

Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade

Forced heirship and testamentary freedom in contemporary civil law: between autonomy and solidarity

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza*

Vitor de Azevedo Almeida Júnior**

“La fortune est immobile comme le foyer et tombeau auxquels elle est attachée: c’est l’homme qui passe”

Fustel de Coulanges

Resumo

De acordo com as normas civis brasileiras a respeito da transmissão da propriedade *post mortem*, é possível identificar persistente primazia da proteção familiar na sucessão legítima e testamentária, manifestada especialmente pela reserva de metade do patrimônio aos herdeiros necessários. Essa opção reflete os valores que informaram a família dos séculos XVIII e XIX, que zelava por seu fortalecimento mediante um sistema estratégico de concentração de riquezas, cujas bases eram: o enfeixamento de prerrogativas na pessoa do chefe da família, as relações negociais baseadas no parentesco (casamentos endogâmicos ou com sócios comerciais), e na sucessão-parentesco. Na contemporaneidade, em que pese a renovação axiológica promovida pela Constituição, ainda persiste no direito das sucessões brasileiro uma forte restrição à autonomia testamentária do titular dos bens. Nesse ponto, reservar irrestritamente patrimônio aos herdeiros necessários pode conduzir a uma postura paternalista, de todo insustentável à luz das novas concepções de família e propriedade. Dessa forma, a presente pesquisa, mediante a utilização do método dedutivo, objetiva partir de uma análise sobre o estado da arte acerca do tema, sobretudo quanto aos princípios que sustentam a legítima, para identificar se há realmente necessidade de modificação normativa na matéria, bem como para definir alguns critérios para a consideração da vulnerabilidade como seu elemento justificador, considerando a forma como vem sendo apresentado por considerável doutrina.

Palavras-chave: Propriedade Familiar. Herança. Legítima. Herdeiros Necessários. Vulnerabilidade.

Abstract

According to Brazilian civil norms regarding the transfer of post mortem property, it is possible to identify persistent primacy of family protection in legal and testamentary succession, especially by reserving half of the heritage to the necessary inheritors. This option reflects the 18th and 19th family values, which ensured its strengthening through a strategic system of wealth accumulation, which bases were: the bundling of prerogatives in the person of the father; relationships based on kinship (inbreeding or commercial marriages); and in succession-kinship. In contemporary times, despite the axiological renewal promoted by the Constitution, what persists in the Brazilian inheritance law is a heavy restriction to the testamentary patrimonial autonomy of the owner of the property, since reserving a portion of heritage for the family, without constraint, may materialize a paternalistic attitude, which is unsustainable in the light of new conceptions of family and property. Thus, by using the deductive method, this research aims to start from the state of the art analysis of the existing doctrine on the subject, especially in what concerns the principles that support the forced inheritance one, to identify if a normative modification on that matter is needed, as well as to define some criteria for considering vulnerability as a justifying element, in the way it has been presented by considerable doctrine.

Keywords: Family Property. Heritage. Forced Heirship. Forced Heirs. Vulnerability.

*   Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre pela Faculdade de Direito de Campos. Professora adjunta de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR).

**   Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR).

1 A construção do direito civil brasileiro: discussões, objetivos e valores. Breve apresentação

O primeiro Código Civil brasileiro consolidou a aliança que há muito se vinha estabelecendo entre propriedade e família, sobretudo por força da supremacia de interesses políticos e econômicos das elites da época (século XIX), situadas entre o comércio e a produção agrária. Sobre esse assunto, para o fim de situar a organização jurídica das relações sucessórias, partir-se-á da apresentação de momentos históricos que irão pontuar as modificações sofridas pelo direito civil brasileiro, não tendo por intenção estabelecer um *iter* minucioso baseado na descrição de datas e fatos, mas na apresentação de fenômenos construtivos caracterizados por suas evoluções, e também por suas inerentes rupturas.

A tão esperada criação de um Código Civil deu-se de forma lenta, totalizando noventa e quatro anos, algo um tanto paradoxal se for considerada a primeira promessa, feita em 1823, que elegia o código como uma das prioridades do novo país (GRINBERG, 2001, p. 32-33). Para comprovar o afirmado, o art. 179, XVIII, da Constituição de 1824 já determinava a criação de um Código Civil (BRASIL, 1824).

Parte-se então do pressuposto da vigência das Ordenações Filipinas (de 1603) no território colonial, com auxílio posterior da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. O objetivo desta última era apresentar novos critérios de interpretação e integração das lacunas normativas (FONSECA, 2007, p.109), o que garantiu longevidade às Ordenações após a independência (lei de 20 de outubro de 1823), até que se organizasse o Código ou a matéria civil fosse especialmente alterada. A partir de 1822, leis esparsas foram criadas para regular algumas relações privadas, fazendo com que a cultura jurídica brasileira começasse, ainda que de maneira bastante lenta e peculiar, a adotar um perfil próprio e adequado às necessidades e valores internos.

Em termos mais amplos, a implantação do império no Brasil não significou uma mudança estrutural, pois a classe política permanecia constituída por famílias detentoras de grandes propriedades territoriais e, portanto, acostumadas ao monopólio de mando (GOMES, 2006, p. 18). Assim, enquanto na antiga metrópole já se apresentavam ideias vinculadas ao pensamento liberal (o Código Civil português foi promulgado em 1867), no Brasil, a velha legislação foi adaptada aos costumes nacionais e aos interesses da elite agrária, ao mesmo tempo em que as leis genuinamente brasileiras eram fruto de uma mediação dos interesses das elites. Em que pese a Constituição de 1824 tenha apresentado um perfil bastante liberal, a garantir, por exemplo, a plenitude do direito de propriedade, até 1888 foi mantida a escravidão africana, aqui implantada pelos portugueses (BRASIL, 1824).

Quando das discussões para a elaboração do Código Civil, era perceptível que a elite letrada representava e defendia os interesses de uma sociedade baseada em alianças entre os fazendeiros (interessados na exportação de matérias-primas) e os comerciantes (que importavam produtos para o comércio interno). O tratamento jurídico de institutos como a propriedade, a família e a herança incorporaram os valores da classe senhorial que, por óbvio, não alcançava a grande massa da população, que permanecia alheia ao processo produtivo (GOMES, 2006, p. 22). Mesmo entre as elites agrárias e mercantis não havia um consenso amplo, eis que fazendeiros e burguesia de imediato possuíam interesses coincidentes, mas cada classe, no fundo, se aproveitava de estruturas próprias, cuja manutenção se baseava em ideologias diversas. Para demonstrar tal fato, é possível afirmar que o liberalismo agradava à burguesia, mas não aos fazendeiros escravocratas, e, assim, o Código Civil se mostrou como resultante de um esquema de concessões/ganhos entre essas classes (FONSECA, 2007, p. 123).

A falta de consenso sobre alguns temas, tais como a escravidão, a subjetividade dos escravos, a reflexão sobre o impacto e a possível assimilação de posturas adotadas na Europa, e as discussões sobre a unificação do direito privado, contribuíram para a demora na finalização de nossa “constituição do direito privado”, termo atribuído ao código civil por ser legislação que deveria tratar de todos os assuntos pertinentes ao sujeito de direitos em suas relações privadas, desde a atribuição de sua personalidade e capacidade para atuação no mundo jurídico, passando por institutos que fariam parte de sua vivência - tais como o contrato, a propriedade e a família -, até os efeitos decorrentes da morte de seu titular, matéria tratada no direito das sucessões (TEPEDINO, 2008).

2 Abordagem sobre as codificações europeias e recepção do direito de propriedade na normativa brasileira

O pensamento jurídico europeu, simbolizado no Código Civil francês de 1804, surgiu como consequência de uma modificação mais ampla na forma de pensar as ciências, o que, por óbvio, vai muito além do direito (CORTIANO JUNIOR, 2002) e inclui considerações e ressignificados sobre o conceito de liberdade.

Sobre a liberdade humana, em termos construtivos, houve variação de análises, partindo-se da concepção de São Tomás de Aquino – para quem não se permitiria a criação de um código de regras permanentes, sendo melhor analisar os casos em concreto – até o alcance de uma nova forma de pensar, segundo a qual a abstração do direito natural poderia ser substituída por uma ordem mais estável, para o que contribuiu o idealismo cartesiano, tão caro aos juristas por conferir ao conhecimento as características da segurança e evidência racional.

Nesse assunto, como elemento intermediário, aponta-se a importância da revisão procedida pela escola peninsular do direito natural, por partir da possibilidade de a razão individual conhecer as leis naturais e tornar-se fonte de princípios jurídicos eternos (HESPANHA, 1997, p. 143-150). Esse direito natural estável, fundado na razão, baseado no voluntarismo e individualismo, parte da lei como vontade geral (que se refere aos problemas de todos e estabelece a igualdade de todos) e se impõe à cultura jurídica europeia do século XVII, sendo responsável pelos códigos modernos postos em vigor na Europa nos fins do século XVIII (HESPANHA, 1997, p. 1543-163).

A implantação e efetividade de um novo sistema requeriam a existência de uma ordem normativa segura e que se baseasse tanto quanto possível em uma unidade de comando, além disso, deveria ser durável e universal, a respaldar a atuação dos sujeitos iguais e cujas liberdades individuais terminavam por ser reconhecidas. Dessa maneira, não somente se buscava a organização da lei existente, mas sua utilização como um impulso para o desenvolvimento do próprio Estado. Portanto,

O Código, além de representar um modo ideal de dispor os conceitos do direito, também é eco de uma opção política: conciliou a noção emergente de Estado com as ideias de unificação do direito e monismo de fontes, e serviu, nesta centralização da produção jurídica, para garantir a juridicização de uma determinada ideologia. Por isso facilmente ocupou o espaço central do direito estatal. (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 68)

Posto o código em aplicação, inaugurou-se um período de esterilidade jurídica, não havendo motivo para questioná-lo, nem espaço para atuações criativas por parte da jurisprudência ou da doutrina. Em termos procedimentais, contrariamente ao Antigo Regime, estabeleceu-se um sistema de administração da justiça bastante racional, que contava com a atuação de juízes profissionais e o estabelecimento de uma hierarquia única para os tribunais do Estado (CAENEGEM, 1995, p. 132-133).

Com uma ordem estável e diante da titularidade de direitos, a busca se voltou para a ascensão no plano econômico-social e uma das formas de exercício dessa liberdade traduziu-se na possibilidade de ser proprietário e na prática dos poderes inerentes a essa condição. Sem dúvida, a marca das codificações oitocentistas foi a esfera patrimonial dos sujeitos, residindo a igualdade justamente nas possíveis titularidades (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 73).

Nessa toada, o Código Civil brasileiro de 1916, em seu art. 524, furtou-se ao estabelecimento de um conceito para o direito de propriedade, mas explicitou claramente os poderes dela decorrentes, tendo a opção legislativa afinidade com o “arquétipo jurídico napoleônico-pandectístico, no qual a noção de propriedade não somente é resolvida na apropriação individual, mas em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos” (GROSSI, 2006, p. 11).

O modelo proprietário baseou-se, assim, numa ilimitação de poderes exclusivistas – a noção de propriedade coletiva não se coaduna com esse momento histórico –, cujo respeito se impõe a todos da sociedade, haja vista sua natureza de direito absoluto. Afigura-se, ainda, como modelo abstrato, de modo a compatibilizar-se com a igualdade formal e a liberdade de seus titulares, que atuavam sob a regência de situações jurídicas formais predeterminadas, tais como o contratante, o proprietário e o chefe de família, alheios a quaisquer circunstâncias ou detalhes de natureza pessoal. Nesse sistema, não interessavam as características do objeto da apropriação, inexistindo ordens distintas a depender da natureza e qualificação dos bens em concreto. A atemporalidade do regime se baseava nessa abstração, que permitia poderes amplos sem aventar as maneiras pelas quais poderia ser exercido, bem como as consequências práticas de sua atuação.

Nem sempre foi assim a organização jurídica da relação existente entre o homem e as coisas. Eis que anteriormente a essa visão liberal não se costumava privilegiar a condição de titularidade, prestando-se ênfase às dimensões e poderes (sociais e econômicos) da própria coisa (FONSECA, 2005, p. 101). No Brasil, por exemplo, a posse era instrumento profícuo para o fim de expandir o território nacional, bem como torná-lo produtivo por meio das culturas aqui estabelecidas, primeiramente, *in casu*, a cana de açúcar. A mudança dessa relação surgiu

como efeito do reconhecimento jurídico da liberdade ao homem, na medida em que exercer essa liberdade era expressar o domínio da própria personalidade, traduzindo a vontade abstrata em expressões de dominação e titularidades. O “ter” passou a definir o “ser”, sendo forma de projeção do sujeito no mundo, afinal: “[...] o homem moderno é alguém que se expressa e se afirma como aquele que possui as coisas, no sentido de exercer sobre elas um domínio e um poder exclusivo” (FONSECA, 2005, p. 7-9). Dessa forma, os bens deixam de ser avaliados em si mesmos e passam a ser pensados como mercadorias e objetos de troca, sendo esse viés implantado no Brasil com maior fôlego a partir da Lei n.º 601, de 1850, conhecida como Lei de Terras.

Importância central foi conferida às famílias proprietárias, reduto da esfera privada onde se apresentava a manifestação do poder masculino, sempre com o apoio de uma legislação que desconsiderava as mulheres e outros integrantes do grupo, por exemplo, as crianças. A relevância social, política e econômica da família deveria ser sustentada por casamentos endogâmicos ou com parceiros comerciais do marido/pai, e já no Brasil colonial essa realidade se fez presente, tendo persistido até o fim do século XIX e início do século XX (KUZNESOF, 1989, p.45 e 55). Nesse contexto, tornava-se de extrema seriedade o tratamento jurídico da sucessão hereditária como forma de transmissão patrimonial, com o objetivo de se estabelecer a menor dissipação possível dos bens familiares após a morte de seus integrantes.

3 Valores informativos da família e relações de direito sucessório

Traçar uma análise sobre o tratamento jurídico da família e das relações de propriedade entre os séculos XVII e XIX, no Brasil, significa encontrar as mais profundas raízes do direito privado. Ao mesmo tempo, descobrir suas características e qualidades conduz à identificação da sociedade que se construiu, desvendando-se, no decorrer do tempo, seus valores, problemas e exclusões.

A importância do vínculo do casamento (caracterizado pela indissolubilidade) e do parentesco reforçavam os vínculos negociais, sendo meio extremamente importante para a sedimentação das relações econômicas e políticas estabelecidas entre as elites proprietárias e comerciais durante grande parte do século XVIII e XIX (KUZNESOF, 1989, p. 53-54).

Na concepção de Beviláqua (1976), autor do projeto que mais tarde veio a transformar-se na primeira codificação brasileira, homens e mulheres eram iguais, sendo a única diferença entre eles o desempenho de funções diversas na sociedade, o que justificaria direitos e obrigações distintos. Não foi esse entendimento, aparentemente mais avançado, que preponderou nas comissões de avaliação do projeto, vindo a prevalecer a colocação do marido como cabeça do casal (chefe da sociedade conjugal e titular do poder familiar, conforme artigos 233 e 380 do Código Civil de 1916) – incumbido de decidir onde viveriam sua esposa e filhos, bem como se trabalhariam e como seriam administrados os seus bens. O Direito cumpriu sua função velada de manutenção do *status quo*, servindo às injunções políticas e econômicas, garantindo, da melhor maneira, a proteção dos valores da época (LYRA FILHO, 1999, p. 8).

Segundo Gomes (2006, p. 13), a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, ao conservar o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador, por exemplo, a inferiorização da posição jurídica da mulher casada, cuja incapacidade relativa era determinada pelo art. 6º do Código Civil de 1916. A consideração – ou a falta de – para com o sexo feminino dava-se bem ao gosto das injunções francesas de 1804, quando Napoleão bradava o fato de a natureza ter feito “das nossas mulheres as nossas escravas” (FACHIN, 1996, p. 105). O casamento, como sistema de trocas e de incremento do patrimônio, não poderia ser colocado em risco pela manifestação de vontade daquela que nada entendia sobre a gestão financeira da família (DAHL, 1993, p. 60-61).

Ao se vincular o casamento aos interesses patrimoniais pode parecer que somente às classes abastadas se está a referir, mas não, pois também entre os pobres a união matrimonial poderia ser vantajosa, por ser meio para a organização do trabalho agrário. Além disso, em termos ideológicos, principalmente no que se refere à dominação do pai, à proteção da virtude das mulheres e à santidade/inviolabilidade do lar, podia ser verificada uma comunhão de interesses tanto nas classes mais abastadas como nas famílias de classe mais baixa (KUZNESOF, 1989, p. 46). Assim, para a generalidade das formas de convívio, a conclusão é a mesma: a união conjugal não se afigurava como espaço para a realização de desejos pessoais.

É nesse passo que colaboravam as regras do direito de família, como acima mencionado, que, além da relação estabelecida entre os cônjuges, vedava o estabelecimento da paternidade ilegítima, por ser medida adequada para a preservação da “paz e tranquilidade domésticas”, bem como sua unidade patrimonial. Mas são as normas do direito sucessório que consolidam a tão importante manutenção dessa unidade, ao se apresentarem com o objetivo de garantir o futuro dos filhos, sempre com a boa intenção de “preservá-los das adversidades e levandades”. Assim, foi permitida a gravação dos bens da legítima com cláusula vitalícia de inalienabilidade (o que em tudo contrariava o princípio da livre circulação dos bens – um dos postulados da ordem econômica e social) e a limitação da liberdade de testar em benefício dos herdeiros necessários, fixada no patamar de metade dos bens pelo Decreto n.º 1.839, de 1907, e repetida no Código de 1916 (nas Ordenações Filipinas, o limite era de um terço, conforme Livro IV, título LXXXII) (GOMES, 2006, p. 171).

Nesse contexto, a legítima se insere como fruto de uma ordem normativa segura e abstrata. Segundo Almeida (1915, p. 81), desde o próprio direito romano, a legítima surge como forma de evitar a nulidade de testamento que deserjavam os filhos. De acordo com o projeto de código civil idealizado por Rodrigues (1893, p. 33), caso os filhos maiores fossem deserdados e necessitassem de alimentos, poderiam fazer esse pedido, bem como seria possível deserdar o filho e instituir o neto e a neta.

No campo das sucessões, o direito brasileiro sempre trabalhou com as noções de sucessão legítima e de sucessão testamentária. A titularidade patrimonial dos parentes sempre foi, e continua sendo até hoje, o destino dos bens diante da inexistência de manifestação prévia de vontade por meio de testamento. Neste último caso, trabalha-se com a noção de autonomia patrimonial limitada, não sendo permitida ao proprietário a integral disposição de seus bens caso possua herdeiros necessários. O limite da disposição testamentária foi mantido pelo vigente Código (art. 1721, CC/16; art. 1789 e 1846, CC/02),¹ sendo considerados herdeiros necessários, na atualidade, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge/companheiro, estes últimos inseridos por iniciativa do Código de 2002 e por interpretação civil constitucional amparada na tutela igualitária da família (art. 1845, CC/02).²

Assim, a continuidade dos bens no interior da família encontrou justificativa, até 1988, na organização política e econômica da sociedade brasileira, bem como na noção comum de que entre os familiares haveria a presumida afeição e conseqüente desejo de amparo, sobretudo se considerada a premissa de que o pai – que provavelmente faleceria cedo, com base na expectativa de vida do momento histórico – se encarregava do provimento das necessidades dos integrantes do grupo familiar. No entanto, na atualidade, dada a modificação dos valores regentes do direito civil e da realidade brasileira, torna-se premente uma análise interpretativa sistemática sobre a necessidade e/ou benefício resultante da manutenção desse limite.

4 O direito das sucessões no Código Civil de 2002: fundamentos e diretrizes

O direito sucessório brasileiro atual tem enfrentado tormentosos debates, especialmente no que concerne à excessiva rigidez da sucessão legítima e a limitação da liberdade de testar. O Código Civil de 2002 promoveu modificações importantes na ordem de vocação hereditária, as quais têm provocado profundos questionamentos e desafiam os Tribunais pátrios no deslinde de diversas situações. Não obstante a atualização feita às vésperas de sua aprovação, para sua compatibilização com a então ordem jurídica instaurada a partir da Constituição da República de 1988 (MOREIRA, 2007, p. 37), o Código Civil deu tratamento sucessório diferenciado às famílias não constituídas pelo casamento, que perdurou por mais de uma década, em clara diferenciação desarrazoada em relação às uniões estáveis. Somente por ocasião do julgamento do RE 878694, o Supremo Tribunal Federal equiparou os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável, inclusive as homoafetivas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1715).

A rigor, a disciplina da sucessão *causa mortis* no direito brasileiro manteve-se atrasada em relação às profundas transformações no âmbito do direito das famílias, especialmente no que concerne ao reconhecimento de novas entidades familiares, com arranjos plurais e fluidos nem sempre captados pelo legislador, mas com forte repercussão sucessória, tais como as famílias recompostas e, por conseguinte, a questão da filiação híbrida. Tal

¹ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança; Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

² Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

cenário encontra-se em desalinho em relação aos preceitos constitucionais, que expressamente reconhecem a pluralidade familiar e a não hierarquia entre elas, o que deve influir na tutela sucessória, que não deve prejudicar os direitos sucessórios em razão exclusivamente da escolha do formato familiar, desde que se assemelhem em essência a esse núcleo, como ocorreu com a equiparação entre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro. Observa-se, assim, que o Código Civil de 2002 manteve uma tutela sucessória engessada em face das múltiplas formas familiares, além de 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, em claro distanciamento dos valores albergados pela Constituição de 1988.

Ademais, a Lei Civil vigente reforçou ainda mais a sucessão legítima, ou seja, a que a lei define em prol dos herdeiros legítimos do autor da herança, com a ampliação do rol de herdeiros necessários, incluindo o cônjuge (ALVES, 2014, p. 523-524) e o companheiro, notadamente em razão de serem ainda considerados herdeiros concorrentes com os demais, nos termos do art. 1.829, I e II. Sem dúvida, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário (e agora, o companheiro) e a concorrência sucessória³ têm descortinado uma discussão relevante sobre as restrições à liberdade de testar, sobretudo em razão dos muros aparentemente intocáveis da legítima, que encerra severa limitação à autonomia privada, sem fundamento legítimo que a ampare no atual desenho constitucional.

Entretanto, por outro lado, manteve a supletividade da sucessão legítima (art. 1.788, CC/02) e a repetição de mais de uma centena de dispositivos destinados à sucessão testamentária (arts. 1.886 a 1.990), com institutos que se encontram em desuso, a exemplo do fideicomisso. Tal cenário revela uma tentativa do legislador em equilibrar a liberdade do testador, como consectário da autonomia privada, e o interesse social em amparar os integrantes da família por meio da sucessão legítima, ancorada na solidariedade familiar. Não obstante tal intenção não logrou o êxito esperado, gerando incertezas e um sistema sucessório fraturado. A rigor, a preferência legal pela sucessão testamentária decorre de longa tradição jurídica, mas que, em verdade, na realidade brasileira, é minúsculo o número de testamentos realizados, o que simboliza uma verdadeira “aversão” do brasileiro à prática de testar (HIRONAKA, 2017, p. 413-414)⁴, cujas razões transcendem o Direito, como o aspecto cultural e psicológico, bem como a excessiva formalidade que pode acarretar na invalidade do ato (HIRONAKA, 2017, p. 421). Despiciendo afirmar, portanto, que o caráter supletivo da sucessão legítima não corresponde à realidade das sucessões abertas em nosso país, e talvez nem mais resista a uma análise sistemática das normas que regem o direito sucessório com a proeminência garantida à sucessão *ab intestato*.

Os próprios fundamentos que justificam a transmissão da propriedade a título *causa mortis* são revisitados com o intuito de compreender sua manutenção na contemporaneidade (CATALAN, 2011, p. 137-138), eis que, com a reconfiguração da instituição familiar em sua função e composições e a fluidez da dinâmica do tráfego negocial, suas justificativas pretéritas não mais parecem persistir. Há ainda que assinalar que o direito de propriedade se apresenta como uma das principais garantias para a manutenção e defesa do direito sucessório, embora se reconheça o perfil burguês e individualista presente na codificação, e que, por conseguinte, não passa incólume de críticas a partir de uma leitura contemporânea dos seus fins (CATALAN, 2011, p. 138-139), especialmente de sua funcionalização para a promoção de objetivos de índole constitucional. Inevitável concluir que propriedade e família são os pilares centrais que sustentam a sucessão hereditária, do que deriva a repercussão imediata de suas transformações, “tornando inevitável a necessidade de revisão do fenômeno sucessório, que deve atender a uma propriedade funcionalizada e complexa nos seus variados conteúdos e a uma família que tem como centro de tutela a pessoa de cada um de seus membros” (NEVARES, 2009, p. 10).

Em que pese tal discussão, o direito à herança é assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXX), que se apresenta como um direito individual que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais, que se exerce nos termos da lei infraconstitucional, no caso o Código Civil.⁵

³ O legislador civil de 2002 introduziu na ordem de vocação hereditária o direito do cônjuge sobrevivente de concorrer com os descendentes exclusivos ou comuns, a depender do regime de bens escolhido, ou com os ascendentes do falecido.

⁴ “Há notícias de que apenas 2% dos brasileiros fazem testamento, e nem sempre são os mais ricos que o fazem. São poucas as pessoas que, possuindo herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge –, testam relativamente à parte disponível, sem prejudicar, com isso, os descendentes, os ascendentes ou o cônjuge ou convivente supérstite”.

⁵ Cabe mencionar que a Constituição de 1988 também traz antiga norma de direito internacional em matéria de sucessões: “Art. 5º, XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do ‘de cujus’”.

A garantia fundamental do direito à herança apenas foi prevista expressamente na Constituição de 1988, não tendo referência semelhante em Constituições anteriores. Paulo Lôbo leciona que o “direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. [...] Antes da morte, há mera expectativa de direito” (2013, p. 39). No entanto não há consenso em relação ao sentido e ao alcance do enunciado constitucional, eis que, para alguns, serve como vedação à apropriação pelo Estado dos bens do finado, enquanto, para outros, atua como garantia dos herdeiros que a lei indica como reservatários. Parte da doutrina alerta que o objetivo dessa garantia é “impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do ordenamento jurídico, com a conseqüente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte” (NEVARES, 2009, p. 8). Nessa linha, os bens integrantes da herança deverão ser transmitidos aos sucessores do falecido, segundo as prescrições da lei civil, e somente diante da ausência de herdeiros legais e testamentários caberão ao ente público na qualidade de herança vacante (art. 1.820, CC/02).

Por outro lado, há quem sustente que, embora a Constituição não defina quem seja herdeiro, o legislador infraconstitucional está “limitado ao fim social da norma [...], que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco” (LÔBO, 2013, p. 39). Os demais herdeiros, nessa linha de raciocínio, teriam tutela “restritamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros”. Com isso, defende-se, ainda, que ocorreu a inversão da primazia da sucessão testamentária, uma vez que o “direito do herdeiro é assegurado pela lei e não pela vontade do testador” (LÔBO, 2013, p. 39-40).

Em verdade, tal garantia constitucional constitui uma “limitação à autonomia do titular de bens, que deles pode dispor em vida ou *mortis causa* (por meio de testamento), desde que respeite o direito à herança, vale dizer, a parte que a lei reserva para os herdeiros que indica”. Como afirmado por Heloisa Helena Barboza (2016, p. 21), o art. 5º, XXX, atua como “fundamento constitucional do *direito à legítima*, [...] a qual deve ser preservada para os sucessores indicados na lei, considerados herdeiros necessários e a quem pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que constituem a legítima (art. 1.846, CC)”.

De fato, nada obsta a compreensão atual de que a Constituição, ao garantir o direito à herança, tenha não somente o intento de vedar a aquisição de bens pelo Estado, mas também tenha por objetivo impor que parcela do patrimônio deixado pelo falecido, por lei, tenha como destinatários determinados integrantes da família. No entanto não parece consentâneo com os valores albergados na Constituição que tal rol contemple de forma abstrata os herdeiros a partir dos vínculos formados por parentesco ou uniões conjugais, sem se ater concretamente aos sucessores e suas vulnerabilidades. Por isso, reduzir a legítima a determinados herdeiros considerados vulneráveis não afronta o aludido dispositivo constitucional. Além do mais, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.715 MC/DF, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, já se manifestou no sentido de que a “Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998).

O legislador manteve a tradição do Direito brasileiro ao optar por proteger a legítima, na qual convivem a sucessão por lei e a que se dá por disposição de última vontade (art. 1.786, CC). Há, assim, liberdade de dispor limitada, na medida em que não se pode, a qualquer título, atingir a parte da legítima, que é intangível nos atuais moldes legais. Por tal motivo, é válida a dispensa de colação, desde que as liberalidades se contenham no âmbito da parte disponível do doador (art. 2005, CC). A rigor, conforme se verá, tal entendimento acerca da legítima não mais se coaduna com a atual sistemática constitucional.

Uma das críticas que o direito sucessório tem sofrido nos últimos tempos recai sobre a sua neutralidade, na medida em que a transição percebida no direito civil contemporâneo de centralizar a pessoa concretamente considerada, em sua nudez existencial, e não mais o sujeito abstrato, virtual, não parece ter alcançado em especial o direito sucessório, que permanece com o foco voltado para a transmissão em si dos bens do falecido e a presunção da solidariedade familiar a partir da ordem de vocação hereditária estabelecida por lei (NEVARES, 2009, p. 23). Um sistema sucessório que aparenta segurança jurídica e estabilidade, mas que, no fundo, desconsidera valores fundamentais do nosso ordenamento jurídico, além da própria vontade do testador. O direito brasileiro contemporâneo, na linha da tábua axiológica fundada na dignidade humana, não mais tutela a família ensimesmada, mas a pessoa concretamente considerada. Nessa linha, cabe mencionar, como bom exemplo, a Lei n.º 10.050, de 14 de novembro de 2000, que alterou o art. 1.611 do Código Civil de 1916, estendendo o benefício do § 2º ao filho necessitado portador de deficiência.

Nessa direção, é preciso analisar o fenômeno sucessório como instrumento não só de transmissão de bens do falecido com o fito de manutenção do patrimônio no interior da estirpe familiar, mas também como vetor de promoção dos interesses merecedores de tutela do titular dos bens, e proteção dos familiares vulneráveis que, por força da efetiva solidariedade social, devem ser amparados. Com isso, o direito sucessório contemporâneo atravessa especial momento para redimensionar os limites da própria autonomia testamentária, não somente em perspectiva quantitativa, mas igualmente qualitativa, que procure funcionalizar a liberdade de testar com os valores do ordenamento (NEVARES, 2009, p. 330), o que de forma acanhada o legislador civil de 2002 já o fez com a necessidade de demonstrar a justa causa para clausular restritivamente os bens da legítima⁶. A partir dessas premissas, é indispensável revisitar a função da legítima de modo a encontrar sua real vocação no contexto da atual legalidade constitucional.

5 A função da legítima e sua necessária revisitação

Os atuais valores informativos da família, insculpidos pelo constituinte, e a fluidez e celeridade da dinâmica do tráfego patrimonial têm provocado severas transformações do fenômeno sucessório. Fortemente apegado ao conservadorismo da instituição familiar calcada no casamento e ao formalismo para a transmissão da propriedade *post mortem*, o direito das sucessões, nos termos codificados, não mais atende aos reclames contemporâneos de agilidade na sucessão do patrimônio e maior autonomia na disposição dos bens. Diante desse panorama, eclodem duas premissas fundamentais na análise do itinerário interpretativo percorrido no intento de revisitar a legítima: por um lado, a solidariedade intrafamiliar e, por outro, a autonomia privada dos titulares de bens em dispor da maneira que melhor lhe convém seu patrimônio após a morte. Um duelo de envergadura constitucional que nem sempre é fácil de ponderar em sede infraconstitucional, embora descortine um direito sucessório neutro e distante dos valores constitucionais. Diante disso, indispensável revisitar a função e os limites da legítima no direito brasileiro. Pilar central do direito sucessório, a chamada *legítima*, também denominada de *reserva* ou *reserva legal*, consiste na parte da herança que o testador não pode dispor, eis que a lei reserva tal porção aos chamados herdeiros necessários de forma intangível. A teor do artigo 1.845 do CC, como já visto, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A doutrina aponta que a escolha feita pelo legislador “vão desde a vontade presumida do autor da herança até o controle indireto do direito de propriedade” (BARBOZA, 2016, p. 21).

Em breve olhar histórico, a ordem de vocação hereditária foi primitivamente regulada no Brasil pelo Código Filipino, com base nas prescrições do direito visigótico, permanecendo em vigor até o início do século passado, que estabeleceu a reserva de dois terços em favor dos herdeiros necessários e uma porção disponível constituída da terça parte (OLIVEIRA, 1986, p. 315). Com a promulgação do Decreto n.º 1.839, de 31 de dezembro de 1907, importantes modificações foram introduzidas no direito sucessório nacional, sobretudo por força de seu art. 2º, que estabeleceu que a legítima fosse constituída da metade dos bens e da quota disponível da outra metade⁷, o que foi mantido pelo Código Civil de 1916, conforme previsto nos arts. 1.576, 1.721 e 1.722.

O Código Civil vigente manteve o dogma da intocabilidade da legítima fixada em metade do patrimônio do *de cuius*, sendo a outra metade a quota disponível, ou seja, aquela em relação a qual o testador poderá livremente dispor. Nos termos do art. 1.789 da Lei Civil, havendo herdeiros necessários, o testador somente poderá dispor de metade da herança. Como se viu, na codificação pretérita, eram herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes (art. 1.721, CC/16), cabendo ao cônjuge sobrevivente o usufruto viual quando o regime de bens escolhido fosse diverso da comunhão universal.

⁶ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”. O Superior Tribunal de Justiça entende, com base em interpretação do art. 1.848 do Código Civil à luz do princípio da função social da propriedade, que a “doação do genitor para os filhos e a instituição de cláusula de inalienabilidade, por representar adiantamento de legítima, deve ser interpretada na linha do que prescreve o art. 1.848 do CCB, exigindo-se justa causa notadamente para a instituição da restrição ao direito de propriedade. [...] Possibilidade de cancelamento da cláusula de inalienabilidade após a morte dos doadores, passadas quase duas décadas do ato de liberalidade, em face da ausência de justa causa para a sua manutenção”. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1.631.278/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 19 mar. 2019. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 06 ago. 2019.

⁷ O Decreto citado regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Nos termos do art. 2º: “O testador que tiver descendente ou ascendente sucesível (*sic*) só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles (*sic*), observada a ordem legal”.

Importante notar que, conforme já explicitado, a intocabilidade da parte legítima ou indisponível, reservando ao testador apenas a parte disponível, inverte a primazia legal da sucessão testamentária, conferindo-lhe papel secundário, e, por conseguinte, eleva a sucessão legítima ao foco das discussões. Tradicionalmente, afirma-se que a sucessão legítima se fundamenta na “vontade presumida do defunto” com base nos seus vínculos familiares (MAXIMILIANO, 1937, p. 152-153), ancorando-se “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 (*sic*), e em que se funda a vontade de beneficiar” (OLIVEIRA, 1929, p. 405). Constata-se, portanto, que a sucessão legítima é amparada nos laços familiares, com nítido intuito de conservar o patrimônio dentro da unidade familiar, com especial privilégio para os parentes consanguíneos.

A definição das pessoas indicadas na ordem de vocação hereditária e o rol dos herdeiros necessários dependem da adequada compreensão da concepção de família, uma vez que as transformações no âmbito familiar impactam diretamente na escolha dos sucessores. Segundo Navares (2017, p. 662), “é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar à qual pertence o chamado à sucessão”, de modo a realizar plenamente a solidariedade constitucional no campo do direito sucessório.

Inquestionável que, em tempos mais recentes, os nobres objetivos da legítima têm sido severamente questionados. A lei sucessória não oferece solução satisfatória para muitas das situações familiares-patrimoniais hoje existentes, e sua observância, em alguns casos, pode gerar injustiça e mesmo desamparo para algumas pessoas. O testamento não mais atende, por si só, à vontade do testador, em virtude dos requisitos de forma e restrições de conteúdo que lhe são impostas, apesar da ampliação expressa para abarcar fins não patrimoniais (art. 1.857, § 2º, CC/02). Mas, a rigor, a sombra da legítima, que restringe a liberdade de testar à quota disponível do patrimônio deixado pelo falecido, é constante e imperativa. Diante da multiplicidade de demandas da sociedade atual, confrontam-se a vontade do legislador, apegado a fórmulas antigas, e a autonomia privada, que exige cada vez maior respeito e espaço. Com isso, ganham terreno os debates acerca do chamado planejamento sucessório, que consiste num conjunto de instrumentos para o gerenciamento da transmissão do patrimônio, de modo a melhor atender aos interesses de seu titular e seus sucessores (TEIXEIRA, 2019, *passim*), mas que esbarra inevitavelmente na intangibilidade da legítima (CORTIANO JUNIOR; RAMOS, 2015, p. 68).

Não é exagero afirmar que o franco debate sobre a autonomia no tocante à plena disponibilidade patrimonial com efeitos sucessórios tem sido preterido pela doutrina e pelo legislador. As escassas investidas encontram obstáculo quase impenetrável na porção indisponível da herança. Segundo Barboza, a “preservação da legítima, nos moldes em que foi configurada em fins do século XIX, é sombra que se ergue e obscurece a análise da questão à luz dos princípios constitucionais, que parecem ser os únicos argumentos capazes de duelar com o tabu da reserva legal” (2016, p. 16).

Sem dúvida, os princípios constitucionais parecem hoje não mais amparar e *legitimar* o instituto da legítima nos moldes estanques e quantitativos em que foi erigida no início do século passado. Um adequado balanceamento entre a liberdade e a solidariedade no campo sucessório não parece sustentar uma porção de metade da herança para os integrantes da família, de acordo com a ordem de vocação hereditária, de forma inafastável e sem justificativa razoável para a restrição da autonomia do titular dos bens. A mudança acerca dos papéis exercidos em família, identificada, sobretudo, na expansão da atuação da mulher, bem como as modificações científicas que conduziram a uma maior sobrevivência dos pais e à ocorrência de sua morte quando os filhos já se encontram adultos, são somente alguns fatores que vêm sendo considerados para a mudança na concepção normativa da legítima, principalmente entre outros sistemas. (TEIXEIRA, 2018, p. 87-88)

A rigor, a legítima é assegurada como um direito dos herdeiros necessários, independentemente da quantidade de herdeiros enquadrados no rol legalmente previsto. Cabe destacar que o próprio legislador sinaliza que alguns herdeiros necessários (“super-necessário”) precisam mais da quota recebida pela sucessão legítima do que outros, deixando uma parte maior, da herança ou da porção legítima, ao cônjuge (1.832, CC). O direito à legítima é de tal forma assegurado pela lei que o testador não pode privar os herdeiros necessários, salvo pela deserdação (OLIVEIRA, 1986, p. 316). Por conseguinte, duas consequências são constatadas. Em primeiro lugar, o herdeiro necessário não perderá o direito à legítima mesmo se o testador lhe deixar a sua metade disponível. E, em segundo lugar, qualquer disposição ofensiva à legítima é reduzida aos limites da metade disponível (OLIVEIRA, 1986, p. 316).

Conforme defendido por Hironaka (2019, p. 499), “é tempo de rever a proteção obrigatória da legítima e a vedação, trazida por ela, de disposição integral do patrimônio do falecido por meio de testamento”, salvo nos casos de herdeiros vulneráveis, a quem o falecido, caso tivesse vivo, teria o dever de prestar alimentos ou de sustentar, de modo a assegurar um patrimônio mínimo e uma vida digna a essas pessoas. As duas linhas principais de argumentos atuais de índole constitucional para a preservação da legítima residiriam na solidariedade familiar e na função social da propriedade, mas ambos são rechaçados na medida em que nem sempre o parente mais próximo, de fato, teve vínculo afetivo robusto com o finado e apresenta situação de vulnerabilidade a atrair o dever de amparo e sustento, nem necessariamente o herdeiro reservatário melhor conformará o uso da propriedade aos fins socialmente perseguidos, ou seja, tal análise se dá no efetivo exercício das faculdades proprietárias, e não na transmissão forçada do patrimônio para determinadas pessoas previamente indicadas na lei.

Desse modo, a legítima não pode ser encarada como um instituto desvinculado dos fins propostos pela Constituição, uma vez que encerra forte restrição à autonomia privada. O fundamento da solidariedade formalmente apontado para definir as pessoas protegidas pela legítima não mais se sustenta diante da necessidade de aferir, de maneira efetiva e substancial, o imperativo da solidariedade familiar. Afinal, dadas as modificações sociais identificadas em sua organização, abandonou-se a ideia de proteção à família enquanto instituto (BUCAR; TEIXEIRA, 2019, p. 345). Nesse sentido, doutrina contemporânea defende o estabelecimento de critérios funcionais para a identificação dos herdeiros necessários, ao invés da abstrata ordem de vocação hereditária estabelecida pelo legislador para proteger as pessoas ali definidas por meio de tal reserva patrimonial que se funda nos graus e classes de parentesco. De acordo com Schreiber e Viégas (2019, p. 240-241), “diante da inspiração solidarista que deve nortear a funcionalização da legítima, a restrição à disposição dos bens em benefício de pessoas predeterminadas deve encontrar seu fundamento na necessidade econômica de tais pessoas”.

Na mesma linha, Borges e Dantas (2017, p. 83-84) propõem a flexibilização da legítima, nos seus atuais moldes, a partir de uma efetiva e concreta solidariedade em relação à existência de pessoas economicamente vulneráveis, seja entre os herdeiros legítimos, seja fora desse rol legal. Assim, é indispensável verificar a existência de vulnerabilidade econômica, que, em terreno sucessório, se refere às pessoas impossibilitadas de obter sustento próprio, seja em decorrência de idade, seja de deficiência, isto é, não possuem condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade (BORGES; DANTAS, 2017, p. 83-84). Desse modo, afirmam as autoras que “deve se preferir a autonomia privada exercida solidariamente, afastando-se a transmissão obrigatória de metade da herança apenas por motivo de relações familiares” (BORGES; DANTAS, 2017, p.91). Nessa linha de raciocínio, concluem que “não havendo pessoas em situação de vulnerabilidade econômica dentre os herdeiros legítimos, a autonomia privada, traduzida na liberdade de testar, deve ser a mais ampla possível, afastando-se a patrimonialidade dos vínculos familiares” (BORGES; DANTAS, 2017, p.91).

A doutrina tem proposto que determinados integrantes da família, considerados vulneráveis, devem ser mantidos como herdeiros necessários numa renovação da legítima à luz da efetiva solidariedade intrafamiliar, “fundada em assistência aos efetivamente necessitados” (SCHREIBER; VIÉGAS, 2019, p. 242-243). Nesse quadro, indiscutível que crianças e adolescentes, por força de orientação constitucional (art. 227) e de prescrições da Lei n.º 8.069/90⁸, exigem da família o dever de amparo e assistência aos infantes, que são pessoas em desenvolvimento e, portanto, merecem tutela prioritária. Além disso, há presunção de dependência econômica dos filhos menores em relação aos pais (SCHREIBER; VIÉGAS, 2019, p. 243). Os filhos com deficiência devem ser protegidos pela legítima somente nos casos de incapacidade reconhecidos pela lei ou de demonstração de dependência econômica. Qualquer entendimento contrário viola as disposições da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146/2015)⁹, que visam a emancipação e inclusão social (BARBOZA; ALMEIDA, 2018). Presumir que qualquer pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º do EPD, apresenta necessidade econômica a ponto de atrair a solidariedade familiar para fins da legítima pode incorrer em odiosa discriminação, que desconsidera o modelo social da deficiência hoje adotado.

As pessoas idosas igualmente merecem proteção especial do legislador constituinte e infraconstitucional (Lei n.º 10.741/2003), que prevê o dever de garantir ao idoso os direitos fundamentais, com especial regra de

⁸ Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente: “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”.

⁹ Também expressamente designada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

solidariedade alimentar (art. 12), o que demonstra uma reforçada necessidade em tais casos. Na hipótese de pessoas idosas, a manutenção da legítima tutela tanto a solidariedade quanto a autonomia, eis que a garantia de parcela do patrimônio garante meios de subsistência para realizar suas escolhas e manifestar sua vontade sobre o destino dos bens deixados nos casos em que se constata o direito à herança e não somente o instituto da meação. Assim, evita-se o possível controle das escolhas existenciais da pessoa por seus filhos ou enteados motivado pela dependência material.

Por fim, a questão mais sensível diz respeito ao cônjuge e ao companheiro. Sem dúvida, boa parte das críticas dirigidas à legítima atualmente são fruto da sua inclusão como herdeiro necessário. Desse modo, mantê-los no rol, ainda que presente o critério da dependência econômica, parece não atender aos mais profundos reclamos de uma maior autonomia privada para fins sucessórios. Pelo contrário, acaba por atrair, ainda que por analogia, regra dos alimentos entre ex-cônjuges e companheiros, fundada hoje na transitoriedade, para o fenômeno sucessório, que transmite em definitivo a propriedade após a morte. No caso de cônjuges e companheiros em idade avançada e em situação de vulnerabilidade, a proteção à pessoa idosa, acima referida, já supre tal tutela, uma vez que igualmente se basearia na maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho e na relação de dependência comumente encontrada nessas situações. Nesse sentido, parece mais salutar, de fato, excluí-los do manto da legítima, mesmo porque o direito de família dispõe de instrumentos de proteção dos cônjuges e companheiros por meio da livre escolha do regime de bens, que já garante a meação a depender da opção realizada. Trata-se de conceder plena liberdade para a construção da vida patrimonial em comum a pessoas capazes. A única exceção que deve ser cogitada é o cônjuge/companheiro que se torna incapaz ou é pessoa idosa (SCHREIBER; VIÉGAS, 2019, p. 244).

Como se vê, é indiscutível que a doutrina contemporânea tem enfrentado o dogma da intangibilidade da legítima, uma vez que não mais se encontram fundamentos razoáveis para a forte restrição da autonomia privada testamentária com base numa postura paternalista e apegada a valores familiares oitocentistas, de teor patrimonialista e de perpetuação proprietária. A proteção da legítima somente encontra amparo na promoção de uma vida digna de herdeiros economicamente dependentes, vulneráveis dentro da dinâmica familiar e que o princípio da solidariedade duela com a liberdade de testar, a ponto de restringi-la legitimamente.

Considerações finais

O direito sucessório brasileiro manteve-se afastado do movimento personalista operado pelo direito civil contemporâneo, em especial o itinerário percorrido pela metodologia civil-constitucional, que, a um só tempo, centralizou a pessoa humana na ordem jurídica, na qualidade de merecedora de proteção especial e unitária, dotada de dignidade que lhe é intrínseca, bem como posicionou as situações existenciais em destaque em relação ao patrimônio, funcionalizando as relações patrimoniais à proeminência do ser. A busca pela pessoa humana concretamente considerada em meio à teia social envolvida, com suas vulnerabilidades, não alcançou na mesma intensidade das demais áreas do direito civil o campo sucessório, que permaneceu neutro e aparentemente infenso às mutações dos arranjos familiares, notadamente aos valores do cuidado e do afeto, que resignificaram a tutela das famílias.

A preocupação abstrata da ordem de vocação hereditária por meio da destinação do patrimônio *post-mortem*, com base na estática e tradicional estrutura da família, reproduz antiga e ultrapassada visão do ambiente familiar como mecanismo de concentração e produção de riquezas, distante da atual compreensão do núcleo familiar como instrumento para a promoção da dignidade dos seus membros. Em direção finalística, as entidades familiares merecem tutela jurídica e especial proteção do Estado na medida em que efetivamente promovem a realização da personalidade de seus componentes.

É paradoxal a ampliação das escolhas nos arranjos familiares em contraposição à hostilidade e à autonomia no direito sucessório, insularizado em regras estáticas e arredo à maior liberdade da pessoa em dispor dos seus bens após a morte. A legítima, portanto, se transforma no símbolo da postura paternalista e neutra do direito sucessório, que, distante dos valores amalgamados pela Constituição, reserva metade dos bens do falecido para os herdeiros necessários, em severa e desarrazoada restrição à autonomia testamentária. Não se propõe, com isso, a extinção da legítima, mas uma interpretação que a preserve tão somente em benefício de possíveis herdeiros vulneráveis, tais como crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência, que não consigam, por trabalho próprio, suprir suas necessidades de subsistência. A conservação da legítima, desprendida de uma análise

valorativa calcada no balanceamento entre liberdade individual e solidariedade familiar, em especial da tutela dos vulneráveis, descola-se das transformações do direito das famílias, preservando uma entidade familiar abstrata. Desse modo, a manutenção da legítima se justifica somente no caso de herdeiros economicamente vulneráveis, em que é deferida no percentual de 50% do patrimônio nos termos atualmente em vigor.

Por isso, uma releitura da legítima a partir dos vetores constitucionais, sem prejuízo de uma eventual reforma legislativa, é de todo indispensável, na medida em que sua vocação originária não mais se realiza na contemporaneidade, menosprezando a autonomia privada e nem sempre alcançando os mais necessitados, ou seja, os herdeiros vulneráveis. Do modo estático e rígido como se encontra hoje nos moldes legais, a legítima é refratária aos princípios constitucionais, o que impede uma valoração casuística e acaba por criar distorções na sucessão *post mortem*. A partir de tal constatação, torna-se imperiosa a revisitação da legítima na busca pela sua genuína função e correspondente aplicação justa, desapegada de presunções abstratas e voltada à concreta e real necessidade dos herdeiros vulneráveis. O itinerário proposto, portanto, humaniza o gélido e estanque direito sucessório e defende a vocação da legítima como instrumento de proteção e promoção dos interesses dos sucessores em situação de vulnerabilidade. Diante desse cenário, afigura-se relevante a manutenção da legítima em nosso ordenamento, desde que voltada para a proteção de herdeiros vulneráveis, o que concretiza o princípio da solidariedade familiar e permite a restrição à autonomia do testador em termos compatíveis com o ordenamento civil-constitucional brasileiro.

Referências

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Sucessões, exposição sumária desta parte do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, p. 1-32, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Barboza-civilistica-com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Campinas, SP: Red Livros, 2000.
- 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, v. 11, n. 1, p. 73-91, jan./mar. 2017.
- BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, ADI 1715 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 21 mai. 1998, publ. 30 abr. 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jun. 2020.
- BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 337-353.
- CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CATALAN, Marcos Jorge. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, [S.l.], ano 11, v. 44, p. 135-147, out./dez. 2010.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**, Cascavel, PR, v. 4, n.4 p. 41-74, 2015.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres**: uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *In*: NEDER, Gizlene (org.). **História e direito**: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p.109-127.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A 'lei de terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**, México, D.F. n. 17, p. 97-112, 2005.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.491-501.
- HIRONAKA, Giselda. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade? **Revista jurídica luso-brasileira**, Lisboa, ano 3, n. 1, p. 413-422, 2017.
- KUZNESOF, Elizabeth Anne. A família na sociedade brasileira: parentesco, clientelismo e estrutura social (São Paulo, 1700-1980). **Revista brasileira de história**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 37-63, set. 88/fev. 89.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. 1.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. **Revista Trimestral de Direito Civil**, [S./], ano 8, v. 29, jan./mar. 2007.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.279-294.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495-595.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Elementos de direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rodrigues & C., 1929.
- RODRIGUES, Anttônio Coelho. **Projecto do codigo civil brasileiro**: precedido de um projecto de lei preliminar. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.
- SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 6, v. 19, p. 211-250, abr./jun. 2019.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-23.

Recebido em: 13.08.2020

Aceito em: 19.02.2021