

CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO – UNIFIPA
CURSO DE DIREITO

DIEGO YUKIO NAGATA

**FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA E SUA VINCULAÇÃO COM A
SITUAÇÃO PATRIMONIAL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS**

CATANDUVA-SP
2023

DIEGO YUKIO NAGATA

**FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA E SUA VINCULAÇÃO COM A
SITUAÇÃO PATRIMONIAL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS**

Trabalho de curso a ser apresentado à banca
examinadora como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito pelo
Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)
Orientadora: Profa. Ma. Márcia Maria Menin

CATANDUVA-SP
2023

DIEGO YUKIO NAGATA

**FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA E SUA VINCULAÇÃO COM A
SITUAÇÃO PATRIMONIAL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS**

Trabalho de curso a ser apresentado à banca
examinadora como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito pelo
Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)
Orientadora: Profa. Ma. Márcia Maria Menin

Aprovado em 27/11/2023

Orientadora: Profa. Ma. Márcia Maria Menin
Centro Universitário Padre Albino

Arguidor: Prof. Me. Gustavo Casagrande Canheu
Centro Universitário Padre Albino

Arguidor: Prof. Álvaro José Haddad de Souza
Centro Universitário Padre Albino

Catanduva, SP, 27 de novembro de 2023.

Aos meus pais, a meu irmão, a minha tia e a minha noiva, pessoas especiais e essenciais em
minha vida.

À memória dos meus avós Valdomiro, Mamoru e Kimiko.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus por todas as obras, bênçãos e por me presentear a vida com pessoas especiais e, assim, permitir a realização deste sonhado momento.

A minha família, que faço em nome de meus pais, Yukio e Renata, meu irmão, João Pedro, e minha tia Keiko, por todo amor, carinho, suporte e valores essenciais a minha formação pessoal.

A minha amada noiva Caroline, meu diamante e motivo de inspiração, e a toda sua família, que faço em nome de sua mãe, Cristiane, por todo amor, cuidado, incentivo e paciência, que me encorajam dia a dia a me tornar cada vez melhor.

Ao Centro Universitário Padre Albino - UNIFIPA, instituição com valores e princípios dos quais pude conhecer de perto e admirar ainda mais, e a todos responsáveis por todo carinho, dedicação, excelência e profissionalismo demandados para manutenção desta valiosa instituição.

Ao corpo docente, pelos lúcidos ensinamentos, conselhos e valores compartilhados, em especial à orientadora deste trabalho, Profa. Ma. Márcia Maria Menin, pela oportunidade, apoio, incentivo, ensinamentos e compreensão, fundamentais para a elaboração do presente trabalho, e, ainda, pelas brilhantes e inspiradoras aulas de direito das sucessões.

A todos amigos de profissão e trabalho, pela oportunidade, apoio, compreensão e pela troca diária de conhecimento e experiências.

E por fim, a todos que de alguma forma contribuíram nesse processo de formação acadêmica.

“A persistência é o caminho do êxito.”

Charles Chaplin

RESUMO

Este trabalho realizou o estudo do instituto da legítima, com o objetivo de verificar se, sua atual configuração, é suficiente para atender o fim almejado e os atuais interesses e anseios da sociedade brasileira. Para isso, foi necessário buscar na história os fundamentos e origem do direito sucessório pátrio e da limitação imposta pela legítima. Com isso, buscou-se paralelamente compreender a evolução do direito sucessório, da legítima e das relações familiares até os dias atuais, para verificar os pontos relevantes e controversos desse instituto. Verificou-se, então, a necessidade de adequação e aperfeiçoamento da legítima para melhor atender seus próprios fundamentos e fins esperados. Realizou-se a análise desse instituto com valores e princípios constitucionais, além de recorrer a estudos no direito comparado. Desse modo, corroborou-se a necessidade de alteração da legítima, que, por sua configuração rígida e inalterável, mostrou-se ultrapassada e insuficiente. Isso porque, além de ferir a autonomia privada e o direito a propriedade do testador, não se demonstrou suficiente para assegurar o princípio da solidariedade familiar. Concluiu-se pela viabilidade e constitucionalidade da alteração legislativa. Assim, fomentou-se o debate e o aperfeiçoamento da legítima de acordo com a sua relevância que, como verificada neste trabalho, está estritamente relacionada a necessidade dos herdeiros necessários, sendo que, por um lado, quando há necessidade, merece a manutenção desse instituto, ou até mesmo sua ampliação, e, por outro lado, quando não há necessidade, merece ser afastada, ou no mínimo reduzida, para prevalecer a autonomia privada e o direito a propriedade do testador.

Palavras-chave: Sucessão. Herança. Legítima. Flexibilização.

ABSTRACT

This work has studied the institute of the reserved share, with the aim of verifying whether its current configuration is sufficient to meet the desired end and the current interests and desires of Brazilian society. It was necessary to look into the history of the foundations and origin of succession law in Brazil and the limitation imposed by the reserved portion. In parallel, we sought to understand the evolution of inheritance law, of the reserved share and of family relations up to the present day, in order to verify the relevant and controversial points of this institute. The need to adapt and improve the reserved portion in order to better meet its own foundations and expected purposes was then verified. This institute was analyzed in relation to constitutional values and principles, as well as using comparative law studies. This has corroborated the need to change the reserved share, which, due to its rigid and unalterable configuration, has proved to be outdated and insufficient. This is because, in addition to hurting private autonomy and the testator's right to property, it has not proved sufficient to ensure the principle of family solidarity. It was concluded that the legislative change was feasible and constitutional. Thus, the debate and improvement of the reserved portion was encouraged according to its relevance which, as verified in this work, is strictly related to the need of the necessary heirs. On the one hand, when there is a need, this institute deserves to be maintained, or even expanded, and, on the other hand, when there is no need, it deserves to be removed, or at the very least reduced, in order for private autonomy and the testator's right to property to prevail.

Keywords: Succession. Inheritance. Legitimate. Flexibility.

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 SUCESSÃO LEGÍTIMA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS | 11 |
| 1.1 O direito à sucessão legítima: breve esboço histórico e legislativo | 15 |
| 1.2 Os herdeiros necessários e seu respectivo direito à legítima..... | 21 |
| 2 FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA PROPOSTO | 29 |
| 2.1 O princípio da autonomia privada | 29 |
| 2.1.1 O princípio da autonomia privada x o princípio da solidariedade familiar | 31 |
| 2.2 O direito fundamental à herança e a flexibilização do direito à legítima | 36 |
| 2.3 A flexibilização da legítima no direito comparado | 40 |
| 2.4 A viabilidade da flexibilização do direito à legítima: a necessidade de alteração legislativa | 42 |
| CONCLUSÃO | 45 |
| REFERÊNCIAS | 47 |

INTRODUÇÃO

Como se sabe, para aqueles que possuem herdeiros necessários impõe-se uma limitação à disposição de seu patrimônio, seja por doação ou por testamento, chamada de legítima, que consiste na reserva de metade do patrimônio para seus herdeiros necessários, sob pena de anulação do negócio jurídico, nos termos dos artigos 549, 1.845, 1.846 e 1.857, § 1º, do vigente Código Civil.

Diante dessa limitação, existe uma colisão entre os direitos dos herdeiros, a autonomia privada e o livre exercício do direito à propriedade. Sabe-se que o direito de herança é um desdobramento do direito de propriedade, os quais estão previstos no artigo 5º, incisos XXII e XXX, da Constituição Federal, pois se inexistisse o direito de propriedade sequer haveria a possibilidade da existência do direito de herança.

Com isso, surgiram questões relevantes para o desenvolvimento do presente Trabalho, dentre as quais, a seguinte indagação: é razoável proteger sempre o direito dos herdeiros em detrimento do direito de propriedade?

Desta forma, visa-se neste Trabalho de Curso realizar pesquisa voltada a verificar se os limites impostos, em nosso ordenamento pátrio, às disposições patrimoniais atendem adequadamente aos seus objetivos e aos interesses sociais atuais; e, porventura, aos casos em que esta norma não atenda os seus fins, se há viabilidade e constitucionalidade de uma alteração legislativa, com o intuito de flexibilizar os limites impostos pela norma em questão.

Frisa-se que, longe de esgotar a discussão, a ideia é fomentar o debate acerca deste tema e mostrar as reais razões e intenções do legislador ao positivar as normas retro citadas, bem como mostrar que o direito deve se amoldar a contemporaneidade e não restringir-se a dogmas ultrapassados.

O trabalho foi dividido, para fins didáticos, em dois capítulos, sendo que, no primeiro, buscou-se contextualizar o direito à legítima dentro do direito sucessório. Em seguida, ao explorar a origem tanto do direito à sucessão quanto do direito à legítima, procurou-se analisar os fundamentos que originaram tais direitos com os fundamentos e necessidades atuais. Com isso, foram constatados os pontos relevantes e os pontos controversos da legítima, bem como a necessidade de um aprimoramento deste instituto.

No segundo capítulo, com o intuito de verificar a viabilidade de uma possível alteração legislativa, procedeu à análise do direito à legítima a partir de princípios e valores constitucionais contemporâneos, essenciais para o estudo desse instituto, quais sejam, princípio da autonomia privada, princípio da solidariedade familiar, teoria do patrimônio

mínimo e direito constitucional à herança. Em seguida, buscou-se estudos da legítima no direito comparado e verificou a existência, em alguns países, da evolução e aperfeiçoamento acerca da norma em estudo.

Para o presente trabalho utilizou-se da metodologia hipotético-dedutiva e recorreu à análise legislativa, vertentes doutrinárias, jurisprudência e artigos e estudos acadêmicos sobre o tema.

O estudo é relevante para a compreensão de que a flexibilização da legítima está estritamente vinculada a situação patrimonial dos herdeiros necessários e de que já existem países em que isso adentrou as linhas da legislação.

O presente estudo também pretendeu fomentar o debate do tema e fornecer valores e parâmetros para a construção de uma nova configuração legislativa da legítima no ordenamento jurídico brasileiro.

1 SUCESSÃO LEGÍTIMA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Sucessão, em sentido amplo e na acepção da palavra, significa o ato pelo qual uma pessoa toma lugar de outra, substituindo-a em todos os direitos que a ela competiam. Como no caso do comprador que sucede ao vendedor no que tange a propriedade da coisa objeto da alienação, ou, ainda, quando o cessionário sucede ao cedente no que diz respeito aos direitos transferidos (MONTEIRO, 1976).

No entanto, quando se trata de direito de sucessão, restringe-se o uso da palavra tão somente aos casos de transferência de herança ou legado do *de cuius* ao seu sucessor, herdeiro ou legatário, conforme seja o caso, seja por força da lei ou em virtude de testamento.

Pelos ensinamentos de Zeno Veloso (1993, p. 11), sucessão, em seu sentido estrito, significa “a transmissão, a transferência do patrimônio de uma pessoa que morre, para uma ou mais pessoas, que substituem o defunto nos seus direitos e obrigações”. Como veremos, ela se dará por disposição de última vontade, denominada “testamentária”, ou em virtude de lei, “sucessão legítima”. Emprega-se o vocábulo sucessão em um sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam.

Desta forma, contemporaneamente, o direito de sucessão é o ramo do direito civil que disciplina a quem e de que forma caberá a herança após o falecimento da pessoa natural. No entanto, esse ramo do direito sofreu diversas alterações ao longo da história e, como veremos, sua relevância nem sempre foi de ordem econômica, pois, na antiguidade, o objetivo era estabelecer quem sucederia o culto, ou seja, sua relevância era de ordem religiosa.

Antes de chegar-se aos contornos atuais, o direito sucessório, para atender as necessidades da população, percorreu por diversos caminhos, entre eles, à religião. Nos tempos remotos a sucessão era uma consequência da religião unida ao parentesco, sendo assim, a linha consanguínea não era o suficiente, a ela deveria se encaixar o culto familiar e deveriam crer na mesma religião.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, “a propriedade e culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto.” (2011, p. 1)

Nas antigas civilizações, a sucessão teve seu fundamento exclusivamente na religião, como instrumento para subsistência do culto aos antepassados e para continuação da religião dos falecidos. Como no direito romano primitivo, onde herdeiro era mais um continuador do falecido que o sucessor dos bens deixados pelo mesmo. A finalidade essencial da sucessão

hereditária era a sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguísse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade (COULANGES, 2011).

Por esta razão, o testamento sempre foi muito importante em Roma e nos demais povos antigos, assim como o instituto da adoção. A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar, segundo acreditavam. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. Por meio da adoção e do testamento, o romano impedia que se extinguísse a religião. Segundo lembra Fustel de Coulanges, a felicidade durava enquanto durasse a família e com a descendência continuaria o culto.

Nesse sentido, o que definia os herdeiros era a crença religiosa ligada ao culto familiar, sendo herdeiro aquele escolhido e mais apto a seguir com o culto. Infelizmente, essa figura nunca era feminina, haja vista que, ainda nos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa “[...] a filha não continuaria o culto, já que com seu casamento renunciaria à religião de sua família para assumir a do marido.” (2004, p. 17).

Nota-se que o direito sucessório dessa época não se mostra justo se comparado ao atual, que felizmente, dentre tantas evoluções que sofrera, contempla as mulheres sem qualquer distinção. Assim é o direito, que deve se amoldar as necessidades e mudanças da sociedade, a qual, descomedidamente, sofre alterações e o direito deve estar atento para assegurar respaldo e segurança jurídica frente a essas transformações, especialmente no que diz respeito às relações pessoais e familiares, tratadas pelo direito sucessório, que neste trabalho se propõe o debate da reserva de patrimônio aos herdeiros necessários, chamada de legítima.

Em que pese os fundamentos de ordem religiosa, biológica ou antropológica, a sucessão *causa mortis* encontra opositores, que representam minoria quanto a este assunto, destacando-se em uma linha os socialistas, contrários à propriedade privada especialmente sobre os bens de produção, que entendem nela um incentivo às injustiças e desigualdades entre os homens, concentrando riquezas nas mãos de poucos, além de prestigiar a indolência e preguiça, nocivas ao desenvolvimento produtivo e econômico indispensáveis à sociedade; e em outra os jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, que consideram a sucessão hereditária pura criação do direito positivo, que este pode assim eliminar a qualquer tempo, se assim for de interesse às conveniências sociais.

Por outro lado, em sentido contrário a estes opositores, os lúcidos ensinamentos de Silvio Rodrigues (2002, p. 6):

Não admitida a transmissão hereditária, falta ao indivíduo incentivo para amedrontar e conservar a riqueza, sendo provável que consagre os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pode deixar aos seus entes queridos. Tal comportamento representa prejuízo para a sociedade. Ademais, raramente a lei deixaria de ser burlada, pois, mediante doações, ou liberalidades simuladas em negócios onerosos, o titular do direito tentaria transmitir seu patrimônio a seus herdeiros.

Ademais, assim como o direito à propriedade, o direito a herança possui função social, pois, além de redistribuir a riqueza do *de cuius* aos seus sucessores, de um modo geral, por reconhecer o direito à propriedade, incentiva o trabalho e a acumulação de patrimônio às pessoas que desejam destinar seus bens a entes queridos e, de forma geral, beneficia a cadeia produtiva daquele Estado.

Nessa linha de pensamento, Gustav Radbruch (1961, p. 74, apud DINIZ, 2012, p. 20) assevera que:

[...] o direito sucessório assenta da ideia de uma hipotética harmonia preestabelecida entre o interesse individual e o interesse social, à semelhança do que ocorre com o direito de propriedade. Sua argumentação baseia-se, indubitavelmente, no fato de que o interesse social visa o progresso, uma vez que o ser humano, buscando seu próprio interesse, tende a adquirir, em seu proveito, bens, atendendo assim, indiretamente, ao interesse social, pois aumenta o patrimônio da sociedade. Por isso, a sociedade permite a transmissão de bens aos herdeiros, estimulando a produção de riquezas e conservando unidades econômicas a serviço do bem comum. Daí se infere que o direito das sucessões desempenha importante função social.

E, como lembra Washington de Barros Monteiro (1991, p. 8):

Propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém, mero usufruto. Como ensina DEMOLOMBE, a propriedade não existiria se não fosse perpétua e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*.

Segundo os ensinamentos de Francisco Cahali e Giselda Hironaka (2007, p. 20):

No início da socialização dos indivíduos, em tempos remotos, não existindo a propriedade individual, mas coletiva, em que grupos ou núcleos sociais eram titulares de bens, esvaziava-se o conteúdo do direito sucessório, na medida em que a morte de uma pessoa não alterava a situação jurídica do patrimônio.

Com a individualização da propriedade, passando o sujeito, e não mais a coletividade ou o Estado, a ser titular do patrimônio, ganhou espaço o instituto da sucessão hereditária, hoje, em nosso ordenamento, assegurada no rol de direitos e garantias fundamentais na Carta Magna de 1988: “Art. 5º. [...] XXX – é garantido o direito de herança”, e disciplinada no Código Civil.

Há que se falar também que, além dos interesses pessoais dos herdeiros, existe o interesse estatal em estabelecer quem sucederá o falecido no que tange aos direitos e obrigações sobre o bem, uma vez que, se o bem restar sem titular, representaria mais um ônus ao estado.

Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço. Como lembra Washington de Barros Monteiro (1991, p. 7), até mesmo a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS – teve que voltar atrás, depois de abolir a herança. A constituição soviética de 1936 acabou por restabelecer o direito à herança, sem restrições.

A análise do direito sucessório deve ser feita de acordo com a política legislativa de uma nação, considerada a posição socioeconômica estabelecida pelo Estado. Prestigiando-se a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, como atualmente ocorre na grande maioria dos países, o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade. É o corolário do direito de propriedade.

O direito das sucessões decore da ideia de propriedade, pois só há transmissão de bens e direitos de propriedade a alguém. Logo, o direito das sucessões depende do tratamento legislativo que o Estado dá a propriedade. Em Estados em que não se reconhece a propriedade privada, não existe o direito à herança, pois, como veremos, este é um desdobramento do direito de propriedade.

Desta forma, só se pode falar em direito das sucessões quando a sociedade passa a reconhecer a propriedade privada. Enquanto, no curso da civilização, a propriedade for coletiva, pertencente a um grupo social, não haverá sucessão individual.

Note que o direito à herança, previsto no inciso XXX, do art. 5º, da Constituição Federal, é um desdobramento do direito de propriedade, previsto no inciso XXIII, do citado artigo, uma vez que, se não há propriedade, não existe patrimônio a ser transmitido, e, portanto, não há que se falar em herança.

O direito constitucional à herança é uma conquista de gerações, pois houve períodos históricos e sociedades em que o Estado se apropriava dos bens quando da morte dos civis, não podendo estes destiná-los aos seus “sucessores”. Hoje, como vimos, além do interesse dos civis, há o interesse estatal em prever quem sucederá o falecido nos seus direitos e obrigações, fazendo com que o Estado discipline a forma como se dará a sucessão.

1.1 O direito à sucessão legítima: breve esboço histórico e legislativo

Para compreender o direito à sucessão legítima em nosso ordenamento, faz-se necessário uma análise histórica do surgimento desse instituto até os seus contornos atuais. Sabe-se que o direito sucessório pátrio tem origem no ordenamento jurídico português, este que, por sua vez, tem origem no direito romano. Desse modo, neste tópico, o objetivo é apresentar a forma como o direito à sucessão legítima surgiu até os dias atuais para que seja possível analisar os seus fundamentos e pontos relevantes.

Como abordado no tópico anterior, em Roma antiga, havia uma preocupação com quem sucederia o culto familiar e, por esta razão, era muito utilizado o testamento, onde o chefe do grupo, o *pater familiae*, indicaria quem o sucederia no culto e na função de autoridade da família. Com o passar do tempo, o testamento também passou a ser utilizado como instrumento de transmissão de bens e como forma de deserdação de herdeiro.

Zeno Veloso (1993, p. 16) nos ensina:

Não tinha, então, o testamento, como função primordial, a disposição de bens. Pelo menos, isto não ocorria, prioritariamente. Nas antigas sociedades, era mais importante a sucessão na chefia do grupo do que a sucessão nos bens acumulados e que eram utilizados, coletivamente, pelos membros unidos por vínculo de consanguinidade.

Como nesse período a religião baseava no culto familiar, havia preferência de quem sucedesse a chefia familiar possuísse vínculo de consanguinidade com o seu sucessor. Todavia, com o passar do tempo e com a evolução do grupo familiar, havia a possibilidade dos filhos serem substituídos por outra pessoa, ainda que esta não possuísse laços de sangue com o chefe de família, pois, como a finalidade era a continuidade do culto dos antepassados, o chefe de família poderia testar em favor de pessoa que se mostrasse mais apta a dar continuidade na religião familiar no lugar de seus filhos, especialmente aos filhos que se recusavam a participar do culto (PRETTO, 2015).

Verifica-se que, nesse período, o chefe de família exercia grande força e autoridade sobre seus familiares, e, por esta razão, este possuía total liberdade de testar, sem qualquer restrição, inclusive quando possuísse filhos aptos a substituí-lo, seja na sucessão do culto familiar, seja na sucessão patrimonial.

Todavia, com o passar dos anos, com a evolução das relações familiares e com a arbitrariedade do testador em desfavor de seus familiares, estes passaram a questionar suas escolhas, instituindo-se uma ação com essa finalidade, inclusive de anular o testamento, a denominada *querela inofficiosi testamenti*, originando-se, a partir de então, gradativamente,

restrições ao ato de disposição testamentária. Nesse sentido, Cristiano Pretto (2015, p. 25) nos ensina:

Só nos fins da república ocorreu o início de um direito de legítima com a introdução da *querela inofficiosi testamenti* (impugnação do testamento quando o testador faltou com o dever de respeito aos seus familiares próximos) que restringia a liberdade de testar no interesse de determinados familiares.

Para propositura da ação com o intuito de contestar o testamento possuíam legitimidade os ascendentes, descendentes e irmãos consanguíneos do testador quando ele instituíria como herdeira uma pessoa “vil” (*persona turpis*). No caso de êxito da ação, o testamento era considerado absolutamente nulo. Devido a isso, 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*. 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 parte da quota hereditária na sucessão legal (CRETELLA JUNIOR, 2007).

Segundo Cretella Junior (2007, p. 274), havia, ainda, em Roma, a chamada *querela inofficiosae donationis vel dotis*, ação criada com o intuito de impedir que, por meio de doações e dotes exagerados, o *pater familiae* doasse grande parte de sua propriedade em vida.

Posteriormente, Justiniano assentou a legítima, por meio da Novela CXV, e acrescentou, mantendo-se a *querela*, que tratava-se de 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 metade (BEVILAQUA, 1955).

Verifica-se, portanto, que a proteção dos parentes próximos do testador, hoje denominados como herdeiros necessários, surgiu nos primórdios do direito romano, com a denominada *portio legitima*, comumente chamada no Brasil de legítima, objeto do presente estudo, a qual, a partir da queda do império romano, foi transmitida e incorporada aos sistemas jurídicos ocidentais, vindo a sofrer alterações e adaptações no decorrer de cada legislação. Pode-se afirmar que a atual configuração normativa da legítima é o resultado de uma evolução e adaptação legítima criada no direito romano.

A imposição da legítima no Brasil decorre do período de colonização por Portugal, que, por sua vez, teve a legítima a partir de uma adaptação do Código Visigótico, oriundo do

Reino de Leão, que vigiu em Portugal nos primórdios de sua independência até o século XII (COSTA, 2008).

Em Portugal, o Código Visigótico previa a imposição de uma legítima de três quartos ou quatro quintos da herança a favor dos descendentes e ascendentes (BEVILAQUA, 1955), além de igualar os direitos quanto à sucessão entre homens e mulheres. (MIRANDA, 2005). Em termos de vocação hereditária, o Código Visigótico estabelecia no livro 4º, título 8º, a seguinte ordem: a) descendentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais, até o décimo grau por Direito Civil; d) cônjuge sobrevivente; e, e) fisco.

Essa ordem de vocação fora repetida nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, e vigiu no direito brasileiro até 31 de dezembro de 1907, data da promulgação da lei número 1.839, que a alterou consideravelmente (OLIVEIRA, 1936).

Já a imposição da legítima diminuiu para dois terços quando da edição das Ordenações Afonsinas, primeira compilação jurídica de Portugal, e mantida nas ordenações seguintes, Manuelinas e Filipinas.

No Brasil, apesar da independência conquistada em 07 de setembro de 1822, com a finalidade de evitar a ausência de norma no país, foi editada a lei de 20 de outubro de 1823, que manteve em vigência as Ordenações Filipinas, ao lado de esparsas disposições normativas, até a edição da legislação civil brasileira, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1917, quando entrou em vigência o Código Civil Brasileiro de 1916 (ROBERTO, 2008).

Em que pese a edição de elevado número de disposições normativas, a fração destinada à legítima só fora alterada em 1907, quando da edição da Lei Feliciano Pena – Decreto número 1.839 -, a qual diminuiu a fração da legítima de dois terços para metade, nos termos dos artigos 2º e 3º:

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesível só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.

Ademais, a Lei Feliciano Pena promoveu importante alteração na ordem da vocação hereditária, em seu artigo 1º, caracterizada pela colocação dos cônjuges sobreviventes em terceiro lugar na referida ordem, lugar que era ocupado nas Ordenações Filipinas pelos

herdeiros colaterais, estes que, com a edição da Lei Feliciano Pena, passaram a ocupar a quarta posição da linha sucessória, *in verbis*:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, ao sistematizar o Direito das Sucessões, em seus artigos 1.572 a 1.807, manteve as disposições da Lei Feliciano Pena com relação aos herdeiros necessários, prestigiando apenas os descendentes e os ascendentes, além de manter a ordem de vocação hereditária anteriormente estabelecida, a saber:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes; II - aos ascendentes; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais; V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990)

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

A despeito da redação original do Código Civil de 1916 manter a ordem de vocação hereditária disposta na Lei Feliciano Pena, a sucessão dos colaterais sofreu diversas alterações. Em um primeiro momento, o Decreto-Lei número 1907, de 26 de dezembro de 1939, reduziu a sucessão dos colaterais aos irmãos, parentes em 2º grau colateral. Posteriormente, o Decreto-Lei número 8.207, de 22 de novembro de 1945, modificou a redação do artigo 1.594 do Código Civil revogado, alterando a sucessão dos colaterais para o 3º grau. Finalmente, o Decreto-Lei número 9.461, de 15 de julho de 1946, ampliou a sucessão dos colaterais ao parentesco de 4º grau, o que fora mantido pelo Código Civil de 2002.

Em 1949, a Lei número 883, alterou os direitos sucessório com relação ao cônjuge sobrevivente, que conferiu metade da herança aquele cônjuge que, casado sob o regime da separação de bens, concorresse, exclusivamente, com filho “ilegítimo”, nos termos em que assim fora denominado pela referida Lei, em seu artigo 3º.

O Estatuto da Mulher Casada - Lei número 4.121 de 1962 - promoveu alteração substancial dos direitos sucessórios do cônjuge mulher, acrescentando ao art. 1.611, do Código Civil de 1916, os parágrafos 1º e 2º, o usufruto viual e/ou o direito real de habitação, conforme fossem casados, ou não, pelo regime da comunhão universal de bens, a seguir:

Art. 1.611. Á falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) § 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Mais tarde, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações no âmbito do direito sucessório, especialmente ao elevar o direito à herança ao patamar constitucional, elencado no artigo 5º, inciso XXX. Ademais, em virtude de seus próprios princípios e fundamentos, a Carta Magna coibiu qualquer discriminação entre filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações, pondo fim as distinções existentes à época, que assim o faziam com os termos filhos legítimos, filhos adotivos e filhos ilegítimos. Como a Constituição reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º), a Lei número 8.971 de 1994 fora promulgada para disciplinar a sucessão dos companheiros, garantindo-lhes o usufruto viudal dos bens que compunham a herança, bem como a integralidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes, ocupando o mesmo patamar do cônjuge.

A Lei número 9.278 de 1996 ampliou os direitos sucessórios dos companheiros, garantindo ao companheiro sobrevivente o “direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (art. 7º, parágrafo único). Após o advento desta lei, quem vivia em união estável passou a ter direito, cumulativamente, ao usufruto viudal e ao direito real de habitação, enquanto que as pessoas casadas, por força do disposto no artigo 1.611 do Código Civil revogado, fariam jus ao usufruto viudal, se casadas em qualquer regime que não fosse a comunhão universal, ou ao direito real de habitação, no caso de adoção deste regime.

Havia, neste caso, tratamento sucessório desigual entre união estável e casamento, sendo que àquela modalidade de família era conferido tratamento privilegiado em relação a esta. Em virtude disso, a doutrina defendeu a interpretação extensiva do §2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, uma vez que a Lei número 9.278 de 1996, ao instituir o direito real

de habitação em favor do companheiro sobrevivente, não cogita do regime de bens. Neste sentido, o posicionamento de Arnaldo Wald (2002, p. 68):

Mesmo no regime da comunhão, existindo um único imóvel destinado à residência da família, o cônjuge viúvo terá sobre ele um direito real de habitação (CC, art. 1.611, §2º), se for o único daquela natureza a ser inventariado. Observe-se que previsão semelhante também ocorre para os casos de união estável (Lei número 9.278/96, art. 7º, parágrafo único). Aqui, todavia, não se cuida de regime da comunhão ou não, posto não haver regime de bens na união estável. O legislador prevê, na realidade, um condomínio, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei número 9.278/96. Desse modo, o §2º do art. 1.611 do Código Civil deve ser interpretado, atualmente, de forma a abranger os casos de cônjuge viúvo casado, seja pelo regime da comunhão, ou por todo e qualquer regime outro regime de bens escolhido pelos cônjuges. Isso, sob pena de as pessoas que vivem numa união estável serem titulares de mais privilégios legais do que as pessoas legalmente casadas.

Reconhecendo a necessidade de se conferir tratamento sucessório isonômico entre cônjuge e companheiro, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento doutrinário supra destacado, conferindo ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, independentemente do regime de bens. Neste sentido, a ementa proferida no recurso especial 821.660/DF:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. 4.- Recurso Especial improvido.

Finalmente, foi promulgada a Lei número 10.406 de 2002, que revogou o Código Civil de 1916 e instituiu o Código Civil vigente, que apresentou substanciais inovações em matéria sucessória, tais como: a concorrência entre cônjuge ou companheiro sobrevivente com os descendentes do autor da herança, prevista nos artigos 1.829, I, e, 1.790, I e II; a concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais, prevista no artigo 1.790, III; a concorrência do cônjuge com os ascendentes, prevista no artigo 1.829, II; direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, previsto no artigo 1.831; reserva da quarta parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente, quando for ascendente

dos herdeiros com quem concorrer, prevista no artigo 1.832; promoção do cônjuge sobrevivente ao status de herdeiro necessário, prevista no artigo 1.845; e, necessidade de justa causa para a clausulação dos bens que compõem a legítima, prevista no artigo 1.848.

1.2 Os herdeiros necessários e seu respectivo direito à legítima

Em nosso ordenamento jurídico, a herança é assegurada pela Carta Magna de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXX, sendo a forma como se destina a herança disciplinada pelo Código Civil.

O referido diploma legal prevê duas formas de sucessão, a por disposição de última vontade, chamada **sucessão testamentária**, quando o autor da herança manifesta sua vontade através de testamento, e a quando o autor da herança não deixa testamento, ou deixa mas é nulo ou inválido, ou ainda, quando deixa, mas resta parte de seus bens a contemplar, sendo esta modalidade chamada de **sucessão legítima** ou **sucessão *ab intestato***, na qual a lei disciplinará a forma e a quem caberá a herança. É o que se extrai dos artigos 1.786 e 1.788, do vigente Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

[...]

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Ressalta-se que uma espécie de sucessão não exclui a outra, pois ambas podem coexistir e se o testador, no testamento, dispuser apenas de uma parte de seus bens, entende-se que a parte restante cabe aos herdeiros legítimos, por sucessão legítima.

No Direito Romano, princípio era diverso: a sucessão *causa mortis* ou se deferia inteiramente por força de testamento, ou inteiramente pela ordem de vocação legal. Isso porque o patrimônio do defunto se transmitia de forma integral. Caso o autor da herança falecesse com testamento, o herdeiro nomeado seria um continuador do culto, recebendo todo o patrimônio.

Nas hipóteses em que o autor da herança não contemple bens no testamento, não o faça ou este seja nulo ou caduco, a lei preverá de que forma e a quem caberá a herança, esta é a chamada sucessão legítima.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Euclides de Oliveira (2005, p. 53), “Diz-se legítima a sucessão decorrente de disposição da lei, em comando normativo a indicar

quem deve receber a herança, numa ordem sucessória que atende a princípios de política legislativa”.

Contrapõe-se à sucessão testamentária, que resulta de ato de vontade do autor da herança, na indicação das pessoas que devam sucedê-lo na percepção dos bens. Por isso também se chama, a sucessão legítima, de sucessão *ab intestato*, ou intestada, tendo em vista que só ocorre quando o autor da herança não tenha deixado testamento, ou, se deixou, naquilo em que o testamento não dispôs.

Ainda nessa linha de raciocínio, diz Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 22): “Dá-se a sucessão legítima ou *ab intestato* em caso de inexistência, ineficácia ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos. Nestes casos a lei defere a herança a pessoas da família do *de cuius* e, na falta destas, ao poder Público”.

Em uma linha de raciocínio mais ampla, Raphael Rego Borges Ribeiro (2021, p. 125/126) nos ensina que a sucessão legítima é uma opção legislativa, e não um modelo inalterável, quando um determinado ordenamento jurídico regulamenta a sucessão forçada, sendo esta gênero, da qual a sucessão legítima é espécie, *in verbis*:

A sucessão forçada não se confunde com a legítima dos herdeiros necessários, na medida em que aquela é gênero do qual esta é uma espécie. Quando cada ordenamento jurídico regulamenta a sucessão forçada, decisões diversas são tomadas sobre sujeitos e objeto – respectivamente quem será beneficiado e a extensão desse benefício hereditário obrigatório.

Como visto anteriormente, o direito de sucessão tem origem no ambiente familiar e, normalmente, quem tem um patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes, por estas razões, atualmente, a sucessão legítima prevê uma ordem de herdeiros legais, de acordo com o grau de proximidade familiar, chamada ordem de vocação hereditária e assim está disposta em nosso ordenamento:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Em virtude da lei estabelecer uma ordem de vocação hereditária, há quem diga que, quando uma pessoa morre sem deixar testamento, esta se conforma com a ordem estabelecida pela lei e deixa de testar em vida, razão pela qual muitos escritores afirmam que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cuius* (OLIVEIRA, 2005).

Já a sucessão testamentária funda-se na autonomia da vontade, manifestada através do testamento, definido como um ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio para depois da sua morte, ou nomeia tutores para seus filhos; ou reconhece filhos naturais; ou faz outras declarações de última vontade.

O testador pode instituir herdeiros e/ou legatários. Quando nomeia um único sucessor diz-se que instituiu herdeiro universal. Os herdeiros recebem partes ideais dos bens do autor da herança. Legatários recebem coisa certa, ou seja, bem determinado ou determinável.

Em que pese a sucessão testamentária se fundar na autonomia da vontade do testador, para aqueles que possuam herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes ou cônjuge, há restrição na liberdade de testar, limitando a dispor, a quem quiser, somente uma parte correspondente à metade de seu patrimônio, que se designa como a parte disponível do testador, enquanto que a outra metade, se destinará, obrigatoriamente, aos herdeiros necessários na ordem de vocação hereditária estabelecida pela sucessão legítima, daí a sua denominação de legítima. É o que se extrai do artigo 1.789, do vigente Código Civil Brasileiro: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Nesse sentido, leciona Roberto Senise Lisboa (2006, p. 373):

Sucessão testamentária é aquela que decorre de declaração unilateral da vontade do de cujus, na qual o sucessor pode ser designado como herdeiro ou legatário, conforme o caso. Se o autor da herança não tiver elaborado testamento, a sucessão se dará segundo as regras dispostas para a sucessão legítima ou *ab intestato*, transmitindo-se a herança para os sucessores dispostos na legislação vigente à época da abertura da sucessão. Entretanto, havendo testamento, deverá ser observada a sua extensão, pois o testador somente poderá dispor até a metade do seu patrimônio conforme lhe aprouver se existirem herdeiros necessários, nos limites das normas jurídicas aplicáveis à sucessão testamentária.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2018, p. 34-35) asseveram, ainda:

A sucessão testamentária consagra-se por ser disposição de última vontade. A regra é de que se cumpra a vontade do autor da herança, de modo em que, em havendo testamento, prevalece a forma de sucessão aí determinada. Significa dizer que a sucessão legítima é subsidiária, somente tem lugar na falta de testamento. Ressalva-se a hipótese de haver herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e, no novo Código Civil, também cônjuge sobrevivente. Nesse caso, o testamento não poderá se sobrepor à vontade da lei, só podendo dispor da metade dos bens (porção disponível), em respeito à legítima desses herdeiros necessários.

A parte disponível, ou seja, o patrimônio do qual o de cujus pode dispor livremente por testamento, é fixa e compreende a metade dos seus bens. Não se pode esquecer que se o *de cujus* era casado, será retirado do patrimônio do casal o valor da meação cabível ao

cônjuge sobrevivente, que será calculado de acordo com o regime de bens adotado, e o restante, ou seja, o patrimônio do casal menos a meação, corresponderá à totalidade dos bens do *de cujus* e sobre esta totalidade o testador, se tiver herdeiros necessários, terá direito de dispor apenas da metade.

Ademais, sobre a legítima, não pode o testador instituir usufruto ou direito de habitação. As cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade só podem ser dispostas se declarada a justa causa das imposições. Assim dispõe o artigo 1.848, do vigente Código Civil Brasileiro: “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”.

A legítima é, portanto, intangível, não podendo ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária. De acordo com as lições de Carlos Maximiliano: "é indiferente a forma pela qual se dê a diminuição da reserva - legado, instituição de herdeiro, fideicomisso, usufruto, uso, habitação, servidão, perdão de dívida, ereção de fundação: nada disto pode afetar a legítima. Esta não será jamais subordinada a condições, nem sequer potestativas, nem onerada com encargos.

Em que pese seja possível o proprietário destinar seus bens através de testamento, caso ele possua herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes ou cônjuge, essa liberalidade estará limitada a parte disponível, ou seja, metade do patrimônio, uma vez que a outra metade deverá ser transmitida obrigatoriamente aos seus herdeiros necessários.

Como visto anteriormente, a sucessão forçada encontra raízes nos primórdios do direito romano, trazida pelos colonizadores portugueses e, posteriormente, introduzida em nosso ordenamento pátrio através da Lei Feliciano Pena, quando esta diminuiu a fração da legítima de dois terços para metade, nos termos dos artigos 2º e 3º, e mantida pelos Códigos Civis Brasileiros de 1916 e de 2002.

Da mesma forma, em nosso ordenamento jurídico, foi introduzida a possibilidade de excluir algum herdeiro através dos institutos de exclusão por indignidade e por deserdação, desde que haja condutas gravíssimas do herdeiro em desfavor do autor da herança, previstas em rol taxativo. Além desse dos casos de exclusão por indignidade ou deserdação, não houve até hoje qualquer instituto que flexibilize a legítima, seja para reduzir ou afastá-la, com o intuito de prestigiar a autonomia privada e o direito à propriedade do testador.

A despeito da imposição da legítima sempre estar presente em nosso ordenamento, ela sempre foi questionada pela doutrina e bastante debatida nos bastidores do corpo legislativo pátrio. A legítima era denominada por Coelho Rodrigues (1902, p. 286), sarcasticamente,

como ilegítima, o qual a fez frente a uma grande linha de oposição à legítima e, segundo ele, a legítima forçava um afeto que, só poderia ser fruto do amor espontâneo entre os parentes.

Em 1913, quando da elaboração do Código Civil de 1916, havia um movimento com a finalidade de suprimir a sucessão forçada, naquela época presente e em vigência no texto da Lei Feliciano Pena, de 1907, e prestigiar a ampla liberdade de testar, no entanto, a proposta foi rejeita na Câmara dos Deputados por 76 votos e 45. A rejeição dessa proposta foi bastante comemorada pelo principal opositor Clóvis Bevilaqua, este que foi um dos principais idealizadores do Código Civil de 1916, que a considerava como “desastrosa inovação” e dizia que conceder mais liberdade ao testador seria “sacrificar a família, e, com ela, a sociedade, ao egoísmo indisciplinado, absorvente e cruel”. (BEVILAQUA, 1954).

Clovis Bevilaqua foi um adepto declarado à sucessão forçada e descreveu a liberdade ilimitada de testar como uma arma perigosa que dissolve o bem-estar doméstico e é capaz de perturbar a base econômica da sociedade.

Outro adepto à sucessão forçada é Carlos Maximiliano (1964, p. 371), o qual entendia ser “cedo demais para o Brasil copiar o que realizaram os equilibrados, frios e previdentes anglo-saxônicos” - referindo-se à ampla liberdade de testar. Para este 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 sentido. 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 testar (1964, p. 369/370).

Os fundamentos desses juristas superaram por muito tempo a oposição e consagraram a hegemonia da legítima em nosso ordenamento, esta que, hoje, se mostra habitual e enraizada em nossa sociedade, chegando a um ponto em que as pessoas nem se quer pensam acerca do fato de não ser possível livremente dispor de seus próprios bens. Por esta razão, o testamento vem sendo pouco utilizado, ficando em segundo plano.

Entretanto, tem crescido o movimento favorável a flexibilização da legítima, a qual, em virtude de sua supremacia e intangibilidade desde os primórdios do ordenamento pátrio, tem sido alvo de fortes críticas da doutrina.

Em uma concepção mais atual, Paulo Lôbo (2013, p. 37) assevera que a legítima inverte a primazia do testador para os herdeiros, *in verbis*:

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 herdeiro.

Paulo Lobo leciona, ainda, que 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”, passando a sucessão testamentária a ser secundária.

Inegável, portanto, o predomínio da sucessão forçada, ao passo que a sucessão testamentária se encontra “adormecida” no Brasil. Essa configuração se mostra totalmente oposta a forma como e originou o direito sucessório em Roma, onde a regra era a manifestação da vontade do testador, ficando a sucessão forçada em segundo plano.

Ademais, parte da doutrina entende que, por ser o direito sucessório decorrente do direito de propriedade, como visto anteriormente, não se justificaria limitar a prerrogativa de livre disposição inerente ao direito de propriedade.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano (2014, p. 59) nos ensina:

[...] essa restrição do testador também implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.

Para complementar o entendimento acerca do direito de propriedade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 168):

A propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Por outro lado, o movimento que defende a flexibilização da legítima também encontra fundamento na evolução das relações familiares, que, no mundo atual, em muitos casos, existem relações entre pessoas não consanguíneas que são de fato mais afetivas e solidárias do que os próprios familiares consanguíneos, especialmente quando aquelas substituem a ausência destas, isso porque não são raras as notícias de abandono, maltratados e falta de amor, cuidado, carinho e atenção. A sociedade tem evoluído em diversos aspectos, até mesmo na ligação afetiva.

Em que pese da existência de hipóteses exclusão por indignidade ou por deserção, esses institutos não são capazes de excluir herdeiros apenas por vontade do testador sem que haja uma justa causa, sendo possível apenas quando houver conduta muito grave por parte dos herdeiros contra aquele.

O modelo atual da legítima mostra-se intangível e intocável e deixa de contemplar hipóteses em que o testador desejaria utilizar-se da faculdade da livre disposição testamentária, tais como nos casos da prática de atos de desapontamento dos herdeiros, falta de assistência e solidariedade, abandono do vínculo familiar, e, ainda, quando for o desejo do testador que seu sucessor aprenda a conquistar seu próprio patrimônio, sem receber “de mão beijada”, pois a história nos mostra inúmeros casos em que herdeiros dilapidam o patrimônio de seus antecessores.

Com base nessa última hipótese, Flávio Tartuce (2014, p. 35) nos elucida:

A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária.

Portanto, a configuração atual da legítima em nosso ordenamento jurídico sucessório, além de se mostrar insuficiente para atender os anseios da sociedade, segue trajetória oposta ao dos fundamentos originários do direito sucessório, o qual se originou com a finalidade de assegurar e atender a vontade do testador, pois, como visto anteriormente, em Roma, a continuidade do culto familiar era sagrado e, por esta razão, era essencial que o chefe familiar estabelecesse em testamento que o sucederia.

Dessa forma, faz-se necessário uma evolução e flexibilização desse instituto, com riqueza de detalhes, para contemplar as mais variadas hipóteses de nossa sociedade, dando maior flexibilidade a legítima e prestigiando a vontade do testador, sem, contudo, deixar de observar os seus próprios fundamentos que a inseriram no direito sucessório e proteger os casos em que se justifique sua manutenção.

Isso porque, como visto anteriormente, a história nos mostra que a inserção da legítima no campo do direito sucessório surgiu com a finalidade de conter os abusos e possíveis injustiças por parte do testador contra seus familiares, uma vez que a família é a base e o berço do direito sucessório que, junto dela, desencadearam a propriedade e a herança.

Assim, a base do estudo da legítima no presente trabalho se encontra em três pilares - a vontade do testador, a família e a propriedade -, os quais são imprescindíveis para qualquer discussão acerca da legítima.

Em que pese ser objeto de estudo uma reanálise desse instituto, cumpre estampar a importante relevância da legítima, que assegura o direito à herança em vários casos em que merece sua manutenção. Tal como nos casos de pais, homem e mulher, que, além de abandonar e desamparar sua família e filhos, constituem novo núcleo familiar e realizam

manobras para destituir a primeira família de seu patrimônio. Nesse caso, não há como se falar em flexibilização da legítima, mas certamente cabe uma maior proteção a estes herdeiros.

A legítima deve ser mantida, também, nos casos em que o autor da herança deixar dependentes, sejam menores ou maiores de idade, pois por ser ele o principal provedor da subsistência destes, inclusive de formação profissional, nada mais justo e adequado de que seu patrimônio seja a eles destinado para tentar suprir a falta do mesmo.

2 FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO TEMA PROPOSTO

Nas páginas anteriores, foram apresentadas as principais origens e influências que contribuíram para a rigidez da atual configuração da legítima em nosso ordenamento, bem como a trajetória desse instituto no ordenamento pátrio. Ademais, foram expostos os pontos relevantes e controversos da legítima, bem como os casos em que esta deve ser mantida e os casos em que deve ser flexibilizada.

A despeito da relevância dos argumentos histórico e teleológico, para instruir o presente estudo e analisar a viabilidade da flexibilização da legítima em nosso ordenamento, faz-se necessário o estudo desta em paralelo a institutos essenciais para o estudo do tema em questão, tal como os princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar, a teoria do patrimônio mínimo, o direito fundamental à herança e o direito comparado, abordados a seguir.

2.1 O princípio da autonomia privada

Em uma concepção abrangente, a autonomia privada refere-se ao espaço de autodeterminação pessoal, abarcando tudo o que cada pessoa pode fazer. Trata-se de uma expressão do princípio da liberdade, o qual permite tudo o que não for imposto ou proibido. Por outro lado, de forma mais restrita, a autonomia privada corresponde à permissão concedida pela ordem jurídica para que os sujeitos possam determinar a produção de efeitos jurídicos (Diário da República, s/p.).

Para Flávio Tartuce (2021, s/p.) a autonomia privada é conceituada como “a liberdade de autorregulamentação negocial, ou seja, a liberdade que a pessoa tem de regular os seus próprios interesses”.

Para complementar sua conceituação, Tartuce menciona ainda os dizeres de Francisco Amaral (2003, p. 347-348), quem o influenciou:

a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.

Existe uma tendência cada vez maior, em nosso ordenamento jurídico, em minimizar as interferências estatais nas relações jurídicas, consagrando o princípio da intervenção mínima e assegurando a liberdade dos sujeitos nas relações jurídicas. Esse movimento tem se concretizado com a edição dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal, e 421, do vigente Código Civil Brasileiro, além da recente edição da lei da liberdade econômica, de número 13.874, em 2019.

Também é possível visualizar essa intenção do legislador no âmbito familiar, como disciplina o artigo 1.513, do vigente Código Civil Brasileiro, ao proibir qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Nessa linha de pensamento, atesta Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 17) que “no texto constitucional de 1988 é nítido o sério esforço no sentido de reduzir o campo das imposições, alargando o espaço das liberdades”.

Contudo, ainda que exista esse movimento no sentido de afastar o campo das restrições para prestigiar a autonomia privada, os preceitos da ordem pública devem ser observados e respeitados (TARTUCE, 2021). A partir dos lúcidos ensinamentos de Flávio Tartuce, podemos concluir que, com fundamento na autonomia privada, a liberdade dos sujeitos das relações jurídicas pode ser exercida desde que não exceda os limites da ordem pública.

Os limites de ordem pública a que se refere o autor em comento correspondem no presente trabalho aos limites impostos pela legítima, enquanto que a liberdade de testar representa a autonomia privada, razão pela qual, conclui-se que a vontade do testador deve ser exercida nos limites impostos pela legítima.

Mesmo sob a luz desses ensinamentos, restam questionamentos acerca da rigidez da legítima em nosso ordenamento, dentre eles: qual a justificativa da reserva de metade do patrimônio do testador quando seus herdeiros não necessitam de auxílio financeiro? Nessa situação, a legítima serviria apenas para enriquecer os herdeiros necessários.

Assim, a legítima tem sobrepujado a autonomia privada do testador, apresentando-se, em nosso ordenamento, de forma rígida, inalterável e inflexível, não abarcando casos em que se mostre necessária sua flexibilização, de modo a cercear a autonomia privada do testador configurada na liberdade de testar. Inevitável, portanto, a releitura da legítima em nosso ordenamento. Isso porque, da mesma forma que a autonomia privada não é absoluta, a legítima também não deveria ser.

Por mais que se demonstre necessária a flexibilização da legítima, essa tarefa não é nada fácil, pois, por haver conflito de direitos, existe uma linha tênue que separa a autonomia privada do direito à legítima, isso porque, se por um lado busca-se a liberdade de testar, por outro se busca a proteção contra eventuais injustiças por parte do testador, o que demonstra a sensibilidade do assunto em estudo.

Uma configuração muito restritiva pode ensejar em um cerceamento da liberdade do testador, enquanto que uma configuração que possibilite uma maior liberdade do testador pode dar espaço para maiores injustiças em abolir direitos de herdeiros.

Por esta razão é que se propõe por meio deste trabalho o debate de uma configuração da legítima que atenda os anseios da sociedade, contemplando a autonomia do testador e a legítima dos herdeiros que dela necessitem.

2.1.1 O princípio da autonomia privada x o princípio da solidariedade familiar

Depois de discorrer acerca do princípio da autonomia privada no âmbito do direito sucessório, passa-se a análise desse princípio em paralelo ao princípio da solidariedade familiar, uma vez este que representa o fundamento de maior relevância da legítima em nosso ordenamento jurídico.

Segundo os ensinamentos de Paulo Lôbo (2013, s/p.), o princípio da solidariedade familiar:

incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares contemplando as interferências profundamente humanas e sentimentais que encerram.

O autor em comento complementa ainda,

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infra-constitucional.

Nessa passagem, Maria Berenice Dias (2009, p. 66) afirma:

(...) solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.

Dessa forma, o princípio da solidariedade familiar atravessou o campo da moral e da ética para adentrar no campo jurídico, de forma a assegurar o desenvolvimento do núcleo familiar, não só no aspecto econômico, mas também em matéria de afeto, educação, saúde, etc, baseado na cooperação e apoio entre seus integrantes. Isso porque, a família é a base da sociedade e incube ao Estado protegê-la e, assim o faz, em nosso ordenamento jurídico, a Carta Magna de 1988.

Ademais, também é possível visualizar a proteção à família e o princípio da solidariedade familiar na legislação infraconstitucional que, dentre outros termos, temos o artigo 1.566, do vigente Código Civil Brasileiro:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
 I - fidelidade recíproca;
 II - vida em comum, no domicílio conjugal;
 III - mútua assistência;
 IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
 V - respeito e consideração mútuos.

Para Rolf Madaleno (2013, p. 93), “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário [...]”.

Não à toa este princípio é abordado no presente trabalho, uma vez que este tem, dentre outros, a família como base para o seu desenvolvimento. Isso porque, como visto em tópicos anteriores, o direito sucessório se originou no berço da família, além de ser a família o bem tutelado pela legítima, objeto do presente estudo.

Sabe-se que o princípio da solidariedade familiar, por ter como premissas a assistência, a cooperação e a ajuda, desencadeia no âmbito jurídico direitos e deveres de ordem pública, tais como a mútua assistência e os alimentos. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2013, s/p.) elucida:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

[...]

A mútua assistência envolve aspectos morais e materiais. Decorre do princípio da solidariedade familiar. Nenhuma convenção particular pode afastá-la, porque é uma exigência de ordem pública. A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão

unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo e o desvelo na doença, na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são esses os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer outro fato isolado. Os alimentos já foram concebidos como imposição do dever de caridade, de piedade ou de consciência, contendo-se nos campos moral e religioso. A grande família, com filhos numerosos e agregados, era a única segurança de amparo aos que não estavam no mercado de trabalho, especialmente os menores e os idosos.

Todavia, embora a legítima encontre fundamento no princípio da solidariedade familiar, isso não significa que ela produza efetivamente a solidariedade. Sua atual configuração se mostra rígida e abarca, indistintamente, os herdeiros necessários, sendo estes são agraciados de forma automática, muitas vezes sem sequer carecer de solidariedade, como nos casos em que a legítima só serve para alavancar o patrimônio do beneficiado.

Nessas hipóteses é que a legítima se mostra infundada e, portanto, fere o princípio da autonomia privada do testador, de modo que este princípio deve se sobrepor à legítima. A realidade no âmbito da família necessita de um modelo que pondere os interesses dos herdeiros e do testador, de modo a atender tanto o princípio da solidariedade familiar quanto o da autonomia privada.

Portanto, deve se admitir que não há que se falar em solidariedade familiar no âmbito da legítima quando não existe herdeiro que necessite de auxílio. Somente deve se falar em solidariedade familiar quando de fato o herdeiro for economicamente dependente do testador. Nesse sentido, Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 89) afirmam que “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”.

Com exceção da legítima, que se encontra defasada, o ordenamento jurídico tem avançado no sentido de positivar o dever de solidariedade familiar principalmente para proteger as pessoas que se encontrem, no âmbito familiar, em situação de vulnerabilidade, tais como, as crianças, os adolescentes, os idosos, as vítimas de violência doméstica e os necessitados de alimentos em geral.

Quando esse princípio se depara com pessoa que se presume vulnerável, confere-lhe proteção, mediante ordem de direitos preferenciais, ou pela interpretação necessariamente favorável, quando em colisão com o direito de outrem, em virtude de sua ordem pública.

Desse modo, a imposição de restrição a liberdade de testar encontra fundamento no princípio da solidariedade familiar tão somente nos em que se configurar a dependência ou vulnerabilidade do respectivo herdeiro, uma vez que, nesta configuração, o herdeiro necessita

de proteção estatal e o ordenamento jurídico deve posicionar a limitação acima do princípio da autonomia privada do testador.

Como visto anteriormente, em que pese a relevância e ascensão do princípio da autonomia privada, este princípio não tem caráter absoluto e deve se debruçar frente a assuntos de ordem pública, como é o caso da necessidade de limitação a liberdade de testar quando houver dependência e vulnerabilidade de herdeiros.

Por esta razão é que no presente estudo refuta-se o caráter absoluto tanto do princípio da autonomia privada quanto o da solidariedade familiar, este que, por sua vez, sua imposição não se mostra razoável e adequada nos casos em que não houver dependência ou vulnerabilidade.

Apesar disso, ao propor o estudo comparado desses dois princípios, nos deparamos com os casos em que, por um lado, há a maioria e a capacidade para o trabalho do herdeiro, mas este ainda necessita de apoio financeiro para sua formação e colocação profissional, e de outro, existe o desejo do testador de estimular seu sucessor a aprender os meios, materiais e existenciais, para a construção de seu projeto de vida e, assim, conquistar seu próprio patrimônio.

A hipótese acima apresentada representa o principal embate entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar, tratando-se de um assunto sensível e de difícil solução no âmbito legislativo, mas que, em face do conflito de direitos, na humilde opinião deste autor, deve se buscar um equilíbrio entre os princípios, com uma sutil inclinação em favor da solidariedade familiar. Esse equilíbrio e inclinação resultariam em uma configuração em que haja a manutenção da legítima em nosso ordenamento, com uma considerável redução em seu percentual.

Para a propositura da flexibilização da legítima, a fim de evitar possíveis injustiças, se faz necessário, ainda, o estudo da teoria do patrimônio mínimo, criada pelo ilustre jurista e atual ministro e vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em 2001, por meio de sua obra intitulada como Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.

Trata-se de importante teoria com grande relevância tanto na doutrina quanto em nosso ordenamento jurídico, na qual, em nota prévia, o ilustre jurista a resume com clareza:

A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica

crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção.

Essa teoria busca garantir, em meio a uma sociedade patrimonialista, um mínimo existencial que assegure a subsistência e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, essa teoria visa a proteger uma parcela do patrimônio de qualquer pessoa, considerada como necessária para sua manutenção e subsistência, intitulada por Fachin como patrimônio mínimo, contra quem quer que seja, independente de sua reivindicação. O bem jurídico tutelado por essa teoria é a pessoa humana, bem como a sua subsistência e dignidade.

Em meio a uma sociedade patrimonialista, Fachin (2001, p. 50-51) nos ensina, ainda:

A solidariedade adquire valor jurídico. A preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade. [...] O projeto existencial do homem só é possível se os demais homens livres estiverem dispostos a cooperar solidariamente em sua realização. A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.

A partir desses ensinamentos, podemos concluir que a teoria do patrimônio mínimo atende aos objetivos e preceitos do nosso ordenamento jurídico estampados no artigo 3º, incisos I e III, da Constituição Federal, quais sejam, a solidariedade e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Ademais, essa teoria se faz presente implicitamente em nossa legislação, em diversos dispositivos, tal como no artigo 548, do vigente Código Civil, que proíbe a doação de todos os bens da pessoa do doador, sendo permitida somente se o doador possuir renda suficiente ou houver reserva de parte do patrimônio para assegurar sua subsistência. Outra tutela jurídica importante em nosso ordenamento é a que assegura o bem de família contra execuções e ações reipersecutórias.

No presente trabalho, por se localizar no âmbito familiar, a teoria do patrimônio, além de consagrar o princípio da solidariedade familiar, serve de parâmetro e impõe limite aos casos em que importar a redução do percentual destinado à legítima.

2.2 O direito fundamental à herança e a flexibilização do direito à legítima

Para o presente estudo, é imprescindível a análise da divergência existente na doutrina acerca do direito fundamental à herança, previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição da República. A divergência gira em torno da interpretação do direito constitucional à herança, onde, por um lado, existem defensores de que o texto constitucional refere-se à herança dos herdeiros necessários, a legítima, enquanto que, de outro lado, existe opinião de que se refere à herança de um modo geral, contemplando a testamentária e a legítima.

De um lado, há quem defenda que o direito constitucional à herança se refere à garantia constitucional de que a herança seja destinada as pessoas que possuam laços estreitos de família ou de parentesco com o autor da herança, ao sustentar que, embora caiba a legislação infraconstitucional definir quem são os herdeiros, ela está limitada aos ditames sociais da norma constitucional, em especial o disposto no artigo 226, que define a família como a base da sociedade, assegurando-a proteção especial.

Nesse sentido, temos os ensinamentos de Paulo Lôbo (2015, p. 36):

Direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. Nessa errônea incorreu a doutrina tradicional, a exemplo de Carlos Maximiliano. Antes da morte, há mera expectativa de direito, mas não direito constituído ou direito expectativo, porque a sucessão não ocorreu, sendo apenas eventual. Se a lei, antes da abertura da sucessão, restringir a ordem de vocação hereditária, ou se um provável herdeiro morrer antes do de cujus, quem poderia ser herdeiro deixa de o ser. 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 parentesco. Todos os demais sucessores têm tutela restritamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros. Os legatários, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, entes ou entidades não personificadas, são sucessores, mas não são herdeiros.

A partir dessa interpretação extensiva, o direito de herança que trata o artigo 5º, inciso XXX, da CF, seria compreendido como o direito de herança legítima, em sentido restrito, restringindo-se somente à sucessão forçada, ou seja, à sucessão dos herdeiros necessários. Assim sendo, gramaticalmente, essa interpretação estenderia o texto constitucional de “é garantido o **direito de herança**” para “é garantido o **direito de herança legítima**”.

Com isso, o direito à sucessão legítima ganharia status e preceito de direito e garantia fundamental constitucional e se sobreporia acentuadamente à sucessão testamentária, de modo a consagrar a sucessão legítima em sua atual configuração e, assim, depreciar a autonomia

privada e as prerrogativas da propriedade do testador, dificultando a viabilidade da flexibilização da legítima nas hipóteses em que se demonstre necessária, como anteriormente apresentado nesse estudo.

Por outro lado, há interpretação de que o direito à herança se refere à herança de um modo geral, nela incluída a sucessão testamentária e a sucessão legítima, e foi inserido pelo poder constituinte para enaltecer o direito à propriedade, de modo a evitar, após o evento *causa mortis*, abuso e apropriação de bens por parte do Estado.

Nessa linha de pensamento, temos os ensinamentos de Mário Luiz Delgado (2022, s/p.):

Com todo respeito aos autores que negam a “dupla titularidade do direito de herança”, apenas pelas limitações legais ao poder disposição do titular do patrimônio, entendo que esse direito fundamental não se dirige exclusivamente aos herdeiros legítimos e necessários de quem morreu, mas também aos herdeiros testamentários, aos legatários e, principalmente, ao autor da herança, a quem deve ser garantido o pleno exercício de todos os poderes atinentes ao domínio, especialmente o de dispor, em vida ou para após a morte, do acervo patrimonial que integrará a futura herança. São titulares desse direito fundamental, portanto, sucessores e sucedidos, tanto que o discurso constitucional se refere ao direito de herança e não ao direito à herança. [...] O artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal tutela o direito de herança como um direito fundamental da pessoa humana, constituindo-se, por um lado, no direito de ser herdeiro, de acordo com o título legitimário (sucessão legítima ou testamentária), a partir da abertura da sucessão; e, de outro, no direito de poder dispor do seu patrimônio para após a sua morte, planejando sua própria sucessão, de maneira a realizar aspirações legítimas da pessoa humana, inclusive no que tange à possibilidade de excluir determinados sucessores. Tanto é o direito fundamental do sucessor ao reconhecimento da condição de herdeiro, como a garantia fundamental da disponibilidade do direito de propriedade pela transmissão do patrimônio, *causa mortis*, de acordo com os interesses do sucedido. Logo, não tem como sujeito apenas o herdeiro, mas também o titular do patrimônio, garantindo-lhe o pleno exercício do poder de disposição da propriedade por ato *causa mortis*, obedecidas, apenas, as limitações expressamente previstas em lei. Não pode ser visto exclusivamente sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, até porque todo e qualquer direito fundamental constitui concretização e explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangente, por óbvio, de toda e qualquer pessoa. E sendo assim, ou seja, constituindo forma de concretização da dignidade, também a herança se prestará a tal papel, não só aos destinatários do patrimônio hereditário, mas também ao disponente que, sob esse prisma, encontrará na autodeterminação para planejar a sucessão e na liberdade de disposição do acervo hereditário o núcleo da sua dignidade. [...] Não se pode mais admitir uma hermenêutica sucessória que privilegie, sempre, o herdeiro legítimo, em detrimento dos demais interessados na sucessão. (Grifo nosso).

Não há como negar que o direito à herança está estritamente relacionado ao direito à propriedade, ambos elencados no rol constitucional de direitos fundamentais, sendo o primeiro um desdobramento do segundo, uma vez que, se não há propriedade, não existe patrimônio a ser transmitido, e, portanto, não há que se falar em herança.

Ademais, Maria Helena Diniz (2010, p. 848) reza a propriedade como “o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

No entanto, esta conclusão, embora de lógica pertinente, não é suficiente para dirimir a controvérsia do assunto em questão. Faz-se necessário o uso dos métodos jurídicos de interpretação, dos quais julgo, ao presente caso, insuficientes os métodos gramatical e sistemático, e pertinentes os métodos teleológico e histórico do sistema hermenêutico clássico, utilizados a seguir. Para isso, passaremos a analisar os motivos da inserção do direito à herança no texto constitucional, bem como o contexto em que se encontra no ordenamento e sua raiz histórica.

Do ponto de vista histórico, a inserção do direito fundamental à herança no texto constitucional brasileiro foi uma inovação trazida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois nas constituições anteriores não havia essa disposição (DELGADO, 2022).

Sabe-se que o texto da referida constituição foi elaborado em período histórico conturbado, onde a população clamava por diretrizes legais que conferissem garantias sociais e os protegessem de medidas autoritárias que assolavam o país.

O jurista e atual ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2008, p. 29), registrou esse contexto: “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito”, ao celebrar, em sua obra “Vinte anos da Constituição de 1988”, no ano de 2008, o aniversário da Constituição de 1988, que completava à época vinte anos, daí o nome da obra.

Percebe-se que havia naquele período preocupação entre os constituintes em estabelecer limites e freios aos futuros governantes, inclusive quanto à manutenção do sistema econômico capitalista e o regime político democrático.

Em um trecho da ata da 25ª reunião, realizada em 19 de maio de 1987, da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, é possível verificar a tensão daquele período histórico nas falas dos nobres constituintes:

O sr. constituinte Ubiratan Spinelli: – No nosso entender, o direito à propriedade é inerente inclusive por herança. Logicamente, seria um retrocesso tirá-lo da nossa Subcomissão, porque aqui tratamos dos direitos e das garantias individuais. Não sei por que iríamos tirar da nossa Subcomissão o item direito à propriedade. Ontem mesmo, estive na Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, e lá, pelo que estou vendo, a reforma agrária está restringindo ao máximo o direito à propriedade. Se aqui pelo menos não propusermos uma fórmula para o direito à propriedade, certamente nossa Subcomissão ficará sem validade alguma. Perguntaria: para que regime partiríamos, se o direito à propriedade é inerente ao

regime em que vivermos?! Qual é o regime que V. Ex^a propõe? Vamos mudar tudo? Não teremos mais um regime capitalista? Vamos partir para o socialismo ou para o comunismo? Se V. Ex^a quer tirar o direito à propriedade, de herança, de tudo, fica difícil se chegar a uma conclusão. Daqui a pouco, não teremos direito a nada.

O sr. constituinte José Genoíno - Só para responder à questão levantada pelo nobre colega, não estou propondo abolir o direito à propriedade. Defendo o socialismo, sou socialista e assumo minhas posições. Defendo a socialização.

O sr. constituinte Ubiratan Spinelli - V. Ex^a propõe até a abolição do direito à herança?

O sr. constituinte José Genoíno - Não citei herança, aqui.

O sr. constituinte Ubiratan Spinelli - V. Ex^a falou em herança.

O sr. constituinte José Genoíno - Referi-me ao fato de que defendo a socialização da propriedade privada dos meios de produção. Coerente com essa visão.... Não estou propondo isso nesta Constituição, até porque, para que se realize...

[...]

O sr. constituinte José Carlos Coutinho: – Entendemos que o direito à propriedade é um direito natural do indivíduo. Ele já nasce com esse direito. Por que tirá-lo? Acho que deveríamos até ampliá-lo dentro do direito individual; é uma garantia do indivíduo. O Estado deveria garantir isso individualmente, porque, na Subcomissão da Ordem Econômica e Social, pode-se alterar, como se vem fazendo neste País, até o direito à vida. Este seria um direito natural do cidadão.

A sra. constituinte Lúcia Vânia: – Acho que essa questão do direito à propriedade como um direito individual é uma discussão doutrinária. Torna-se muito difícil discutirmos se deve ou não ser colocado nesta Subcomissão. Acredito que, dentro do pensamento da maioria dos que aqui estão, devemos colocar o direito à propriedade como um direito fundamental do ser humano. Não podemos entender que estejamos aqui advogando os direitos individuais sem assegurar o direito à propriedade, sem dúvida alguma, o maior clamor da sociedade brasileira. É bem verdade que estaremos aqui para interpretar o que foi estabelecido na Comissão da Ordem Econômica. Concordo com V. Ex.^a, quando diz que não nos compete estabelecer as indenizações. Isso já foi objeto de discussão aqui, mas reafirmo nosso pensamento de que deva ser tratado como direito individual. (Grifo nosso)

A partir da contextualização do cenário em que foi inserido o direito de herança e do ponto de vista teleológico, considerada a preocupação dos constituintes acerca do direito da propriedade individual, pode-se afirmar que a inserção da garantia do direito de herança no texto constitucional visava a proteção dos herdeiros, de modo a conter abusos e apropriação de bens por parte do Estado após o falecimento do proprietário. A partir dessas premissas, encontra firme fundamento a parcela da doutrina que acredita que o direito constitucional à herança é a confirmação da propriedade privada no Brasil.

Com o devido respeito às opiniões opostas, não se mostra razoável a utilização de uma interpretação extensiva para angariar os interesses dos herdeiros necessários ao rol de garantias e direitos fundamentais da Carta Cidadã de 1988.

Essa interpretação extensiva consagraria a legítima nos moldes atuais, o que se refuta no presente trabalho, pois, como visto, em virtude de sua forma inalterável, a legítima beneficia, automaticamente, sem que qualquer distinção, os herdeiros necessários, em detrimento da autonomia privada do testador, este que se vê privado da prerrogativa de disposição decorrente do direito de propriedade e da livre disposição testamentária.

Não se pretende abolir a legítima, apenas alterar sua codificação para que, nos casos em que não se atenda o princípio da solidariedade familiar, seja possível o testador exercer a livre disposição patrimonial, especialmente quando houver, por parte dos herdeiros necessários, atos de desapontamento, falta de assistência e solidariedade e abandono do vínculo familiar.

2.3 A flexibilização da legítima no direito comparado

Neste tópico, para que instruir o estudo da flexibilização da legítima, abordaremos alguns trabalhos em que foi proposto o estudo da legítima em outros ordenamentos jurídicos, principalmente aqueles que provenientes do direito romano, do qual, como visto anteriormente, tem origem o direito sucessório brasileiro.

O ilustre jurista Flávio Tartuce (2020, p. 117-140), em seu artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, ao investigar os fundamentos do direito das sucessões em outros países e no Brasil, nos demonstra que, entre os países em que foram estudados, Portugal, Itália, Peru e Chile, não há uniformidade no tratamento da legítima, mas que, no entanto, nesses quatro países, a legítima – quota reservada aos herdeiros necessários – tem uma configuração variável, para mais ou para menos, conforme o caso e o tratamento de cada país, diferente do que ocorre no Brasil, onde apresenta uma única fração, rígida e abstrata, correspondente à metade do patrimônio do testador.

Outro trabalho que nos elucidava o tema em questão, foi proposto por Melissa Ourives Veiga (2017, p. 40-73), em sua dissertação de mestrado, no qual ela aprofundou o estudo da legítima no direito comparado, onde restou evidenciada a falta de uniformidade com o tratamento da matéria nos ordenamentos jurídicos, tendo sido estudados com afinco os ordenamentos dos seguintes países: França, Espanha, Portugal, Itália, Argentina, Peru, Colômbia, Chile e México.

Pelo citado estudo de Melissa Ourives Veiga, constatou-se que mesmo os países que adotam em seu ordenamento jurídico a tradição do *common law*, pela qual há a preferência pela liberdade de testar, existem limitações a liberdade de testar, com exceção dos Estados Unidos da América, que acolhem um sistema de liberdade absoluta e irrestrita para o testamento.

Constatou-se, ainda, pelo lado dos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição romanista, assim como o brasileiro, a existência de diversas variações acerca da legítima. Por um lado, países como a Alemanha, estabelecem uma legítima fixa, com percentual rigoroso e

inflexível, enquanto que, de outro lado, países como Espanha, França e Portugal, optam por uma legítima móvel, flexível, variante a partir dos sujeitos que participam da sucessão ou de seu objeto (VEIGA, 2017).

Dentre os países estudados por Melissa Ourives Veiga (2017, p. 72-73), o ordenamento jurídico que mostrou destaque foi o do México, o qual, segundo ela:

Mostrou-se relevante a compreensão do tema no Direito Civil mexicano, para evidenciar que, embora acolhida a liberdade de testar, inexistindo a limitação da legítima, existem restrições impostas, no sentido de que sejam reservados valores disponíveis para a assistência material de familiares que necessitem de alimentos. É uma clara inspiração do sistema inglês, baseado na mesma ideologia.

Em um olhar geográfico mais próximo, Melissa Ourives Veiga traçou-se uma comparação da legislação do Brasil com outros países sul-americanos, como Argentina, Chile, Colômbia e Peru, e foi por ela concluído que há nesses países uma evolução da flexibilização da legítima, afastando esse instituto em casos excepcionais, ao passo que o sistema jurídico brasileiro se mantém o mesmo há mais de um século (VEIGA, 2017).

Os estudos da legítima no direito comparado corroboram o objetivo do presente estudo, que refuta a rigidez de sua configuração atual e semeia o aperfeiçoamento dessa norma.

Nesse mesmo sentido, conclui Melissa Ourives Veiga (2017, p. 73):

O estudo do tratamento dedicado pelo direito estrangeiro, comparativamente à nossa legislação, inclusive, termina por transparecer a existência de um descompasso da legislação brasileira sobre a legítima com os outros ordenamentos que, igualmente, a afastam da liberdade de testamento, a exigir uma nova hermenêutica do assunto, à luz da própria evolução das relações familiares.

Ainda que breve a discussão da legítima no direito comparado neste trabalho, dada a relevância e a confiabilidade das fontes suscitadas, suficiente para aduzir que existem países que superaram a rigidez da legítima e adotam quotas variáveis, maiores ou menores, conforme o caso, a despeito de mantê-la acima da vontade do testador quando houver necessidade e dependência dos herdeiros necessários do testador, o que é amplamente defendido no presente estudo. O que se vê com os estudos apresentados, assim como se pretende no presente trabalho, é um aperfeiçoamento da legítima (ou sucessão forçada) que contemple um número maior de interesses dentro das sociedades em que a legítima fora flexibilizada.

2.4 A viabilidade da flexibilização do direito à legítima: a necessidade de alteração legislativa

Como exposto no decorrer do presente trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro, a atual configuração da legítima se mostra insuficiente para atender os interesses de nossa sociedade. Isso porque, a citada sucessão forçada tem uma forma rígida e inalterável, de modo a contemplar automaticamente os herdeiros necessários do testador, independente de qualquer critério.

Com isso, a legítima dá o mesmo tratamento para herdeiros maiores ou menores de idade, vulneráveis ou não, hiper ou hipossuficientes, dependentes economicamente do autor da herança ou não, etc. Da mesma forma em que não há distinção quando há um vasto patrimônio ou quando há apenas um imóvel residencial a ser partilhado.

Desse modo, constatada a insuficiência da legítima à atual realidade e apresentados alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros em que esse instituto fora readequado, passa-se ao escopo de uma possível reforma legislativa sucessória no Brasil, com o intuito de que a limitação imposta pela legítima seja: *(i)* mantida ou ampliada aos casos em que houver necessidade por parte dos herdeiros; e, *(ii)* afastada ou reduzida, quando não houver necessidade por parte dos herdeiros; de modo a ponderar entre os princípios da solidariedade familiar e da autonomia privada do testador de acordo com a necessidade da proteção dos herdeiros frente a liberdade de disposição patrimonial do testador.

Sabe-se que a discussão da reforma da legítima enfrenta forte resistência por parte da classe política, principalmente para os mais conservadores, movida por medos, inseguranças e dogmas ultrapassados. Por esses motivos é que a legítima se encontra em uma configuração ultrapassada e inadequada, carecendo de reforma e aperfeiçoamento.

A despeito de encontrar certa resistência da classe política, é possível verificar junto ao sítio eletrônico do Congresso Nacional que, atualmente, existe elevado número de propostas de alteração legislativa no tocante a essa matéria, o que revela um forte indicador de que a legítima não tem atendido os resultados práticos esperados.

Dentre essas propostas, a que merece destaque é a de número 3.799, de 2019, de iniciativa da Senadora Soraya Thronicke, que, em seu texto inicial, inova ao prever uma hipótese de flexibilização da legítima, pela qual altera o artigo 1.846, do Código Civil, e possibilita a destinação de um quarto da legítima em favor de descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, desde que haja vulnerabilidade por parte destes. Abaixo a redação da proposta de alteração do referido artigo:

Art. 1.846. [...]

§ 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 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.

O projeto de lei também visa alterar a redação do artigo 1.831, do Código Civil, de modo a contemplar, além do cônjuge sobrevivente, o companheiro, os descendentes incapazes ou com deficiência e os ascendentes vulneráveis com o direito real de habitação, desde que estes residam com o autor da herança ao tempo de sua morte, e assim dispõe:

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 a situação verificada na data do óbito.

§ 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.

Ademais, o projeto de lei pretende excluir o cônjuge do rol dos herdeiros necessários, que passaria a ser integrado apenas pelos descendentes e ascendentes. Todavia, o projeto prevê uma proteção ao cônjuge ou companheiro que se encontre com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência, reservando a este capital que assegure sua subsistência. É o que se extrai da proposta de alteração dos artigos 1.845 e 1.850, do Código Civil:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

[...]

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.

§ 1º O cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito a constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência.

§ 2º O capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, são inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 3º Não terá direito ao capital ou a renda de que tratam os §§ 1º e 2º aquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserdação.

Existe, ainda, a previsão de uma maior restrição à imposição de cláusulas sobre os bens da legítima, sendo possível somente nos casos em que se fundar a teoria do patrimônio

mínimo, de autoria do jurista Luiz Edson Fachin, abordada anteriormente neste estudo. Essa alteração se configura no artigo 1.848, que assim é o texto do *caput*: “A cláusula de inalienabilidade só poderá ser aposta sobre os bens da legítima para proteger o patrimônio mínimo do herdeiro”.

A despeito do referido projeto propor inúmeras alterações no âmbito do direito sucessório, a exposição dessas alterações tem a finalidade de demonstrar a demanda e a necessidade de alteração do direito sucessório, bem como a vinculação da legítima com a vulnerabilidade ou dependência econômica dos herdeiros, como anteriormente abordado neste trabalho.

Sabe-se que, tendo em vista a dificuldade da matéria em comento, não haverá uma “fórmula mágica” que atenda a todos os interesses e hipóteses, mas que são necessárias as alterações legislativas e de grande relevância o fomento ao aperfeiçoamento e a redução de vícios da norma, fundados nos princípios e valores constitucionais aqui abordados.

Como visto, a legítima tem se apresentado extremamente relevante quando há dependência ou necessidade por partes dos herdeiros, ao passo que, quando não há dependência ou necessidade, a legítima serve somente para elevar a situação patrimonial do herdeiro e desprestigiar a autonomia da vontade do testador.

Por estes motivos é que se diverge no presente trabalho da interpretação de que o direito constitucional à herança se refere ao direito à sucessão legítima dos herdeiros necessários. Isso porque, ainda que não conferisse um direito absoluto aos herdeiros, consagraria a legítima em seus contornos atuais e representaria óbice a alteração legislativa no sentido de prestigiar a livre disposição patrimonial do testador nos casos em que não seja necessária a reserva de patrimônio em favor dos herdeiros legítimos.

Dessa forma, merece prosperar a interpretação que o direito à herança estampado na constituição refere à herança em sentido amplo, contemplando as sucessões testamentária e legítima. Assim, superada a interpretação de que o direito constitucional à herança se refere ao direito à sucessão legítima dos herdeiros necessários, a alteração legislativa aqui fomentada se mostra viável e materialmente constitucional.

CONCLUSÃO

Ao buscar na história os fundamentos e origem do direito sucessório e da limitação imposta pela legítima, para o fomento do debate aqui proposto, foi possível estabelecer três pilares fundamentais para a discussão do tema proposto, quais sejam, a vontade do testador, a família e a propriedade.

Desse modo, a despeito da relevância desse instituto, ficou demonstrada a sua inadequação e insuficiência para atender, além dos seus próprios fundamentos e origem histórica, os fins desejados e aos atuais interesses da sociedade brasileira.

O estudo da legítima no presente trabalho nos permite concluir pela necessidade de sua alteração e aperfeiçoamento, pois, como visto, esse instituto tem se repetido de forma não criteriosa e não tem se adequado com a evolução da sociedade e das relações familiares. Com isso, foi possível destacar os pontos de relevância desse instituto, bem como seus pontos polêmicos.

Sob o ponto de vista jurídico, também foi concluído pela necessidade e viabilidade da alteração desse instituto. Isso porque, ao proceder ao estudo desse instituto junto aos valores e princípios constitucionais, verificou-se que, por sua forma rígida e inalterável, não é suficiente para assegurar o princípio da solidariedade familiar, além de ferir, em muitos casos, o princípio da autonomia privada e o direito a propriedade do testador.

Ademais, respeitadas as opiniões contrárias, o presente estudo contrapõe a parte da doutrina que sustenta a interpretação extensiva pela qual o direito de herança previsto na Constituição Federal refere-se ao direito à herança legítima. Isso porque, como visto no decorrer deste trabalho, essa interpretação extensiva consagraria a legítima nos seus moldes atuais, o que se refuta no presente trabalho, pois, em virtude de sua forma inalterável, a legítima beneficia, automaticamente, sem que qualquer distinção, os herdeiros necessários, em detrimento da autonomia privada do testador, este que se vê privado da prerrogativa de disposição decorrente do direito de propriedade e da livre disposição testamentária.

Dessa forma, o presente estudo se coaduna com o entendimento de parte da doutrina pelo qual o direito de herança previsto em nossa constituição refere-se ao direito de herança em sentido amplo, isto é, que abrange tanto a sucessão legítima quanto à sucessão testamentária.

Refuta-se no presente trabalho a atual configuração da legítima, rígida e invariável, que limita automaticamente e sem critério o direito de disposição patrimonial do testador, bem como sua autonomia privada, beneficiando os herdeiros necessários independente de

qualquer condição. Como visto, esta limitação se funda principalmente na proteção dos herdeiros necessários e no princípio da solidariedade familiar que, contudo, pela própria rigidez da norma, não se mostraram, em termos práticos, efetivamente assegurados.

Ao debater a atual configuração da legítima, longe de esgotar o assunto, fomenta-se o debate com o intuito de aprimorar a norma. Ademais, sugere-se a busca por um modelo legislativo rico em detalhes, de modo a contemplar o máximo de situações e interesses possíveis, tendo como princípio norteador para elaboração da norma a relevância da legítima aqui defendida, isto é, a necessidade dos herdeiros necessários.

Dessa forma, concluiu-se por um objetivo central da alteração desejada, de modo que a limitação imposta pela legítima seja *(i)* mantida ou ampliada aos casos em que houver necessidade por parte dos herdeiros; e, *(ii)* afastada ou reduzida, quando não houver necessidade por parte dos herdeiros; de modo a ponderar entre os princípios da solidariedade familiar e da autonomia privada do testador de acordo com a necessidade da proteção dos herdeiros frente a liberdade de disposição patrimonial do testador.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Rio de Janeiro: 5ª Edição, Renovar, 2003.
- AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas: teoria e prática*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do brasil*. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 179, p. 25-37, jul./set. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176538/000843866.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 nov. 2023.
- 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.
- Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Código Civil; Barroso Junior, Sabino. *Projecto do codigo civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados : mandados imprimir pelo ministro do interior, dr. Sabino Barroso Junior*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. 6 v. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34560>>. Acesso em: 08 nov. 2023.
- 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.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direitos das sucessões*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS, Portal da Constituição Cidadã. *Ata da 25ª reunião da subcomissão dos direitos e garantias individuais da assembleia nacional constituinte*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c> . Acesso em 10 nov. 2023.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *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.
- 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.

DELGADO, Mário Luiz. *O direito fundamental de herança e a liberdade do titular do patrimônio*. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-13/processo-familiar-direito-heranca-liberdade-dispor-patrimonio>>. Acesso em 08 nov. 2023.

DIÁRIO DA REPÚBLICA. *Autonomia privada*. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/autonomia-privada>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26 ed. vol 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses jurídicas - direito das sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil – direito de família e das sucessões*. vol. 5, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade, p. 35-46. 2015. 9 v. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

LÔBO, Paulo. *Princípio da solidariedade familiar*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364>. Acesso em: 8 nov. 2023.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado dos testamentos*. Vol. 1. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v.6.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões, vol. 6, 27 ed., 1991, Saraiva.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança – a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015.

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.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. 25 ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Autonomia privada e direito de família - algumas reflexões atuais*. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM: 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1742/Autonomia+privada+e+Direito+de+Fam%C3%ADlia++Alguas+reflex%C3%B5es+atuais>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das sucessões. Vol 6. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020.

THRONICKE, Soraya Vieira. *Projeto de lei n° 3799, de 2019*. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

VEIGA, Melissa Ourives. *A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas*. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário 7 de Setembro. Fortaleza, Ceará, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VELOSO, Zeno. *Testamentos: de acordo com a constituição de 1988*. Belém: CEJUP, 1993.

WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.