicialmente uma provisão advinda da herança, até um percentual máximo definido em lei.

E, nas hipóteses em que o *de cuius* não tenha feito testamento, o modelo autoral prevê que a sucessão deveria se submeter integralmente às regras da sucessão legítima, em vez de a herança ser destinada a um fundo específico ou instituições beneficentes, porque se parte da premissa de que se o autor da herança quisesse destinar o seu patrimônio para algum tipo de caridade, o teria feito em testamento. Deve-se, contudo, pontuar que a sucessão legítima, a exemplo do que ocorre com a sucessão testamentária vigente, também necessita de reformas por sua inadequação à realidade social e jurídica presente⁶⁰⁶, tópico que mereceria um trabalho à parte para melhor exame.

Em linhas gerais, os elementos reformistas essenciais poderiam ser estruturados conforme os itens a seguir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ No modelo inglês, tal como explica Aurelio Gallardo, os herdeiros podem requerer uma provisão familiar independentemente da modalidade sucessória. Então, tanto nos casos de sucessão testamentária quanto nos casos de sucessão intestada, os herdeiros que se sentiram prejudicados podem se utilizar da *family provision*. Ver GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº48, 2018, p. 107. Neste trabalho, porém, se está a pensar apenas nos casos de sucessão testamentária, porque se entende que os impactos deste modelo na sucessão exclusivamente legítima demandariam uma nova pesquisa que vai além dos objetivos aqui propostos.

⁶⁰⁷ É importante mencionar que aqui se tentou esboçar apenas as bases de um novo modelo sucessório para o Brasil, sem a pretensão de fazê-lo na forma de uma proposta legislativa e de exaurir todos os seus pontos.

4.3.1 A natureza das provisões hereditárias e os arts. 1.700 e 1.920 do Código Civil

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que as provisões hereditárias idealizadas não se tratam de uma obrigação transmitida aos sucessores do falecido, mas sim ao patrimônio deixado pelo autor da herança, nos limites de suas forças.

A bem da verdade e para que se façam as devidas distinções, é importante mencionar que alguns autores, como Diego Lima e Mauro Antonini, defendem a possibilidade de aplicação de um sistema parecido com esse no direito brasileiro atual, sem a necessidade de alteração do Código Civil.

O posicionamento dos autores é baseado sobretudo no art. 1.700 do Código Civil que prevê a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694 do mesmo diploma⁶⁰⁸. Com base nesse comando legal, os autores defendem que o Brasil “já conta com um arcabouço dogmático receptivo a esse espírito reconstrutivo de uma ‘legítima aberta’”, fato que “autorizaria a imediata aplicação de preceitos tais sem a necessidade de maiores intervenções legislativas”⁶⁰⁹.

Mauro Antonini defende que o art. 1.700 concede ao alimentando um crédito que seria configurado como um “legado *ex lege*” - porque sua individualização deriva diretamente da própria lei - que onera a herança e pode ser reclamado dos sucessores do *de cuius* e de seus respectivos quinhões⁶¹⁰.

As provisões hereditárias por ora idealizadas, no entanto, não comungam da mesma interpretação do referido artigo e nem do compartilhamento da mesma base jurídica do direito a alimentos para o campo sucessório⁶¹¹. Entende-se que o art. 1.700, apesar de parecer simples, deve ser lido com muita cautela. Aliás, como observou o próprio Antonini, “em razão da redação lacônica, sem maior detalhamento, permanece acesa controvérsia a respeito do alcance da disposição”⁶¹².

Quanto a esse ponto, comentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que o citado artigo gerou intensos debates acerca da natureza *intuitu personae* da obrigação alimentar, uma vez que, tratando-se de uma obrigação personalíssima, não se deveria permitir sua transmissão em decorrência da morte do devedor⁶¹³.

⁶⁰⁸ Art. 1.700, CC: A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

⁶⁰⁹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 188.

⁶¹⁰ ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo, 2013, p. 122 e 123.

⁶¹¹ Tal como proposto por Patrícia Ferreira Rocha. Ver item 4.2.

⁶¹² ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*, cit., p. 120.

⁶¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., p. 713.

Ressaltam os autores, de acordo com o mesmo entendimento desta pesquisa, que, em uma perspectiva ontológica, a morte de um dos sujeitos da relação alimentícia deveria importar em sua automática extinção, exatamente por ser personalíssima. Ao contrário, advogar pela transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos poderia levar a alguns casos irrazoáveis, como o de um herdeiro que, muitos anos após a abertura da sucessão, vem reclamar alimentos dos outros herdeiros do *de cuius*⁶¹⁴.

De mais a mais, entende-se como Rosenvald e Chaves, a respeito do art. 1.700, no sentido de que “o espólio do falecido somente responderá pela dívida transmitida no limite das forças da herança, considerando que a dívida é oriunda do morto, não sendo obrigação originária dos herdeiros⁶¹⁵”, e nem se podendo exigir que eles respondam por uma dívida maior do que o patrimônio deixado pelo *de cuius*, hipótese que estaria contrariando o art. 1.792 do mesmo diploma⁶¹⁶.

Por conta das controvérsias em torno do tema, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca do assunto conferindo, acertadamente, a interpretação de que o dispositivo se refere tão somente às dívidas alimentares vencidas, por serem débitos do próprio espólio:

Observado que os alimentos pagos pelo *de cuius* à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada⁶¹⁷.

A discussão em torno do art. 1.700, contudo, abrange muitos outros elementos além da polêmica transmissibilidade dos alimentos, como questões em torno da duração da obrigação do espólio, da legitimidade para requerer os alimentos, da necessidade de que os bens deixados sejam frutíferos ou não, dentre outras controvérsias⁶¹⁸.

De todo modo, para o escopo desta pesquisa, é necessário apenas que fique claro que as aqui denominadas “provisões hereditárias” não possuem a mesma natureza dos alimentos

⁶¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., p. 713 e 714.

⁶¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, cit., p. 714.

⁶¹⁶ Art. 1.792, CC: O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

⁶¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.354.693/SP*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data do julgamento: 26/11/14, data de publicação da súmula: 20/02/15.

⁶¹⁸ Para mais discussões em torno do art. 1.700, recomenda-se a leitura do seguinte acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 219.199/PB*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, data do julgamento: 10/12/03, data de publicação da súmula: 03/05/04.

previstos pelo art. 1.694 do Código Civil e, por isso mesmo, não poderiam ser reguladas de forma satisfatória pelo art. 1.700.

Ao revés, as provisões hereditárias idealizadas possuem natureza e regramentos distintos dos alimentos decorrentes das relações familiares e prestados em vida, ainda que apresentem certas semelhanças em alguns aspectos, como se verá a seguir. O importante é que fique evidenciado que são dois institutos diferentes e que partem de premissas também diferentes, assim como ocorre no modelo inglês.

Por isso, contrariamente à ideia de Lima e Antonini, não se defende que a implementação deste novo modelo sucessório possa se dar com a legislação em vigor. Ao contrário disso, parece notória a necessidade de uma revisão legal para tal fim, seguida de suas consequentes construções jurisprudenciais.

Quanto a este ponto, por fim, é necessário fazer uma última ressalva. As provisões hereditárias também são diferentes e não se confundem com o chamado legado de alimentos previsto pelo art. 1.920 do Código Civil⁶¹⁹, por uma questão de lógica simples. O legado previsto no art. 1.920 é instituído pelo próprio testador como ato de sua vontade autônoma e deliberada. Já as provisões hereditárias seriam arbitradas judicialmente para os casos de herdeiros dependentes e necessitados que não foram contemplados pelo testador ou o foram de maneira insatisfatória.

4.3.2 Legitimidade ativa para requerer as provisões hereditárias

Assim como no modelo inglês, as provisões hereditárias seriam deferidas de acordo com o liame de dependência e a necessidade dos requerentes, e não apenas a partir de um vínculo de parentesco com o falecido. A ideia é que somente as pessoas que já dependiam anteriormente do autor da herança possam pleitear as provisões, desde que comprovem que foram deixadas sem adequado e necessário suporte financeiro.

Nesses casos, ingressar-se-ia como uma ação contra o espólio do falecido, em busca da obtenção das provisões hereditárias. No entanto, se não restar comprovado que o falecido sustentava o requerente ou possuía esse dever de sustento, ou se o herdeiro possuir plena capacidade de se sustentar, as disposições de última vontade do testador são mantidas em seus exatos termos.

⁶¹⁹ Art. 1920, CC: O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Essa comprovação de dependência é essencial para a concessão das provisões hereditárias, já que elas não se confundem com um aparelho público de bem-estar social ou uma previdência. Dessa forma, não é suficiente apenas que o herdeiro esteja passando por necessidades, mas também que haja a comprovação de que, à época do falecimento do *de cuius*, o requerente era dele dependente sob algum aspecto econômico.

Em síntese, pode-se dizer que o herdeiro dependente seria aquele que recebia uma contribuição substancial - em dinheiro, ou por outros meios, como pela concessão de moradia - por parte *de cuius*, com vistas a manter as suas necessidades básicas essenciais.

Com essa definição, a categoria de herdeiro dependente não fica restrita a familiares com deficiência, incapazes ou idosos, mas engloba também pessoas maiores de idade que, sendo dependentes do *de cuius*, encontrem-se em situação de vulnerabilidade à época de sua morte.

Ademais, é importante observar que essa definição de dependência permite considerar como detentores de legitimidade ativa para pleitear as provisões até mesmo pessoas que não eram ligadas por laços de consanguinidade ou parentesco com o *de cuius*, mas que, a despeito disso, mantinham com ele um comportamento familiar, que nas palavras de Diego Lima, pode ser definido como aquele comportamento “objetivamente aferido a partir de suas práticas compartilhadas de vida, que evidenciarium um princípio comportamental cravado na reciprocidade de afetos e de cuidados (*principle of reciprocity*)⁶²⁰”, desde que atendido o binômio dependência-necessidade.⁶²¹

Desse modo, além da necessidade e da dependência em relação ao *de cuius*, também seria necessário que o requerente comprovasse um vínculo familiar, consanguíneo ou não, com o autor da herança, para que apenas as pessoas que possuíssem certa relação de afetividade, própria das relações familiares, fossem capazes de requerer as provisões. Isso evitaria que determinadas obrigações econômicas assumidas pelo *de cuius*, às vezes de forma profissional ou até mesmo caridosa, fossem utilizadas para a alegação de necessidade e dependência. Assim, um empregado que se dedicava a cuidar do autor da herança já idoso, ganhando dessa forma o seu salário, por exemplo, não teria, a princípio, esse liame afetivo com o *de cuius* que o tornaria legítimo para requerer as provisões, uma vez que com ele possuía um liame profissional.

⁶²⁰ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 175.

⁶²¹ Seria o caso, por exemplo, de amigos que vivem na mesma residência como se fossem familiares ou adultos economicamente dependentes um do outro.

Contudo, se em troca dos cuidados, o *de cuius* lhe provia moradia e comida e o tratava como a um filho, a despeito de não haverem laços de consanguinidade, entende-se como possível o requerimento das provisões.

Em conclusão, pode-se sintetizar que a legitimidade ativa para pleitear as provisões deve ser precedida da satisfação cumulativa de três critérios principais: ter um vínculo familiar, ainda que não consanguíneo, com o *de cuius*, estar em situação de necessidade à época da morte do *de cuius* e ser dele dependente por força de lei ou de alguma obrigação moral por ele assumida, ou que, em tese, deveria ter sido assumida.

A ressalva final é importante para resguardar os casos nos quais o herdeiro requerente possua tenra idade e não chegou a criar nenhum vínculo afetivo com o *de cuius*, mas, sendo seu filho, é titular de direitos oponíveis ao autor da herança, ainda que o outro genitor possua plena capacidade financeira de sustentá-lo sozinho.

4.3.3 Prazo para requerer as provisões hereditárias

Ao contrário dos alimentos previstos no art. 1.694 do Código Civil, que são imprescritíveis e podem ser requeridos a partir do momento em que surge a necessidade, entende-se que as provisões hereditárias são sujeitas a um prazo prescricional justamente por conta de sua natureza sucessória e da correlata necessidade de transmissão definitiva do patrimônio do falecido.

Assim, reputa-se como inconcebível que um parente do *de cuius*, quinze anos após o falecimento deste, requeira provisões hereditárias em decorrência de uma necessidade que acaba de aparecer. Afinal, dessa forma, como observa Antonini, “a herança permaneceria indefinidamente como se fosse, por assim dizer, patrimônio separado, afeto à eventualidade de pleitos futuros de alimentos, nunca se fundindo de modo pleno ao patrimônio do sucessor, o que parece que acarretaria indesejável insegurança jurídica”⁶²². Portanto, a situação de necessidade do requerente deve ser contemporânea à morte do testador.

Por isso, quanto ao prazo para requerimento das provisões, acredita-se que deve ser o mesmo previsto no art. 611 do Código de Processo Civil para a instauração do processo de inventário e de partilha, ou seja, “dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão,

⁶²² ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*, cit., p. 130.

ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte”.

4.3.4 Fixação das provisões hereditárias e fração de contenção

A concessão e a fixação das provisões hereditárias devem passar por três fases principais. Primeiro, a de realização de um juízo para verificar se o requerente, de fato, tem legitimidade ativa, isto é, deve ser analisado se ele possuía um vínculo familiar com o *de cuius*, era dele dependente e se possui necessidade financeira de receber as provisões. Em segundo lugar, seria necessário verificar se ele já foi contemplado com provisões razoáveis pelo falecido em seu testamento. E, terceiro, caso no juízo anterior ficassem comprovados os requisitos necessários ao recebimento das provisões, passar-se-ia, enfim, à determinação da quantidade, da qualidade e do modo das provisões hereditárias que serão impostas ao espólio.

A valoração da necessidade do herdeiro no caso concreto e a determinação do *quantum* que seria a ele atribuído dependeriam da ponderação do juiz, até um limite máximo estabelecido em lei, chamado sugestiva e didaticamente neste trabalho de “fração de contenção”.

A fração de contenção representaria o percentual máximo da herança deixada pelo *de cuius* que os requerentes necessitados poderiam pleitear a título de provisões hereditárias. Entende-se que esse limite seria importante para se evitar a ocorrência de casos nos quais, diante da necessidade do herdeiro, o patrimônio do autor da herança viesse a ser destinado integralmente como provisão familiar, desconsiderando-se por completo a vontade do testador.

Seria a hipótese, por exemplo, de um testador que deixa uma herança módica e tem um filho recém-nascido. Sem uma fração de contenção, o juiz poderia entender que o patrimônio do autor da herança devesse ser integralmente destinado a custear as necessidades do filho, tornando, assim, inócuas as disposições testamentárias⁶²³.

Uma situação como a narrada acima, faria com que o sistema atual da legítima brasileira fosse mais vantajoso para a autonomia do testador, uma vez que, conforme a legislação em

⁶²³ Situação parecida aconteceu no caso inglês *Millward v. Shenton* [1972], citado no item 3.2 deste trabalho, em que onze doze avos da herança de uma mulher que havia destinado todo o seu patrimônio para a caridade foi atribuído, judicialmente, a um de seus filhos que sofria de uma doença severa. Ver INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Millward v. Shenton* [1972]. Disponível em: <<https://vlex.co.uk/vid/millward-v-shenton-792674421>>. Ver também GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar, cit., p. 115.

vigor, o testador pode dispor de metade do seu patrimônio de forma livre e voluntária em qualquer caso.

Assim, para se evitar exageros judiciais que suprimam a autonomia do testador no momento de fixação das provisões e para nortear o seu arbitramento, considera-se razoável que a lei preveja um percentual a partir do qual o requerente não poderia pleitear provisões hereditárias.

Dessa forma, a fração de contenção funcionaria de forma oposta à legítima, uma vez que, enquanto a legítima serve de limite ao testador, impedindo que ele disponha de um percentual de seu patrimônio que será obrigatoriamente destinado aos seus herdeiros, a fração de contenção serviria de limite aos provisionados, impedindo que eles requeressem a título de provisões hereditárias uma parte substancial do patrimônio deixado pelo autor da herança, invalidando sua autonomia privada.

À luz do que vem sendo defendido, acredita-se que esse percentual poderia ser definido no limite total de quarenta por cento do patrimônio do *de cuius*, porquanto se considera que o princípio da autonomia do testador deve ser preponderante, sem, contudo, excluir o princípio da solidariedade familiar, e porque, como já ressaltado, o testador, em regra, será a melhor pessoa para definir o destino de seus bens, inclusive para fins de oferecimento de ajuda aos seus familiares. Desse modo, o juiz deveria arbitrar as provisões hereditárias observando a dependência, as reais necessidades do herdeiro requerente e o limite de quarenta e por cento do patrimônio deixado.

Ademais, tal como aconteceu no modelo inglês, é de se esperar que a jurisprudência acabe criando determinados critérios para nortear o arbitramento das provisões. Aliás, é até razoável que parte dos parâmetros ingleses já utilizados possam servir de base para o modelo brasileiro também. Diego Lima elenca alguns desses critérios:

São eles: a) Os recursos financeiros (inclusive os potenciais, fundados na capacidade de geração de renda) e as necessidades financeiras (obrigações, compromissos e responsabilidades) que o dependente possui ou poderá possuir num futuro previsível, bem assim, os recursos financeiros e as necessidades financeiras havidas por qualquer outro dependente do falecido, como também pelas outras pessoas beneficiárias da herança (herdeiros testamentários, herdeiros legítimos, legatários, etc.); b) As obrigações e/ou responsabilidades havidas pelo falecido frente ao dependente requerente, bem como frente aos outros dependentes, e às demais pessoas beneficiárias da herança; c) O tamanho do acervo e a natureza dos bens que o compõem; d) As eventuais debilidades físicas e mentais do dependente requerente, bem como dos outros dependentes e das demais pessoas beneficiárias da herança; e) A idade do dependente requerente e a duração do relacionamento mantido com o falecido; f) As contribuições de vida realizadas pelo dependente requerente em favor do falecido, inclusive as que dizem respeito aos cuidados pessoais, com o lar e com a família do falecido; g) O período de tempo e as bases quantitativas e qualitativas com

as quais a relação de dependência se desenvolveu; h) A medida e a natureza da responsabilidade assumida pelo falecido frente ao dependente (se o assumiu, por exemplo, como filho, como amante, como companheiro, etc.); i) A existência, ou não, de outras pessoas ou instituições que se obrigam à manutenção do dependente requerente, e em qual base quantitativa e qualitativa ela se dá (se dessa relação, por exemplo, o requerente consegue, ou não, manter-se adequadamente), j) Qualquer outra questão de fato que se considere relevante à determinação do justo e do razoável, inclusive a conduta do dependente e seu modo de relacionar-se com o falecido.⁶²⁴

Assim, em alguns casos, como também ressalva Lima, serão necessárias maiores sensatez e parcimônia para constatar a adequação ou inadequação das provisões, como, por exemplo, diante das nuances fáticas e financeiras de um relacionamento extraconjugal. Em outros, ao contrário, a irrazoabilidade pode ser evidente, como nas situações em que o testador deixa um filho recém-nascido desamparado⁶²⁵.

No momento de definição do *quantum* a ser arbitrado a título de provisões hereditárias, devem ser observados os variados elementos envolvidos, tais como a força econômica da herança, a existência ou não de outros dependentes que também precisem ser protegidos, os interesses patrimoniais dos herdeiros testamentários, a capacidade de geração de renda dos herdeiros, a existência de parentes que eventualmente possuam o dever de prestar alimentos ao requerente, além das “receitas e as despesas correntes, tanto presentes como esperadas num futuro imediato; móveis, imóveis, ações de companhias, investimentos, aplicações e previdências eventualmente existentes e até indenizações pessoais a receber”, “pensões, frutos decorrentes de negócios e aplicações, salários provenientes de empregos, [...] as obrigações, as responsabilidades e os passivos correntes e já constituídos ou a constituir”⁶²⁶.

Em síntese, apesar de serem muitos os fatores envolvidos, o maior benefício desse sistema é que a fixação das provisões hereditárias é feita de forma flexível e concreta, levando-se em conta os demais elementos envolvidos, traduzindo-se, enfim, no verdadeiro princípio da solidariedade familiar e respeitando, ao máximo possível, a autonomia daquele que era o legítimo proprietário dos bens.

4.3.5 Formas de prestação das provisões hereditárias

Quanto às formas em que as provisões hereditárias podem ser prestadas, entende-se que também podem ser tão variadas quanto possível, de acordo com o que melhor se adequar ao

⁶²⁴ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 178.

⁶²⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 181.

⁶²⁶ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 180 e 181.

caso concreto. Isto é, podem se dar “*in natura*”, “*in specie*”, como um direito de crédito, como um quinhão hereditário, em parcela única, em prestações periódicas, entre outras modalidades, respeitando-se sempre o limite imposto pela fração de contenção.

Assim, a depender da situação, o juiz pode determinar tanto o pagamento de prestações periódicas quanto de uma quantia única em dinheiro, ou a transferência de uma propriedade, ou a venda de determinados bens, ou até mesmo a junção de todos ou alguns desses modos. Em alguns casos, exemplificativamente, a concessão do direito real de habitação de determinado bem imóvel para fins de moradia ou o uso gratuito de outros bens para geração de renda, já podem ser suficientes para satisfazer as necessidades do requerente⁶²⁷.

Dessa forma, para determinar como as prestações das provisões hereditárias seriam pagas, deve-se levar em conta os aspectos quantitativos e qualitativos dos bens que compõem a herança, a fração de contenção e o modo menos gravoso para todos os envolvidos no fenômeno sucessório.

4.4 Críticas prévias e reflexões sobre os tópicos reformistas abordados

Lançadas as bases iniciais dos elementos reformistas, já é possível antever algumas críticas e reflexões em relação aos tópicos abordados. Como se trata de um modelo aberto, parecido com o sistema inglês, um ponto frequentemente censurado, como já comentado anteriormente⁶²⁸, é o da larga margem interpretativa conferida aos critérios abertos da concessão das provisões. Se, por um lado, os conceitos jurídicos indeterminados do sistema de provisões hereditárias garantem um melhor ajuste da sucessão à realidade familiar concreta, por outro, possuem como efeito colateral a ampliação das possibilidades de interpretação e aplicação dos conceitos nas decisões judiciais.

No entanto, verifica-se que é precisamente o caráter mais aberto do sistema que permite uma adequação fática maior, de acordo com as reais necessidades postas em jogo. Somente um sistema aberto pode se amoldar ao caso concreto. Caso contrário, a lei continuaria a prever abstratamente situações genéricas e uniformes que na esmagadora maioria das vezes não se verificam na prática. Em outras palavras, ainda que se note uma certa insegurança jurídica no início da implementação desse sistema, acredita-se que os benefícios, sobretudo a longo prazo, após a consolidação de parâmetros judiciais, sobrepõem-se aos riscos.

⁶²⁷ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 182.

⁶²⁸ Ver tópico 3.2.

Isso ocorre porque um sistema sucessório flexível permite que se alcance – ou pelo menos que se chegue mais perto de alcançar – as nuances próprias de cada caso concreto, com todos os seus aspectos qualitativos e quantitativos envolvidos, de forma argumentativa, a partir de uma ponderação humana, e não por meio de um juízo robótico ou matemático que privilegie a igualdade meramente formal entre os herdeiros⁶²⁹.

Além disso, a fração de contenção pensada para o sistema funcionaria exatamente como um “freio” a concessões judiciais de vultosas provisões hereditárias, que acabariam por prejudicar ainda mais a autonomia testamentária e invalidar as disposições do autor da herança. Apesar da limitação, os parâmetros e a nuances do arbitramento das provisões seriam passíveis de aperfeiçoamento jurisprudencial, que, paulatinamente, mitigaria o número de ocorrências de eventuais arroubos judiciais.

Outra crítica comumente levantada se dá em razão do suposto índice elevado de litigiosidade e judicialização que um sistema como esse poderia gerar, uma vez que grande parte dos parentes próximos do *de cuius* que não foram contemplados em seu testamento provavelmente iria ingressar com um pedido de provisão para receber ao menos uma porção da herança.

Quanto a isso, surpreendentemente, como observa Aurelio Gallardo, o sistema da *family provision* não resultou em uma infinidade de demandas judiciais na Inglaterra. O autor acredita que provavelmente isso se deve ao fato da abertura de uma fase de negociação pré-processual, por meio de técnicas alternativas de resolução de conflitos, o que permite, muitas vezes, a realização de um acordo entre o requerente e os demais herdeiros⁶³⁰, mecanismo que já é utilizado no Brasil e poderia ser aprimorado especificamente para esses casos em conjunto com as próprias hipóteses de inventários extrajudiciais, previstas no § 1º do art. 610 do Código de Processo Civil.

Ademais, não se deve esquecer que, pelo menos no tocante a esse argumento da judicialização, não há comprovação de que o número de processos iria aumentar substancialmente com a adoção desse modelo. Isso, porque os inventários processados judicialmente hoje são, no geral, aqueles com a existência de testamento, com conflito entre as partes ou com herdeiros incapazes, os mesmos casos que, via de regra, teriam o condão de gerar a judicialização de demandas no modelo proposto.

⁶²⁹ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*, cit., p. 179.

⁶³⁰ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº48, 2018, p. 107.

Acresça-se que o número de testamentos no Brasil é relativamente pequeno⁶³¹, fato indicador de que, ainda que houvesse um aumento da judicialização, não seria ao ponto de tornar necessária a escolha entre a contenção do número de processos e a otimização de direitos trazida pelo novo modelo.

No mais, ainda que as previsões acima se mostrassem equivocadas na prática e a judicialização de inventários aumentasse significativa e substancialmente, o mero desejo de se evitar o incremento do número de demandas judiciais não deve se sobrepor à efetivação do respeito à autonomia do testador.

Outra crítica dirigida a esse modelo é levantada por Aloy Vaquer, para quem, devido à complexidade do sistema, as partes se veem obrigadas a proporcionar provas de detalhes íntimos de suas vidas geralmente pouco documentados⁶³². Contudo, a situação não parece muito diferente do que ocorre comumente com os pleitos de alimentos, nos quais aspectos particulares muitas vezes têm que ser expostos para que sejam comprovadas a necessidade e a possibilidade das partes envolvidas. Trata-se da própria natureza da ação. Aliás, esse fato pode até ser benéfico se funcionar como um fator de inibição para pedidos desarrazoados e excessivos de provisões hereditárias.

Por fim, deve-se ressaltar que a implementação desse modelo de provisões hereditárias não necessariamente iria aumentar o baixo número de testadores no Brasil. Como visto nos capítulos anteriores, a questão é muito mais cultural do que legal nesse ponto. Não obstante, não se vê isso como um empecilho ou um desestímulo para a mudança do regime sucessório atual que não se adequa às especificidades de pessoas reais. Ao contrário, a mudança no sistema poderia, paulatinamente, provocar um estímulo a um novo comportamento do brasileiro em âmbito sucessório, ante a elevada funcionalidade do modelo sem herança forçada de promover a autonomia do testador ao mesmo tempo em que presta assistência aos dependentes eventualmente esquecidos.

Assim, por mais que esse modelo também possua suas falhas, acredita-se que seja a forma mais adequada de harmonizar, a um só tempo e com a mesma intensidade, a autonomia privada e a solidariedade familiar, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

⁶³¹ Como citado anteriormente, no ano de 2021, com recorde histórico em decorrência da pandemia da Covid-19, foram registrados 13,9 mil testamentos no país. Ver PUENTE, Beatriz. *Com 13,9 mil emissões em 2021, Brasil registra novo recorde de testamentos*. CNN, Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-13-9-mil-emissoes-em-2021-brasil-registra-novo-recorde-de-testamentos/>>. Acesso em: 20/04/22, às 20:29h.

⁶³² ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: *Indret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, p. 15.

Desse modo, haveria uma verdadeira “sucessão” e não simplesmente uma transmissão aritmética, uniforme e abstrata de um patrimônio desprovido de significado, tal como ocorre hoje.

CONCLUSÃO

No atual sistema sucessório brasileiro, quando o testador possui algum dos chamados herdeiros necessários, o Estado, em uma espécie de “sub-rogação” no papel do autor da herança, determina que metade de seu patrimônio seja dividido entre seus descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro, independentemente das circunstâncias específicas de cada herdeiro ou da vontade do testador. Trata-se do instituto jurídico da legítima. Seus fundamentos são comumente apoiados em três pontos, quais sejam a solidariedade familiar, a função social da propriedade e a tradição.

Ocorre, porém, que se esses fundamentos se sustentaram nos séculos passados a partir dos arranjos sociais e jurídicos que vigoravam, verifica-se que, atualmente, com as modificações relativas à conformidade familiar e à compreensão da autonomia privada, bem como ao direito de propriedade, essa estrutura estática e abstrata de transmissão da herança tem se demonstrado inadequada às demandas sociais e ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que haja certa aparência de justiça na divisão simétrica da herança em duas metades, percebe-se que, aplicada ao mundo real, a forma de distribuição atual facilmente se transforma em um mecanismo de propagação de injustiças, tanto para o testador quanto para aqueles que dependam e necessitem do autor da herança.

Dessa forma, sob o pretexto de proporcionar uma igualdade formal entre os herdeiros ligados ao falecido por um vínculo de parentesco - muitas vezes desprovido de qualquer afetividade -, a divisão puramente matemática da herança priva o verdadeiro titular dos bens da liberdade de dispor do seu patrimônio da forma que achar mais conveniente e prejudica exatamente a suposta destinatária da proteção legal: a família.

Assim ocorre porque a tão celebrada igualdade entre os filhos, supostamente garantida pela legítima, não passa de uma igualdade meramente formal que, não raramente, faz-se inteiramente alheia à realidade específica de cada partícipe da relação sucessória.

Percebe-se, portanto, que o grande mote da legítima, qual seja a solidariedade familiar, que tornaria tolerável o sacrifício da autonomia privada do testador, não é mais do que um mantra jurídico de forte apelo emocional e pouco efeito prático.

O sistema sucessório brasileiro se torna ainda mais inadequado quando é contrastado à experiência de outros países, especialmente aqueles que possuem sistemas mais flexíveis e, por isso mesmo, mais maleáveis às situações concretamente consideradas.

É o caso do sistema inglês, paradigma da liberdade de testar, que garante a autonomia privada do testador sem deixar de resguardar os interesses de herdeiros que realmente precisam receber parte da herança e que possuíam uma relação de dependência com o *de cuius*.

Nesse modelo, é possível verificar que a autonomia privada - quando sacrificada - é relativizada apenas para fins de acomodação e realização concreta de outro princípio norteador do ordenamento, e não simplesmente porque há um mandamento legislativo que impõe uniformidade a relações sucessórias que, por sua própria natureza, são multiformes.

Com respaldo na *family provision* inglesa e em outros sistemas sucessórios alternativos, muitas propostas legislativas e doutrinárias de reforma da legítima brasileira têm sido apresentadas. No entanto, constata-se que a maior parte das propostas reformistas não se traduz na correção dos problemas centrais do sistema vigente, mas em uma mera reclassificação dos herdeiros necessários.

Como exposto ao longo dos capítulos anteriores, a reforma do sistema sucessório brasileiro, em observância aos princípios e garantias constitucionais, tanto do ponto de vista da autonomia privada quanto do ponto de vista da solidariedade familiar, deve ser formulada de modo que não imponha uma legítima e não categorize de forma abstrata herdeiros como “necessários”.

Além disso, deverá atentar para o fato de que a supressão do livre exercício do direito de propriedade somente é justificável quando há uma premente necessidade e uma relação de dependência por parte do favorecido.

Com as devidas adaptações jurídicas, um modelo sucessório que privilegia a autonomia do testador e garante provisões hereditárias a herdeiros que possuíam com o autor da herança um vínculo afetivo, eram dele dependentes – ainda que apenas juridicamente -, e se encontrem em real situação de necessidade, demonstra-se adequado ao ordenamento jurídico e à situação social do Brasil.

Aliás, como também se tentou demonstrar, o substrato constitucional brasileiro naturalmente recepcionaria um modelo assim concebido. Um sistema sucessório sem a imposição de uma herança forçada é muito mais adequado à contemporaneidade e atende ao objetivo constitucional de se construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

Assim, verifica-se que a imposição da legítima no Brasil não é mais adequada nem ao ordenamento jurídico nem à sociedade. A supressão da liberdade do testador não é recomendada nem pela Constituição nem pelo princípio elementar que deveria orientar a sucessão, qual seja o de que não há ninguém melhor para cuidar dos interesses de uma família do que os membros da própria família. Maus intentos sempre existirão, mas, em vez de penalizar todos os testadores por causa das exceções, a lei deve se limitar a oferecer aos injustiçados a devida proteção em juízo, observados determinados e razoáveis requisitos aplicados à identidade de cada caso concreto. Somente assim se poderá conciliar e efetivar no fenômeno sucessório tanto a autonomia privada quanto a verdadeira solidariedade familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALOY VAQUER, Antonio. Liberdade de testar y condiciones testamentarias. Barcelona: Indret - *Revista para el Análisis del Derecho*, 2015.

ALOY VAQUER, Antonio. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: Indret - *Revista para el Análisis del Derecho*, 2007.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família*. Dissertação de Mestrado. PUCMINAS. Belo Horizonte, 2009.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, 1989, p. 207-230.

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 173-186, 2006.

ANTONINI, Mauro. *Sucessão Necessária*. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo, 2013.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. 6ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1954.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

BRASIL. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<https://senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.689/2021*. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:08h.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 365/2002*. Dispõe sobre a herança digital. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151903>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:06h.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 3.799/2019*. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em 25/05/2022 às 07:05h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 32.521/DF*. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. 4 de dezembro de 1958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878.694/MG*. Relator: Ministro Roberto Barroso, data de julgamento: 10/05/2017, data de publicação da súmula: 15/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação rescisória n° 3.493/PE*. Relator: Ministro Massami Uyeda, data do julgamento: 12/12/2012, data de publicação da súmula: 06/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 219.199/PB*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, data do julgamento: 10/12/03, data de publicação da súmula: 03/05/04.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.354.693/SP*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data do julgamento: 26/11/14, data de publicação da súmula: 20/02/15.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do art. 5º da Constituição de 1988* [recurso eletrônico]. Série obras comemorativas. Homenagem: n. 9. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em:

<https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15176/construcao_artigo_constituicao_o.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. II. Pareceres e emendas. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. III. Trabalhos da Comissão (relatórios parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VI. Trabalhos da Comissão (Discussão da Parte Especial — arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VIII. Parecer do relator geral e Projeto aprovado pela Comissão. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

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

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o Direito das Sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado. UFMG. Belo Horizonte, 2017.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 11, p. 135-147, out/dez 2010. Disponível em: <<https://ibdcivil.org.br/?p=1390>>.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*. 4 ed., n.4., maio de 2015. Cascavel: NEJUS, 2015.

CRETILLA JUNIOR, Jose. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*. 30 ed. rev. e acrescida com casos práticos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 183, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Liberty and Paternalism*. Chapter seven. Wadsworth Publishing Company, p. 181-188, 1971. Disponível em: <<https://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>>.

EMSLIE, Caroline; KENNEDY, Kevin; HEWITT, Tom. *Ilott v Mitson: Supreme Court overturns decision in daughter's Inheritance Act claim*. 2017. Londres, 20 de mar de 2017. Disponível em: <<https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/ilott-v-mitson-supreme-court-decision-in-inheritance-act-claim>>.

FACEBOOK. *O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?*. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *Boletim JADO*. Bilbão. Ano VIII, nº19, maio, 2010.

FLORES, Isis del Carmen Estrada. *Libertat de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las "legítimas alimentarias" en el Derecho Comparado*. Memoria para optar al grado de doctor en el programa “Construcción Europea: Aspectos Jurídicos y Económicos”. España. Universitat de Lleida. 2015.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. 2 v. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón. *Revista de derecho civil aragonés*. Nº 17, 2011, p. 45-92.

GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº48, p. 103-124, 2018.

GOMES, Felipe Lima. *O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização*. Tese de Doutorado. UFC. Fortaleza, 2015.

GUIMARÃES, Alencar. Parecer sobre os arts. 2021 a 2203 do projecto do Código Civil Brasileiro. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. III. Trabalhos da Comissão (relatórios parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. United States: *Cornell International Law Journal*, v. 17, 1984.

INGLATERRA. *Intestacy and Family Provision Claims on Death*. London: Ministry of Justice, Law Commission, 2012. Disponível em: <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Millward v. Shenton* [1972]. Disponível em: <<https://vlex.co.uk/vid/millward-v-shenton-792674421>>.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Coventry* [1980] Ch. 461 [1979]. Disponível em: <<https://swarb.co.uk/in-re-coventry-deceased-ca-3-jan-1979/>>.

INGLATERRA E PAÍS DE GALLES. Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales. *Re Jennings* [1994] Ch 286. Disponível em: <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87a60d03e7f57ec1182>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões*. 2019. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%20c3%95ES%20\(v_final%202019\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%20c3%95ES%20(v_final%202019).pdf)>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil - 2019*: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

JANSEN, Nils. Testamentary Formalities in Early Modern Europe. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, p. 27-50, 2011.

JOHNSTON, Augusta. *Family Law: Information on the rules*. Trad. James Hurs. Stockholm, 2013. p. 53. Disponível em: <<https://slidex.tips/download/family-law-information-on-the-rules>>.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1915.

LAFUENTE, Francisco Espinar. *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch, 1956.

LAMARCA I MARQUÈS, Albert. We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship. *Oñati Socio-legal Series* [online], 4 (2), p. 264-282, 2014.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. PUCRS. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Ano 9, n. 33, Out./Dez. 2015, p. 123-165.

LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019.

LÔBO, Paulo. Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família - Famílias: Pluralidade e Felicidade*. 2013, pp. 35 a 46.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>.

LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, CGPJ, Madrid, 2009: p. 469-599.

MADALENO, Rolf. *Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX - é garantido o direito à herança. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 714-724.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?. *Jornal Carta Forense*, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>>.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. Em: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *XI Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões: Família, Afetos e Democracia*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Alfredo. Parecer ao livro IV. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. III. Trabalhos da Comissão (relatórios parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*. Livro quatro, título noventa e sete. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1786. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>>.

PORTUGAL. *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*. Livro quatro, título setenta. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>>.

PORTUGAL. *Ordenações e Leys do Reyno de Portugal, confirmadas, e estabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV*. Livro quatro, título oitenta e dois. Lisboa: Mofteiro de S. Vicente de Fôra, 1747. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>>.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PUENTE, Beatriz. *Com 13,9 mil emissões em 2021, Brasil registra novo recorde de testamentos*. CNN, Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-13-9-mil-emissoes-em-2021-brasil-registra-novo-recorde-de-testamentos/>>.

RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. *Civilistica.com*, Revista eletrônica de Direito Civil, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 1-19, 2019. Disponível em : <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/433>>.

RECKZIEGEL, J.; FABRO, R. E. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito Brasileira*, [s. l.], v. 8, n. 4, p. 161, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2358-1352/2014.v8i4.2888>>.

REDAÇÃO. Rogue One: Veja como ator morto há 20 anos foi “ressuscitado” no filme. *Uol*. 17/06/2020. Disponível em: <<https://observatoriodocinema.uol.com.br/filmes/2020/06/rogue-one-veja-como-ator-morto-ha-20-anos-foi-ressuscitado-no-filme>>.

REINO UNIDO. *Intestacy and family provision claims on death*. Londres: The National Archives, 2012. Disponível em: <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. *Revista Brasileira de Direito Civil* - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 28, p. 123-155, abr./jun. 2021.

ROCHA, Patrícia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 585-598. E-book. ISBN 978-85-450-0591-9.

ROCHA, Patrícia Ferreira. Função social da legítima: da solidariedade familiar abstrata à análise casuística da vulnerabilidade dos sucessores. In: EHRHARDT Jr. Marcos; LOBO, Fabíola (Org). *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, p. 261 a 274, 2021.

RODRIGUES, Coelho. Votação dos Art 746 a 801. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto do Código Civil Brasileiro: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados* (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. VI. Trabalhos da Comissão (Discussão da Parte Especial — arts. 1.228 a 2.203 e redações parciais). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

RUFNER, Thomas. Testamentary Formalities in Roman Law. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, p. 1-26, 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado. UFPR. Curitiba, 2009.

SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N 18.19, 2019.

SCHMIDT, Jan Peter. Intestate Succession in Latin America. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Comparative Succession Law*. Oxford: Oxford University Press, Vol. II, 2015: p. 117-158.

SCHMIDT, Jan Peter. Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brazil. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). *Testamentary Formalities*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211-

250, abr - jun 2019. Disponível em: <
<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>.

SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. *Parâmetros para a aplicação do princípio da solidariedade familiar: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica*. Dissertação de mestrado. PUCMINAS. Belo Horizonte, 2018.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*. 24ª ed. rev. e atual. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa [Atual.], vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SPENCE, George. *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*. Londres: V. and R. Stevens and G. S. Norton, 1849. Disponível em:
 <<https://archive.org/details/equitablejurisd01spenuoft/page/544/mode/2up>>.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade*. Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos dos Goytacazes. Ano VI, nº 6, jun de 2005. Disponível em: <
<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista06/docente/04.pdf>>.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2004.

THE LAW COMMISSION. *Intestacy and family provision claims on death*. London: The Stationery Office, 2011. Disponível em: <www.lawcom.gov.uk>.

THOMAS, Dylan. Do not go gentle into that good night. *Botteghe Oscure*. Roma, 1951.

TV Vem. QR Code em sepulturas ajuda a divulgar histórias de pessoas em cemitério de Jundiá. *Gl*. 02/11/2021. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/11/02/sepulturas-com-qr-code-permitem-que-visitantes-conhecam-historias-de-pessoas-em-cemiterio-de-jundiai.ghtml> >.

VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil. In: BRAGA, Sérgio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (Org.). *Direito de família e sucessões I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith [Org]. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith [Org]. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*. Dissertação de Mestrado. UNI7. Fortaleza, 2017.

VIEIRA, Nathan. Mãe "reencontra" filha morta graças a realidade virtual. *Canaltech*. 11/02/2020. Disponível em: < <https://canaltech.com.br/bizarro/mae-reencontra-filha-morta-gracas-a-realidade-virtual-160298/>>.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*, a. 27, n. 21. Belo Horizonte, 1979.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

de WAAL, Marius. J. A Comparative Overview. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. *Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative*. Edimburgh: Edimburgh University Press, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. Grenzen der Testierfreiheit – woher kommt das Pflichtteilsrecht?. *Private Law Gazette*. Hamburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, p.1-6., set/2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law. *Max Planck Institute of Comparative Law*. N. 19/19, 2019.