



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ESTER CARDOSO DA SILVA

**A (DES)NECESSÁRIA RELEITURA DA RESERVA LEGÍTIMA: ENTRE
AUTONOMIA PRIVADA, SOLIDARIEDADE E VULNERABILIDADE**

BRASÍLIA
2022

ESTER CARDOSO DA SILVA

**A (DES)NECESSÁRIA RELEITURA DA RESERVA LEGÍTIMA: ENTRE
AUTONOMIA PRIVADA, SOLIDARIEDADE E VULNERABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília
2022

AGRADECIMENTOS

Um dos meus maiores sonhos se realizou ao ser aprovada no vestibular para cursar Direito na Universidade de Brasília. Sempre irei guardar comigo o sentimento de puro encanto ao ver pela primeira vez a bela FD, lugar em que conheci pessoas de inteligência e caráter inenarráveis, fonte de inspiração para toda a vida.

Meu caminho foi árduo. Houve momentos em que acreditava que não iria continuar, mas de certa forma aquele encanto do primeiro amor que senti em relação à Universidade nunca me deixou, impelindo-me a seguir em frente. E essa persistência eu também devo em grande parte às grandes mulheres que me apoiaram: minha mãe, Vera, que nunca hesitou em sempre me proporcionar a melhor educação; minha irmã e melhor amiga Raquel, que sempre torceu por mim apesar das minhas falhas; minha avó, Rosa, que orou por mim a todo momento; minha irmãzinha caçula Ana, a quem sempre busquei dar o melhor exemplo; e à Thatiane, cujo suporte foi fundamental durante todo o processo.

Por fim, todavia não menos importante, agradeço imensamente ao meu orientador, o Prof. Dr. João Costa Neto, que tanto aprendizado me proporcionou e cujas valiosas aulas de Direito das Sucessões me serviram de inspiração para este trabalho e avivaram meu interesse pelo Direito Civil, iluminando minha trajetória nos últimos semestres da faculdade.

RESUMO

Este trabalho analisa a compatibilidade entre a reserva legítima dos herdeiros necessários e o atual contexto fático e hermenêutico das famílias contemporâneas, marcado pela nova tábua axiológica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, em que se destacam os valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade. Evidencia a inércia do Direito Sucessório em acompanhar a evolução experimentada pelo Direito das Famílias, notadamente com as ultrapassadas disposições do Código Civil de 2002, cuja disciplina sucessória foi pouco atualizada em relação a seu antecessor. Verifica que os fundamentos para a manutenção da reserva legítima no Direito brasileiro ainda estão fortemente ligados à noção de família patrimonializada e não se adequam à solidariedade familiar, enquanto valor que enseja a realização pessoal de cada um dos membros da família. Identifica no direito fundamental de herança amplo campo de incidência, que não se confunde com o direito de propriedade nem com uma garantia exclusiva dos herdeiros necessários, devendo o legislador infraconstitucional respeitar o núcleo essencial de tal direito. Defende a permanência do instituto, nele constatando importante fator de proteção familiar, mas não nos exatos moldes em que se encontra regulamentado. Propõe sua revisão, de lege ferenda, a partir da vulnerabilidade, de modo a contemplar os interesses do autor de herança, em sua autonomia privada, e dos sucessores vulneráveis, cuja condição existencial carece da reserva patrimonial, isto é, dependem economicamente do autor de herança para a manutenção de uma vida digna, o que pode ocorrer por meio da destinação de parte da reserva legítima a tais indivíduos, ou pela alteração subjetiva do rol de herdeiros necessários.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Reserva legítima. Herdeiros necessários. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

This work analyzes the compatibility between the legitimate share of mandatory heirs and the situation of contemporary families, oriented by the new values inaugurated by the Federal Constitution of 1988, in which stand out the human dignity, the substantial equality and the solidarity. It also highlights the inertia of Succession Law in following the evolution experienced by Family Law, notably with the outdated provisions of the Civil Code of 2002, in which the Succession Law was little updated in relation to its predecessor. It verifies that the foundations for the maintenance of the legitimate share in Brazilian law are still strongly linked to the notion of a family attached to its property and do not suit the family solidarity, as a value that magnifies the personal development of each of the family members. It identifies the range that the fundamental right of inheritance has, which must not to be confused with the right of property or with an exclusive guarantee of the mandatory heirs. The lawmakers must respect the essential core of such right. Therefore, it defends the institute's continuity, because it is an important family protection factor, but not in the exact way in which it is regulated. Furthermore, it proposes a change in the institute by a future norm, by applying a vulnerability standart, in order to touch upon the interests of the future deceased, that has private autonomy, and of his vulnerable heirs, whose existential condition depends on the patrimonial share, that is, they depend economically of their heritor in order to maintain a dignified life, which can occur through the allocation of part of the legitimate share to such heirs, or by the subjective alteration of the list of mandatory heirs.

Keywords: Succession Law. Legitimate share. Mandatory heirs. Vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo.

CC/02 – Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

CC/16 – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CPC – Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PL – Projeto de Lei.

REsp – Recurso Especial.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A CRISE DA LEGÍTIMA NO BRASIL: DESCOMPASSO COM AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS	10
2 A RELEITURA DOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE?	34
3 A RECONFIGURAÇÃO DA DISCIPLINA DA RESERVA LEGÍTIMA: FLEXIBILIZAÇÃO A PARTIR DA TUTELA DAS VULNERABILIDADES.....	57
4 PROJETO DE LEI Nº 3.799/19	71
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho reflete sobre a possibilidade de flexibilização da reserva legítima, quota da herança que se destina a proteger os parentes mais próximos do falecido, a saber, seus descendentes, ascendentes e cônjuge, conhecidos como herdeiros necessários e definidos pela lei a partir da relação de parentesco e da presunção de vontade do autor de herança.

Diz-se que a reserva constitui significativa limitação à livre disposição da propriedade do autor de herança, restringindo sua transmissão a título gratuito tanto em vida, por meio de doações, quanto após a morte, por testamento, o que revela, em um plano mais amplo, forte obstáculo à realização do princípio fundamental da autonomia privada.

Tamanha restrição a direito deveria ocorrer a partir da realização de algum outro valor igualmente fundamental garantido pelo ordenamento, o que não se observa nos atuais contornos da rígida legítima, pois a integral proteção da família que a quota busca resguardar de maneira estritamente formal, a partir de simples vínculos de parentesco, não se faz presente no paradigma familiar contemporâneo, marcado, no plano fático, pela emancipação da mulher no mercado de trabalho, pelo aumento da longevidade das pessoas, pelo constante crescimento do fenômeno das famílias recompostas, pelo aumento do interesse pelos planejamentos sucessórios, e, no plano hermenêutico, pelo afeto como novo elemento constitutivo de família e pelos valores de solidariedade, igualdade e pluralidade inaugurados pela Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, urge questionar: a disciplina da reserva legítima, que pouco mudou nos últimos duzentos anos, ainda se mostra adequada para a efetivação da solidariedade e da autonomia no âmbito das famílias brasileiras contemporâneas, ou seria o momento de, lege ferenda, rever, a partir de critérios funcionais, como a vulnerabilidade, a disciplina dos artigos 1.789, 1.845 e 1.846 do Código Civil?

Neste diapasão, oportuno analisar os fundamentos que têm mantido o direito à legítima quase que inalterado nos últimos dois séculos, evidenciando que o Direito Sucessório falhou em acompanhar a significativa evolução experimentada pelo Direito das Famílias a partir da nova tábua axiológica da Constituição Federal de 1988.

Observa-se que o instituto não é isento de críticas na doutrina, que ora tende a privilegiar excessivamente a autodeterminação do testador, ora a tutelar o direito constitucional de herança enquanto garantia tão-somente dos herdeiros necessários.

Ultrapassadas as teses que buscam extinguir a legítima do ordenamento brasileiro, entende-se que é necessário manter o instituto, visto que uma reserva patrimonial constitui importante ferramenta para a proteção familiar, mas não em sua disciplina original, reconfigurando-o a partir de critérios funcionais que levem em consideração as situações existenciais da pessoa humana, bem como o respeito à autonomia privada do testador, a ser restrita somente em face de uma verdadeira solidariedade familiar.

Portanto, mantendo-se o percentual fixo de 50% do patrimônio do autor de herança enquanto quota destinada aos herdeiros necessários (art. 1.789, CC), um dos critérios possíveis para a releitura do instituto seria a adoção da categoria da vulnerabilidade em âmbito sucessório, levando à revisão dos artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil.

Note-se, porém, que não se adota aqui uma metodologia prescritiva, de modo a montar uma proposta de nova redação para os dispositivos, tarefa confiada ao legislador, muito menos dar soluções definitivas para um problema tão complexo, mas antes obter, do ponto de vista descritivo, a partir da moldura definida pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, uma opção mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro e às famílias contemporâneas, enriquecendo o debate em torno da matéria.

1 A CRISE DA LEGÍTIMA NO BRASIL: DESCOMPASSO COM AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

A família brasileira protagonizou significativas transformações: “mudou o seu formato de modo tão significativo que o próprio nome do direito que a regula se pluralizou. Agora se fala em Direito das Famílias”.¹ Afirma Paulo Lôbo que “nenhum ramo do direito privado renovou-se tanto quanto o direito de família, que antes se caracterizava como o mais estável e conservador de todos”², o que se observa na tendência crescente entre a doutrina e a jurisprudência em conferir especial primazia à socioafetividade, à autodeterminação e ao desenvolvimento da pessoa concretamente considerada, enquanto individualidade dotada de personalidade e objetivos próprios.

O mesmo, contudo, não vale para o Direito Sucessório: malgrado tenha vinculação direta com a família, o ramo permaneceu estático, em especial no que concerne à autonomia privada, fortemente restrita em razão do direito à legítima dos herdeiros necessários. É o que corrobora Rolf Madaleno:

“O Direito de Família e o Direito Sucessório têm entre eles uma indubitosa integração, **não se mostrando adequado e atualizado que apenas o Direito de Família evolua e que o Direito das Sucessões permaneça absolutamente estático**, como se a sociedade civil não tivesse passado por importantes mudanças ao longo das décadas transcorridas desde as Ordenações no Brasil, **como se a autonomia privada só tivesse avançado no domínio do Direito de Família e sem nenhum avanço no campo das sucessões.**”³ (grifou-se)

A Constituição Federal de 1988, não obstante, positivou de forma inédita em seu art. 5º, inciso XXX⁴, o direito fundamental de herança, conferindo ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir seus contornos. Nesse ensejo, o Código Civil incorporou o direito à legítima dos herdeiros necessários, que se trata da reserva obrigatória de metade da herança líquida do falecido, regulamentada, dentre outros, pelos artigos 1.789⁵, 1.845⁶ e 1.846⁷ do Código Civil.

¹ DIAS, Maria Berenice. Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/questoes-patrimoniais-e-aspectos-eticos-do-direito-sucessorio/>>. Acesso em: 08/07/2022.

² LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 31.

³ MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 405.

⁴ Art. 5º (...) XXX: é garantido o direito de herança.

⁵ CC/02. Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

⁶ CC/02. Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁷ CC/02. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Essa previsão passa a ser questionada na medida em que limita sobremaneira a autonomia privada do autor de herança através de obstáculos ao direito de livre disposição de sua propriedade (art. 5º, XXII, CF⁸ e art. 1.228, CC⁹) em vida (art. 549, CC¹⁰) ou causa mortis (art. 1.857, §1º, CC¹¹), em nome da solidariedade familiar, traduzida na proteção de seus familiares presumidamente próximos, nos termos dos artigos 3º¹², 226¹³ e 227¹⁴ da Constituição Federal.

Porém, os mesmos elementos que têm preservado tal instituto ao longo de duzentos anos passam a justificar sua releitura, visto que a família, objeto primordial de sua tutela, se transformou substancialmente desde a elaboração do Código Civil na década de 70, deixando de ser vista, sob a luz da nova tábua axiológica inaugurada pela Constituição de 1988, como um fim em si mesma, e passando a se destacar enquanto espaço democrático¹⁵ de realização pessoal de seus membros, no qual se dá especial proteção à criança, ao adolescente e ao idoso, alterando o que se entende por solidariedade em âmbito familiar, agora marcada pelos valores

⁸ CF/88. Art. 5º. XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁹ CC/02. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁰ CC/02. Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

¹¹ CC/02. Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. **§1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.** §2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado. (grifou-se)

¹² CF/88. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹³ CF/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁴ CF/88. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁵ Família democrática, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, “nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada. mesmo modo, a família “dignificada”, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada.” (MORAIS, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>>. Acesso em: 08/08/2022.)

fundamentais da igualdade substancial (art. 5º, caput, e inc. I, e art. 226, §5º, CF¹⁶), da dignidade (art. 1º, III, CF¹⁷), da pluralidade (art. 226, §§3º e 4º, CF¹⁸) e da democracia.

Veja-se o tema sob quatro diferentes perspectivas.

Imagine-se, primeiramente, uma família (“família 1”) matrimonial, nos moldes de 1916, formada por pai, chefe de família e único provedor, mãe, e cinco filhos menores. O pai morre jovem, aos 30 anos, como era comum no século XIX dada a baixa expectativa de vida, deixando a seus familiares metade de seu patrimônio, vez que dispôs da outra metade em favor de um colégio de meninos onde estudou na infância. Nesse caso, não fosse a proteção da legítima, a família ficaria desamparada, pois os filhos menores dependiam do pai para seu sustento, visto que a mãe era dona de casa. Fazia muito sentido, então, à época, resguardar a metade do patrimônio do autor de herança em favor dos familiares próximos, presumindo-se que sua vontade póstuma seria de protegê-los. Sem isso, deixaria vários filhos, quase sempre menores, desamparados.

Retornando à sociedade brasileira pós CF/88, imagine-se agora um cenário bastante comum onde há uma família com poucos recursos (“família 2”), beneficiária de programas sociais do governo, composta por pai, mãe e três filhos menores. Os genitores claramente não conseguem assegurar satisfatoriamente aos filhos saúde, alimentação, educação, lazer, e cultura, deveres previstos no artigo 227 da Constituição. Mesmo assim, o ordenamento permite que os pais disponham de metade de seu patrimônio por meio de doação ou testamento, o que agravaria sobremaneira a situação dos filhos. Ou pior, é possível que dilapidem quase todo o patrimônio a título oneroso, o que ocorreria, por exemplo, se um ou ambos os genitores fossem viciados em bebidas alcoólicas ou tóxicos. Nesse caso, percebe-se que a legítima fixada em 50% do patrimônio não cumpre com sua função social de solidariedade e proteção familiar.¹⁹

¹⁶ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226, §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁷ CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸ CF/88. Art. 226, §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁹ BACHOUR, Rodrigo Maia. Deveres fundamentais da família e direito à herança: análise da possibilidade de flexibilização da legítima. Orientador: Adriano Sant’Ana Pedra. 2020. 107p. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, p. 11. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/843?locale=pt_BR>. Acesso em: 27/07/2022.

Outra hipótese seria a de uma família abastada (“família 3”), formada também por pai, mãe e três filhos menores. Os pais, detentores de vasto patrimônio e engajados em causas sociais, calculam que 30% de sua herança seria suficiente para dar plenas condições de sustento para seus filhos, mantendo exatamente o mesmo padrão de vida que levam. Desejando doar os 70% restantes para instituições sociais, esbarram na limitação imposta pela lei, devendo deixar obrigatoriamente 50% aos filhos, mesmo que não necessitem. Nesse caso a legítima também não alcança o ditame da solidariedade constitucional. Não obstante, o ordenamento ainda permite uma situação em que esses mesmos genitores gastem quase todo o patrimônio em objetos de luxo, viagens, festas e jogos, chegando à possibilidade de não poderem mais arcar nem com os estudos dos filhos.²⁰

Outra conjuntura cada vez mais comum é a das famílias recompostas, somada ao aumento do interesse pelos planejamentos sucessórios. Considere-se uma família (“família 4”), em que ambos os companheiros provenham de relacionamentos anteriores, possuindo filhos exclusivos. Do novo relacionamento, são frutos filhos menores. Se em algum momento os companheiros se separarem, e um deles, por exemplo, preocupado com seu planejamento sucessório, resolver se casar em separação convencional de bens, esbarrará em limites estanques propostos pelo direito sucessório²¹. Seu novo consorte será herdeiro forçoso, em detrimento de todos os vulneráveis que o outro possuía na família e deseje beneficiar com seu patrimônio, fortemente comprometido com a legítima dos herdeiros necessários. E esses problemas se acirram ainda mais se conjugados com a crescente primazia da socioafetividade. Se, por exemplo, um dos companheiros da “família 4” tivesse um filho biológico, mas que, exclusivamente genético, fora criado e registrado por outra família, ele poderia, quando da abertura da sucessão, reivindicar uma legítima que não ajudou a construir.

Nos casos hipotéticos apresentados, somente a “família 1”, predominante sob a égide do Código de 1916, se beneficiou verdadeiramente com a disciplina rígida da legítima. As demais, que representam apenas uma ínfima parte de toda a pluralidade que tem se verificado nas famílias contemporâneas, demonstram que a fixação pelo ordenamento jurídico de uma reserva estanque pode gerar incongruências. A existência do instituto é importante para garantir

²⁰ *Idem*, p. 12.

²¹ Enunciado nº 270, Conselho da Justiça Federal: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

dignidade aos membros da família, mas isso não ocorre nos moldes em que se encontra fixado, vez que literalmente reproduzido pela legislação ao longo dos séculos.

Oportuno, portanto, tutelar a dignidade humana tanto daquele que transmite seus bens com autonomia, a saber, o autor de herança, quanto daqueles que efetivamente deles necessitam para a manutenção de uma vida digna, o que leva à necessidade de revisitar a disciplina da reserva legítima, deixando de lado o atual critério apriorístico pautado pelo mero parentesco, e passando a se aproximar mais da realidade social, incluindo critérios objetivos e funcionais que atentem para as circunstâncias pessoais dos envolvidos. Para tanto, pode ser adotada na esfera sucessória a categoria da vulnerabilidade, que vem paulatinamente ganhando espaço no Direito Privado, de modo a oferecer a proteção da reserva legítima aos herdeiros considerados vulneráveis, resguardando, ao mesmo tempo, a autonomia privada do testador.

A vulnerabilidade no direito sucessório, como será exposto, se trata de condição existencial na qual o indivíduo não possui condições de garantir a preservação de sua dignidade sozinho, como é o caso de menores, incapazes, pessoas com deficiência, idosos e todos aqueles que de alguma maneira dependiam do patrimônio do autor de herança para sobreviver.

Chega-se, nesse cenário, às seguintes conclusões:

a) A limitação patrimonial operada pela disciplina atual da reserva legítima não é justificável quando realizada tão-somente por razões de parentesco, ignorando as reais necessidades dos herdeiros, que muitas vezes não carecem de proteção, bem como a atual realidade social e familiar, marcada por uma realidade urbana dinâmica, em que se notam: múltiplos arranjos familiares; a trivialidade do divórcio e o crescimento do fenômeno das famílias recompostas; o aumento da longevidade da população; a primazia da socioafetividade em detrimento dos simples laços biológicos; a crescente igualdade entre homens e mulheres; o progressivo interesse em planejamentos sucessórios; e a diversificação e ampliação do próprio patrimônio transmitido, deixando de ser a simples propriedade comum imóvel e rural.

b) O regime vigente do instituto perpetua a noção de família enquanto núcleo de acumulação patrimonial chefiada pela figura do pai, pois deriva de fundamentos desenvolvidos no século passado, em que a vontade presumida do falecido seria proteger seus filhos, recompensar seus pais e dividir seu patrimônio com seu cônjuge somente após a morte, visto que seu sagrado casamento duraria a vida toda;

c) Embora presente disciplina ultrapassada, a reserva legítima não deve ser abolida, pois constitui, de fato, importante proteção para os membros da família. Além disso, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e princípios em que conflitos são resolvidos a

partir da máxima da proporcionalidade, sendo que a extinção do instituto em face da tensão entre propriedade e direito de herança esvaziaria este em favor daquela, gerando inconstitucionalidade. Isso porque o direito fundamental de herança previsto no inciso XXX do artigo 5º da Constituição possui ampla incidência, não se identificando como um direito exclusivo dos herdeiros necessários, nem como um mero adendo ao direito de propriedade, em relação à qual o autor de herança teria livre disposição. Garante-se a herança enquanto instituto, alcançando o hereditando, seus herdeiros, o Estado, o legislador e todos os cidadãos;

d) Por outro lado, preservando-se o núcleo essencial do instituto, nada impede sua releitura a partir de critérios funcionais, pautados pela primazia das situações existenciais em relação às patrimoniais e a partir dos valores constitucionais, conforme patrocina a metodologia do direito civil-constitucional;

e) Uma das possibilidades para tanto é importar o conceito de vulnerabilidade para o Direito Sucessório, a partir do qual se pode destinar a proteção da reserva legítima a herdeiros considerados vulneráveis econômicos, a saber, menores, incapazes, idosos, pessoas com deficiência e todos aqueles que não possuam condições de, por si próprios, propiciar os recursos necessários à preservação de sua dignidade²², atualizando-se a redação dos arts. 1.845, 1.846 do Código Civil.

f) Sem pretender elaborar um desenho legislativo, sugere-se, como ponto de partida para eventuais discussões acerca do tema, alternativamente: i) alterar o rol do art. 1.845, estabelecendo como herdeiros necessários apenas os herdeiros (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro) vulneráveis; ii) mantendo a redação original do art. 1.845, acrescentar ao art. 1.846 um ou mais parágrafos, de modo a possibilitar que o autor de herança destine, por meio de testamento, parte da reserva legítima a herdeiros vulneráveis, necessários ou facultativos, isto é, os colaterais (art. 1.829, IV, e 1.850, CC)²³.

De todo modo, necessário iniciar a exposição do problema a partir da gênese do instituto no Direito brasileiro, pois é essencial compreender o contexto histórico em que se preferiu privilegiar a proteção da família, assentada na continuidade da propriedade familiar entre os herdeiros de sangue²⁴, em detrimento da liberdade de testar, fundada na autonomia da vontade. Assim, “o estudo de um instituto jurídico não deve prescindir de sua historicidade, mas precisa

²² 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. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>>. Acesso em: 08/08/2022.

²³ São herdeiros legítimos os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge) e facultativos (colaterais). Estes últimos podem ser excluídos da herança por simples disposição em testamento.

²⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 49.

estar atrelado a experiência social em que se insere”²⁵, pois a evolução dos institutos se dá de modo contingencial e cultural, em função dos valores partilhados por uma dada comunidade em determinado momento histórico-social.

Desde o século passado se verificam acaloradas discussões em torno desse dualismo, pontuando José de Oliveira Ascensão que “neste campo as tradições têm uma importância fundamental e que o sistema é bom ou mau, atinge ou não os seus objetivos, consoante a situação de cada país.”²⁶ Pontes de Miranda, disso não se distanciando, identificou diversos fundamentos levantados ao longo do tempo para a defesa de uma reserva hereditária, concluindo que “no fundo, conciliam-se os interesses da família e os interesses provindos de amizade e gratidão”.²⁷

“a) A **primeira** concepção foi de ser tal regra jurídica **emanação da compropriedade familiar** (e.g., A. Boistel. R. Troplonge A. Renouard). b) A **segunda**, a de ser a sucessão legítima **continuação da dívida alimentar** [...]. c) Alguns juristas sustentam tratar-se de **fideicomisso tácito**. Aí há alusão aos bens próprios das famílias, sujeitos à reserva costumeira, e à liberdade dos aquestos (...). d) Outros juristas pretendem que se trate de **vontade presumida do defunto**. Tal justificativa que se poderia invocar para a sucessão legítima estaria em contradição com a herança necessária (...). e) A discussão em França foi renhida. O tribuno Sédillez recusava a porção necessária aos colaterais pela falta de habitação em comum. Jean-Etienne-Marie Portalis achava que era devida, na linha reta, a quota, pelo **dever, que têm os pais, de prover ao estabelecimento dos filhos**. Treihard chegou a falar de título sagrado à posse dos bens, e de relações sagradas também falou François Jaubert, e o adjetivo aparece em textos de Bicol-Preameneu. François Denis Tronchet e Chaibot invocaram a lei natural.” (grifou-se)

Na doutrina contemporânea é possível encontrar fundamentos semelhantes aos elencados por Pontes de Miranda, a exemplo de Luiz Paulo Vieira de Carvalho²⁸, Flávio Tartuce²⁹ e Sílvio Rodrigues³⁰, que identificam na sucessão legítima - e, conseqüentemente, na

²⁵ KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes; Rose Melo Vencelau Meireles. (Org.). Direito Civil. 1. ed., 2015, p. 31.

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 28.

²⁷ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit. apud PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atualização de Giselda Hironaka e Paulo Lobo. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. LV, p. 256-258.

²⁸ Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, “a sucessão legítima ou legal tem suporte na vontade do legislador, com base na vontade presumida do hereditando, no sentido de amparar economicamente as pessoas a ele ligadas pelos mais profundos laços de afeto, isto é, seus familiares.” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. Op. cit., p. 65.).

²⁹ Em suas palavras: “o legislador presume a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de seu falecimento sem testamento.” (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 226).

³⁰ Sílvio Rodrigues insiste na noção de vontade presumida, argumentando que a sucessão legítima seria aquela “procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas que, por serem ligadas ao de cujus por laços

própria reserva - uma expressão da vontade presumida do falecido, consubstanciada na ordem de vocação hereditária, composta por seus familiares mais próximos, com quem guardaria profundos laços de afeto. É o que também se retira das lições de Itabaiana de Oliveira, que ressalta fortemente a importância dos vínculos biológicos:

“(A legítima) reside nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do de cujus, se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por serem a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser (...). Por isso, a lei pressupõe tácita e forçosamente, instituídos os herdeiros necessários, quando não são, expressa e justamente, deserdados pelo testador; são, ainda, os que não podem ser preteridos, classe esta a que pertencem, exclusivamente, os descendentes e os ascendentes”³¹. (grifou-se)

Desde o século passado se afigurava incômoda a ideia da plena liberdade de testar, visto que a legítima garantiria a “persistência da família”,³² discurso compatível com aquela conjuntura histórica à qual se alinhava o Código de Beviláqua, fortemente marcada pela manutenção da família-instituição patrimonial e patriarcal, bem como por uma obsessão em garantir o futuro dos filhos³³, repelindo-se quaisquer teses que subvertessem tal lógica, conforme se observa nos entraves empregados ao projeto de Coelho Rodrigues em 1890, que propôs a eliminação da quota necessária³⁴, e na continuidade do instituto na Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839, de 1907), que, todavia, rompeu com o sistema anterior das Ordenações do Reino ao reduzir o quantitativo de dois terços para metade (50%) do patrimônio do pai e ao incluir o cônjuge na terceira classe dos vocacionados, pois até então somente herdava na ausência de parentes colaterais.³⁵

de parentesco, ou matrimônio, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade.” (RODRIGUES, Silvío. Direito civil. v. 7. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17).

³¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Tratado de direito das sucessões. Imprensa: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 314.

³² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 43. apud FONSECA, Tito Prates da. Sucessão testamentária. São Paulo: 1928, p. 24.

³³ *Idem*, p. 43.

³⁴ Coelho Rodrigues entendia que o instituto faria com que o filho se tornasse credor dos pais, o que se afigurava imoral, uma vez que desmoralizaria a autoridade paterna e corromperia “a mocidade com o luxo, a inação, o vício”, além do mais, a limitação da faculdade de dispor do patrimônio diminuiria o “estímulo para o trabalho, o aperfeiçoamento da produção, a economia”. (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões, vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 366).

³⁵ In verbis: “Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjuge 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. Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra

Não obstante, a plena liberdade de testar viria a ser rediscutida anos depois, durante a tramitação do Código Civil de 1916, considerada por Clóvis Beviláqua uma “desastrosa inovação”³⁶, alegando que era um “argumento sem valor”³⁷ a tese que identificava no direito de testar uma simples aplicação do direito de livre disposição da propriedade, uma vez que a autonomia privada seria limitada face ao caráter relativo do direito de propriedade, cingido por sua função social. Criticando também aqueles que consideravam a herança forçada uma injusta restrição à liberdade individual, afirmou que o instituto protegia a família do arbítrio do testador “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar”³⁸. Ademais, revelou que seria uma ilusão pensar que a liberdade de testar consolidava a autoridade paterna ao beneficiar o filho mais digno, uma vez que a hipocrisia, a intriga e a ganância afastariam a boa-fé dos pais, gerando também a discórdia entre os irmãos.³⁹ Por fim, contrapondo aqueles que afirmavam que a herança estimularia o ócio dos herdeiros, Beviláqua defendeu que esse risco seria evitado caso a eles fosse dada educação conveniente.⁴⁰

Manteve-se, portanto, a reserva de metade do patrimônio aos herdeiros necessários - descendentes e ascendentes⁴¹ -, quantitativo que permanece até os dias atuais. Para Pontes de Miranda, o Código de 1916 fora elaborado a partir da “predominância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal”⁴², sintetizando “um direito mais preocupado com o círculo

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 espécies os bens que constituem 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. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 15/08/2022).

³⁶ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 65-66. apud BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983, p. 751.

³⁷ *Idem*, p. 750-752.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ É o que se depreende dos arts. 1.576, 1.603 e 1.721 do Código de 1916: “Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. 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. 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).” (BRASIL. Senado. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil).

⁴² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. Op. cit., p. 25. apud MIRANDA, Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 489.

social da família do que com os círculos sociais da nação”⁴³. Não foi por menos que Orlando Gomes pontuou que direito hereditário ostentava, “em traços berrantes”⁴⁴, uma preocupação pela estabilidade do grupo familiar, a partir da conservação do patrimônio formado pelo chefe de família e sua destinação à garantia do futuro dos filhos, “preservando-os da adversidade ou prevenindo-lhes a estronice”⁴⁵. Completa ele:

“Do mesmo teor é o princípio consagrado de limitação à liberdade de testar, pelo qual metade do acervo hereditário deve pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Nesse particular, o cuidado com a prole resultante de matrimônio apura-se a ponto de determinar importante alteração quantitativa da legítima. O Código não se satisfaz com a terça; exige que a reserva seja a metade”.⁴⁶

A ideia era de que legítima, sagrada e intangível, funcionaria como um freio ao poder de dispor por ato de última vontade, evitando o arbítrio do testador, ou, em outras palavras, aquilo que Tito Prates da Fonseca chamava, ainda na década de 20, de “desregramentos”⁴⁷, que o faria deixar, conforme observou Orosimbo Nonato, “em oblvio seus deveres de principal da família, com opróbio dos parentes e escândalo da sociedade.”⁴⁸ A autonomia privada do testador estava ligada a questões subjetivas e comportamentais, tratando-o como “um pródigo em potencial”.⁴⁹

Tratava-se, portanto, de uma sociedade agrária, organizada em torno da casa-grande escravocrata, sustentada pelo patriarca e considerada “a única ordem perfeita e íntegra que essa sociedade conheceu”⁵⁰, o que também se aplicava aos pobres e comerciantes, visto que a tradicional instituição do matrimônio, vinculado aos interesses patrimoniais e que combinava confiança, parentesco e laços de herança, era meio para a organização do trabalho agrário e para a concretização do poder do pai, da proteção da virtude das esposas e filhas e da santidade e

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ “(...) **a família fundamento e synthese da sociedade, vem, também, coibir a liberdade absoluta de disposição da propriedade.** (...) A liberdade absoluta de testar parte do falso pressuposto da obediencia certa do homem aos sentimentos naturaes; abstráe dos funestos efeitos das paixões violentas. **Por isso mesmo que a propria natureza humana conduz, em condições normaes, à disposição em favor da família, é que se justifica a necessidade de preserval-a contra possíveis desregramentos.**” (grifou-se) (ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. Op. cit., p. 43. apud FONSECA, Tito Prates da. Op. cit., p. 24).

⁴⁸ Completa Nonato que “a liberdade de testar, assim, procura se esforçar em razão nem sempre prevalente: a da obediência pontual e indesviável do homem aos sentimentos naturais, aos imperativos do dever”. (Idem, p. 47-48 apud NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 356).

⁴⁹ *Idem*, p. 47-48

⁵⁰ *Idem*, p. 64.

inviolabilidade do lar.⁵¹ Marcada por aquilo que Orlando Gomes chamou de “privatismo doméstico”⁵², tal estrutura foi retratada de forma emblemática por Gilberto Freyre em “Casa-Grande & Senzala”:

“A família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil (...) a colonização (...) repousaria sobre a instituição da família escravocrata; da casa-grande; da família patriarcal; sendo que nestas bandas acrescida a família de muito maior número de bastardos e dependentes em torno dos patriarcas, mais femeeiros que os de lá e um pouco mais soltos, talvez, na sua moral sexual.”⁵³

Reconhecia-se como entidade familiar apenas aquela formada pelo sagrado matrimônio, monogâmico e heterossexual, que devia durar até o fim da vida, sendo impedida sua dissolução, predominando a hegemonia do poder do pai, a quem cabia a chefia da sociedade conjugal, enquanto a esposa, considerada relativamente incapaz, e os filhos ficavam sob sua autoridade. Era uma verdadeira instituição, extensa, rural, una e apartada das pessoas dos seus membros, vista como uma unidade de produção em que os membros constituíam força de trabalho⁵⁴.

Além da desigualdade entre marido e mulher, havia discriminação entre filhos em razão de sua origem, sendo considerados legítimos ou ilegítimos⁵⁵, diferenciação puramente punitiva e supressora de direitos, “na vã tentativa da preservação da família matrimonializada”⁵⁶ e do patrimônio em seu âmbito, relegando à invisibilidade todos aqueles que não faziam parte dessa entidade e ameaçavam sua integridade patrimonial.⁵⁷

Contudo, no decorrer do século XX e com o avanço da sociedade contemporânea, a concepção oitocentista de família começou a perder expressividade. Em 1949, a lei nº 883 passou a admitir o reconhecimento dos chamados filhos ilegítimos, conferindo-lhes direitos até então ausentes, embora isso fosse possível somente com o fim da sociedade conjugal do genitor

⁵¹ KUZNESOF, Elizabeth Anne. A família na sociedade brasileira: parentesco, clientelismo e estrutura social. Revista brasileira de história, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 46. Disponível em: <https://www.anpuh.org/revistabrasileira/view?ID_REVISTA_BRASILEIRA=24>. Acesso em: 13/07/2022.

⁵² GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

⁵³ FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51 ed. São Paulo: Global, 2006, p. 80-85.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 43.

⁵⁵ Eram legítimos os filhos oriundos do casamento, única instituição familiar reconhecida. Ilegítimos, aqueles originados de pais não casados (ilegítimos naturais), de relações paralelas ao casamento (ilegítimos adulterinos), ou de familiares impedidos de contraírem matrimônio (ilegítimos incestuosos). (MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 191).

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op. cit., p. 147.

⁵⁷ *Id.* Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Op. cit.

adúltero.⁵⁸ O Estatuto da Mulher Casada de 1962 buscou eliminar, dentro do possível, as normas que discriminavam a cônjuge feminina, devolvendo sua plena capacidade civil, assegurando a propriedade de seus bens individuais, conferindo-lhe a titularidade do pátrio poder que, até então, desfrutava supletivamente⁵⁹, e ampliando seus direitos sucessórios, com o usufruto vidual (art. 1.611, § 1º, CC/16) e o direito real de habitação em seu favor (art. 1.611, § 2º, CC/16)⁶⁰.

Quinze anos depois, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), viria a pôr em xeque a hegemonia do casamento, abrindo a possibilidade de sua dissolução e afastando a ideia de família enquanto instituição matrimonial permanente e sagrada. No mesmo ensejo, deu-se a passagem do regime legal de comunhão universal para comunhão parcial de bens, o que impactou diretamente na disciplina sucessória do cônjuge.

O regime legal de comunhão universal se adequava satisfatoriamente ao sistema de 1916, em que apenas ascendentes e descendentes eram herdeiros necessários, cabendo ao cônjuge, na abertura da sucessão - único motivo para a dissolução do sagrado casamento -, a metade de todo o patrimônio comum do casal, não restando desamparado⁶¹. Essa estrutura começou a ruir com as inovações de 1977, recebidas com desconfiança pela população, dizendo-se que o divórcio, sintoma da decadência e do egoísmo social, “dissolvia a família”.⁶²

⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. Data de publicação: 13/11/2001. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/17/Dos+filhos+havidos+fora+do+casamento>>. Acesso em: 07/07/2022.

⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. Revista Da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo, 88, 239-254. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>>. Acesso em: 07/07/2022. No entanto, se houvesse divergência entre os cônjuges, prevalecia a vontade do marido, visto que a mulher era mera colaboradora. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 648).

⁶⁰ Na disciplina do Código Civil de 1916, o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal fazia jus ao direito real de habitação sobre o domicílio conjugal se o imóvel fosse o único com destinação residencial, direito que permanecia até que constituísse nova união. Nos demais regimes, cabia o usufruto vidual, que correspondia à quarta parte da herança se houvesse descendentes, ou à sua metade, se houvesse somente ascendentes do falecido. In verbis: “Art. 1.611. À 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. §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; §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.

⁶¹ GOMES, Renata Raupp. Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019, p. 165.

⁶² DELGADO, Mário Luís. 40 anos de divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>>. Acesso em: 05/08/2022.

Mas foi com a promulgação da Constituição de 1988 que as mudanças mais profundas ocorreram, dado que, contrariando a lógica anterior, atraiu para seu âmbito uma série de relações privadas, a fim de resguardar seu fundamento maior - a dignidade da pessoa humana. Por meio de apenas quatro ou cinco dispositivos, trouxe mudanças estruturais ao Direito de Família⁶³, imprimindo à entidade familiar a função de “locus de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades”⁶⁴, subtraindo desta sua finalidade puramente procriativa⁶⁵ e redimensionando seu conceito, que passou a ser permeado pela pluralidade e afetividade, reconhecendo-se os modelos monoparentais (art. 226, §5º, CF) - formados por qualquer dos pais e seus descendentes - e os informais, como a união estável (art. 226, §3º da CF). Isso levou à atribuição, pela Lei nº 8.971 de 1994, de direitos sucessórios ao companheiro, garantindo-lhe o usufruto vidual dos bens que compunham a herança (art. 2º, I e II), a integralidade do acervo hereditário na ausência de descendentes e ascendentes (art. 3º, III), bem como 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)

A Constituição também fomentou a igualdade no âmbito familiar, ao fixar a isonomia entre homens e mulheres quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º, CF), e proibir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º, CF).

O Código Civil de 2002 não acompanhou tais transformações, apresentando dificuldades em tutelar a realidade plural que o esperava, vez que seu projeto, datado da década de sessenta, levou cerca de vinte e seis anos para ser aprovado, incorporando somente algumas mudanças conceituais, arremates e remendos⁶⁶.

Muitas críticas se seguiram. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o texto consolidado era muito tímido e desligado do progresso social, em compensação ao comodismo das soluções passadistas.⁶⁷ Francisco José Cahali argumentou que boa parte das determinações apenas reprisavam a legislação anterior ou corroboravam as regras já vigentes.⁶⁸

⁶³ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 6.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. Op. cit., p. 137.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op. cit., p.51.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Op. cit.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2001. p. 5.

⁶⁸ CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 279.

Para Miguel Reale, coordenador da redação do Projeto do novo Código Civil, as críticas não se sustentavam, já que os 26 anos de tramitação foram marcados por “progressiva e incessante atualização”⁶⁹, incorporando-se ao projeto todas as mudanças substanciais, mantendo-se sempre atual a partir das vertentes da operabilidade, socialidade e eticidade, tanto que “se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.”⁷⁰

Apesar da pontual defesa de Reale, percebe-se que na verdade a codificação civil não acompanhou a significativa evolução do comportamento social da multifacetada sociedade brasileira, que deixou de lado o privatismo doméstico e adotou a autonomia e o afeto⁷¹ como palavras de ordem, reconhecendo-se múltiplos arranjos familiares⁷², cada qual sujeito a disciplina legal adequada a suas necessidades, sem se equiparar ou se condicionar ao estatuto de outro.⁷³

A legítima dos herdeiros necessários, obrigatoriamente destinada a cônjuge (e companheiro), descendentes e ascendentes, se aplica indistintamente a todo e qualquer tipo de família, ignorando toda a evolução paradigmática observada. É certo que o Código apresentou algumas inovações em matéria sucessória⁷⁴, mas a herança necessária não mudou quase nada

⁶⁹ REALE, Miguel. In: REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). História do novo Código Civil. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 19 e REALE, Miguel, Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Part_e_I_revistaemerj_9.pdf> Acesso em: 07/07/2022.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ A Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) positivou tal entendimento no inciso III do art. 5º, conceituando família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

⁷² Pode-se citar, dentre elas, além das que vêm surgindo cotidianamente: família sem casamento (informal); sem um dos genitores (monoparental); sem ambos os genitores (anaparental); com a combinação de entidades fragmentadas, agregando filhos exclusivos e comuns (reconstituída, mosaica ou pluriparental); com dúplici união afetiva (paralela); integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva (poliafetiva); formada por pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção (substituta); e o núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros (eudemonista). (MADALENO, Rolf. Direito de Família. Op. cit., p. 56-101).

⁷³ LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. Op. cit., p. 60-61.

⁷⁴ Euclides Benedito de Oliveira destaca que as inovações mais notáveis ocorreram no que toca à vocação hereditária e ao incremento dos direitos do cônjuge. Nessa perspectiva: “Foram introduzidos novos regramentos, com a especificação das pessoas que se habilitam a suceder, incluindo-se a posição do nascituro. Também se cuidou, com destaque, da cessão do direito à sucessão aberta, com normas sobre a forma de sua efetivação e o resguardo do direito de preferência dos co-herdeiros. No entanto, a ordem de chamamento dos herdeiros na sucessão legítima foi a mais alterada. Reforçou-se a posição do cônjuge, por ser herdeiro necessário e em vista de sua participação concorrente na herança com descendentes e com os ascendentes do falecido, num complexo sistema condicionado ao regime matrimonial de bens e à origem dos descendentes, quando o concurso se dá com relação a estes”. (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. Revista CEJ, v. 8, n. 27, 2004, p. 63).

quantitativa e qualitativamente em comparação com seu regime original do Código de 1916, que, por sua vez, reproduziu as disposições da Lei Feliciano Pena de 1907.

As maiores inovações foram a inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários (art. 1.845, CC), passando também a concorrer com descendentes ou ascendentes (art. 1.829, I, CC), e a disciplina da sucessão do companheiro, ambas ocasionando diversas controvérsias na doutrina e jurisprudência.

O legislador de 2002 buscou “compensar” o cônjuge supérstite após o estabelecimento do regime legal de comunhão parcial e da extinção do usufruto vidual, evitando que ficasse desamparado, uma vez que o novo regime conferia grande margem de patrimônio particular não comunicável no casamento, o que poderia levar a uma situação em que os viúvos restassem sem meação ou sucessão, caso houvesse descendente, ascendente ou testamento.⁷⁵

Essa proteção, contudo, somente fazia sentido na década de setenta, quando da elaboração do Código de 2002, momento em que ainda havia firme consenso quanto à sacralidade do casamento, marcado pela desigualdade entre os cônjuges. Ao entrar em vigor quase três décadas depois, a proteção do diploma civil já se mostrava defasada, pois a realidade social, sobretudo familiar, bem como a ordem constitucional, era outra, profundamente diversa daquela que serviu de embasamento para sua elaboração.⁷⁶

Outro debate que obteve grande relevo, em vez de resultar de alguma modificação do texto da lei civil, proveio da decisão do STF pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que equiparou os regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro⁷⁷, sem, no entanto, deixar claro se este último seria ou não herdeiro necessário. Em que pese a incessante discussão doutrinária em torno desse assunto⁷⁸, entende-se aqui que a igualdade entre cônjuge

⁷⁵ GOMES, Renata Raupp. Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Op. cit., 162.

⁷⁶ *Idem*, p. 163.

⁷⁷ Fixou-se, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017, com repercussão geral. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/07/2022).

⁷⁸ Tartuce salienta que o tema constitui verdadeira Torre de Babel doutrinária e jurisprudencial, sendo possivelmente um dos aspectos mais disputados no sistema civilista brasileiro. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões – v. 6. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 240). Contra a equiparação estão Mário Luiz Delgado, presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, e Marcos Alves da Silva, vice-presidente da Comissão Nacional de Ensino de Direito de Família do IBDFAM (vide SILVA, Marcos Alves da. A liberdade de não casar e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pelo STF. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1147/A+liberdade+de+n%C3%A3o+casar+e+o+julgamento+do+Recurso+Extraordin%C3%A1rio+n%C2%BA+878.694+pelo+STF>>. Acesso em: 08/07/2021). Em sentido contrário, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald e Flávio Tartuce (FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito

e companheiro também se revela em sua categorização enquanto herdeiro necessário, visto que a família é sustentada, conforme o atual ordenamento civil-constitucional, sobre laços de afeto, devendo a sucessão seguir o mesmo caminho.

Considerando-se, enfim, todo esse cenário de evoluções e involuções dos últimos dois séculos, vive-se agora um momento determinante na cultura jurídica, em que se observam vários debates e projetos de lei no sentido de conciliar a autonomia do testador e a proteção de seus familiares, em especial o cônjuge e o companheiro.

Esbarra-se, porém, na engessada tutela sucessória por parte do Código Civil de 2002, que tende a evitar qualquer inovação considerada radical, e continua “extremamente atada a uma visão patrimonializada da família, voltada, ainda, à sua compreensão como unidade produtiva e de preservação dos bens no interior da linhagem de parentesco”⁷⁹. Oportuna, portanto, a crítica tecida por Pamplona Corte-Real à legislação sucessória portuguesa, mas plenamente cabível à brasileira, ambas apegadas a um “imobilismo jus-sucessório”, mantendo-se “à sombra de pressupostos historicistas algo desencontrados” e oferecendo “soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar”.⁸⁰

Esse panorama está longe de tutelar a família instrumento, construída sob a lógica da Constituição Federal de 1988, em que se destaca a autonomia privada e a fluidez das relações familiares, com base na afetividade e solidariedade. A reprodução acrítica do instituto da reserva pelo Código de 2002 restringe-se a separar os herdeiros em classes, igualando-os de modo exclusivamente formal, sem considerar suas particularidades e os laços afetivos formados com o autor da herança, e reservar a eles metade do patrimônio do falecido, que nada pode nesse sentido interferir. Essa pretensão, que “nada tem de jurídica, trata a regra pela exceção”⁸¹, afigurando-se necessária a conclusão de Gustavo Baptista de Andrade:

“Os limites que a lei precisa impor devem estar ligados a normas jurídicas do próprio sistema, a exemplo dos princípios da dignidade humana e da solidariedade, além dos dispositivos constitucionais que determinam a proteção à criança, ao idoso e à família. Não se pode compreender uma situação jurídica de ordem civil sob a ótica do ‘desvio

Civil: Sucessões, V. 07. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26; TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>>. Acesso em 08/07/2022).

⁷⁹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. Revista Pensar, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr.-jun. 2021, p. 6. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11484>>. Acesso em: 06/08/2022.

⁸⁰ CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, p. 10.

⁸¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. Op. cit., p. 47.

de comportamento’, como apregoava a doutrina do século passado.”⁸²

Mais atenta aos valores constitucionais, a doutrina brasileira contemporânea adota à manutenção da legítima concilia a liberdade e a solidariedade no âmbito sucessório, entendendo que o instituto é instrumento de proteção para os membros da família, que possibilita a concretização de uma vida digna, provendo-os dos meios econômicos para tal.⁸³ É o que confirma Tepedino:

“O princípio da intangibilidade da legítima encontra seu fundamento na conciliação entre a proteção à família e a plena liberdade de testar. Dessa maneira, pode-se dizer que a quota necessária específica no Direito das Sucessões os princípios constitucionais de proteção à família, de garantia da propriedade privada e de livre-iniciativa, consagrados, respectivamente, nos arts. 226, 5º, inciso XXII e 1º, inciso IV, da Carta Magna.”⁸⁴

Encontram-se fundamentos semelhantes na doutrina portuguesa, que mantém a noção de proteção familiar aliada à restrição da faculdade de dispor da propriedade privada, como controle social.⁸⁵ Rabindranath Capelo de Sousa atenta que a sucessão legitimária funda-se na proteção da família nuclear, “num princípio de entajuda e solidariedade, de modo a assegurar uma base do patrimônio familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade.”⁸⁶ Para Inocêncio Galvão Telles, seria totalmente desaconselhável a extinção da legítima, visto que apresenta profundas raízes históricas no país [Portugal], estando diretamente relacionada ao cumprimento da função social da propriedade, além de ser a maneira mais eficaz para a proteção da família. Em suas palavras:

“Essa quota, que se diz reserva ou legítima, é intocável, só para além dela podendo exercer-se as faculdades dispositivas. Sem esta forma de sucessão a função social da propriedade na sua projecção familiar não adquiria o relevo suficiente, **ficando à inteira mercê do querer do testador**. A função social da propriedade na sua projecção estadual acha-se em matéria sucessória suficientemente assegurada pelo respectivo imposto que, sendo de sua natureza imperativo, se sobrepõe à vontade dos particulares, tanto do de cuius como dos sucessores. **Mas família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou**

⁸² *Ibidem*.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1025.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. Ana Luiza Maia Naves, Rose Melo Vencelau Meireles. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 42.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. Revista Brasileira De Direito Civil, 25(03), 117, p. 121. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>>. Acesso em: 10/08/2022.

⁸⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de. Lições de direito das sucessões. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 153.

acautelada por meio da sucessão necessária”.⁸⁷ (grifou-se)

Nota-se que os fundamentos para a manutenção da reserva legítima no ordenamento pátrio adquiriram nova roupagem, mas ainda assim perpetuam os conceitos do passado, limitando a autonomia privada em nome: a) da presunção de vontade do autor de herança em deixar seus bens a parentes mais próximos, aos quais supostamente guardaria relação de afeto; b) do fundamento social da proteção de família, assentado na solidariedade, afetividade familiar e na prevenção do egoísmo por parte do testador; e c) do fundamento político, consagrado na distribuição equitativa da propriedade entre os herdeiros, traduzindo a relatividade do direito de propriedade.⁸⁸

Esses fundamentos não se sustentam em relação à disciplina inalterada da legítima na contemporaneidade, em que se observa uma nova realidade biológica, jurídica e socioeconômica, o que se reflete na própria família⁸⁹, afigurando-se problemático realizar uma presunção absoluta, pautada numa pretensa solidariedade familiar, de afeto e dependência econômica entre o indivíduo e seus herdeiros necessários e sobre ela justificar considerável restrição da autonomia privada/liberdade de testar, tendo-se em vista que a atual realidade revela afetos líquidos, relações fluidas e entidades familiares plasticamente moldadas pela informalidade e pelo descompromisso.⁹⁰

Em análise ajustada ao contexto brasileiro, Jorge Duarte Pinheiro, doutrinador contemporâneo português, argumenta que o direito sucessório é repleto de vicissitudes, pois apresenta pouca sensibilidade quanto à autonomia privada e não tem assimilado a evolução valorativa observada na sociedade [portuguesa] contemporânea⁹¹. Assim, questiona:

“Por que motivo certas pessoas em regra, obtêm forçosamente o direito a adquirirem patrimônio independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco

⁸⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. Sucessão legítima e sucessão legitimária. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 46.

⁸⁸ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Op. cit., p. 410.

⁸⁹ Neste trabalho será usada a situação padrão em que o marido falece primeiro, deixando esposa e filhos, tendo-se em vista que, conforme o IBGE, a expectativa de vida do homem é menor que a da mulher. Essa situação, como observado nos registros históricos no início do capítulo, também foi o ponto de partida para a fundação e conservação da legislação afeta à herança necessária. De todo modo, o mesmo raciocínio se aplica aos demais casos, em toda sua diversidade, em face das significativas transformações das famílias nas últimas gerações. De acordo com o IBGE, em 2020 a expectativa de vida ao nascer era de 73,3 anos para os homens, e de 80,3 anos para as mulheres). (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tábuas Completas de Mortalidade. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 22/07/2022).

⁹⁰ DELGADO, Mário Luiz. Chegou a hora de revisitar a legítima dos descendentes e ascendentes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes>>. Acesso em: 09/07/2022.

⁹¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. O direito das sucessões contemporâneo. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 41.

ou conjugal) que têm com o de cujus? (...) Nesta época, em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de decisões individuais de aplicação do capital, em que a família perdeu a sua antiga função de unidade de produção, será pertinente entender a sucessão mortis causa como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao de cujus na formação do patrimônio?”⁹²

Percebe-se, a partir de tais indagações, um cenário repleto de incongruências, em que se afirma a liberdade individual, mas ao mesmo tempo se depara com uma pesada sucessão impositiva, tal qual a herança necessária (arts. 1.846 e 1.857, §1º, do CC); em um ordenamento em que se preza pelo pluralismo familiar, subsiste uma sucessão legal focada na família conjugal (art. 1.829 do CC); observa-se, num contexto em que se destacam os imperativos de justiça e equidade, que a reserva dos herdeiros necessários se pauta por neutros critérios de classes e graus de parentesco, a ignorar o mérito e as necessidades concretas dos beneficiários.⁹³

O regime original da reserva legítima do Código de 1916 buscava, em primeiro lugar, resguardar os filhos quando do decesso do pai, visto que era comum, no início do século XX, que os pais morressem jovens, deixando descendentes menores hipossuficientes. A expectativa de vida em 1900 era de apenas 33,7 anos, enquanto que a taxa de fecundidade era de 6,16 filhos por mulher.⁹⁴ O autor de herança deixava muitos filhos, em sua maioria menores, que ficariam desamparados se não houvesse a garantia da herança em seu favor, o que justificava a proteção legal, fundada na presunção de que a vontade do pai seria deixar seu patrimônio para a guarda dos filhos pequenos. Assim sendo, “chamando à vida novos seres, contraíra, para com a sociedade, e para com sua consciência em primeiro lugar, a obrigação de ampará-los contra os golpes da fortuna adversa e contra o assédio das necessidades inadiáveis.”⁹⁵

Buscava-se também garantir aos filhos a fruição da chamada “propriedade comum”, patrimônio usufruído pelos parentes mais próximos do autor de herança, que possuiriam uma expectativa de continuar a desfrutá-lo após a morte do titular, cenário que aparentemente corresponderia à vontade do hereditando⁹⁶, já que os filhos viviam com os pais por um longo período, sob economia comum ou estreitas relações, entendendo-se injusto privá-los do patrimônio dos pais, dele contando para sua subsistência.

⁹² *Idem*, p. 232.

⁹³ *Idem*, p. 42.

⁹⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE - Brasil : uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, 2016, p. 44. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=297884&view=detalhes>>. Acesso em: 10/07/2022.

⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 291.

⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito de Família e das Sucessões. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2012, p. 467.

É natural que o ordenamento vise proteger a figura dos filhos, dado que guardam, em boa parte dos casos, estreito vínculo afetivo com os pais, deles recebendo sustento durante a infância, que muitas vezes se estende, inclusive, até a vida adulta. Entretanto, isso não deve ser estabelecido como regra para restringir a liberdade de testar e, conseqüentemente, o direito de propriedade do testador, dado que o cenário atual é drasticamente diferente. Com o progresso da ciência e da medicina, bem como a melhoria nos índices de saneamento básico e higiene da população, a média da duração de vida das pessoas aumentou consideravelmente, atingindo 76,8 anos em 2020, uma diferença de mais de 40 anos em relação ao século passado.⁹⁷ Além disso, considerando-se que a maioria dos estados brasileiros apresenta maior taxa de fecundidade de mulheres na faixa de 20 a 29 anos⁹⁸, deduz-se que significativa parte da população vem a falecer quando os filhos já estão com cerca de 50 anos de idade. Inclusive, tal taxa tem sofrido queda constante desde 1960, e em 2010 chegou a 1,87 filho por mulher, devendo alcançar o patamar de 1,5 por volta de 2030.⁹⁹ Por sua vez, a taxa de natalidade está em declínio constante desde 2017, nascendo cerca de 15 mil pessoas a menos todos os anos, número que dobrou com a pandemia.¹⁰⁰

Sendo assim, em boa parte dos casos, os filhos herdaram dos pais quando, adultos e independentes, já receberam deles a educação necessária para sua formação e ingresso no

⁹⁷ De acordo com o IBGE, sem considerar os efeitos da covid-19, em 2020 a expectativa de vida seria de 76,8 anos, sendo 73,3 anos para os homens, e 80,3 anos para as mulheres. As últimas “Tábuas Completas de Mortalidade” divulgadas não consideraram os efeitos da pandemia de Covid-19 no aumento de óbitos, visto que são provenientes de uma projeção de mortalidade, que se baseia nas Tábuas de 2010. As novas projeções de mortalidade serão elaboradas após a publicação dos resultados do Censo de 2022. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tábuas de Mortalidade. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/>>. Acesso em: 10/07/2022). Ainda não há muitos estudos completos sobre o impacto da pandemia na expectativa de vida. Pode-se, no entanto, citar estudo realizado pela estatística e demógrafa brasileira Marcia Castro, da Escola de Saúde Pública da Universidade Harvard, nos Estados Unidos, que estimou um declínio na expectativa de vida ao nascer em 2020 de 1,3 anos, colocando o Brasil de volta aos níveis de 2012. (CASTRO, M.C., GURZENDA, S., TURRA, C.M. et al. Reduction in life expectancy in Brazil after COVID-19. *Nat Med* 27, 1629–1635 (2021). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s41591-021-01437-z>>. Acesso em: 24/07/2022). De todo modo, importante frisar o contraste entre a expectativa de vida em 1900, quando positivada a legítima no direito brasileiro, e os dias atuais, em que o instituto se mantém praticamente nos mesmos termos. Nesse sentido, tal diminuição, embora impactante, não invalida a lógica de que o atual cenário é drasticamente diferente do século XIX.

⁹⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil: uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, 2016, p. 246. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?id=297884&view=detalhes>>. Acesso em: 10/07/2022.

⁹⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Fatos e números – famílias e filhos no Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/fatos-e-numeros/familias-e-filhos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 10/07/2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Portal da Transparência do Registro Civil. Disponível em: <<https://transparencia.registrocivil.org.br/registros/>>. Acesso em: 10/07/2022.

mercado de trabalho, estando em seu estágio mais funcional¹⁰¹, o que modifica um elemento crucial na lógica da “vontade presumida” do autor de herança em relação a seus descendentes e da reserva que dela deriva: a dependência. Não é possível mais afirmar que necessariamente o descendente guardaria relação de dependência econômica em relação ao falecido, de modo a sustentar a imposição da quota, que, diante das estatísticas apresentadas, estaria a tratar como regra a exceção.

Diante dessa conjuntura é questionável também a necessidade de resguardar a propriedade do imóvel comum, dado que são mais habituais as situações em que os filhos saem cedo da casa dos pais, mantendo contato mais e mais reduzido, o que revela a progressiva escassez de laços econômicos entre pais e filhos maiores, que, por viverem do próprio trabalho e pela expectativa sucessória ser em idade mais avançada, não contam mais com o patrimônio dos pais para a sua subsistência, despertando menor necessidade de sua tutela por meio da legítima¹⁰². Além disso, o patrimônio transmitido a título sucessório não é mais a pura e simples propriedade imóvel, tendo se diversificado em múltiplas categorias de bens, como carteiras de investimentos, valores mobiliários e participações em sociedades, moedas virtuais, *e-commerces*, entre outros. Em face disso, mostra-se discutível o estanco instituto da sucessão legitimária em favor de herdeiros predeterminados.

Com a evolução das teorias acerca da socioafetividade, também não se sustenta mais a suposição de que a filiação biológica acarretaria necessariamente a proximidade afetiva. É o que se depreende, por exemplo, dos julgados do STJ em que se nega a desconstituição, solicitada pelo pai biológico, da paternidade socioafetiva do outro pai, vez que já se criou um laço afetivo entre este e a criança.¹⁰³

Rolf Madaleno questiona também o direito dos netos e bisnetos distantes, que não mantêm nenhuma relação de proximidade com seus avós e bisavós, eventualmente reivindicando a legítima por simples direito de representação, em detrimento de uma recíproca

¹⁰¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A vulnerabilidade é um conceito que deve ser levado em conta para a reconfiguração da legítima? In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas - 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 846.

¹⁰² CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit., p. 467.

¹⁰³ Ementa: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 1.088.157. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 23 jun. 2009).

convivência, verdadeira definidora da solidariedade familiar, que não se mostra presente “entre vidas desafortunadamente distantes e indiferentes, fato que provoca o curial abandono dos idosos nos últimos anos de suas vidas.”¹⁰⁴ Nesse cenário, por exemplo, a lei permite que um bisneto distante recolha a legítima em detrimento do companheiro de um idoso falecido, já que não há concorrência no regime de separação obrigatória (art. 1.829, I, CC).

Portanto, não é possível realizar uma presunção absoluta de proximidade entre o autor de herança e cada um de seus descendentes, da mesma forma que não se pode supor que todos dele dependam economicamente, visto que, na grande maioria dos casos, a abertura da sucessão ocorre quando os filhos já estão economicamente encaminhados. Não subsistem, desse modo, os pretextos fáticos e morais que levaram o legislador de 1916 a compelir o testador a respeitar, sob qualquer circunstância, o limite de metade de seu patrimônio, obrigatoriamente reservado.

São também herdeiros necessários os ascendentes, categoria que também sofreu impacto com as mencionadas transformações. O contumaz envelhecimento da população tem gerado uma situação incomum ao legislador de outrora: cada vez mais ocorre a pré-morte de filhos, deixando os pais idosos como sucessores, ficando, muitas vezes, desprotegidos, pois não estão na linha preferencial de vocação hereditária, só herdando na ausência de descendentes, e concorrendo com o cônjuge.¹⁰⁵ Dessa forma, caso o testador desejasse beneficiar algum ascendente idoso e vulnerável com mais da metade do seu patrimônio, esbarraria na limitação legal, devendo, obrigatoriamente, resguardar a quota em favor de descendentes ou cônjuge, independentemente de suas condições pessoais.

Há vozes na doutrina, a exemplo de Rolf Madaleno¹⁰⁶ e Jorge Duarte Pinheiro¹⁰⁷, que defendem a exclusão apriorística dos ascendentes, sob o argumento de que os mais velhos tenderiam a apresentar estabilidade financeira, de vez que suas necessidades não deveriam suplantar as do cônjuge ou companheiro, os quais construíram e preservaram a riqueza conjugal ao lado do falecido.

Não obstante, o que tem gerado mais controvérsias no âmbito sucessório diz respeito à classificação do cônjuge (e eventualmente do companheiro) enquanto herdeiro necessário. A mesma inovação ocorreu em 1977 em Portugal, tendo sido recebida com semelhante polêmica.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Op. cit., p. 407.

¹⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. RODRIGUES, Renata de Lima. Contratos, família e sucessões: diálogos complementares. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 694.

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Op. cit., p. 412.

¹⁰⁷ O doutrinador português elogia o regime francês, que, desde 2006, retirou os ascendentes do rol de sucessíveis legítimos. (PINHEIRO, Jorge Duarte. O direito das sucessões contemporâneo. Op. cit., p. 234).

Para Oliveira Ascensão, o casamento teria sido transformado em instituto mortis causa, sendo valorizado apenas depois de sua dissolução, isto é, aparentava-se paradoxal o reforço da posição sucessória do cônjuge em um momento de maior facilidade em se desfazer vínculos conjugais, sendo que suceder como tal seria um acontecimento vinculado ao acaso, privilegiando aquele que “teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte.”¹⁰⁸ Segundo Inocêncio Galvão Telles, oferecer ao cônjuge a propriedade do patrimônio era “grande e pernicioso absurdo”¹⁰⁹, pois poderia dar a ele qualquer destinação, eventualmente afastando-o do tronco familiar a que originalmente pertencia.

Tais críticas revelam-se atuais e compatíveis com a realidade brasileira, dado o crescente número de divórcios, que aumentaram cerca de 269% desde 1984.¹¹⁰ Após a dissolução, é natural que as pessoas constituam novos relacionamentos e formem novas entidades familiares, com filhos anteriores exclusivos ou comuns, o que incrementa o cenário de famílias recompostas, evidenciando que a posição de cônjuge tem se tornado cada vez mais mutável, sendo um verdadeiro “cargo interino”, passível de demissão a qualquer momento.¹¹¹ A atribuição do cônjuge como herdeiro necessário não estaria relacionada a um vínculo afetivo ou à solidariedade familiar, mas sim a uma simples questão formal, isto é, estar casado, ainda que momentaneamente, quando da abertura da sucessão, o que converte essa posição em uma verdadeira “loteria”, cujo prêmio seria a proteção sucessória da legítima.¹¹²

Essa preocupação reverberou, de certa forma, na jurisprudência do STJ entre 2009 e 2014, que tendia a excluir os cônjuges casados em regime de separação convencional de bens da concorrência sucessória e da relação de herdeiros necessários.¹¹³ Esse entendimento

¹⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: sucessões. Op. cit., p. 343-344.

¹⁰⁹ Conclui ele que o usufruto vitalício se mostrava mais adequado, pois o cônjuge teria a plena fruição dos bens e seus rendimentos durante toda sua vida, extinguindo-se apenas com seu falecimento, a partir do qual a sua propriedade conservar-se-ia no mesmo âmbito familiar, sem depender do arbítrio do cônjuge beneficiário. (TELLES, Inocêncio Galvão. Sucessão legítima e sucessão legitimária. Op. cit., p. 47-48).

¹¹⁰ Nas últimas três décadas (de 1984 a 2016), os divórcios aumentaram 269%, sendo registradas 581,8 dissoluções por dia. Desde 2009, a duração média dos casamentos caiu em quase 4 anos (de 17,5 anos para 13,8 anos). (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sistema IBGE de Recuperação Automática - SIDRA. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/718>>. Acesso em: 14/07/2022).

¹¹¹ DELGADO, Mário Luiz. Os Novos Herdeiros Legitimários. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões nº 22 - Jan/Fev de 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf>. Acesso em: 14/07/2022.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ É o que se retira do voto da relatora Min. Nancy Andrighi, em que sustenta: “Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 5/2/2010, p. 21. Disponível em:

favorecia a ampla liberdade dos cônjuges advinda da possibilidade de extensão do pactuado em vida ao âmbito sucessório, o qual traduziria a “continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”¹¹⁴. Sendo assim, o fenômeno sucessório não poderia estabelecer limitações a um ato de liberdade conjuntamente exercido, sob pena de alterar, post mortem, o regime matrimonial de bens pactuado em vida, “permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.”¹¹⁵

Atualmente esse entendimento se encontra superado, reconhecendo o STJ que a escolha do legislador de privilegiar o cônjuge casado em regime de separação convencional de bens deveria ser respeitada¹¹⁶. Para Delgado, essa mudança de entendimento representa, em vez do resgate social da norma exarada pelo art. 1.845 do Código Civil, tão-somente a proteção da literalidade do dispositivo e da mens legislatoris, evitando-se indesejado ativismo judicial.¹¹⁷

Por fim, em relação ao vultoso quadro de famílias recompostas, ao qual se soma o crescente interesse (e necessidade) pelos planejamentos sucessórios¹¹⁸, tem se mostrado cada vez mais trabalhoso ao autor de herança conjugar conflitos progressivamente mais complexos, resultantes dos diversos interesses contrapostos dos filhos anteriores exclusivos ou comuns e do cônjuge ou companheiro.¹¹⁹ Isso põe em xeque a adesão social da herança necessária, que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “na maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência.”¹²⁰

O momento então é de repensar a estrutura da legítima. Várias teses têm sido desenvolvidas, desde aquelas pautadas pelo individualismo extremo, propugnando pela

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702295979&dt_publicacao=05/02/2010>. Acesso em: 22/07/2022).

¹¹⁴ *Idem*, p. 25.

¹¹⁵ *Idem*, p. 27.

¹¹⁶ Este entendimento prevalece no STJ desde 2014. A título de exemplo: “CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL E BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.430.763/SP, 3ª T., Relª Minª Nancy Andrighi, Rel. p/ o Ac. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014, DJe 02.12.2014). No mesmo sentido: REsp n. 1.472.945/RJ e REsp 1.368.123/SP.

¹¹⁷ DELGADO, Mário Luiz. Os Novos Herdeiros Legitimários. Op. cit.

¹¹⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A vulnerabilidade é um conceito que deve ser levado em conta para a reconfiguração da legítima? Op. cit., p. 5.

¹¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. Op. cit., p. 696.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. o contrato de doação. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

abolição da reserva em prol da liberdade e propriedade; outras, ignorando completamente a autonomia privada, ora apadrinham a concepção de que o direito de herança diz respeito somente aos herdeiros necessários, ora defendem a apropriação estatal da herança. Há também aqueles que se encontram em um meio-termo, argumentando pela flexibilização do instituto, de modo a compatibilizar autonomia e solidariedade.

Logo, oportuno analisar o conteúdo do direito constitucional de herança e a possibilidade de sua limitação, quando em confronto com o direito de propriedade.

2 A RELEITURA DOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE?

“É garantido o direito de herança.” Esta é a literalidade do art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal, que atribui à transmissão causa mortis da propriedade sua “nota de fundamentalidade”¹²¹, verdadeiro direito subjetivo, revestido com a fixidez de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF¹²²), cuja aplicação é plena e imediata, não se resumindo a uma mera exortação de valor.¹²³

Trata-se de inovação do constituinte de 1988, que buscou salvaguardar a transmissão do acervo patrimonial após a morte de alguém, momento em que a expectativa de direito por parte do herdeiro se torna direito subjetivo¹²⁴, evitando a apropriação estatal dos bens. Garantiu-se a herança enquanto instituição, cujo conteúdo e forma são concretizados pelo Código Civil, que acolhe a sucessão testamentária e a sucessão legítima (art. 1.786, CC¹²⁵), articulando os interesses do indivíduo, com a liberdade, e da comunidade, com a proteção econômica à família.¹²⁶

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao Art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013, p. 714 apud ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 503.

¹²² CF/88. Art. 60 - §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

¹²³ CF/88. Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹²⁴ É o que leciona Paulo Lôbo, esclarecendo que antes da morte não há qualquer direito a suceder, apenas sua expectativa por parte do herdeiro, que pode perder tal qualidade diante de inovação legislativa anterior à abertura da sucessão que restrinja a ordem de vocação hereditária, uma vez que é o legislador infraconstitucional (e não a Constituição) que define quem será herdeiro, devendo, porém, salvaguardar aqueles que detenham laços familiares ou de parentesco com o autor de herança, pois este é o fim social da norma constitucional. (LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 6: sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29).

¹²⁵ CC/02. Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 718.

A sucessão legítima ou legal opera-se quando o autor de herança morre sem dispor, no todo ou em parte, validamente de seus bens (*ab intestato*), sendo o patrimônio transmitido aos sucessores legítimos, listados pela lei segundo a chamada ordem de vocação hereditária, uma fila preferencial de classes de herdeiros fixada pelos arts. 1.829, incisos I a IV do Código Civil. Já a sucessão testamentária, ou *secundum tabulas*, ocorre quando o falecido deixa ato de disposição de última vontade (testamento ou codicilo), que, todavia, se for considerado ineficaz (juridicamente inexistente, nulo, anulável, rompido ou caduco)¹²⁷, ou se, mesmo eficaz, não tratou de todos os bens disponíveis (art. 1.788 do CC¹²⁸), a sucessão legítima será aplicada supletivamente.

No Brasil há uma clara preferência pela sucessão legítima, vez que os brasileiros, quer por superstição, quer por falta de conhecimento ou de recursos, não costumam fazer disposições de última vontade. Conforme aduz Washington de Barros Monteiro, “sem receio de erro, podemos asseverar que para dez sucessões legítimas que se abrem ocorre uma única sucessão testamentária.”¹²⁹

Sem embargo, independentemente de o autor de herança dispor ou não de seus bens em ato de disposição de última vontade, a legislação brasileira resguarda metade de seu patrimônio (arts. 1.789 e 1.846, CC), formando a reserva legítima dos herdeiros necessários, que, nos termos do art. 1.845 do Código Civil são os descendentes, ascendentes e cônjuge, recolhendo sua quota legitimária quer na sucessão legítima quer na sucessão testamentária¹³⁰, somente

¹²⁷ Em termos gerais, inexistente é o testamento em que a vontade do testador não está presente, como ocorre em caso de falsificação, sob coação física etc. O testamento é inválido quando ocorrerem hipóteses de nulidade ou de anulabilidade, elencadas nos arts. 1.900 e 1.909 do Código Civil. A caducidade do testamento se refere à disposição que deixa de produzir efeitos por ato posterior, como é o caso do art. 1.939, inciso V, do Código Civil. O rompimento do testamento ocorre quando ele se torna ineficaz por presunção legal, nos termos dos arts. 1.973 e seguintes do Código Civil.

¹²⁸ CC/02. 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.

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, ob. cit., p. 123

¹³⁰ No entanto, não se confundem os títulos da sucessão. O herdeiro legítimo é chamado à herança, fazendo jus ao patrimônio deixado pelo falecido. O herdeiro necessário (legitimário) tem direito à legítima, que é calculada não só sobre o valor dos bens deixados, mas também sobre os bens doados e sujeitos à colação. Portanto, o objeto da sucessão legitimária não coincide, necessariamente, com o objeto da sucessão legítima. (ASCENSÃO, José de Oliveira. O herdeiro legitimário. Texto de conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto, p. 2. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 09.07.2022).

perdendo esse direito (art. 1.849 do CC¹³¹) nas hipóteses específicas de indignidade e deserção, taxativamente determinadas na lei (arts. 1.814 e ss; arts. 1.962 e ss, do CC¹³²).

A legítima é intangível: veda-se sua disposição tanto em vida, por meio de doações (art. 549, CC) - sendo invalidado o excesso de liberalidade que avance sobre a porção indisponível -, quanto na morte, por meio do testamento (arts. 1.789 e 1.857, §1º, CC), afastando a possibilidade de sua redução na essência, ou no valor, por cláusula testamentária.¹³³ Trata-se, portanto, de uma sucessão imperativa¹³⁴, determinada por lei e que se estabelece contra a vontade do autor de herança.

Isto posto, é notável a forte correlação entre herança e propriedade. Para Orlando Gomes, os fundamentos do direito de herança são os mesmos que justificam o direito de propriedade individual, sendo sua expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência.¹³⁵ Washington de Barros Monteiro lecionava que o fenômeno hereditário seria simples apêndice da propriedade, transformando-se em mero usufruto o patrimônio que se dissipasse com a morte de seu titular.¹³⁶ Na doutrina constitucionalista é possível encontrar opiniões semelhantes, argumentando Celso Ribeiro Bastos¹³⁷ que a inovação trazida pelo constituinte de 1988 seria mero reforço ao direito de propriedade, de modo a excluir a possibilidade de apropriação estatal dos bens dos indivíduos após a morte. Estaria, assim,

¹³¹ CC/02. Art. 1.849. O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima.

¹³² CC/02. Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

¹³³ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Op. cit., p. 361.

¹³⁴ Inocêncio Galvão Telles diferencia ambas as modalidades de sucessão, afirmando que “a sucessão legítima é supletiva, a legitimária imperativa”. (TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das sucessões: noções fundamentais. Op. cit., p. 91).

¹³⁵ GOMES, Orlando. Sucessões. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 3.

¹³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, vol. 6: direito das sucessões. Op. cit., p. 18.

¹³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 148-150.

implícito no direito de propriedade, o que justificava a ausência de previsão expressa nas Constituições anteriores, conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹³⁸

Não surpreende a confusão que se faz entre os dois direitos. Muitas das discussões travadas durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 evidenciaram a preocupação em prever o direito de herança para a proteção da transmissão da propriedade causa mortis contra eventuais investidas do Estado. Tanto é que no anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a garantia à herança se dava no mesmo dispositivo que consubstanciava o direito de propriedade:

“XXIII – A propriedade, subordinada à função social, no caso de desapropriação por necessidade e para destinação pública, ou por interesse social, é assegurada aos desapropriados prévia e justa indenização em dinheiro, com as restrições previstas nesta Constituição. Será nulo o ato praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade. É assegurado o direito de herança, vedada a incidência de qualquer tributo, custas ou emolumentos relativos aos bens do espólio que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros.”¹³⁹

Mas o direito de herança possui âmbito próprio; e o Direito Sucessório, autonomia epistemológica, já que “encerra princípios e figuras que, embora conservem afinidade com relações patrimoniais inter vivos, distinguem-se e pedem disciplina orgânica.”¹⁴⁰ Seria contraditório imaginar que a Constituição positivou um novo direito somente para assegurar o atributo da transmissibilidade, já consolidado no âmbito da propriedade, sem agregar nada de novo ao âmbito de proteção da herança.¹⁴¹ Assim,

“A mera transmissibilidade da propriedade pessoal encontra abrigo no próprio âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade, prescindindo da garantia à herança para a sua eficácia. Sendo assim, o direito fundamental à herança não se trata da mesma coisa, sob pena de se transformar em um “movimento circular sem fim.”¹⁴²

Ressaltar somente o aspecto patrimonial da sucessão é regressar à tradição individualista oitocentista, dando primazia somente ao autor de herança em sua livre disposição de propriedade, em clara preferência pela autonomia de vontade em detrimento da autonomia

¹³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 52.

¹³⁹ BRASIL. Senado. Anais da Assembleia Constituinte. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade_Dos_Direitos_Politicos.pdf>. Acesso em: 10/08/2022.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. Sucessões. Op. cit., p. 1-2.

¹⁴¹ GOMES, Renata Raupp. Op. cit., p. 87.

¹⁴² *Ibidem*.

privada, expressões que, segundo Luigi Ferri¹⁴³, embora à primeira vista possam parecer sinônimas, não o são. A autonomia da vontade, que prevaleceu no Estado liberal de direito, fruto das revoluções do século XVIII, privilegiava sobremaneira a vontade psicológica dos indivíduos, a qual poderia gerar per se efeitos jurídicos, o que não ocorre na autonomia privada, limitada pelo interesse social.

Não se nega a importância histórica do paradigma liberal, “intrinsecamente associado ao reconhecimento do individualismo e à consequente aceitação do indivíduo como fim da organização política, da sociedade e do direito”¹⁴⁴, e que estabeleceu uma nova ordem em oposição ao absolutismo e despotismo esclarecido. Mas esse dogma não se coaduna com as exigências sociais contemporâneas. Não é por menos que, a partir do século XIX, a autonomia da vontade, exageradamente individualista, passou a sofrer violentas críticas, vez que o “direito fechou-se em si mesmo”¹⁴⁵, falhando em se adaptar e resolver os problemas decorrentes do exercício absoluto das liberdades individuais, do que foi resultado a miséria e a degradação por boa parte da sociedade.¹⁴⁶ Tornou-se necessária a revisão do formalismo excessivo em prol dos interesses sociais e da função social dos institutos¹⁴⁷, isto é, passando a vê-los “de maneira funcionalizada, preocupando-se em, concretamente, emprestar eficácia à organização social, abandonando o histórico caráter neutro para assumir feição integrada às necessidades reais do seu tempo.”¹⁴⁸ A autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada, “poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”¹⁴⁹, cuja máxima expressão - o negócio jurídico - deixa de ser um “querer no vácuo”¹⁵⁰ e passa a ser uma “declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante se reconhecido e garantido pela lei”¹⁵¹, a partir de critérios funcionais e de solidariedade.

¹⁴³ FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 5.

¹⁴⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade. Função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 30.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 50

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 12.

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e contratos em espécie*. Vol. 4. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 503.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 150.

¹⁵⁰ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 107.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 269.

No Direito Sucessório a autonomia privada se revela no testamento, “negócio jurídico de última vontade, unilateral, não receptício, solene, personalíssimo e essencialmente revogável”¹⁵², previsto pelo art. 1.857 e seguintes do Código Civil. Como o ordenamento jurídico brasileiro não admite direitos absolutos, a liberdade de testar é limitada pela reserva legítima dos herdeiros necessários, que traduz o princípio da solidariedade familiar. Aparecem, então, de forma conjunta no art. 1.857 do Código Civil, que garante a autonomia e logo depois, no parágrafo 1º, a limita:

“Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
§1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.”

Sentimento guiado pelo propósito de oferecer amparo, apoiando-se no compadecimento com as dificuldades ou sofrimentos do outro, a solidariedade é uma categoria ética e moral de tamanha inspiração para o ser humano que se estendeu ao universo jurídico, tornando-se, no ordenamento brasileiro, um dos fundamentos da formação do Estado Democrático de Direito, que, nos termos do art. 3º, inc. I, da CF/88¹⁵³, alvitra uma sociedade livre, justa e solidária.

Não se confunde com caridade, isto é, “não deve ser apreendida em seu caráter puramente beneficente, não se podendo exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, mas que se comporte como se o sentisse”¹⁵⁴, tratando-se de princípio cogente e necessário ao desenvolvimento da sociedade, ao impor “o dever de auxílio mútuo entre os cidadãos na busca do bem-estar de todos, o que não pode ser alcançado considerando-se apenas cada indivíduo de forma isolada, tampouco tendo apenas o Estado com a obrigação de efetivar os direitos fundamentais”.¹⁵⁵ No direito, não se refere a sentimentos, mas sim a condutas verificáveis, em que os fatos psicológicos são recebidos como valores, transformando-se em direitos e deveres verificáveis nas relações familiares.¹⁵⁶

O princípio tem ampla incidência nas relações familiares, esfera na qual o indivíduo se apresenta enquanto um ser social, coexistindo com os seus, uma vez que “a pessoa só existe enquanto coexiste”¹⁵⁷ e que sendo a família célula mater da sociedade, se a solidariedade nela

¹⁵² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. Op. cit., p. 155.

¹⁵³ CF/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁵⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538.

¹⁵⁵ BACHOUR, Rodrigo Maia. Op. cit., p. 48-49.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Op. cit.

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op. cit., p. 70.

não se verificar, todas as demais relações privadas estariam fadadas ao colapso.¹⁵⁸ Superando o individualismo existencialista, a família deixa de ser considerada um valor em si mesma e passa a ser vista sob o viés solidarista, no qual predominam os valores de cooperação, afeto e igualdade substancial. Surge então a noção de solidariedade familiar, que se traduz no dever de mútuo respeito, consideração e assistência entre os membros da família, tanto no campo patrimonial quanto existencial, uma vez que a solidariedade é também afetiva e psicológica¹⁵⁹, implicando uma assistência moral e espiritual, de cooperação e atenção.¹⁶⁰

Nas disposições constitucionais relativas à família, o princípio é revelado categoricamente no dever do Estado de proteger o grupo familiar (art. 226, CF), no dever dos pais de assistência aos filhos menores, e dos filhos maiores de amparo aos pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF), bem como no dever, baseado na condição de vulnerabilidade, imposto à família, à sociedade e ao Estado de proteger a criança, o adolescente (art. 227, CF) e as pessoas idosas (art. 230, CF). Na mesma linha, o Código Civil busca incentivar uma coexistência digna e harmônica no âmbito familiar a partir da solidariedade.¹⁶¹

Apesar da grande preocupação do ordenamento em resguardar a solidariedade familiar, fundamentando a restrição da reserva legítima, há entendimentos na doutrina que defendem a abolição do instituto, identificando a herança como mera propriedade, em relação à qual o proprietário-testador deveria ter livre disposição, a partir da plena liberdade de testar. Haveria, nesse sentido, somente a sucessão testamentária, atribuindo à autonomia privada do testador o status de “princípio fundamental de direito civil”¹⁶², isento de limitações, devendo todas as normas do ordenamento jurídico com ela harmonizar-se e promovê-la, devendo o intérprete, em casos indefinidos, oferecer primazia à interpretação que lhe dê máxima efetividade.¹⁶³ Parte-

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 176.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 41.

¹⁶⁰ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Op. cit., p. 413.

¹⁶¹ O CC/02 protege a comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513, CC); reconhece a adoção (art. 1.618, CC), que tem origem em solidariedade, não em dever; tutela o poder familiar (art. 1.630), que, em vez de “poder”, é mais uma utilidade em serviço dos filhos; estabelece aos cônjuges as incumbências, entre outras, de mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, III e IV, CC), bem como a colaboração na direção da sociedade conjugal, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567, CC), o que também se estende aos companheiros (art. 1.724, CC), “uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar”; além disso, exige que os cônjuges concorram, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial (art. 1.568, CC); prevê que o regime legal de bens, tanto no casamento quanto na união estável, é o da comunhão parcial, em que se comunicam os bens adquiridos após o início da união, prescindindo de prova do esforço do outro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725, CC).

¹⁶² CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 2, 2014. p. 34.

¹⁶³ *Ibidem*.

se claramente do dogma da autonomia da vontade enquanto “meta-princípio conformador de todo o direito privado”¹⁶⁴, sendo que os demais direitos fundamentais, ao invés de mitigá-la ou elidi-la, seriam apenas meios para garanti-la. Nesse sentido, Raphael Furtado Carminate¹⁶⁵ sustenta que:

“Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como **regra geral a impossibilidade de imposição de limites sobre a mesma, sendo estes admitidos em caráter excepcional**, apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício. (...) Não se pode perder de vista, portanto, que **a regra é a liberdade de agir, ou seja, prevalece a não-intervenção do Estado sobre os direitos e garantias fundamentais**. A limitação de um direito e garantia fundamental e, especialmente, da autonomia privada, é medida excepcional, somente justificável pela realização de outros princípios também constitucionalmente tutelados.”

Para tais autores, a legítima consistiria numa injustificável limitação à autonomia privada, negando sua própria existência¹⁶⁶, violando o direito de propriedade¹⁶⁷ ou até mesmo apresentando-se como instituto manifestamente inconstitucional¹⁶⁸.

Partidário da contratualização do direito sucessório e da autonomia privada, Nuno Ascensão Silva, citando Pamplona Corte Real, relata que não se deve suprimir uma tendência crescente de alargamento da esfera de autonomia do autor da herança e da maior liberdade de testar, o que teria efeitos irrecusáveis no âmbito da sucessão legitimária.¹⁶⁹ Na mesma linha, Otávio Luiz Rodrigues Jr. argumenta que a autonomia privada deveria ter maior protagonismo em matéria sucessória, afirmando que “o tempo dos institutos empoeirados e rigidamente

¹⁶⁴ *Idem*, p. 36. apud STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 15-16.

¹⁶⁵ *Idem*. Op. cit., p. 56.

¹⁶⁶ Nessa direção, Carminate sustenta que “embora a atual compreensão do Direito Civil, subordinado e influenciado pelos princípios e valores constitucionais, não admita o exercício da autonomia privada de modo a aumentar a desigualdade existente entre os indivíduos, **fato é que também inaceitável é sua limitação baseada em simples justificativas genéricas de preservação de interesses socialmente úteis, ou no princípio da solidariedade, sob pena de negação da própria existência da autonomia individual.**” (CARMINATE, Raphael Furtado. Op. cit., p. 56).

¹⁶⁷ Conforme Pablo Stolze Gagliano, a restrição “**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”, uma vez que “**entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.**” (GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. Op. cit., p. 59).

¹⁶⁸ Para Eduarda Schilling Lanfredi, o artigo 1.789 do Código Civil seria inconstitucional, pois “incompatível com o princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, constituindo-se como verdadeira afronta a tais preceitos”. (LANFREDI, Eduarda Schilling. O princípio da autonomia privada à luz do Direito Sucessório contemporâneo: uma análise constitucional acerca da possibilidade da relativização da legítima. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 130).

¹⁶⁹ SILVA, Nuno Ascensão. Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões. o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado. In: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) Textos de direito de família para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 448. Disponível em: <<https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/69300>>. Acesso em: 15/07/2022.

controlados por uma suposta preservação de ‘valores sociais’ começa a passar, assim como a ideia de um nível de intervenção estatal crescente nesse setor do Direito Privado”.¹⁷⁰ Já Eroulths Cortiano Júnior e André Luiz Arnt Ramos criticam a dimensão social dada à limitação legal do poder de dispor dos bens integrantes da legítima, ressaltando que, especialmente após a transformação do eixo axiológico da família juridicamente reconhecida, o direito sucessório também possui cunho econômico, de modo a privilegiar a vontade do proprietário, princípio este que, elementar a qualquer ordenamento que proteja a liberdade/dignidade humana, dá vida à liberdade de disposição patrimonial, tida no direito sucessório como a liberdade de testar. Assim, afigurar-se-ia essencial que o proprietário tivesse plena liberdade de decidir, em disposição de última vontade, como e para quem seus bens seriam transmitidos.¹⁷¹

Há também aqueles que entendem a proteção trazida pela legítima como fator de promoção da inércia dos herdeiros, uma vez que, ao esperar pelo patrimônio do hereditando, ficariam desestimulados em relação ao trabalho e à produção. É o que argumenta Luís A. Carvalho Fernandes, para quem a ampla liberdade de testar afastaria tais males, permitindo-se ao autor de herança endossar a unidade e continuidade de seus empreendimentos, bem como selecionar os herdeiros que se afigurem mais aptos para tomarem sua direção.¹⁷² Orlando Gomes, nesse mesmo sentido, chegou a afirmar que a legítima não poderia se tornar uma verdadeira “fábrica de vagabundos”.¹⁷³

Não é possível, contudo, entender que os sucessores do falecido se contentam em apenas aguardar seu decesso para se beneficiarem economicamente, sem buscar nenhum tipo de renda própria. A eventualidade de se encontrarem desafortunados pode não se dever à falta de merecimento, mas sim às dificuldades enfrentadas cotidianamente ou até mesmo por deficiência inata ou adquirida. Neste último caso, a legítima se apresentaria como instrumento de salvaguarda dos princípios da dignidade, solidariedade e do patrimônio mínimo.¹⁷⁴ Outro risco da abolição da legítima é permitir que o testador exclua da herança parente absolutamente

¹⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 70.

¹⁷¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel, n. 4, p. 41-74, maio 2015, p. 52-53. Disponível em: <https://www.academia.edu/22082189/Liberdade_testament%C3%A1ria_versus_sucess%C3%A3o_for%C3%A7ada_anota%C3%A7%C3%B5es_preliminares_sobre_o_direito_sucess%C3%B3rio_brasileiro>. Acesso em: 03.07.2022.

¹⁷² FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 31.

¹⁷³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 67.

¹⁷⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. Op. cit., p. 1.132.

próximo em razão de escolha homoafetiva ou quando se rende às drogas, ou até mesmo por força de antipatia ou divergências de opiniões, inclusive políticas.¹⁷⁵

Portanto, não se entende aqui que a solução de todos os problemas estaria na abolição da legítima em prol da ampla liberdade de testar. Embora as teses individualistas legitimem valores basilares de uma sociedade capitalista tal qual a brasileira, vão de encontro a outros preceitos igualmente consagrados no âmbito de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da função social da propriedade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e do dever de proteção da família e aos vulneráveis. Não se deve promover um apego excessivo à dimensão individualista da autonomia, erguendo-a como um direito quase que ilimitado, uma vez que o paradigma oitocentista da autonomia da vontade predominante no Estado Liberal foi substituído pela autonomia privada, que conjuga a autodeterminação do sujeito de direito com seu valor social.¹⁷⁶ No atual ordenamento, nenhum direito é absoluto. Como afirma Schreiber:

“Não há, na legalidade constitucional, espaços de liberdade imunes ao ordenamento; os espaços de liberdade assim o são por valoração do ordenamento e, portanto, dele decorrem, sendo de se rejeitar a perspectiva que vê no direito elemento de limitação externo da autonomia.”¹⁷⁷

Tais propostas não se coadunam com uma visão una e harmônica do ordenamento jurídico, em que conflitos entre valores fundamentais não se resolvem pelo total esvaziamento do princípio cedente, mas sim pelo sopesamento, garantindo-se sua continuidade, visto que são mandamentos de otimização, podendo ser efetivados em diferentes graus, de acordo com os interesses do caso concreto, ao contrário do que se dá com as regras, que seguem o modelo do “tudo ou nada”, ou conforme aduz Dworkin, o “*all-or-nothing fashion*”¹⁷⁸, no qual o conflito só é solucionado no âmbito da validade¹⁷⁹, retirando-se uma delas do ordenamento jurídico,

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. Op. cit., p. 141.

¹⁷⁷ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 19/2019, p. 243. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>. Acesso em: 10/08/2022.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65-66.

¹⁷⁹ De acordo com Noberto Bobbio, normas que conflitam entre si retratam um cenário de antinomia no ordenamento jurídico, devendo ser resolvida através dos critérios de: a) especialidade, no qual a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*); b) hierarquia, no qual a norma superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat lex inferior*); e c) cronologia, em que a lei posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*). (BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica: Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 91).

declarando-a inválida, ou caso haja em uma delas uma exceção que o afaste¹⁸⁰. Assim, os princípios seguem a dimensão do peso ou da importância, sendo que a solução do conflito é efetivada por um deles, levando em consideração o peso relativo do outro, o que não é uma ciência exata.¹⁸¹

Na reserva legítima, há uma tensão entre os direitos de propriedade (em sua livre disposição) e de herança. Ambos são direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, sendo considerados também princípios constitucionais, aos quais pode se aplicar a máxima da proporcionalidade proposta por Alexy em caso de conflito¹⁸², que se revela na medida em que, se levados em patamares absolutos, geram consequências contraditórias entre si, ou seja, se o testador-proprietário puder dispor de todo o seu patrimônio sem ressalvas, em total realização da autonomia privada, o direito de herança dos herdeiros seria prejudicado. Por outro lado, se este último for elevado ao seu patamar máximo, ou seja, se tudo couber aos herdeiros ou ao Estado, sem o autor de herança nada dispor, sua liberdade restaria cabalmente suprimida. Sendo assim, indispensável encontrar solução que efetive o mandamento de otimização, implementando na maior extensão possível os valores da autonomia privada e da solidariedade¹⁸³, visto que “a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação de outro”.¹⁸⁴

Defender a autonomia privada enquanto princípio fundamental de direito civil, devendo “o intérprete, diante de casos concretos que permitem uma multiplicidade de entendimentos, conferir à norma a interpretação com maior conformidade possível à autonomia privada”¹⁸⁵ é conferir primazia absoluta a determinado princípio em detrimento do outro. Não há hierarquia predefinida entre princípios, possuindo todos validade *prima facie*, sendo que a precedência de um sobre o outro em caso de colisão não gera sua invalidade, podendo prevalecer em outro caso concreto. Daí que Alexy entende os princípios como mandamentos de otimização, devendo ser efetivados na maior extensão cabível em determinado contexto fático e jurídico¹⁸⁶:

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 92.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 24-27.

¹⁸² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 103.

¹⁸³ GOMES, Renata Raupp. Op. cit., p. 156.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815. Distrito Federal. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 10 de junho de 2015, p. 171. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/ADI-4815-Voto-Min.-Luis-Roberto-Barroso.pdf>>. Acesso em: 22/07/2022.

¹⁸⁵ CARMINATE, Raphael Furtado. Op. cit.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

“Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

Além disso, a livre disposição da propriedade por meio de testamento não pode se dar de maneira ilimitada, devendo haver algum freio do ordenamento em nome dos interesses sociais. É o que se infere da lição de Luís Roberto Barroso¹⁸⁷:

“Os direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. **Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial.**” (grifou-se)

Aqui a importância da metodologia do direito civil-constitucional, que consagra a superioridade normativa da Constituição e seu fundamento máximo - a cláusula geral de tutela da pessoa humana¹⁸⁸, bem como a unidade do sistema a partir de seus valores¹⁸⁹, impondo-se a funcionalização das situações subjetivas patrimoniais às existenciais: o “ter” passa a ser visto em relação ao “ser”, e a propriedade, em relação ao sujeito, sendo ele seu titular ou não.¹⁹⁰ Em outras palavras, as situações jurídicas patrimoniais apresentariam, a partir do objetivo de realizar uma função social, instrumentalidade indireta à concretização da dignidade humana, pois prioritariamente a serviço da coletividade, sendo inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade.¹⁹¹ Assim, institutos como a propriedade, cuja livre disposição em testamento é reflexo da autonomia privada, e a herança devem cumprir sua função social.

A Constituição de 1988, ao prever logo em seguida à garantia do direito de propriedade que esta deve atender a sua função social, rompeu expressamente com o paradigma liberal e

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 202.

¹⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760.

¹⁸⁹ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 10 – Out /Dez 2016, p. 11. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42>>. Acesso em: 10/08/2022.

¹⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edison (coord.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 8.

individualista, dando primazia ao interesse social. Juntamente com as prerrogativas de usar, gozar e dispor do bem, existem limitações ao exercício de seu direito, em detrimento de condutas antissociais, bem como obrigações positivas em prol da coletividade, de modo a direcionar o exercício do direito à realização do interesse público.¹⁹² Em outras palavras, há também um aspecto positivo na função social da propriedade, e não somente negativo: os direitos subjetivos devem ser instrumentos para construir uma sociedade livre, justa e solidária, para que não somente os proprietários se emancipem, mas também toda a coletividade.¹⁹³

O viés excessivamente patrimonial que continua a perdurar no direito das sucessões, talvez pelo fato de ser “um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica”¹⁹⁴, não deve afastá-lo da ideia de funcionalização de seus institutos com base na promoção da pessoa humana, como se tem observado, por exemplo, no âmbito do Direito das Coisas e das Obrigações. O contrato, principal instrumento de transmissão de titularidades entre vivos, incluindo a propriedade privada, sempre figurando como expressão máxima da ampla autonomia individual, não deixou de sofrer limitações de ordem pública, vinculando-se ao cumprimento de sua função social, nos termos do art. 421 do Código Civil. O direito brasileiro não comporta a autonomia negocial ilimitada que já permeou o individualismo do Estado Liberal, mas sim uma autonomia solidariamente exercida. Inevitável a comparação com a reserva legítima, limitação à autonomia privada que deveria seguir parâmetros funcionais e não formais, de modo a reservar um quantitativo da herança de acordo com as reais necessidades dos familiares. Funcionalizar o instituto seria, portanto, identificar “qual a finalidade que deve ser adotada para o melhor cumprimento dos objetivos constitucionais, para a tutela da pessoa humana, não só na perspectiva individual, mas também solidarista e relacional.”¹⁹⁵ Isso porque “não basta que toda situação jurídica patrimonial somente receba tutela pelo ordenamento ao cumprir uma função social, é imprescindível que a função social atribuída à determinada situação jurídica seja a que melhor atenda e concretize os objetivos constitucionais.”¹⁹⁶

Portanto, a liberdade de testar não é absoluta nem serve unicamente aos interesses individuais do autor de herança, devendo se adequar aos interesses sociais e obedecer aos deveres socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. A morte do titular não retira a

¹⁹² FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico. Direito Civil Contemporâneo. 1ª ed. Brasília: Editora Obcursos, 2009, p. 12.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: sucessões. Op. cit., p. 22.

¹⁹⁵ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil - Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 101.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

incumbência da propriedade de atender à função social, uma vez que a transferência de titularidade do falecido ao sucessor não modifica a natureza ou os atributos do patrimônio ou do direito de propriedade. Ademais, o fato de a Constituição não prever expressamente a função social da herança não significa que a mesma não seja exigida, uma vez que “o modo de transmissão não pode alterar ou ser indiferente ao conteúdo do direito que se transmite”.¹⁹⁷

Sendo assim, a previsão de que metade do patrimônio do autor de herança é reservada a seus herdeiros necessários persegue a assistência mútua entre as gerações, consubstanciando a função social da herança no âmbito familiar.

A defesa da absoluta liberdade de testar e a propriedade despida de sua função social ignora a necessidade de máxima realização da solidariedade social, que constitui fundamento da República, sendo “é fato e direito; realidade e norma”¹⁹⁸ e também contraria a garantia de institutos fundamentais do ordenamento constitucional¹⁹⁹, pois esvazia o núcleo essencial do direito de herança ao violar uma garantia que não se volta não somente ao autor de herança, mas também a seus herdeiros.²⁰⁰ Isso se depreende da redação do inciso XXX do art. 5º da Constituição, que, conforme evidencia Gustavo Baptista de Andrade, “traz em si carga de objetividade compatível com a boa técnica legislativa”²⁰¹, ao fazer uso da expressão “direito *de* herança” ao invés de “direito *à* herança”. A utilização da preposição “*de*” indica um âmbito de proteção mais largo, afeto aos herdeiros, ao hereditando, ao Estado, ao legislador e a todos os demais cidadãos²⁰². Embora gramaticalmente correta, se a norma tivesse a preposição “*a*”, o mandamento estaria semanticamente mais vinculado aos herdeiros, indicando uma conotação de acesso.²⁰³ Daí a inconstitucionalidade de eventual extinção do instituto.²⁰⁴

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 6: sucessões. Op. cit., p. 31-32.

¹⁹⁸ *Id.* Princípio da solidariedade familiar. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e Solidariedade, 2007. Anais eletrônicos. Belo Horizonte: Centro de Convenções Minascentro, 2007, p. 4. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 26/07/2022.

¹⁹⁹ Na teoria de Alexy a utilização da máxima da proporcionalidade busca evitar o esvaziamento do bem tutelado, isto é, ao legislador é dada ampla margem de restrição a direitos fundamentais, à qual corresponde a sujeição do titular desses direitos - uma restrição a direito fundamental ocorre por meio de uma norma, que deve ser, ainda, constitucional. Completa o autor que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de mna intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição.” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 281).

²⁰⁰ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 231.

²⁰¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. Op. cit., p. 51-52.

²⁰² *Ibidem.*

²⁰³ *Ibidem.*

²⁰⁴ Há autores que entendem ser plenamente possível, do ponto de vista constitucional, a supressão da reserva legítima por parte do legislador. Rolf Madaleno destaca que o direito à herança não importa automaticamente no reconhecimento constitucional de seu destinatário nem no quanto ele deveria herdar, sendo matérias tratadas pelo Código Civil, em cujo texto foi criado o instituto da legítima. (MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Op. cit.,

Não obstante, autores como Paulo Lôbo entendem que o dispositivo é garantia para os herdeiros necessários, tendo sido “elevado à garantia constitucional o direito daqueles que se qualificam como herdeiros de quem morreu (autor da herança)”, cuja qualificação cabe ao legislador infraconstitucional, que não deixa de estar “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”.²⁰⁵

Não se nega que o dispositivo confira proteção aos herdeiros. Mas também protege o autor de herança em sua autonomia privada. Além disso, a Constituição revela outros valores igualmente importantes, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a função social da propriedade, que não se esgotam na tutela somente dos herdeiros necessários em função de simples parentesco e em detrimento de quaisquer laços de afeto.²⁰⁶

Mas nesse ponto há de se tomar o devido cuidado. Não se deve, em nome da solidariedade, esvaziar completamente o princípio da autodeterminação, que também é parte da dignidade humana. Isso se observa em propostas que tendem a abolir a transmissão causa mortis da propriedade privada em favor do Estado, entendendo-se que somente o trabalho deveria ser fonte de renda do homem, sendo a herança apenas fator perpetuador do ócio e das desigualdades.²⁰⁷

Nessa linha se destaca o posicionamento de Marcos Catalan, para quem a reserva legítima e o próprio Direito Sucessório seriam instrumentos de perpetuação da desigualdade social, a estimular o histórico processo de apropriação de riqueza em detrimento das parcelas mais vulneráveis da população, tendo as regras sucessórias, salvo raras exceções, sido elaboradas pela burguesia em prol dos detentores do capital, ignorando o objetivo constitucional de erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, que exige um comportamento solidário por parte de todos²⁰⁸. Argumenta que propriedade e herança não são

p. 405). Tepedino aduz que embora a legítima concretize no ordenamento jurídico brasileiro princípios constitucionais, a Constituição não garante ao herdeiro necessário o direito à quota indisponível do falecido, sendo que eventual lei que determinasse a extinção da reserva não seria inconstitucional, embora contrária a forte consenso social. Em outros termos, inconstitucional seria uma lei que abolisse a sucessão causa mortis em si, em face da garantia do direito de herança, mas não a reserva dos herdeiros necessários. (TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 43).

²⁰⁵ “A garantia do direito à herança inverte a primazia. Em vez de ser 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. O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro.” (LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 6: sucessões. Op. cit., p. 30).

²⁰⁶ *Idem*, p. 23.

²⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 6.

²⁰⁸ CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Rio de Janeiro, Padma, v.11, n. 44, 2010, p. 138. Disponível em:

direitos absolutos, inexistindo conflito entre estes - desde que funcionalizados - e a busca da redução das desigualdades sociais, o que possibilitaria a redistribuição solidária do patrimônio privado aos necessitados, o que poderia ser feito, além da ampliação da tributação incidente sobre a herança, pela eliminação da reserva legítima, passando o patrimônio deixado a integrar “um fundo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades a ser gerido pela iniciativa privada e fiscalizado pelo poder público”²⁰⁹, cuja “fruição direta ou indireta - seria destinada aos menos favorecidos de modo que gradativamente a desproporção em termos de qualidade de vida seja reduzida a níveis aceitáveis.”²¹⁰

Essa abordagem retoma as vicissitudes do modelo de Estado Social de Direito, que, embora tenha sua relevância histórica, não se coaduna com o atual ordenamento democrático, em que se evidencia a força integradora do Direito.²¹¹ Aparenta seguir as teses mais radicais de Auguste Comte, para quem o direito de propriedade deveria ser exercido em favor da coletividade e não em benefício de seu titular, em face da absoluta primazia da sociedade sobre seus membros²¹², e de León Duguit, que defendia a extinção dos direitos subjetivos ao argumento de que cabia aos indivíduos tão-somente o cumprimento de funções sociais.²¹³ Além disso, subtrai o núcleo essencial do direito de herança, que, conforme aduz Sarlet e Fensterseifer possui condição material de fundamentalidade, cujo conteúdo não pode ser suprimido ou esvaziado por reformas.²¹⁴

Se o constituinte indicou como um dos objetivos da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II, CF), também elegeu como princípio fundamental o direito à herança (art. 5º, XXX, CF), vedando a apropriação dos bens privados pelo Estado após a morte do seu titular. São também princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III, CF), que fundam a ordem econômica, que tem como cânones, dentre outros, a propriedade privada, a função social e a livre concorrência (art. 170, CF), de sorte que garantir a transmissão privada do patrimônio

<https://www.academia.edu/4712195/Direito_das_sucess%C3%B5es_por_que_e_para_quem>. Acesso em: 03/07/2022.

²⁰⁹ *Idem*, p. 140.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 167.

²¹² LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade. Função social e abuso de poder econômico. Op. cit., p. 30.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais e proteção do ambiente. In: Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147-148.

do trabalhador, que durante toda a vida se esforçou para poupá-lo, é uma maneira de reverenciar seu esforço.²¹⁵

Além do mais, nada garante que a criação de um fundo de herança sob fiscalização do Estado serviria à solidariedade social, tendo-se em vista o persistente histórico de corrupção que assola a sociedade brasileira, aliado à má administração de recursos públicos, que muitas vezes poderiam ser destinados a esse mesmo objetivo.²¹⁶ O Estado também possui instrumentos para se valer de propriedades improdutivas que não cumpram sua função social, nos termos dos arts. 184²¹⁷ e 243²¹⁸ da CF/88, além da viabilidade da União instituir impostos sobre grandes fortunas, conforme o art. 153, VI, da CF/88.²¹⁹

Apenas em último caso é dada ao Estado a possibilidade de se apoderar do patrimônio do sujeito a título de sucessão causa mortis, a saber, quando a herança é declarada vacante, nos termos do art. 1.820 do Código Civil²²⁰. Ilustrando a excepcionalidade de tal fenômeno, o art. 1.822 ainda prevê que a declaração de vacância não prejudica os herdeiros legalmente habilitados, sendo que somente após cinco anos da abertura da sucessão é que os bens passarão ao domínio da União, Município, ou do Distrito Federal. Além disso, parte da doutrina entende que o Estado não é considerado herdeiro, uma vez que não se beneficia do fenômeno da saisine, ou seja, não entra na posse e propriedade dos bens da herança tão só pela abertura da sucessão, dependendo do processo de vacância.²²¹

Sendo assim, cada vez menos confiante na capacidade do Estado de alcançar a justiça distributiva²²², prevalece o interesse da sociedade na transmissão do patrimônio hereditário aos herdeiros legítimos e testamentários, entendendo-se que seria incongruente o Poder Público se

²¹⁵ BACHOUR, Rodrigo Maia. Op. cit., p. 26.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ CF/88. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²¹⁸ CF/88. Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

²¹⁹ CF/88. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

²²⁰ CC/02. Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.

²²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado; coautora Cláudia Rodrigues. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 3.257-3.258.

²²² SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 229.

apropriar dos bens de uma pessoa após a sua morte, quando durante toda a sua vida lhe garantiu a propriedade privada.²²³

Portanto, as teses acima apresentadas, embora sustentem a necessidade de alterar a disciplina da legítima, não se afiguram adequadas à ordem civil e constitucional, porquanto prescindem da necessária ponderação entre princípios enquanto mandados de otimização, privilegiando a aplicação de um deles em detrimento do outro e esvaziando seu conteúdo essencial, quer no sentido de suprimir o direito fundamental de herança em nome da solidariedade, quer na direção de esvaziar o princípio constitucional da solidariedade em nome da irrestrita disposição da propriedade.

Deve-se, antes, partir do pressuposto de que o instituto não pode aprioristicamente extinto, vez que sua intangibilidade fortalece a unidade familiar a partir da distribuição compulsória de bens entre os familiares mais próximos, o que concretiza no âmbito sucessório a solidariedade constitucional, prevista no art. 3º, inciso I da Constituição Federal²²⁴.

É necessário, porém, verificar se tal fundamento é atendido na atual estrutura da legítima no Código Civil. A resposta, adianta-se, é negativa.

Segue-se uma lógica puramente formal e abstrata, a partir da qual o patrimônio do falecido é distribuído a certos herdeiros em razão de simples vínculos de parentesco, bastando que integrem determinadas classes e graus para que sejam protegidos pela reserva legítima. Esses critérios se distanciam da realidade por exaltar uma igualdade puramente formal, sem qualquer diferenciação nas regras sucessórias em relação às características, necessidades e especificidades de cada herdeiro, passando ao largo da efetiva a proteção constitucional dedicada à pessoa de cada membro da entidade familiar. Importante, nesse sentido, a observação de Rolf Madaleno²²⁵:

“A legislação nacional não estabelece nenhuma diferença ou hierarquia entre os herdeiros necessários, pois considera todos eles: filhos, netos, bisnetos e demais descendentes, ou pais, avós ou bisavós e demais ascendentes, e cônjuge ou companheiro sobreviventes, seguindo a ordem de vocação hereditária, como legítimos destinatários de metade dos bens deixados pelo falecido, **pouco importando a realidade e a proximidade destes vínculos, e pouco importando os novos modelos e os valores que devem ser reconhecidos diante da presente dinâmica familiar, cujas relações de solidariedade e reciprocidade estão intimamente ligadas à subsistência destes valores, ou seja, deveria ser necessariamente herdeiro quem merece e precisa.**” (grifou-se)

²²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

²²⁴ *Idem*, p. 28.

²²⁵ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Op. cit., p. 406.

Nesses termos, deve a disciplina da legítima sofrer alteração legislativa de modo a aproximá-la o máximo possível da realidade, levando em consideração as necessidades concretas dos herdeiros.

Conforme demonstrado anteriormente, o ordenamento constitucional não suportaria a abolição da reserva legítima. Mas isso não se aplica a sua flexibilização, plenamente possível por parte do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere ampla margem de atuação, sem que, no entanto, viole o núcleo essencial dos institutos de direitos fundamentais. É possível a alteração do percentual da quota para mais ou para menos, bem como a inclusão de outros herdeiros forçosos, mantendo-se a proporção prescrita pelo art. 1.789 do Código Civil, e limitando, conseqüentemente, o direito à reserva dos legitimários originais. Essa alteração, inclusive, já ocorreu mais de uma vez. Exemplo foi a Lei nº 4.121/62, que, sem diminuir a quota disponível, contemplou o cônjuge como herdeiro necessário em usufruto. Por sua vez, ao incluir o cônjuge como herdeiro necessário em propriedade plena e manter a quota no mesmo quantitativo previsto no Código de 1916, o diploma civil de 2002 operou substancial mudança na reserva legítima, gerando, na prática, sua redução proporcional em relação aos ascendentes e descendentes, vez que passaram a dividir a quota com uma categoria a mais.

Alguns doutrinadores defendem a diminuição da reserva para um quarto (25%) do patrimônio do falecido. Rolf Madaleno, por exemplo, entende que a obrigação dos pais é criar os filhos preparando-os para o mercado de trabalho, sendo a eles defeso exigir algo a mais, não existindo nenhuma obrigação moral à legítima de bens, devendo ser dada máxima primazia à liberdade de testar, a qual “faz justiça ao testador que não tem todos os seus herdeiros necessários na mesma escala de estima”²²⁶, não podendo ser “restringida com a morte, quando ela é ilimitada em vida”.²²⁷ Nesses termos, sugere a redução da legítima à quarta parte do patrimônio sucessório, proposta acompanhada por Flávio Tartuce, para quem a reserva deveria assegurar somente “o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros”²²⁸, sendo que a redução do percentual teria o poder de incentivar o desenvolvimento socioeconômico do país, introduzindo nas pessoas o sentimento de busca pelo trabalho, “que tanto engrandece o ser humano nos planos pessoal e social.”²²⁹ Luiz Paulo Vieira de Carvalho admite a possibilidade, de *lege ferenda*, flexibilizar o

²²⁶ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Op. cit., p. 416-417.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 67.

²²⁹ *Ibidem*.

instituto, “com modificação legislativa no sentido da redução aritmética da quota correspondente, o que talvez traria melhor balanceamento argumentativo à matéria”²³⁰.

Concorda-se em parte com os autores, em especial quando aduzem que o instituto da legítima perpetua uma frágil noção de igualdade, assentada no campo meramente formal. No entanto, reduzir a quota para um novo patamar estanque, porém menor, de 25%, é reproduzir os mesmos problemas da legítima como atualmente está regrada, só que em outros termos, até piores. Reduzir a quota prejudicaria ainda mais os herdeiros vulneráveis, pois nada garantiria que o testador reverteria os 75% restantes em seu benefício. Nesse caso, haveria desproporção injustificável entre a liberdade de testar, sobremaneira avantajada, e a solidariedade. Prever a quarta parte como garantia do mínimo existencial, ou seja, de somente o indispensável para a sobrevivência, não se afigura compatível com o dever de solidariedade familiar. É o que também questiona Renata Raupp Gomes²³¹:

“Note-se a contradição encerrada neste ponto: como explicar que se defende primordialmente a tutela da dignidade e a promoção da personalidade humana quando, diante da situação de herdeiros hipervulneráveis, como os deficientes, os menores ou os idosos, se propõe a reserva de tão somente o mínimo existencial para subsistir, prevalecendo, em contrapartida, a liberdade proprietária de disposição via testamento do restante da herança? De que forma uma atitude dessa monta pode contribuir para a realização da dignidade existencial do autor da herança ou, ainda, para uma concepção de desenvolvimento da personalidade humana de contornos necessariamente éticos?”

Há também vozes no sentido de estabelecer uma legítima variável, em vez dos 50% atualmente fixados. Vale apreciar essa hipótese, especialmente quando se pensa no caso das famílias 2 e 3 do início do trabalho.

No primeiro capítulo foi trazido o exemplo de algumas famílias, analisando a (des)funcionalidade da legítima em relação a elas. A “família 2” retratava aquela de poucos recursos, beneficiária de programas sociais do governo, composta por pai, mãe e três filhos menores. Nela, os genitores não conseguiam assegurar satisfatoriamente aos filhos os deveres previstos no artigo 227 da Constituição. Mesmo assim, o ordenamento permite que os pais disponham de metade de seu patrimônio por meio de doação ou testamento, o que agravaria sobremaneira a situação dos filhos, ou mesmo a possibilidade de dilapidarem a totalidade de seu diminuto patrimônio a título oneroso. Já a “família 3”, em situação oposta, mas também formada por pai, mãe, e três filhos menores, era abastada, titular de vasto patrimônio. Os pais, engajados em causas sociais, desejavam doar 70% do que tinham para causas sociais, chegando

²³⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. Op. cit., p. 1.132.

²³¹ GOMES, Renata Raupp. Op. cit., p. 154.

à conclusão de que 30% de seu patrimônio seria suficiente para dar plenas condições de sustento para seus filhos, mantendo exatamente o mesmo padrão de vida que levam. Porém, verificou-se que o ordenamento não permite esse intento, devendo os pais deixar obrigatoriamente 50% aos filhos, mesmo que não necessitem.

Em ambos os casos, a inflexível fixação da quota legítima em metade do patrimônio do autor de herança não atenderia aos ditames constitucionais de solidariedade e proteção familiar, ora incapaz de garantir o mínimo existencial dos herdeiros, ora superior ao estritamente necessário à manutenção do mesmo padrão de vida. Sendo assim, a quota fixa não se revelaria justificável, pois a manutenção de uma vida digna pode demandar quantia superior ou inferior a 50% do patrimônio do falecido.²³² É o que explica Rodrigo Maia Bachour:

“Não é proporcional e a solidariedade não é atingida quando um membro dispõe de 50% (cinquenta por cento) dos seus bens, o que é possível sob a ótica do Código Civil de 2002, se possui um herdeiro incapaz que demanda mais do que o 50% (cinquenta por cento) restante. Também não é proporcional impedir que uma pessoa disponha de mais de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio quando seus herdeiros não são incapazes e, inclusive, já podem ter uma condição patrimonial melhor que a daquele familiar que pretende dispor em favor de outra pessoa.”²³³

Nesse sentido, o autor propõe em uma nova redação para o art. 1.789 do Código Civil, que deixaria de estabelecer um percentual fixo, mas antes definiria a reserva legítima e seus objetivos, determinando sua fixação no caso concreto²³⁴, conforme as necessidades dos herdeiros e os bens do acervo.²³⁵ Sendo assim, quanto mais bens, menor a porcentagem da reserva; quanto menos, maior a quota. No exemplo da “família 3”, muito abastada, a fixação da legítima em 30% no caso concreto resguardaria seus deveres em relação à manutenção do padrão de vida dos filhos, além do que evitaria a concentração de renda.

Todavia, a proposição não convence totalmente, em especial quando se observa a tendência do Direito Sucessório de racionalizar e aumentar a eficiência dos processos de

²³² BACHOUR, Rodrigo Maia. Deveres fundamentais da família e direito à herança: análise da possibilidade de flexibilização da legítima. Op. cit., p. 77.

²³³ *Idem*, p. 80.

²³⁴ O estabelecimento da quota se daria no momento da lavratura do testamento público em um Tabelionato de Notas (art. 7º, II da Lei nº 8.935/94), ou nos inventários judicial ou extrajudicial. No primeiro caso, o Tabelião, dotado de fé pública (art. 3º da Lei nº 8.935/94) seria responsável por orientar o testador sobre a disposição de seus bens, verificando se sua vontade estaria de acordo com os valores constitucionais. A prestação de orientações jurídicas é parte das competências legais dos notários, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.935/94. Por sua vez, o magistrado a cargo do processo de inventário ordinário deverá observar as necessidades concretas dos herdeiros em questão, fixando a partilha de acordo com os valores constitucionais. (*Idem*, p. 90)

²³⁵ *Idem*, p. 98.

inventário, altamente custosos tanto para a máquina pública quanto para os familiares, que suportam, ainda, o sofrimento emocional de perder um ente querido.

O sistema necessita de institutos perenes que confirmam estabilidade e segurança jurídica às relações, especialmente em âmbito sucessório que, como visto, parece fadado a um compasso pouco ritmado com a realidade social e familiar, repelindo inovações que desvirtuem os sacralizados costumes em torno da morte.

Isto posto, entende-se aqui que, a princípio, a proporção atualmente adotada pelo art. 1.789 do Código Civil - de metade do patrimônio do autor de herança - deve ser mantida, preservando-se a plena liberdade do testador em relação à metade disponível.²³⁶ A reconfiguração do instituto ocorreria, portanto, dentro no âmbito da própria reserva, levando em consideração as situações jurídicas existenciais.

Aqui se faz um adendo quanto à diferenciação entre interesses jurídicos patrimoniais e existenciais, importante na medida em que os instrumentos de tutela para cada situação são distintos, ora se destinando aos interesses titularizados pelos indivíduos, ora ao sujeito em si.²³⁷ Embora a distinção possa parecer, em um primeiro momento, óbvia, referindo-se as situações patrimoniais a interesses econômicos, como propriedade, crédito e empresa, e existenciais, à tutela do próprio sujeito, como a família e os direitos de personalidade²³⁸, em vários contextos ambas as situações podem estar presentes com o mesmo nível de intensidade, a saber, quando interesses patrimoniais são meios para a efetivação de interesses existenciais ou pessoais, gerando dificuldades ao intérprete.²³⁹ Nesses casos, não basta refletir apenas sobre o perfil do interesse e o efeito de cada um, sendo necessário também a utilização do perfil funcional, por

²³⁶ Autores que, embora prezem pela releitura funcional da legítima, a exemplo de Schreiber e Nevares, defendem a manutenção da proporção vigente. Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas defendem tão-somente uma alteração subjetiva da legítima, entendendo justificável o limite de 50%. In verbis: “O Código Civil estabelece, em seu art. 1.789, que, ‘havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança’. A proporção adotada, de 50% da herança, não se apresenta, em princípio, como problema na disciplina sucessória, devendo-se, portanto, preservar a liberdade do testador na disposição da metade de seu patrimônio do modo que lhe aprover. Cumpre examinar criticamente, contudo, os critérios adotados pelo legislador para definir as pessoas a serem protegidas por meio de tal reserva.” (SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. Op. cit., p. 240). Para Ana Luiza Maia Nevares, “as linhas gerais da legítima no Direito Brasileiro, a saber, sua fixação em cinquenta por cento dos bens da herança, contemplando os descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro como herdeiros necessários, parece estar em consonância com o ordenamento jurídico.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. Op. cit., p. 23)

²³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 89.

²³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. Op. cit., p. 6.

²³⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Op. cit., p. 135.

meio do qual se atenta não só para a forma como a situação se apresenta, mas também a função que ela desempenha no sistema.²⁴⁰

Não se trata, portanto, da separação estanque entre as duas situações, mas sim de uma funcionalização, em que a dignidade da pessoa humana é efetivada a partir de procedimentos jurídicos de categoria diversa²⁴¹, isto é, não é suficiente “insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.²⁴²

No direito sucessório predominam interesses patrimoniais, como, por exemplo, a regra da unidade da sucessão (art. 1.791, CC²⁴³) que estabelece, com a indivisibilidade da herança, que os interesses dos herdeiros serão regulados com base nas regras do condomínio (art. 1.314 e ss., CC). Por outro lado, o reconhecimento de filhos por testamento (art. 1.609, III, CC²⁴⁴) e sua irrevogabilidade é norma sucessória de caráter existencial, tutelando-se a situação de acordo com os sujeitos envolvidos e não seus interesses.²⁴⁵ Outras situações não são puras, como é o caso da reserva legítima, que, em um primeiro momento, ao estabelecer que determinada classe de sucessores recolha metade do acervo hereditário líquido, pode parecer tão-somente patrimonial, mas, no plano fático, pode gerar efeitos existenciais, especialmente em relação aos herdeiros vulneráveis, cuja dignidade depende do patrimônio do autor de herança para se realizar.

Portanto a revisão da reserva legítima, embora se dê sobre uma situação patrimonial - a transmissão forçada de metade do patrimônio -, deve ser funcionalizada às situações existenciais dos herdeiros vulneráveis, devendo preponderar a tutela da dignidade da pessoa humana. É o que conclui Perlingieri:

²⁴⁰ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, ano 24, vol. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015, p. 105. Disponível em: <<http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/01/Carlos-Nelson-Konder-Vulnerabilidade-patrimonial-e-vulnerabilidade-existencial-In-Revista-de-Direito-do-Consumidor.pdf>>. Acesso em: 29/07/2022.

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124.

²⁴² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Op. cit., p. 34.

²⁴³ CC/02. Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

²⁴⁴ CC/02. Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: (...) III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado.

²⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 7.

“Para este fim, o sistema hereditário deve ser revisitado do ponto de vista constitucional, simplificando seu conteúdo de forma decisiva; **valorizar a autonomia negocial equilibrando-a com o dever de solidariedade; prestar mais atenção às necessidades da pessoa dentro da família e, conseqüentemente, elaborar critérios mais flexíveis para a individualização dos legitimários, em relação à proximidade do grau de parentesco, em particular tendo em conta o estado de necessidade (estado de necessidade aqui entendido lato sensu como uma incapacidade de manter condições existenciais adequadas às que desfrutaram durante a vida dos de cujus)**, à duração e à seriedade do vínculo afetivo, bem como a eventuais comportamentos que, ao mesmo tempo em que não integram as hipóteses de indignidade, representam violações dos deveres mais elementares da solidariedade familiar e, portanto, devem constituir justa causa de deserção, mesmo para os herdeiros necessários.”²⁴⁶ (grifou-se)

3 A RECONFIGURAÇÃO DA DISCIPLINA DA RESERVA LEGÍTIMA: FLEXIBILIZAÇÃO A PARTIR DA TUTELA DAS VULNERABILIDADES

Vulnerabilidade é a suscetibilidade de ser ferido: diz-se do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode sofrer danos.²⁴⁷ Concepção originária da bioética a partir da primeira metade do século XX e em referência a grupos de pessoas desprotegidas e/ou institucionalizadas (órfãos, prisioneiros, idosos, etnias minoritárias, grupos socialmente desfavorecidos e mulheres), não se esgota na neutralidade axiológica, mas antes denota a expressão de valores e a abertura a um plano prescritivo, em que se impõe a obrigatoriedade ética de defesa e proteção dos grupos assim qualificados.²⁴⁸

É um conceito em ascensão no âmbito do direito civil, desde o consumidor até a família, no sentido de “tentar adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana, no sentido da despatrimonialização do direito civil, rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária.”²⁴⁹

Enquanto categoria jurídica, a vulnerabilidade se volta à intervenção reequilibradora no ordenamento em benefício de certos grupos vulneráveis e minorias, pois “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes

²⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A vulnerabilidade é um conceito que deve ser levado em conta para a reconfiguração da legítima? p. 9. apud PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. Rassegna di diritto civile, n.1, 2009, p. 145.

²⁴⁷ "Vulnerável", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/vulner%C3%A1vel>>. Acesso em: 29/07/2022.

²⁴⁸ PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Chiristian de Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética, vulnerabilidade e saúde. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2007, p. 31.

²⁴⁹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Op. cit., p. 101.

quando a igualdade os descaracteriza”²⁵⁰, o que leva à efetivação de uma igualdade substancial, não apenas formal. A tutela diferenciada se dá na medida das desigualdades, conforme denota Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Esclarecendo melhor: tem-se que **investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório**; de outro lado, cumpre **verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico**, para, **à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada**. Finalmente, impende analisar se a **correlação ou fundamentação racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional**. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”²⁵¹ (grifou-se)

Portanto, tal categoria justifica proteção jurídica diferenciada para salvaguardar a parte mais frágil, o que se observa no Direito brasileiro, que ora estabelece cláusulas gerais de tutela abstrata das relações existenciais e patrimoniais da pessoa humana em sua fragilidade própria, como é o caso dos consumidores, ora defende específica e concretamente aqueles que se encontrem vulnerados por condições pessoais - caso das crianças, idosos, pessoas com deficiência.²⁵² É o que se retira da proteção especializada oferecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), bem como por meio das leis que tratam da guarda compartilhada (Lei n. 13.058) e da alienação parental (Lei n. 12.318/2010, recentemente alterada pela a Lei n. 14.340/22). Madaleno reforça essa preocupação:

“Sobressai, por sua evidência, a preocupação do legislador para com a tutela dos inúmeros e fundamentais direitos das pessoas, em especial das pessoas vulneráveis, como o são no contexto do confronto fático e judicial as crianças, os jovens, os idosos, os deficientes e as mulheres. **Embora a igualdade jurídica seja conceito acessível a todos, vedada qualquer forma de discriminação ou violência, constituindo-se esta igualdade em um direito universal** reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas acerca da **eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, contra a pessoa em desenvolvimento, entenda-se, crianças e adolescentes, ou em relação aos jovens e àqueles que atingiram a**

²⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, p. 11-32, jun. 1997, p. 19. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 29/07/2022.

²⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

²⁵² BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira; Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). Cuidado e Afetividade. Projeto Brasil/Portugal - 2016-2017. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016., p. 181-182.

terceira idade, interessa ao presente estudo a defesa processual e circunstancial do direito alimentar.”²⁵³ (grifou-se)

Inserir a categoria da vulnerabilidade no Direito Sucessório não é uma tarefa fácil, visto que um dos fundamentos da sucessão é a igualdade entre os herdeiros, que devem recolher quinhões iguais, por cabeça. No plano fático, contudo, os herdeiros apresentam diferentes peculiaridades, não devendo se presumir, como a legislação faz, que “a natureza faz iguais todos os filhos, quando a simples observação dos fatos já mostra as diferenças de capacidade de esforços e de resultados, que fazem do sistema legitimário uma camisa de força que impede a distribuição equitativa do patrimônio.”²⁵⁴ Deve-se olhar para a ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil e identificar quais deles devem ser alimentados²⁵⁵, fazendo-se uma correlação entre o Direito Sucessório e a disciplina dos alimentos, “essa sim transformada e retransformada ao longo das últimas décadas em atenção à efetiva realização de uma solidariedade familiar, fundada em assistência aos efetivamente necessitados”.²⁵⁶

Pode-se partir então da tendência do legislador em criar categorias de condições, reconhecendo expressamente quais indivíduos são vulneráveis, normatizando suas situações²⁵⁷, e levando-se em consideração que a vulnerabilidade a ser protegida com a reserva legítima não decorre da mera situação de inferioridade patrimonial²⁵⁸, mas sim da impossibilidade de determinados indivíduos de prover seu próprio sustento e assegurar sua dignidade, seja por motivos de idade, seja por deficiência.²⁵⁹

Nesse sentido, diferenciam-se os herdeiros necessários em a) não vulneráveis: descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro maiores, plenamente capazes e financeiramente autônomos, cujo sustento pode ser por eles provido independente da reserva legítima, que seria mero acréscimo patrimonial; b) vulneráveis: i) descendentes menores -

²⁵³ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Op. cit., p. 138.

²⁵⁴ *Id.* Sucessão Legítima. Op. cit., p. 415.

²⁵⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 83.

²⁵⁶ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 243.

²⁵⁷ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Op. cit., p. 5.

²⁵⁸ A tutela oferecida pela reserva legítima não deve se restringir à simples inferioridade patrimonial (e contratual), em que é o patrimônio do titular que se encontra ameaçado, gerando efeitos somente indiretos em relação a sua personalidade. Deve-se então garantir a proteção da vulnerabilidade existencial em seu aspecto patrimonial, isto é, quando o indivíduo é mais suscetível de ter sua esfera extrapatrimonial lesionada em função de situações patrimoniais (como o afastamento da herança, por exemplo), impondo a aplicação de instrumentos diferenciados de para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. (Vide KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Op. cit., p. 5 e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 81).

²⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 84.

crianças e adolescentes - e incapazes; ii) descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro maiores, plenamente capazes, mas que não consigam se sustentar sozinhos, seja por motivos de idade, seja por deficiência.

No primeiro caso, já se argumentou que a reserva não serve ao seu propósito de salvaguarda da solidariedade familiar quando representa mero acréscimo patrimonial, o que se dá quando os herdeiros já são maiores, plenamente capazes e financeiramente autônomos, cujo sustento pode ser por eles mantido independente da reserva. Na maior parte dos casos, os filhos herdaram durante seu estágio mais funcional, o que impacta o fundamento da “vontade presumida” do autor de herança em relação a seus descendentes, não sendo possível afirmar que necessariamente o descendente guardaria relação de dependência econômica e afeto em relação ao falecido, de modo a sustentar a imposição da reserva legítima.

i) descendentes menores - crianças e adolescentes - e incapazes.

Em primeiro lugar, reconhecem-se como vulneráveis a criança e o adolescente, o que decorre de suas próprias personalidades em desenvolvimento e da ausência de capacidade para proverem sua própria subsistência. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º, ECA). Já o Código Civil estabelece que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, e relativamente incapazes, a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (arts. 3º e 4º, inciso I, CC).

A Constituição Federal (arts. 227²⁶⁰ e 229²⁶¹, CF) e a legislação infraconstitucional (entre outros, os arts. 1.566, IV²⁶² e 1.568²⁶³, CC e arts. 4º²⁶⁴ e 22²⁶⁵, ECA) buscam protegê-los,

²⁶⁰ CF/88. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁶¹ CF/88. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

²⁶² CC/02. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

²⁶³ CC/02. Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

²⁶⁴ ECA. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁶⁵ ECA. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A

impondo aos pais, com base no poder familiar e na relação paterno-filial²⁶⁶, o dever de sustentar os filhos até a maioridade, pois estes demandam cuidado e atenção para crescerem de forma digna e saudável:

“O ser humano nasce muito frágil e com várias necessidades de cuidado, que comprometem sua sobrevivência. É indispensável que alguém lhe forneça e zele pelo alimento, pela higiene do corpo, pelo sono, e pelo colo. **O cuidado, portanto, se constitui no condutor que o levará deste estado de vulnerabilidade absoluta ao processo de aquisição de autonomia, e, conseqüentemente, de humanização**”.²⁶⁷
(grifou-se)

A finalidade é resguardar o intenso e significativo vínculo de solidariedade presente numa família nuclear formada entre o par e seus filhos menores de dezoito anos, em que vige um dever alimentar irrestrito, de modo a empreender todos os esforços para atender às necessidades dos filhos, “podendo ir ao extremo até de exigir a venda de bens pessoais dos pais para assegurar por todas as formas o constitucional direito à vida.”²⁶⁸ Não se trata de mera recomendação ética, mas sim norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.²⁶⁹ A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial.²⁷⁰

Nesse sentido, é claro o papel protetivo da reserva legítima em relação à criança e ao adolescente, que ficariam à míngua em caso de decesso de seu provedor, uma vez que são ainda pessoas em formação, sem aptidão para estabelecer economia própria e sem maturidade suficiente para a compreensão do mundo por meio de suas próprias experiências. Essa relação de dependência se revela não só no aspecto existencial, como também no campo patrimonial, sem o qual os menores não viveriam de maneira digna.²⁷¹

mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

²⁶⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 434.

²⁶⁷ IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009. p. 163.

²⁶⁸ MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios>>. Acesso em: 10/07/2022.

²⁶⁹ LÓBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. Op. cit., p. 55.

²⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Op. cit., p. 71.

²⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Op. cit., p. 83.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em direção correlata, declaram que a significativa limitação da faculdade de disposição do autor de herança se justificaria apenas quanto à necessidade de resguardo da legítima dos herdeiros menores ou sob alguma condição de incapacidade, afigurando-se desarrazoado estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes.²⁷²

Por outro lado, a análise da precedência de herdeiros maiores de 18 anos relativamente incapazes²⁷³ sobre aqueles que, maiores e capazes, não dependeriam da reserva legítima para sobreviver, deve partir da relação de dependência com o patrimônio do autor de herança, para que não culmine em uma indesejada análise casuística.

Uma hipótese a ser analisada seria a de uma família em que um dos filhos, em busca de prosperidade, deixa o lar e constrói uma carreira de sucesso, enquanto seu irmão permanece em casa com os pais, em virtude, por exemplo, de algum vício em drogas, sem jamais alcançar sua independência financeira. A rígida disciplina atual da legítima, nesse caso, não estaria concretizando o princípio da solidariedade ao atribuir igual fatia a cada um dos filhos, visto que o herdeiro incapaz e economicamente dependente do falecido carecia mais daquele patrimônio.²⁷⁴

Em um primeiro momento, a tutela diferenciada parece esbarrar no preceito da igualdade entre filhos (art. 226, §6º, da CF), que, conforme passagem de Caio Mário da Silva Pereira, é assegurada minimamente pela reserva legítima, uma vez que “se à faculdade de testar correspondesse uma liberdade absoluta e irrestrita, poderia o testador tratar desigualmente os filhos, aquinhoando apenas um ou alguns, em detrimento de outro(s), que nada recolheria(m).”²⁷⁵

No entanto, conjugando os diversos valores promovidos pela Constituição, constata-se que a igualdade entre filhos não é puramente formal, mas também substancial, reclamando uma análise de proporcionalidade conforme as circunstâncias concretas: sem distinção entre casos fáceis ou casos difíceis, consideram-se as circunstâncias do caso concreto e, de acordo com os valores do ordenamento jurídico, confere-se maior peso a alguns deles, prevalecendo sobre os

²⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze. o contrato de doação. Op. cit., p. 39.

²⁷³ Conforme o art. 4º do Código Civil, são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. Op. cit., p. 222.

²⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 174.

demais, sem afastá-los definitivamente.²⁷⁶ No caso em questão, partindo do catálogo de valores protegidos pela Constituição Federal, a proporcionalidade revela que os interesses do filho incapaz poderiam prevalecer sobre o de seu irmão, sem que isso violasse o princípio da igualdade entre filhos. Segundo Schreiber e Viegas:

“A rigor, a própria exigência de análise funcional dos institutos seria suficiente para resolver o problema, tendo em vista que as mitigações ao direito de dispor encontram seu fundamento, lato sensu, na proteção à família, a qual, por sua vez, conforme se propõe neste estudo, não pode ser compreendida senão como a proteção às necessidades concretas das pessoas que integram a família.”²⁷⁷ (grifou-se)

ii) descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro maiores, plenamente capazes, mas que não consigam se sustentar sozinhos, seja por motivos de idade, seja por deficiência.

É patente que, diante da preocupação do ordenamento em conferir a tutela das vulnerabilidades, mormente em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é essencial que se mantenha a herança necessária dos descendentes com deficiência, entendidos aqueles que possuam algum “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (art. 2º da Lei nº 13.146/15).

Deficiência não se refere tão-somente a um corpo biológico com impedimentos, mas antes à situação de desigualdade que a ele é imposta por ambientes com barreiras, restringindo sua participação plena e efetiva nos espaços públicos. A desvantagem desses indivíduos não é resultado da natureza, mas sim de uma verdadeira “cultura da normalidade”²⁷⁸, cujos valores e práticas discriminam o corpo com impedimentos, reputando-o abjeto à vida social. Não são “cegos, surdos ou lesados medulares em suas particularidades corporais, mas pessoas com impedimentos, discriminadas e oprimidas”²⁷⁹ por tal cultura. Nesse ensejo, a vulnerabilidade aqui decorre não apenas das limitações físicas, mas também de seus efeitos nas interações sociais, baseadas em uma falsa concepção de normalidade. É o que confirma Débora Diniz:

“Assegurar a vida digna não se resume mais à oferta de bens e serviços médicos,

²⁷⁶ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 234. apud TEPEDINO, Gustavo. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. In: PERLINGIERI, Giovanni (Org.). Operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e in giurisprudenza, no prelo, p. 18-19.

²⁷⁷ *Idem*, p. 236.

²⁷⁸ DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos Deficiência, direitos humanos e justiça. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 11. São Paulo, dez. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/fPMZfn9hbJYM7Szn9bwzysb/?lang=pt>>. Acesso em: 30/07/2022.

²⁷⁹ *Idem*.

mas exige também a eliminação de barreiras e a garantia de um ambiente social acessível aos corpos com impedimentos físicos, intelectuais ou sensoriais. (...) A adoção da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece a questão da deficiência como um tema de justiça, direitos humanos e promoção da igualdade. A Convenção foi ratificada em 2008, o que exigirá a revisão das legislações infraconstitucionais e o estabelecimento de novas bases para a formulação das políticas públicas destinadas à população com deficiência. **Uma das exigências da Convenção é a revisão imediata do conjunto de leis e ações do Estado referentes à população com deficiência. O cumprimento dessa medida trará resultados diretos para a garantia do bem-estar e a promoção da dignidade das pessoas com deficiência no Brasil.**²⁸⁰ (grifou-se)

Além da necessidade de fomentar a inclusão dessas pessoas em vista de suas condições existenciais, a extensão da proteção da reserva legítima a esses indivíduos também se justifica pela presunção do estado de dependência econômica dos pais. E isso se verifica na realidade concreta, diante da quantidade de gastos econômicos para o custeio de medicamentos, aparelhos de apoio, bem como em face da dificuldade desses indivíduos de se inserir no mercado de trabalho e alcançar sua independência financeira.

Criticando o fato de ainda existirem aqueles que defendem a sucessão hereditária enquanto perpetuação da família, tal qual ocorria na antiguidade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal entendem que a limitação da liberdade de testar em prol dos herdeiros necessários se trata de “uma interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica.”²⁸¹ Sendo assim, deve estar devidamente justificada, o que só ocorre na existência de legitimário incapaz ou com deficiência, diante da indubitável incumbência de seu resguardo especial e integral. Tratando-se de legitimários maiores e capazes, não se justifica tal restrição, visto que “o ofício do pai se impõe em razão do exercício do poder familiar – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes.”²⁸² Concluem os autores que não existe dúvida de que “as normas que autorizam o arrefecimento da legítima para a proteção de sujeitos especiais, casuisticamente, a toda evidência, estão lastreadas na solidariedade familiar, tão relevantes para justificar as relações internas, endógenas, de um núcleo familiar.”²⁸³ Portanto, salutar que a proteção da reserva legítima alcance os herdeiros com deficiência.

São também vulneráveis os idosos. Conforme já exposto, o envelhecimento constante da pirâmide etária da população brasileira tem gerado a maior possibilidade de ocorrer a pré-

²⁸⁰ *Idem.*

²⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Sucessões. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, vol. 7, p. 66-68.

²⁸² *Ibidem.*

²⁸³ *Ibidem.*

morte de filhos, deixando pais idosos e dependentes que podem ficar desprotegidos, pois não se encontram na linha preferencial sucessória, somente herdando na ausência de descendentes, e ainda concorrendo com o cônjuge.

A Constituição Federal, em seu art. 230, regulamentado pela Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” Coloca-se a necessidade de sua proteção em relação às frágeis condições de saúde derivadas do envelhecimento, situação agravada na sociedade contemporânea, em que se preza pela produtividade: “entre os riscos que apontam a necessidade de se reconhecer a vulnerabilidade do idoso, tanto nas suas relações familiares quanto com a sociedade em geral, está o da sua marginalização, porquanto, não raro, retira-se do mundo do trabalho, reduz e compromete sua renda e capacidade física”.²⁸⁴

Além da exclusão do mercado de trabalho e a consequente subtração de sua autonomia, a vulnerabilidade dos idosos se revela nos diversos problemas sociais hodiernos que levam a sua marginalização, a exemplo da necessidade de promover sua inclusão no mundo da tecnologia, do combate aos constantes abusos, negligência, discriminação, violência, opressão, engano e outros tipos de violação de seus direitos; das políticas públicas precariamente implementadas pelos poderes públicos, relativamente à saúde, habitação, saneamento, previdência, assistência social, lazer, entre outros, exigindo-se respostas não só do Poder Público, como também do Direito para que se possa promover o acesso dessa categoria a seus direitos fundamentais.²⁸⁵

Assim, além da vulnerabilidade existencial a eles inerente, os idosos também podem sofrer de vulnerabilidade patrimonial, que apresenta efeitos existenciais, como é o caso daqueles pais e avós que, ou moram com os filhos, ou dependem deles economicamente. A pré-morte do filho gera, então, a necessidade de proteger seus pais ou avós dependentes com sua reserva legítima, o que não é completamente alcançado atualmente com a reserva estanque, em que descendentes e cônjuge, muitas vezes economicamente ativos e produtivos, são beneficiados em primeiro lugar.

Necessária, portanto, a proteção dos ascendentes idosos dependentes, por meio da

²⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 145.

²⁸⁵ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011, p. 32. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/94>>. Acesso em: 30/07/2022.

possibilidade do testador lhes destinar, além de sua quota disponível, parte da legítima dos herdeiros necessários.

Em relação aos descendentes, há de se verificar também a situação daqueles que são maiores e capazes, mas que, por algum motivo, ainda continuam dependentes economicamente dos pais. Nesse caso, pode-se tomar de exemplo a disciplina dos alimentos, uma vez que, conforme aduz Arnoldo Wald, há uma “relação entre o fundamento do direito alimentar e o da herança necessária, pois ambos visam, mediante normas de ordem pública, a assegurar uma certa solidariedade económica entre os membros da mesma família”.²⁸⁶

A legislação informa que com o fim da menoridade civil cessa também o dever de sustento do poder familiar, deixando o filho de ser destinatário de uma presunção de necessidade. No entanto, nos termos do art. 1.694 do Código Civil, os parentes, cônjuges ou companheiros podem solicitar alimentos uns aos outros de modo a manter sua condição social ou satisfazer sua carência educacional.

Nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm entendido que, diante do fato dos gastos com a formação profissional dos filhos não terminarem com a maioridade civil, devem eles ser sustentados pelos pais com os quais convivam ou dependam financeiramente até completarem o básico para que possam ter uma carreira profissional, estendendo-se o dever alimentar.²⁸⁷ De acordo com Francisco José Cahali, tal obrigação deve se estender “até os vinte e quatro anos do maior estudante”²⁸⁸, deixando de se fundar no poder familiar e passando a derivar dos vínculos de parentesco. É o que se observa na jurisprudência do STJ:

“Com a maioridade extingue-se o poder familiar, mas não cessa, desde logo, o dever de prestar alimentos, fundado a partir de então no parentesco. É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentando a oportunidade de manifestar-se e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover à própria subsistência.”²⁸⁹

O mesmo entendimento perpassa a jurisprudência do TJDFT, em que já se entendeu que:

²⁸⁶ WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

²⁸⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Op. cit., p. 1.632.

²⁸⁸ CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 196.

²⁸⁹ Ementa: “Alimentos. Maioridade do alimentando. Exoneração automática da pensão. Inadmissibilidade — Com a maioridade, extingue-se o poder familiar, mas não cessa, desde logo, o dever de prestar alimentos, fundado a partir de então no parentesco. — É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentando a oportunidade de manifestar-se e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover a própria subsistência. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 739.004/DF. Relator: Min. Barros Monteiro. Quarta Turma. Julgado em 15.09.2005).

“A manutenção da obrigação em prestar alimentos aos filhos com idade superior a 18 anos é medida excepcional, razão pela qual é atribuído ao alimentado comprovar a impossibilidade de prover à própria subsistência por meio de atividade laboral remunerada (art. 1695 do Código Civil). **Constatado que o alimentado é estudante universitário e de ensino técnico e ausente a demonstração de alteração na situação financeira do alimentante, a prestação de alimentos deve ser mantida no montante inicialmente arbitrado, pelo tempo necessário à conclusão regular do curso superior aludido, nos termos da grade curricular estabelecida pela entidade de ensino.**”²⁹⁰

Sendo assim, diante dos obstáculos enfrentados pelo filho civilmente capaz mas que ainda não possui meios próprios para se sustentar, tendo em vista que investe em sua educação, é possível admitir, como decorrência da prorrogação da dependência econômica pela doutrina e jurisprudência majoritárias, sua qualificação enquanto herdeiro necessário.²⁹¹

Por fim, há de se discutir a funcionalização em relação à figura do cônjuge e do companheiro. Conforme demonstrado anteriormente, muitos doutrinadores, tais quais Mário Luiz Delgado, Inocêncio Galvão Telles e Oliveira Ascensão, defendem sua exclusão do rol de herdeiros necessários, devendo-lhes ser assegurado somente o usufruto vitalício dos bens. Importa recuperar os dizeres de Delgado:

“O cônjuge sobrevivente não deveria figurar como herdeiro necessário. A facilitação do divórcio, especialmente após a promulgação da EC 66/2010, e o crescimento das famílias recompostas, transformou a posição do cônjuge em um verdadeiro “cargo interino”. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da

²⁹⁰ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. FILHO MAIOR MATRICULADO EM UNIVERSIDADE E CURSO TÉCNICO. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA. VALOR. RAZOABILIDADE. 1. Hipótese de ajuizamento de ação de exoneração de alimentos com fundamento no alcance da maioridade civil pela alimentanda. 2. A revisão do valor dos alimentos e a exoneração da obrigação exigem a comprovação de mudança na situação financeira de quem os presta ou na de quem os recebe, ou seja, a demonstração da existência de uma circunstância superveniente à fixação da prestação alimentícia (art. 1699 do Código Civil). 3. A manutenção da obrigação em prestar alimentos aos filhos com idade superior a 18 anos é medida excepcional, razão pela qual é atribuído ao alimentado comprovar a impossibilidade de prover à própria subsistência por meio de atividade laboral remunerada (art. 1695 do Código Civil). 4. Constatado que o alimentado é estudante universitário e de ensino técnico e ausente a demonstração de alteração na situação financeira do alimentante, a prestação de alimentos deve ser mantida no montante inicialmente arbitrado, pelo tempo necessário à conclusão regular do curso superior aludido, nos termos da grade curricular estabelecida pela entidade de ensino. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida. (grifou-se) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 1186904, 07038669520178070005, Relator: Alvaro Ciarlini, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 10/7/2019, publicado no PJe: 24/7/2019).”

²⁹¹ No Estado de Louisiana nos Estados Unidos da América vige um Código Civil que prevê como herdeiros necessários, fazendo jus a uma porção certa e determinada da herança, os descendentes de até vinte três anos de idade ou aqueles que por força de enfermidade física ou mental sejam permanentemente incapazes de cuidar de suas pessoas ou de administrar seus bens. É o que se retira do art. 1.493: “Chapter 3 – The Disposable Portion And Its Reduction In Case Of Excess. Art. 1493. A. Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent.” (UNITED STATES OF AMERICA. Louisiana State Legislature. Disponível em: <<https://legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=108811>>. Acesso em: 30/07/2022).

sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legitimária. O fundamento da legítima do cônjuge deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de se estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro. **Pelas mesmas razões, dever-se-ia afastar a ideia de se estender ao companheiro sobrevivente o privilégio legitimário.**²⁹² (grifou-se)

Impende aqui, contudo, discordar dessa exclusão apriorística. Da mesma forma que se atribuiu, anteriormente, a condição de herdeiro necessário aos vulneráveis econômicos (dependentes economicamente do autor de herança), pode-se fazer o mesmo em relação ao cônjuge e companheiro. Sendo assim, podem figurar no rol de herdeiros necessários cônjuge e companheiro financeiramente dependentes do falecido, isto é, desprovidos de renda capaz de manter um padrão de vida digno, principalmente quando privados da meação em razão do regime de bens do casamento. Outra solução possível, mais harmônica com as teses partidárias da autonomia privada, seria a exclusão do consorte sobrevivente (tanto cônjuge quanto companheiro) do rol de herdeiros necessários, acompanhada de uma especial proteção àqueles que comprovarem dependência econômica, garantindo-lhes a quota cabível se não tivessem sido excluídos da sucessão.

A garantia hoje constante do art. 1.845, excessivamente genérica e abrangente, fazia sentido na conjuntura predominante na década de 1970, marcada pela sacralidade do casamento e pela desigualdade entre os cônjuges. O Código de 2002 adentrou em outra realidade social e familiar, radicalmente diversa daquela que inspirou sua elaboração: prevalecia uma nova conjuntura de primazia da isonomia conjugal, reconhecida pela Constituição Federal, de maior liberdade para contrair e para dissolver vínculos de conjugalidade, do reconhecimento de uniões informais enquanto família e do consequente crescimento de famílias recompostas. Em face da atual estrutura familiar, a transformação de cônjuges (e eventualmente companheiros) em herdeiros necessários concorrentes revelou-se em descompasso com as modernas formas de conjugalidade, marcadas pela liquidez e transitoriedade. É o que revela Maria Berenice Dias, atenta aos conflitos de natureza sucessória que derivam de tal contexto:

“De modo cada vez mais frequente, as pessoas migram de um relacionamento a outro, tendo filhos dos vínculos anteriores e filhos das novas uniões. Tais formações familiares acabam colocando em conflito os filhos com os novos parceiros dos pais, pois sabem que serão alijados de parte do patrimônio que não mais retornará a eles. Assim, quem tem bens e filhos, se vier a casar, parte do seu patrimônio individual, que foi adquirido antes do casamento, passará às mãos do novo cônjuge. E, quando do seu falecimento, os bens não retornam aos descendentes do seu titular. Só um exemplo basta para flagrar a incongruência. Se alguém que tem filhos vem a casar, na hipótese

²⁹² DELGADO, Mário Luiz. Os Novos Herdeiros Legitimários. Op. cit.

de herdar a fazenda da sua família, parte de tal patrimônio não será transmitida aos seus descendentes. Ficará para o viúvo a título de direito concorrente por ser bem particular. E, quando ele falecer, nem assim, a fração recebida retornará aos herdeiros do titular do imóvel.²⁹³

Ao se verificar a matéria à luz da Constituição Federal, observa-se que a obrigatoriedade e concorrência entre cônjuge/companheiro e parentes em linha reta colide com a propriedade privada e autonomia patrimonial do falecido, bem como com o direito fundamental à herança dos descendentes e ascendentes, limitando-o consideravelmente. Afronta também o novo paradigma constitucional familiar assentado na isonomia jurídica entre os cônjuges e companheiros, uma vez que regras protetivas absolutas, tais quais a reserva legítima do cônjuge, partem da presunção de que consortes do sexo feminino sejam frágeis e dependentes do marido, que preponderaria como chefe da sociedade conjugal.²⁹⁴

Sendo assim, compreensível o entendimento de Delgado de que ocupar a posição de cônjuge quando da abertura da sucessão se trata de verdadeira “loteria”, cujo prêmio é a designação legitimária. Para evitar essas incongruências, nada mais justo que limitar a proteção da reserva apenas ao cônjuge e companheiro naquilo que dependiam do patrimônio do autor de herança, o que melhor efetiva a autonomia do proprietário-testador e a solidariedade familiar.

De todo o exposto, estabelece-se aqui a necessidade de revisão dos arts. 1.845 e 1.846 do Código Civil a partir de um critério funcional, que leve em consideração a necessidade econômica dos herdeiros envolvidos em relação à reserva, já que a função da sucessão legítima é, conforme realçou o Supremo Tribunal Federal, assegurar meios para a manutenção de uma vida digna.²⁹⁵ Evidente que não é possível prever em uma lei geral e abstrata todas as situações concretas que possam ocorrer, e nem desejado, visto que o Direito Sucessório requer certo nível de neutralidade a fim de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade, bem como possibilitar os planejamentos sucessórios. Deve-se evitar que toda e qualquer sucessão seja conduzida ao âmbito do Judiciário, sob pena de excessiva judicialização, situação que, cada vez mais, se tem procurado evitar, especialmente diante do vultoso dispêndio econômico e emocional inerente a um processo de inventário que uma família enlutada enfrenta. Daí a

²⁹³ DIAS, Maria Berenice. Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Op. cit.

²⁹⁴ GOMES, Renata Raupp. Op. cit., p. 166.

²⁹⁵ É o que se retira do voto do Min. Relator Luis Roberto Barroso, no julgamento do RE 878.694/MG: “Independentemente do tipo de entidade familiar, o objetivo estatal da sucessão é garantir ao parceiro remanescente meios para que viva uma vida digna. Conforme já adiantado, o Direito Sucessório brasileiro funda-se na noção de que a continuidade patrimonial é fator fundamental para a proteção, para a coesão e para a perpetuação da família.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694/MG, Tribunal Pleno, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017, com repercussão geral, p. 14. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>>. Acesso em: 31/07/2022).

importância de que o legislador inclua, além dos vínculos de parentesco, mais um critério, não só funcional, como também objetivo, privilegiando os herdeiros considerados vulneráveis econômicos, ou seja, que terão presumidamente maior necessidade de amparo econômico²⁹⁶, uma vez que, em desvantagem em relação aos demais, careceriam de tutela por mecanismos reequilibradores a fim de se alcançar efetiva igualdade substancial.

Assim, defende-se que o testador possa destinar parte da reserva a herdeiros legítimos vulneráveis, não somente os necessários, mas também os facultativos, o que pode ser feito pela reconfiguração do art. 1.846, talvez por meio da adição de um parágrafo prevendo tal possibilidade, a exemplo do que propôs o IBDFAM no PL nº 3.799/19, a ser discutido a seguir.

Pode-se até pensar em revisitar o rol dos herdeiros necessários do art. 1.845, de modo a incluir apenas herdeiros em situações de vulnerabilidade, cogitando-se um rol formado por: a) descendentes menores de 18 anos; b) descendentes maiores de 18 e menores de 24 anos que estiverem cursando nível superior; c) descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro incapazes ou pessoas com deficiência incapazes de prover seu próprio sustento com dignidade; d) ascendentes idosos, economicamente dependentes do autor de herança; e) cônjuge/companheiro não contemplado com meação e sem condições de manter seu padrão de vida com esforço próprio.

Por outro lado, na ausência de herdeiros em tais condições, preservar-se-ia a máxima liberdade de testar, retirando-se a patrimonialidade das relações familiares. Portanto, restaria preservado o núcleo essencial da autonomia privada e do direito de propriedade, vez que não totalmente limitados, mas sim funcionalizados à proteção da pessoa humana.²⁹⁷

O novo desenho legislativo também deve atentar para a continuidade da intangibilidade da legítima, mantendo seu caráter cogente e vedando a disposição gratuita dos bens que exceda a quota dos herdeiros necessários. Nesse sentido, oportuno reiterar nos dispositivos que as doações em vida constituem adiantamento de legítima, e, se excedente ao que o testador poderá dispor, serão nulas, nos termos do art. 549 do Código Civil.

Outro aspecto a ser considerado pelo legislador é em relação ao caráter supletivo da Sucessão Legítima, cuja ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil apresenta grande relevo na cultura brasileira, em que as pessoas não costumam fazer testamentos,

²⁹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Op. cit., p. 89.

²⁹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Op. cit., p. 91.

mormente diante do fato da maioria da população não possuir bens o suficiente para testar, ainda que durante a pandemia essa situação tenha começado a se inverter.

Por fim, destaca-se que eventual alteração dos artigos citados pode afetar a redação de outros dispositivos, devendo atentar-se para o ajuste de sua redação para que se conforme com a medida proposta, bem como para a coesão do Código e do ordenamento como um todo.

4 PROJETO DE LEI Nº 3.799/19

Ciente da necessidade de adequar o direito sucessório às novas exigências sociais, o IBDIFAM, em 2019, elaborou o projeto de lei nº 3.799/19²⁹⁸, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), com o objetivo de reformular as regras sucessórias dispostas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Dentre as alterações apresentadas, importa aqui analisar as que remetem ao que foi discutido ao longo deste trabalho, a saber, as normas atinentes à reserva legítima dos herdeiros necessários (arts. 1.789 e 1.846, CC) e o rol de herdeiros necessários (art. 1.845, CC), bem como aquelas que se relacionam diretamente com o tema, caso do art. 1.850, que versa sobre a exclusão de herdeiros em testamento.

A disciplina sucessória do cônjuge e do companheiro foi a que mais sofreu alterações no anteprojeto, tendo em vista que as disposições do atual Código Civil são lacunosas, trazendo muitos questionamentos e posições contraditórias na jurisprudência.

A primeira inovação digna de nota foi a exclusão do cônjuge e do companheiro do rol rígido dos herdeiros necessários²⁹⁹, dando ao testador a prerrogativa de dispor livremente sobre os direitos sucessórios do consorte, inclusive excluindo-o da sucessão. Isso se dá pelo clamor cada vez mais claro, desde a entrada em vigor do Código Civil, pela ampliação da liberdade testamentária em relação ao consorte supérstite, o que se verifica em outros projetos de lei de

²⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 3.799, de 2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Iniciativa Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>>. Acesso em: 02/08/2022.

²⁹⁹ A redação proposta pelo anteprojeto é a seguinte: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” (NR) (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 3.799, de 2019. Op. cit.).

mesma natureza, a exemplo do PL 508/2007³⁰⁰, PL 3075/2008³⁰¹, PLS 220/2005³⁰², entre outros.

Ao contrário do PL 508/2007 e PL 3075/2008, o anteprojeto do IBDFAM estabelece mecanismos para que o cônjuge não reste desamparado, caso prejudicado na sucessão. É o que se depreende da nova redação sugerida ao art. 1.850, na qual se lê:

“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.”(NR) (grifou-se)

Sendo assim, mesmo que sejam excluídos da sucessão, cônjuge e companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência poderão reivindicar do monte valor que assegure a sua subsistência, exceto se cometerem atos ensejadores de indignidade ou deserdação. Conforme se retira da exposição de motivos, a quota a eles conferida, mediante decisão fundamentada do juiz, não poderá ultrapassar aquilo que lhes caberia na sucessão legítima, sendo ela imputada na legítima dos herdeiros necessários, mantendo-se a fração disponível intacta:

³⁰⁰ De autoria do Dep. Sérgio Barradas Carneiro, o PL 508/2007 propõe a exclusão do cônjuge enquanto herdeiro necessário. Da exposição de motivos, revela-se a insatisfação com a presença do cônjuge no rol, que seria contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Destaca-se que haveria superproteção do cônjuge, vez que o regime legal de bens já o contempla com a meação dos aquestos, além do que faz jus ao direito real de habitação. Além disso, o crescente fenômeno das famílias recompostas e plurais acirra os conflitos entre o cônjuge e seus enteados, ligados patrimonialmente pela herança necessária. Portanto, revela que o ideal seria reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens. (BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 508, de 2007. Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Iniciativa Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01wli9e1suu9f0lsp3tkyymboz18551943.node0?codteor=444218&filename=PL+508/2007>. Acesso em: 02/08/2022).

³⁰¹ Apensado ao PL 508/2007, o PL 3075/2008, de autoria de Eduardo da Fonte (PP/PE), apresenta a mesma proposta em relação aos herdeiros necessários. A diferença é que o primeiro mantém a concorrência sucessória do art. 1.829, I, adicionando à sua redação o companheiro sobrevivente; já o PL 3075/2008 exclui a concorrência, deixando somente os descendentes em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. (BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 3075, de 2008. Altera a redação do inciso I do art. 1.829, do art. 1.830, do art. 1.845 e revoga os arts. 1.831 e 1.832, todos do Código Civil. Iniciativa do Senhor Eduardo da Fonte. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387838>>. Acesso em: 02/08/2022).

³⁰² BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 220, de 2005. Altera o dispositivo no art. 1.829 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para deferir a sucessão legítima independentemente do regime de bens entre os cônjuges. Iniciativa do Senador José Maranhão. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/relatorios_sgm/relpresi/2005/p1_k02_pls.pdf>. Acesso em: 02/08/2022.

“Em que pese à possibilidade de exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão, estes poderão, não obstante, reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. Dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos a priori pela lei, sem uma análise da situação em concreto. Na hipótese de o cônjuge ou o companheiro comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência, a quota que vierem a receber, mediante decisão fundamentada do juiz, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes, será imputada na legítima dos herdeiros necessários, sendo mantida a quota disponível em sua integralidade.”³⁰³

Louvável a inovação, que ameniza o caráter inflexível do rol de herdeiros necessários, funcionalizando a sucessão do cônjuge e do companheiro em relação às condições concretas do sobrevivente em sua dependência com o autor de herança, não mais fundada unicamente na mera conjugalidade, potencialmente efêmera na atual conjuntura.

Alterou também o art. 1.846 do Código Civil, ampliando-se a liberdade do autor de herança em prol dos herdeiros vulneráveis. Manteve-se a legítima em 50%, apesar de intensos debates no sentido de diminuí-la³⁰⁴, adicionando-se dois parágrafos ao dispositivo:

“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.**”(NR) (grifou-se)

A previsão do §1º é inspirada na “*mejora*” prevista no Código Civil Argentino de 2015. Sem pretender adentrar em um estudo de direito comparado, é importante verificar o tratamento dado pela legislação argentina à quota legitimária, uma vez que serviu de inspiração ao IBDFAM para propor a alteração do Código brasileiro.

A legítima é disciplinada no Título X (“Porción legítima”) do Livro Quinto

³⁰³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 3.799, de 2019. Op. cit.

³⁰⁴ Flávio Tartuce relata: “Como é notório, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) elaborou um projeto de lei para alteração das regras sucessórias, a exemplo da proposição do Estatuto das Famílias. Porém, em um primeiro projeto de lei elaborado, foi rejeitada a redução da legítima, mantida em 50% do patrimônio do autor da herança, como é da nossa tradição. Pontue-se que havia proposta, também, de introdução de uma legítima variável, como ocorre em alguns Países, somente para proteger determinadas pessoas, caso dos incapazes e dos idosos. Todavia, essa sugestão acabou por não ser acatada.” (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. Op. cit., p. 67).

(“Transmisión de derechos por causa de muerte”) do Código, que estabelece como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge (art. 2.444³⁰⁵). O art. 2.455 fixa em dois terços (2/3) a legítima dos descendentes e em um meio (1/2) a dos ascendentes e a do cônjuge. Havendo descendentes, o testador só poderá dispor de um terço (1/3) de seu patrimônio.³⁰⁶ Caso concorram à herança descendentes e cônjuge, a porção disponível se calcula conforme a maior legítima, isto é, o testador só poderá dispor de um terço (1/3), nos termos do artigo 2.446.³⁰⁷ Caso não possua descendentes, o autor de herança poderá dispor de metade de seus bens, estando a outra parte reservada a seus ascendentes e cônjuge.

A grande inovação, contudo, se situa no artigo 2.448 do Código argentino, que prevê a “*mejora a favor de heredero con discapacidad*”, permitindo ao testador dispor de um terço (1/3) da porção legítima em favor de descendentes ou ascendentes com deficiência. In verbis:

“Artículo 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad.

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, **además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas** para aplicarlas como **mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad**.

A estos efectos, **se considera persona con discapacidad**, a toda persona que padece una **alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.**” (grifou-se)

Portanto, existindo descendentes ou ascendentes com deficiência, ainda que dois terços (2/3) da herança estejam reservados aos descendentes, caso um deles seja portador de deficiência, a ele defere-se um terço (1/3) desta porção, além do que lhe caberia em concorrência com os demais herdeiros sobre a porção restante da quota reservada.

Com efeito, a proposta do IBDFAM inaugura uma ampliação qualitativa da liberdade testamentária, permitindo ao testador destinar até um quarto da legítima dos herdeiros

³⁰⁵ “Artículo 2444. Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.” (ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 2.445. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 02/08/2022).

³⁰⁶ “Artículo 2445. Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.” (*Idem*)

³⁰⁷ “Art. 2.446: Concurrencia de legitimarios. Si concurren solo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. Si con curre el conyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor.” (*Idem*)

necessários a seus descendentes, ascendentes ou cônjuge/companheiro (agora herdeiro facultativo) vulneráveis.

Importante destacar o amplo conceito de deficiência adotado pela legislação argentina e replicado pelo IBDFAM na proposta do §2º do artigo 1.846, evidenciando a tendência de tutelar ao máximo as vulnerabilidades, assim considerando toda alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que, em relação à idade e ao meio social, implique desvantagens consideráveis para a integração familiar, social, educacional ou laboral do indivíduo. Inclusive, o IBDFAM ampliou ainda mais a incidência do dispositivo, estabelecendo a possibilidade de aplicação de parte da legítima ao cônjuge e companheiro, considerados herdeiros facultativos pelo anteprojeto, o que não se observa na legislação Argentina, que limitou a proteção a ascendentes e descendentes.

Analisando o impacto da nova legislação em solo argentino, a civilista Olga Orlandi³⁰⁸, verificou que a inovação foi positiva, uma vez que a doutrina majoritária argentina tem se manifestado no sentido de relaxar as restrições que a lei de herança argentina impõe, proclamando maior liberdade de disposição para materializar a proteção de indivíduos vulneráveis. Identifica, ainda, uma tendência do direito e da doutrina da herança moderna em proclamar a necessidade de maior autonomia da vontade em matéria de sucessão, o que implica tornar mais flexíveis instituições como a herança legítima, de modo a permitir a proteção dos direitos humanos fundamentais e uma adaptação às características do desenvolvimento econômico do século XXI.³⁰⁹ Conclui que a legislação deveria ampliar a proteção da “*mejora*”, estabelecendo também apoio periódico por meio de alimentos, um direito real de habitação, e a proteção do cuidador, destinando-lhe recursos econômicos.³¹⁰

Acredita-se aqui no potencial desse projeto para o Brasil, pois amplia a autonomia privada do testador dentro da própria reserva legítima, sem alterar seu quantitativo e direcionando-a para o cumprimento mais efetivo da solidariedade social, vez que voltada à tutela dos vulneráveis. A proposta seria ainda mais vantajosa se estendesse essa possibilidade aos demais herdeiros legítimos, quais sejam os colaterais, vez que muitas vezes a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira de familiares que não sejam necessariamente os herdeiros forçosos, mas economicamente vulneráveis.

³⁰⁸ ORLANDI, Olga E. Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad. 15 de Julio de 2015, Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad-dacf150400-2015-07-15/123456789-0abc-defg0040-51fcanirtcod>> . Acesso em: 03.07.2022.

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ *Idem.*

CONCLUSÃO

Urge uma visão reformadora em relação ao instituto da legítima, a partir de sua verdadeira função na proteção das famílias contemporâneas e da primazia das situações existenciais em relação às patrimoniais.

Por muito tempo, o instituto se resumiu à continuidade patrimonial da família enquanto instituição, mantendo incólume sua disciplina excessivamente formalista, desde as Ordenações Filipinas até o Código Civil atualmente em vigor: reproduziu-se a proteção da porção indisponível do autor de herança, correspondente a um quantitativo fixo do acervo hereditário, que foi de $\frac{2}{3}$ sob a égide das legislações portuguesas, e passou a $\frac{1}{2}$ com a Lei Feliciano Pena de 1907, proporção mantida nas codificações de 1916 e 2002. Tal quota foi sempre forçosamente destinada a determinadas classes de herdeiros privilegiados por lei: descendentes e os ascendentes sempre foram considerados herdeiros necessários, aos quais se juntou o cônjuge em 2002, inovação do Código Civil de modo a lhe conferir maior proteção, trazendo também em seu bojo uma canhestra proteção sucessória ao companheiro.

Contudo, as significativas transformações operadas no âmbito do Direito, em especial do Direito das Famílias, bem como na realidade fática, colocaram em xeque a sustentabilidade de modelos privatísticos estáticos como a reserva legítima.

No plano fático, notou-se profunda transformação na estrutura social brasileira desde a égide do Código de 1916, bem como da elaboração do Código de 2002 na década de 70. A reserva legítima foi pensada para a proteção de uma família conservadora, patriarcal, extensa e rural, em que predominava a inferioridade da mulher, a desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, e a sacralidade do casamento, tudo no intuito de manter a propriedade comum (imóvel e rural) no âmbito do mesmo núcleo, cuja proteção se colocava contra os próprios membros individualmente considerados. Porém, a partir da urbanização e da industrialização, a estrutura agrária começa a ruir, impactando diretamente no âmbito familiar. Até a entrada em vigor do Código de 2002, elevou-se uma realidade urbana dinâmica, marcada pela multiplicidade de arranjos familiares, pelo crescimento do fenômeno das famílias recompostas, pelo aumento da longevidade da população, pelo recrudescimento da socioafetividade em detrimento dos simples laços biológicos, pela crescente igualdade entre homens e mulheres, bem como pelo progressivo interesse em planejamentos sucessórios. Porém, a codificação não incorporou tais mudanças, adentrando o ordenamento ultrapassada.

Já no plano hermenêutico, a virada axiológica inaugurada pela Constituição de 1988 colocou a pessoa humana no centro do sistema, dando lugar a uma concepção de família pautada pelo afeto e pela realização pessoal de cada membro individualmente considerado. Sendo a sucessão fenômeno indissociavelmente ligado à família, perde sentido o fundamento máximo da reserva legítima enquanto proteção do núcleo familiar a partir da atribuição coercitiva e paternalista de parcela do patrimônio do chefe de família a categorias abstratas de familiares, uma vez que a família, objeto de sua tutela, não é mais a mesma. O elemento nuclear da comunidade familiar deixa de ser o patrimônio, dando lugar à solidariedade recíproca entre seus membros.

Por sua vez, o Direito Civil deixa de dar centralidade à codificação e passa a ser norteado pela superioridade normativa das normas constitucionais, voltando-se à tutela da pessoa em detrimento do puro e simples patrimônio, sem, no entanto, comprometer a individualidade ínsita aos institutos privados. Direitos subjetivos, como propriedade, contrato e herança, adquirem agora função social, devendo ser instrumentos de construção de uma sociedade não só livre, mas também mais justa e solidária.

Nesse diapasão, verificou-se neste trabalho que o direito fundamental de herança previsto no inciso XXX do artigo 5º da Constituição, inovação do constituinte de 1988, possui amplo campo de incidência, não se identificando como um direito exclusivo dos herdeiros necessários, nem como um mero adendo ao direito de propriedade, à qual o autor de herança teria livre disposição. Na verdade, garante a herança enquanto instituto, alcançando o hereditando, seus herdeiros, o Estado, o legislador e todos os cidadãos.

Na reserva legítima foi identificada a coexistência dos princípios da autonomia privada, identificada na livre disposição do direito de propriedade do autor de herança, e a solidariedade familiar, traduzida na proteção patrimonial coercitiva da reserva. A partir do conflito entre ambos, concluiu-se que não seria possível abolir a reserva do ordenamento constitucional, conjunto harmônico de normas e princípios em que conflitos são resolvidos a partir da máxima da proporcionalidade, pois esvaziaria o direito de herança em prol da propriedade, gerando inconstitucionalidade.

Sendo assim, não se deixou de lado a importância da intangibilidade do instituto, percebendo-se que o mesmo subsiste em face da solidariedade familiar nos termos dos artigos 3º, 226 e 227 da Constituição Federal. Afastou-se, portanto, das teses que propugnam sua inconstitucional abolição, seja em função da vontade como valor supremo, sintoma do individualismo oitocentista, seja da radicalização da solidariedade constitucional com a

apropriação estatal da herança, sugerindo-se uma releitura da legítima a partir da funcionalização das situações patrimoniais às existenciais e da solidariedade constitucional no âmbito familiar, tutelando os herdeiros em suas necessidades e deixando de utilizar-se critérios gerais e abstratos. Nesse sentido, entendeu-se que a limitação do patrimônio operada pelo instituto é desproporcional quando realizada tão-somente por razões de parentesco, ignorando as reais necessidades dos herdeiros, que muitas vezes não carecem de proteção.

Para tanto, foi proposta a adoção, em âmbito sucessório, da categoria da vulnerabilidade, que tem se tornado cada vez mais frequente no âmbito do direito civil para uma intervenção reequilibradora, a fim de efetivar, na direção da solidariedade social, uma igualdade substancial. Assim sendo, optou-se por destinar a proteção da reserva legítima a herdeiros considerados vulneráveis econômicos, a saber, menores, incapazes, idosos, pessoas com deficiência e todos aqueles que não possuam condições de, por si próprios, propiciar os recursos necessários à preservação de sua dignidade, mantendo-se parte da liberdade de testar. Na ausência de herdeiros em tais condições, seria livre a autodeterminação do testador. Necessária então, na esteira proposta pelo IBDFAM no PL nº 3.799, a atualização dos arts. 1.845, 1.846 do Código Civil de 2002 e seus dispositivos correlatos.

A diretriz que se propõe a ser seguida é a flexibilização da disciplina da reserva legítima, que deve se adequar aos desafios impostos pela sociedade contemporânea, aos valores constitucionais e às novas configurações das famílias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista Andrade. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

_____. O herdeiro legitimário. Texto de conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 09.07.2022.

BACHOUR, Rodrigo Maia. Deveres fundamentais da família e direito à herança: análise da possibilidade de flexibilização da legítima. Orientador: Adriano Sant'Ana Pedra. 2020. 107p. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, p. 11. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/843?locale=pt_BR>. Acesso em: 27/07/2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira; Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). Cuidado e Afetividade. Projeto Brasil/Portugal - 2016-2017. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica: Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

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. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>>. Acesso em: 08/08/2022.

CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Dos alimentos. In: Direito de Família e o novo Código Civil. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 2, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, M.C., GURZENDA, S., TURRA, C.M. et al. Reduction in life expectancy in Brazil after COVID-19. Nat Med 27, 1629–1635 (2021). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s41591-021-01437-z>>. Acesso em: 24/07/2022.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Rio de Janeiro, Padma, v.11, n. 44, 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu/4712195/Direito_das_sucess%C3%B5es_por_que_e_para_quem>. Acesso em: 03/07/2022.

CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel, n. 4, p. 41-74, maio 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/22082189/Liberdade_testament%C3%A1ria_versus_sucess%C3%A3o_for%C3%A7ada_annota%C3%A7%C3%B5es_preliminares_sobre_o_direito_sucess%C3%B3rio_brasileiro>. Acesso em: 03.07.2022.

DELGADO, Mário Luís. 40 anos de divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>>. Acesso em: 05/08/2022.

_____. Chegou a hora de revisitar a legítima dos descendentes e ascendentes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes>>. Acesso em: 09/07/2022.

_____. Os Novos Herdeiros Legitimários. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões nº 22 - Jan/Fev de 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf>. Acesso em: 14/07/2022.

DIAS, Maria Berenice. Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/questoes-patrimoniais-e-aspectos-eticos-do-direito-sucessorio/>>. Acesso em: 08/07/2022.

_____. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos Deficiência, direitos humanos e justiça. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 11. São Paulo, dez. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/fPMZfn9hbJYM7SzN9bwzysb/?lang=pt>>. Acesso em: 30/07/2022.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e contratos em espécie. Vol. 4. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Curso de Direito Civil: Sucessões. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.

FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico. *Direito Civil Contemporâneo*. 1ª ed. Brasília: Editora Obscursos, 2009.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *o contrato de doação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Sucessões*. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Renata Raupp. *Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro vol. 7*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. Data de publicação: 13/11/2001. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/17/Dos+filhos+havidos+fora+do+casamento>>. Acesso em: 07/07/2022.

IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (coord.). Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes; Rose Melo Vencelau Meireles. (Org.). Direito Civil. 1. ed.: , 2015, v. , p. 31-48.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, ano 24, vol. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. Disponível em: <<http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/01/Carlos-Nelson-Konder-Vulnerabilidade-patrimonial-e-vulnerabilidade-existencial-In-Revista-de-Direito-do-Consumidor.pdf>>. Acesso em: 29/07/2022.

_____. Contratos conexos, grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KUZNESOF, Elizabeth Anne. A família na sociedade brasileira: parentesco, clientelismo e estrutura social. Revista brasileira de história, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 46. Disponível em: <https://www.anpuh.org/revistabrasileira/view?ID_REVISTA_BRASILEIRA=24>. Acesso em: 13/07/2022.

LANFREDI, Eduarda Schilling. O princípio da autonomia privada à luz do Direito Sucessório contemporâneo: uma análise constitucional acerca da possibilidade da relativização da legítima. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Direito civil: volume 6: sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Princípio da solidariedade familiar. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família e Solidariedade, 2007. Anais eletrônicos. Belo Horizonte: Centro de

Convenções Minascentro, 2007. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 26/07/2022.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. Disponível em:
<<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios>>. Acesso em: 10/07/2022.

_____. Sucessão legítima. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora RT, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, vol. 6: direito das sucessões. 35. ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. Disponível em:
<<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>>. Acesso em: 08/08/2022.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. Contratos, família e sucessões: diálogos complementares. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

_____. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. A vulnerabilidade é um conceito que deve ser levado em conta para a reconfiguração da legítima? In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas - 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

_____. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Tratado de direito das sucessões. Imprensa: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Sucessão legítima à luz do novo Código Civil. Revista CEJ, v. 8, n. 27, 2004.

ORLANDI, Olga E. Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad. 15 de Julio de 2015, Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad-dacf150400-2015-07-15/123456789-0abc-defg0040-51fcanirtcod>> . Acesso em: 03.07.2022.

PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. In: BARCHIFONTAINE, Chiritian de Paul de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética, vulnerabilidade e saúde. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 6. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2010

_____. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2001. p. 5.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/94>>. Acesso em: 30/07/2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

_____. Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Jorge Duarte. O direito das sucessões contemporâneo. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

REALE, Miguel. In: REALE, Miguel e MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). História do novo Código Civil. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 19 e REALE, Miguel, Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf> Acesso em: 07/07/2022.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre os fundamentos da herança à luz da metodologia civil-constitucional. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/breves-reflexoes-sobre-os-fundamentos/>>. Acesso em: 18/07/2022.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista Da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo*, 88, 239-254. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>>. Acesso em: 07/07/2022.

_____. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. v.7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 29/07/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. revista atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito Civil - Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

_____; _____. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Volume 10 – Out /Dez 2016. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42>>. Acesso em: 10/08/2022.

_____; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 211-250. São

Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019. Disponível em
<<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>> Acesso em
10.07.2022.

SILVA, Marcos Alves da. A liberdade de não casar e o julgamento do Recurso Extraordinário
nº 878.694 pelo STF. Disponível em:
<<https://ibdfam.org.br/artigos/1147/A+liberdade+de+n%C3%A3o+casar+e+o+julgamento+d+o+Recurso+Extraordin%C3%A1rio+n%C2%BA+878.694+pelo+STF>>. Acesso em:
08/07/2021.

SILVA, Nuno Ascensão. Em torno das relações entre o direito da família e o direito das
sucessões. o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado. In:
OLIVEIRA, Guilherme de (coord.)Textos de direito de família para Francisco Pereira Coelho.
Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em:
<<https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/69300>>. Acesso em: 15/07/2022.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. Lições de direito das sucessões. v. I. 4. ed. Coimbra:
Coimbra Editora, 2000.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima
e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade.
Revista Pensar, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr.-jun. 2021, p. 6. Disponível em:
<<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11484>>. Acesso em: 06/08/2022.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Direito Civil: direito das sucessões – v. 6. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense,
2019.

_____. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil.
Revista Brasileira De Direito Civil, 25(03), 117, p. 121. Disponível em:
<<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>>. Acesso em: 10/08/2022.

_____. Manual de Direito Civil: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2022.

_____. O companheiro como herdeiro necessário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>>. Acesso em 08/07/2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edison (coord.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das sucessões: noções fundamentais. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1973.

_____. Sucessão legítima e sucessão legitimária. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. Ana Luiza Maia Naves, Rose Melo Vencelau Meireles. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado; coautora Cláudia Rodrigues. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WALD, Arnaldo. Direito das sucessões. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015.