



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISABELLA DA SILVA REIS

**O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: SUPERAÇÃO OU RELEITURA?**

Salvador
2021

ISABELLA DA SILVA REIS

**O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: SUPERAÇÃO OU RELEITURA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha

Salvador
2021

ISABELLA DA SILVA REIS

**O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
SUPERAÇÃO OU RELEITURA?**

Monografia apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Salvador, 09 de dezembro de 2021

Banca examinadora

Prof. Leandro Reinaldo da Cunha – Orientador _____

Pós-doutor e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Profa. Roxana Cardoso Brasileiro Borges _____

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Universidade Federal da Bahia

Prof. Antônio Lago Júnior _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Brasil
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Foste um difícil começo, mas aprendi depressa a chamar-te realidade. Aqui, acredito que se dá o desfecho de uma trajetória que um dia nem supus iniciar. Ingressar e concluir a graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia é uma dádiva que somente foi possível com a ajuda de muitos, por quem nutro o sentimento de mais profunda gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e à Virgem Maria, porque sinto as Vossas presenças em minha vida e, assim, encontro acalanto para as angústias e incertezas do futuro.

Louvo o ventre que me gerou, Arleide, pelo amor incomensurável que começa lá onde nada se pede em troca. Agradeço a Paulo Sérgio, meu pai, por não desistir de nós, apesar de nossas diferenças e semelhanças.

Ao Seu Jonas Reis, *in memoriam*, meu avô, grande amor de minha vida, por ter me amado e, por isso, ainda hoje, rouba-me as lágrimas que tanto custo em deixar cair. À Dona Bela, *in memoriam*, minha avó, por sua força, coragem, e irreverência, as quais me deixou de herança, e nunca posso esquecer.

À toda minha família, rede de apoio imprescindível, em especial, à Anália, por ser também mãe e abrigo seguro, à Margarida, Maria Isabel, e Daniela, que acreditaram, torceram e participaram da concretização desse sonho, e à Andrea, pelo afeto que a distância e o tempo não foram capazes de diminuir.

Aos amigos que fiz e que mantêm a coragem de gostar de mim, apesar de mim, em especial, a Alysson, que ressignificou o sentido de amizade, cuja importância até então eu não descobrira. À Maria Joana, que tanto me inspira a ter fé e coragem, para crer na humanidade e na promessa de dias melhores. A Raul e Káren, pela amizade leve e sincera que cativou meu coração.

Aos meus amigos do colégio e da vida, em especial, Eva, Mariana, Nathalia e Tamires, o quinteto que dá alicerce a quem sou hoje, e Rosângela, *amiga certa das horas incertas*.

À Nágila Farias, por me fazer acreditar na advocacia técnica, justa e humana, minha maior professora, cujas lições profissionais e de vida guardo em meu coração.

À Sullivan Pereira, mentora e amiga, por partilhar as angústias e me fazer acreditar que era possível.

Agradeço, por fim, a Leandro Reinaldo Cunha, por ter me dado a honra de ser sua orientanda e, assim, ter sobre o meu trabalho um olhar não só técnico, mas sobretudo humano.

O brilho do sol, no lado de dentro da gente, se chama sonho.
Rubem Alves (2015)

Isabella Da Silva Reis. O instituto da legítima no ordenamento jurídico brasileiro: superação ou releitura? Orientador: Prof. Dr. Leandro Reinaldo da Cunha. 2021. 94 f. il. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a legítima no direito brasileiro, notadamente, quanto à sua justificativa. O instituto aportou no sistema jurídico pátrio através do direito lusitano caldeando matizes do antigo direito germânico e do direito romano. Desde então, verificaram-se diminutas alterações em sua estrutura legal, radicada em um limite fixo e neutro, alheio à quantidade e às particularidades de cada herdeiro. No entanto, a realidade contemporânea em quase nada aproxima-se àquela vivida no Brasil Colônia e no Século XIX. O direito civil igualmente sofreu profundas transformações, sobretudo com o trânsito do Estado liberal para o Estado social e o influxo dos valores e princípios das Constituições sobre todo o sistema jurídico. Com efeito, feneceu a pretensão de intangibilidade do direito civil; descortinando-se, por outro lado, a historicidade e a relatividade dos institutos privados. Assim, uma vez revelado que não existem instrumentos válidos em todos os tempos e lugares, sobreveio o questionamento se a legítima ainda se justifica no ordenamento jurídico brasileiro, considerando o fenômeno da constitucionalização do direito civil e realidade contemporânea que se apresenta. Trata-se do objetivo central que impulsionou a presente investigação, tendo sido adotada como estratégia metodológica a pesquisa teórica de cunho qualitativo. Após estudar a origem e desenvolvimento no instituto, compreender os pressupostos e desdobramentos do direito civil constitucional, e analisar o tratamento constitucional conferido à transmissão intergeracional de riquezas, chegou-se à conclusão que a legítima apresenta perfil funcional consentâneo ao projeto de sociedade da Constituição de 1988, justificando a sua permanência no direito brasileiro. Nesse sentido, concluiu-se que a legítima tem por função tem a função de concretizar o princípio constitucional da solidariedade no campo sucessório, notadamente, através da proteção dos membros da família individualmente considerados. No entanto, pôde-se perceber que a estrutura que lhe conferiu o Código de 2002 não corrobora à sua concretização, demandando que se promovam alterações legislativas substanciais, para permitir que o acervo destinado aos herdeiros necessário genuinamente alcance àqueles com quem o *de cuius* efetivamente se relacionava familiarmente, atendendo às suas reais necessidades.

Palavras-chave: legítima; direito civil-constitucional; solidariedade familiar.

ABSTRACT

This research deals with the forced share institute in Brazilian law, notably, regarding its justification. The institute landed in the national legal system through Lusitanian Law, blending shades of the old Germanic Law and Roman Law. Since then, there have been minor changes in its legal structure, rooted in a fixed and neutral limit, unrelated to the quantity and particularities of each heir. However, the contemporary reality hardly comes close to that lived in Colonial Brazil and in the 19th century. The Civil law has also undergone profound transformations, especially with the transition from the liberal state to the social state and the insertion of the values and principles of the Constitutions over the entire legal system. In fact, the pretense of intangibility of civil law withered away; unveiling, on the other hand, the historicity and relativity of private institutes. Thus, once revealed that there are no valid instruments at all times and places, the question arises whether the forced share institute is still justified in the Brazilian legal system, considering the phenomenon of the constitutionalization of civil law and the contemporary reality that presents itself. This is the main objective that propelled this investigation, having adopted as a methodological strategy the theoretical research of a qualitative nature. After studying the origin and development of the institute, understanding the assumptions and consequences of constitutional civil law, and analyzing the constitutional treatment conferred on the intergenerational transmission of wealth, it was concluded that the forced share institute one presents a functional profile consistent with the project of society of the Constitution of 1988, justifying its permanence in Brazilian law. In this sense, it was concluded that the forced share institute one has the function of realizing the constitutional principle of solidarity in the succession field, noddedly, through the protection of the family members individually considered. However, it could be seen that the structure given to it by the CC/02 doesn't support its implementation, demanding that substantial legislative changes be promoted, to finally allow the quota destined to the necessary heirs to meet their real needs and reach the people with whom the deceased effectively related familiarly.

Keywords: forced shared; civil-constitutional law; family solidarity

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|---|
| ADIN | AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE |
| AGU | ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO |
| ART | ARTIGO |
| CC | CÓDIGO CIVIL |
| CF | CONSTITUIÇÃO FEDERAL |
| CNJ | CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA |
| CPC | COÓDIGO DE PROCESSO CIVIL |
| CRFB | CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL |
| IBGE | INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA |
| RESP | RECURSO ESPECIAL |
| STJ | SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA |
| STF | SUPREMO TRIBUNAL FERDERAL |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 OS PERFIS DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA: ESTRUTURA E FUNÇÃO | 12 |
| 2.1 RELACIONAMENTO HISTÓRICO ENTRE SUCESSÃO HEREDITÁRIA E A FAMÍLIA PATRIARCAL | 14 |
| 2.2 LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO | 19 |
| 2.2.1 PRIMEIROS DIPLOMAS NORMATIVOS..... | 26 |
| 2.3 ASPECTOS DOGMÁTICOS DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO | 27 |
| 2.3.1 LEGÍTIMA | 29 |
| 2.3.2 O CÁLCULO DA LEGÍTIMA..... | 31 |
| 2.3.3 RESTRIÇÕES À LEGÍTIMA | 35 |
| 3 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA .. | 39 |
| 3.1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL..... | 42 |
| 3.1.1 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL | 45 |
| 3.2 DIREITO SUCESSÓRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA | 49 |
| 4 LEGÍTIMA: SUPERAÇÃO OU RELEITURA? | 61 |
| 4.1 O ANACRONISMO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA | 63 |
| 4.2 ESTRUTURA POSSÍVEIS PARA O INSTITUTO DA LEGÍTIMA..... | 72 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 82 |
| REFERÊNCIAS | 87 |

1 INTRODUÇÃO

O instituto da legítima principia no ordenamento jurídico brasileiro no período colonial, radicado sobre o direito lusitano que aqui aportou, caldeando matizes do antigo direito germânico e do direito romano. Desde então, verificaram-se diminutas alterações em sua estrutura legal, radicada em um limite fixo e neutro, alheio à quantidade e às particularidades de cada herdeiro. No entanto, a realidade contemporânea em quase nada aproxima-se àquela vivida no Brasil Colônia e no Século XIX. O direito civil igualmente sofreu profundas transformações, sobretudo com o trânsito do Estado liberal para o Estado social e o influxo dos valores e princípios das Constituições sobre todo o sistema jurídico. Com efeito, feneceu a pretensão de intangibilidade do direito civil; descortinando-se, por outro lado, a historicidade e a relatividade dos institutos privados.

Assim, uma vez revelado que não existem instrumentos válidos em todos os tempos e lugares, sobreveio o questionamento quanto à justificativa do instituto da legítima no direito pátrio, se este, sob o crivo do direito civil constitucional, haveria de estar superado ou não. Nesse sentido, delineou-se o objetivo central da presente monografia, que adotou como estratégia metodológica a pesquisa teórica de cunho qualitativo, desenvolvida a partir de dados secundários: documentos, estudo de legislações, de jurisprudência e estudos doutrinários, fundamentalmente, nas áreas de direito civil, constitucional e da sociologia.

A pertinência temática da questão suscitada decorre, a princípio, do fato de que as discussões civilistas se concentraram sobre matérias afetas aos outros ramos do direito civil, como o direito de família e o direito obrigacional, ao passo que o direito sucessório recebe menor atenção da doutrina e dos congressistas. Além disso, a pandemia deflagrada pelo vírus Sars-Cov-2 reavivou a percepção humana sobre a finitude da vida, o que se pôde experienciar através da crescente lavratura de testamentos identificada pelo Conselho Notarial do Brasil;¹ resgatou-se, assim, o interesse doutrinário sobre o direito sucessório. Desse modo, justificam-se as discussões acadêmicas em torno da legítima, instituto que indisponibiliza parcela da herança para os herdeiros necessários.

Nesse passo, arvora-se a presente pesquisa em contribuir com os debates doutrinários e a construção de uma dogmática jurídica consistente para bem influir sobre as futuras alterações

¹ Foi identificado um aumento crescente de cerca de 134% (cento e trinta e quatro por cento) de testamentos concretizados entre abril e julho de 2020. Destacaram-se, estados como Amazonas (1.000%), Ceará (933%), Roraima (400%), Distrito Federal (339%), Maranhão (300%), Mato Grosso (300%), Sergipe (260%), Pernambuco (225%), Espírito Santo (175%), Minas Gerais (170%), Alagoas (167%) e Santa Catarina (108%) (BRASIL, 2021).

legislativas, que timidamente se anunciam. Com efeito, organizou-se a monografia em três capítulos, dedicando-se o primeiro a expor o relacionamento histórico entre a sucessão hereditária e a família patriarcal, e os seus reflexos sobre a origem e o desenvolvimento da legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda no primeiro capítulo, estuda-se os aspectos dogmáticos do instituto em questão no Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, dedicar-se-á à compressão do direito civil constitucional e de seus desdobramentos, notadamente a funcionalização dos institutos privados. Além disso, analisar-se-á o tratamento constitucional conferido à transmissão intergeracional de riquezas, porquanto necessário à investigação sobre a função da legítima.

Por fim, no terceiro capítulo, promover-se-á uma análise crítica da legítima prevista no Código Civil de 2002, considerando a realidade contemporânea, sob a ótica do direito civil constitucional. Além disso, verificar-se-á as estruturas assumidas pela legítima que outros sistemas sucessórios, a fim de identificar as possibilidades estruturais do instituto em análise, bem como avaliar a tendência adotada no Projeto de Lei nº 3.799/2019.

2 OS PERFIS DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA: ESTRUTURA E FUNÇÃO

As origens romanas e a ideia de que o direito civil constitui a base do direito privado contribuíram para uma pretensão de intangibilidade que encontrou ressonância no coro da civilística tradicional. A coincidência terminológica entre institutos civis atuais e romanos, e a exportação de categorias jurídicas para os ramos especializados, como o direito do trabalho e do consumidor, corroboraram a tese doutrinária de que o direito civil resiste às transformações sociais, apresentando-se como um ramo estável, de técnica desenvolvida e de conceitos consolidados (BORGES, 2007, p. 80).

O processo de codificação de cunho liberal e individualista, iniciado com o Código francês de 1804, tinha por ideal um direito civil hermético à ingerência estatal, inalterável e intangível (BORGES, 2007, p. 81). Segundo Bruno Moraes e Fabiano Magalhães (2016, p. 113), no final do Século XIX e início do Século XX prevalecia a ideia de que os códigos civis surgiam com a vocação à perenidade e à imutabilidade, em contraponto à instabilidade das constituições da época. Ao Estado incumbia tão somente se organizar administrativa, conforme disposto em sua carta política, e zelar pela aplicação das leis, sem intervir nas relações particulares. Desse modo, a despeito do quanto dispunham as constituições, o Direito Civil, integralmente codificado, seguiu alheio às transformações sociais, econômicas, políticas e culturais (BORGES, 2007, p. 81).

No entanto, a inalterabilidade e a intangibilidade do direito civil são frágeis sementes de ilusão, as quais não resistiram à ascensão do Estado do Bem-Estar Social² e à nova fase do constitucionalismo. A Constituição passou a tratar da ordem econômica e social e de valores fundantes do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana, dispondo sobre questões outrora reservadas ao poder de autodeterminação jurídica dos sujeitos (BORGES, 2007, p. 82).

Com a edição de constituições de cunho social, notadamente após a Segunda Grande Guerra, operou-se um rearranjo hierárquico-axiológico, de modo que os valores e princípios constitucionais passaram a se espalhar e informar todo o ordenamento jurídico. Com efeito, o Direito Civil passa a receber um influxo valorativo e principiológico da Constituição, a qual, por seu turno, é informada pelas ideias prevalentes na sociedade; ambas suscetíveis a alterações (MORAES; MAGALHÃES, 2016, p. 114). Desse modo, rompeu-se, ou minimamente,

² No Brasil, o Estado do Bem-Estar Social não foi totalmente alcançado. Embora se tenha verificado avanços sociais, na prática, ainda carece de efetivação (DRUCK; FILGUEIRAS, 2007, p. 26).

subsidiou-se o questionamento acerca da pretensa intangibilidade do Direito Civil (BORGES, 2007, p. 81; MORAES; MAGALHÃES, 2016, p. 114).

Para Bruno Moraes e Fabiano Magalhães (2016, p. 114), à medida que se admite o reflexo da conformação social na constituição, e desta sobre todo o ordenamento, destaca-se a noção de historicidade e relatividade dos institutos jurídicos, justificando a necessidade de contextualizá-los. Afirmam que a aplicação dos institutos deve observar aos valores e princípios que estão em vigor no ordenamento, assim, como a investigação daqueles que pertencem a outra época deve considerar o contexto no qual foram concebidos.

Com efeito, reputam válida apenas a análise contextualizada dos institutos jurídicos. Bruno Moraes e Fabiano Magalhães (2016, p.114) compreendem a importância do *locus* histórico no processo de investigação como decorrência da relatividade dos institutos jurídicos, ou seja, da variabilidade de sentido que estes apresentam conforme o contexto em que se inserem; percepção que encontra guarida nas lições de Pietro Perlingieri. Segundo o autor italiano, os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos se caracterizam pela relatividade e historicidade, ou seja, reportam-se à determinada realidade, sendo, por isso, passíveis de revisão e reforma. A realidade não é permanente, mas, sim, está em constante transformação, e, por isso, exige que a ciência jurídica promova a devida adequação de seus instrumentos e conceitos, já que estes não são válidos em todos os tempos e lugares (PERLINGIERI, 2019, p. 1).

Pietro Perlingieri (2019, p. 2) defende que cada instrumento deve ser estudado em dois perfis, quais sejam, os perfis da estrutura da realidade e da função do instrumento do Direito, o que decorre da sua própria concepção de objeto da ciência jurídica: a realidade concreta e a norma jurídica, que estão em contínua dialética. A realidade deve ser estudada unitariamente, dado que não é possível cindi-la em realidade jurídica, social, econômica, religiosa; ou seja, para Pietro Perlingieri (2019, p. 1), a realidade é unitária e o seu perfil é um aspecto desta unidade. Não obstante, compreende que não é sobre a estrutura do instrumento jurídico que recai o questionamento mais importante, mas sim sobre a sua função: “para que ele serve? Por que é ele aplicado a esta realidade? Qual a sua razão justificativa? Qual a sua função?” (PERLINGIERI, 2019, p. 2). Para exemplificar, o autor questiona a função do contrato, cujo perfil da realidade é uma estrutura bilateral formada pelas partes que celebraram esse negócio jurídico.

Simplificadamente, elucida Anderson Schreiber que a doutrina civilista compreende que a estrutura dos institutos jurídicos responde à questão “como funciona?” e a função “para que serve?” (SCHREIBER, 2016, p. 19). Desse modo, pode-se inferir que o perfil da estrutura da

realidade apontado por Pietro Perlingieri se refere à forma do instrumento inserido nesta realidade incindível, que comunga a realidade jurídica, social, econômica, política, etc. É o quanto se depreende do exemplo que apresenta em suas lições e das observações relativas à historicidade e relatividade dos instrumentos jurídicos. Não se pode, por outro lado, afirmar que Pietro Perlingieri (2019, p. 2) reduza o perfil da estrutura ao dogmatismo jurídico, o qual repudia veementemente por ignorar que a aplicação dos conceitos deve partir da análise do ordenamento jurídico e da realidade; em suas palavras, por esquecer que “o inquirir jurídico da realidade prevê a historicidade e a realidade dos conceitos”.

Sendo assim, à vista da derrocada da intangibilidade do direito civil, o perfil da realidade que se pretende inquirir é a legítima, cuja estrutura e função será analisada, observando o contexto histórico, no qual foi concebido, e os valores e princípios vigentes do ordenamento jurídico no qual é aplicado, para, assim, responder a pergunta que impulsiona a presente investigação: o instituto da legítima ainda se justifica no direito brasileiro contemporâneo? Para analisar amiúde a estrutura e a função da legítima e, assim, responder o quanto se propõe, mister que se tenha uma ideia de seu desenvolvimento histórico, sobretudo ao que toca o direito sucessório e a transmissão de bens por ocasião da morte.

2.1 RELACIONAMENTO HISTÓRICO ENTRE SUCESSÃO HEREDITÁRIA E A FAMÍLIA PATRIARCAL

Em sentido amplo, a sucessão se refere ao ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, nos direitos que a ela competiam (MONTEIRO, 1998, p.1). Juridicamente, refere-se a um modo de transmissão de direitos reais e obrigações entre os sujeitos de uma relação jurídica, o que pode ocorrer *inter vivos* e *mortis causa*. No campo do direito sucessório, especificamente, o vocábulo tem aplicação restrita à sucessão *mortis causa*, limitando-se, portanto, à transferência da herança ou do legado.

Segundo Carlos Maximiliano (1952, p. 23), a “hereditariedade existe em toda a natureza”, de modo que à lei incumbe reconhecer o que existe naturalmente, ou seja, que o filho é continuação do pai e deste deve herdar. Além do laço da hereditariedade, destaca o afeto como vínculo que une as gerações, muito embora, entenda-o como consequência do que denomina de comunidade de sangue. Para o autor, há uma preocupação instintiva do chefe de família com a prole, que o impulsiona ao labor e ao acúmulo de riquezas (MAXIMILIANO, 1952, p. 24).

A ideia de que há um direito natural dos filhos e filhas sucederem aos seus genitores é constantemente observada na doutrina, sobretudo entre os civilistas mais tradicionais. É o

quanto se depreende, por exemplo, das lições de Itabaiana de Oliveira sobre os fundamentos que justificam a instituição dos herdeiros necessários, quais sejam: os laços de sangue e o presumível afeto que uniriam estes ao autor da herança (1952, p. 625). Ao explicar as razões que conduzem à presunção, afirma: “o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser” (OLIVEIRA, p. 625). Dessa forma, admite-se a família como uma entidade natural que representa o núcleo fundante de toda a organização social (MONTEIRO, 1978, p. 1). Caio Mário Pereira (2017, p. 51), por seu turno, a compreende como um organismo social e jurídico que, em sentido genérico e biológico, é o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum.

Assim, além da nota da naturalidade, o aspecto biológico, fundamentalmente, a consanguinidade é apreendida como elemento essencial do organismo familiar. Segundo San Tiago Dantas (1991, p.4), “a família tem a sua formação natural no par andrógino”, do qual descendem todos os parentes que constituem a unidade familiar. Desse modo, a união sexual do par andrógino ao garantir a procriação e a preservação da estirpe constituiria o fundamento do grupo familiar, que, assim, atingiria a sua função biológica e psicológica. Para o autor, a função biológico-psicológica da família compreende a transferência de técnicas de sobrevivência até então desenvolvidas pelo homem aos indivíduos de tenra idade, assegurando melhor adaptabilidade às condições de vida. Trata-se de um meio de defesa biológica e cultural que corrobora para a coesão e continuidade do grupo familiar. San Tiago Dantas ainda destaca a função econômica que, por sua vez, expressa-se através da transmissão do patrimônio segundo o parentesco: vínculo de sangue que resulta de um ancestral comum. Em suas palavras: “o patrimônio, no todo ou em parte, tem que caber aos parentes, tem que ser devolvido ao grupo familiar” (DANTAS, 1991, p. 10).

Assim, dedica-se a doutrina civilista a tutelar a família concebida como um organismo natural e nuclear da sociedade, que se funda a partir da união sexual, leia-se, matrimonial, de um par andrógino que garante, através da procriação, a perpetuação da estirpe, à qual será transferida o patrimônio. Dessa forma, a transmissão hereditária protege e assegura a provisão dos entes familiares de quem se nutre profundo amor.

Contudo, segundo Friedrich Engels (1984, p. 61), a palavra família, em sua origem, em nada se aproxima do constructo apresentado pelos civilistas brasileiros. Esclarece que *famulus* quer dizer escravo doméstico e família o conjunto de escravos pertencentes a um homem; o vocábulo era aplicada pelos romanos apenas nesse sentido, que excluía de sua representação semântica o par de cônjuges e os respectivos filhos. Em suas preleções, evidenciou que o matrimônio monogâmico não esteve nos primórdios da organização social, mas, antes, resultou

da concentração de riquezas pelo homem e de sua necessidade de transmiti-las aos seus filhos. Garantir a monogamia da mulher implicava ter a certeza de que seu patrimônio seria deixado necessariamente aos seus filhos e não aos de outro homem (ENGELS, 1984, p. 62).

Com base nos estudos da história primitiva³, sobretudo de L. H. Morgan e J. J. Bachofen, pôde-se identificar formas de família em direta contradição àquela admitida como única válida pelo ideário civilista⁴. Verificou-se organizações familiares que praticavam a poligamia e a poliandria e os sistemas de parentesco eram diversos: filhos com vários pais e mães, genitores que não raro eram irmãos entre si (ENGELS, 1984, p. 31). Não havia quaisquer entraves para as relações sexuais entre familiares, tampouco existia a ideia de incesto, o que contraia a tese de San Tiago Dantas sobre o óbice ético imposto pelo parentesco às relações entre consanguíneos (1991, p. 137)⁵. Segundo Friedrich Engels, existia uma espécie de comércio sexual, no qual “cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (1984, p.31). Contudo, não há falar em promiscuidade, trata-se do matrimônio por grupos: grupos inteiros de homens e mulheres que se pertencem mutuamente. Consequentemente, a descendência só podia ser estabelecida do lado materno, reconhecendo-se tão somente a linhagem materna.

Mas a família, como quase tudo que se conhece, é mutável; tendo, então, se modificado no curso da história. Nas palavras de Giselda Hironaka: “a família é, por assim dizer, a história, e (...) a história da família se confunde com a história da própria humanidade” (1999, p. 8). O extenso círculo familiar, em cujo seio prevalecia a comunidade conjugal entre os sexos, reduziu-se gradualmente, de forma espontânea e aleatória, por meio da progressiva exclusão dos parentes através da proibição do matrimônio entre consanguíneos. A união por grupo foi

³ O quadro do desenvolvimento da humanidade teria seguido os seguintes estágios: “Estado Selvagem - Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados (...). Barbárie - Período em que aparecem a criação e gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humana. Civilização - (...) período da indústria propriamente dita e da arte” (MORGAN *apud* ENGELS, 1984, p. 28).

⁴ Verifica-se que os civilistas mais tradicionais não ignoravam as organizações sociais fundadas no matriarcado, a exemplo de Pontes de Miranda e Carlos Maximiliano, contudo, não as concebiam enquanto entidade familiar. É o quanto se depreende do seguinte excerto, além da notória oposição à ideia de que havia sucessão e transmissão hereditária entres os povos primitivos: “Primitivamente só o grupo social, exíguo, embrionário (a tribo, o clã, a *gens*) era sujeito de direito, e, como o grupo não morre, não havia lugar para a sucessão. Reinava comunismo integral. Do grupo se passou à família: o propriedade comum, a princípio (...)” (MAXIMILIANO, 1952, p. 25). Engels não ignora que os bens transmitidos permaneciam na *gens* do falecido como propriedade comum, tampouco a pouca expressividade econômica dos bens e a cultura de enterrar os pessoais juntos com o corpo, mas não os desqualifica como o faz o civilista (ENGELS, 1984, p. 58).

⁵ Em suas palavras: “outra grande importância do parentesco está no seu afeto proibitório, no tocante às relações sexuais e ao estabelecimento da família. As relações sexuais entre parentes estão, eticamente, fulminadas pela pecha do incesto (...)” (DANTAS, 1991, p.11).

então substituída pela sindiásmica, que representa a redução última do grupo, a sua molécula biatômica: um homem e uma mulher (ENGELS, 1984, p. 49).

Contudo, a família sindiásmica não suprime o lar comunista, onde a *gens*⁶ era baseada no matriarcado. Segundo Friedrich Engels (1984, p. 51), “uma das ideias mais absurdas que nos transmitiu a filosofia do século XVIII é a de que na origem da sociedade a mulher foi escrava do homem”. O predomínio da figura da mulher era latente na primitiva lei de herança da *gens* que previa a descendência apenas na linha feminina. Os bens de um ente falecido - aos quais se dava pouca importância⁷ - ficavam para os consanguíneos por linha materna, restando a deserdação para os demais. Desse modo, segundo o direito materno, os bens deixados pelo homem seriam transmitidos a seus irmãos e irmãs maternos, aos descendentes destes e às irmãs de sua mãe, mas não aos seus filhos (ENGELS, 1984, p. 58).

O quadro social em destaque apenas se alterou quando da incidência de novas forças impulsionadoras de ordem social. O crescente acúmulo de riquezas devido à criação de rebanho e à agricultura conferiu ao homem uma posição cada vez mais importante no organismo familiar. Consequentemente, sobreveio o desejo de abolir o direito materno⁸ e alterar a ordem de herança estabelecida; garantindo, assim, a transmissibilidade patrimonial na linhagem paterna (ENGELS, 1984, p. 59).

Operou-se a instituição do patriarcado, com a passagem do matrimônio sindiásmico à monogamia, objetivando garantir a paternidade dos filhos por meio da fidelidade da mulher, convertida em servidora do homem. Segundo Friedrich Engels (1984, p. 61), a família romana é o tipo perfeito da família patriarcal, uma vez que se organizava sob o domínio paterno e a incorporação de escravos. A expressão família *id est patrimonium* foi cunhada pelos romanos para designar o novo organismo social chefiado pelo homem incumbido de prover a mulher e os filhos, sobre quem detinha que detinha direito de vida e morte, além da mão de obra escravizada para o labor da terra e do gado.

⁶ Extrai-se da obra de Friedrich Engels que *gens* é o “círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina, que não se podem casar uns com os outros”, contudo, é preciso repisar, conforme o próprio autor, que as limitações sexuais entre consanguíneos surgiram de forma aleatória e espontânea. (ENGELS, 1984, p.44).

⁷ Segundo Friedrich Engels, “Até a fase inferior da barbárie, a riqueza duradoura limitava-se pouco mais ou menos à habitação, às vestes, aos adornos primitivos e aos utensílios necessários para a obtenção e preparação de alimentos (...). Nessa fase, a força de trabalho do homem ainda não produz excedente apreciável sobre os gastos de sua manutenção.” (ENGELS, 1984, p. 58).

⁸ Designação apresentada por Bachofen para referir-se ao reconhecimento exclusivo da filiação materna e as relações de herança dele deduzidas. Contudo, Friedrich Engels adverte que se trata de expressão inexata, pois quando se verificavam matrimônios grupais ainda não existia direito no sentido jurídico da palavra. (ENGELS, 1984, p. 43).

Nesse momento, poder-se-ia, em certa medida, identificar a função econômica da família na forma como apresentada por San Tiago Dantas, embora seja necessário reconhecer que o autor não ignorava as demais organizações sociais, contudo, não as concebia enquanto família, mas como “aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência e (...) consciência de unidade” (1991, p.3). Quanto às percepções acerca do matrimônio monogâmico, as lições de San Tiago Dantas e Friedrich Engels opõem-se diametralmente. Enquanto para o civilista o matrimônio seria uma técnica desenvolvida para assegurar a exclusividade sexual, para o sociólogo servia tão somente ao chefe de família como certificado de que era o pai dos filhos de sua esposa, herdeiros diretos de seus bens.

Tratava-se de uma união convencional instituída por razões econômicas, “de modo algum foi fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha em comum”, leia-se, o amor como paixão (ENGELS, 1984, p.70). A monogamia surgiu como uma forma de garantir o domínio do homem, preservando a conservação e transmissão por herança de seus bens de fortuna e escravizando a mulher, de quem efetivamente era exigida a exclusividade. Ao embrionário⁹ amor sexual restavam as relações extraconjugais, haja vista que a família monogâmica não extirpou o heterismo¹⁰ e o adultério.

Sendo assim, a história primitiva opõe-se ao ideário de família como organismo natural e nuclear da sociedade, formada pelo casal e a prole, unidos pelos laços de sangue e conseqüente afeto, bem como contraria a concepção de que a herança seria deixada aos filhos e aos pais de um homem, como conseqüência lógica e natural do amor nutridos pelos primeiros e da sacralidade dos segundos, além de perturbar o amálgama construído entre a monogamia e o amor romântico. Nesse sentido, Philippe Ariès (1986, p. 222-223), a partir de uma análise iconográfica, afirma que o sentimento de família era desconhecido da Idade Média, o qual principia nos séculos XV e XVI, exprimindo-se com vigor no século XVII; foi, então, quando se testemunhou o surgimento de um profundo sentimento existencial entre pais e filhos. A família passou a existir como sentimento, como valor, sendo “exaltada por todas as formas da emoção”, notadamente, através da arte (ARIÈS, 1986, p. 223).

Em severa oposição, Caio Mário Pereira (1981, p. 21) assevera que as análises desenvolvidas por Friedrich Engels, L. H. Morgan e J. J. Bachofen são promíscuas, pecam pela generalidade e “afrontam os mais vivos impulsos da natureza humana”, a exemplo da ideia de

⁹ Segundo Engels, “antes da Idade Média, não se pode dizer que existisse amor sexual individual” como o concebemos atualmente (ENGELS, 1984, p. 83).

¹⁰ Segundo Engels, “o heterismo é uma instituição social como outra qualquer, e mantém a antiga liberdade sexual... em proveito dos homens”, sendo a prostituição a sua forma extrema (ENGELS, 1984, p.72).

exclusividade do ser humano. Afirma que se trata de referências onde “mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática” (PEREIRA, 1981, p. 21). Para Caio Mário Pereira, a organização familiar matriarcal pode ter acontecido eventualmente e não como estágio obrigatório na evolução da família (PEREIRA, 1981, p. 22). Por outro lado, aludindo às pesquisas de Mommsen e Fustel de Coulanges, sustenta que os registros históricos atestam tão somente a família organizada sob a forma patriarcal, o que Caio Mário Pereira julga ser “fato certo e comprovado” (1981, p. 22).

Inobstante a latente discordância sobre a evolução da família, pode-se vislumbrar certa confluência entre a sua conformação sob diretrizes patriarcais e o despontar da transmissão hereditária como aspecto digno de atenção do consciente familiar, sobretudo do chefe de família, que objetivava perpetuar o patrimônio acumulado ao longo da vida na posse de seus descendentes, assegurando-lhes provimento mesmo após o seu óbito. Sobressai na família patriarcal de Friedrich Engels a função econômica descrita por San Tiago Dantas. A família referenciada por Itabaiana de Oliveira como justificativa da previsão dos herdeiros necessários encontra compatibilidade nas definições apresentadas por Caio Mário Pereira e Washington de Barros Monteiro, ambas patriarcais. Friedrich Engels (1984, p. 86), por seu turno, compreende que o matrimônio monogâmico - sobretudo para a mulher - nasce com a concentração de riquezas pelo homem e o desejo deste de assegurar a transmissão de seus bens aos filhos sabidamente seus. Em suas palavras: “(...) os interesses da transmissão por herança fizeram nascer a preponderância do direito paterno e da monogamia (...)” (ENGELS, 1984, p.86).

Assim, embora seja minimamente discutível a naturalidade com a qual é concebida à família patriarcal, notadamente pelos civilistas tradicionais, há que reconhecer a relação histórica entre a família - chefiada pelo homem - e a transmissibilidade do patrimônio, fatores que irão repercutir sobre a estrutura e a função do direito sucessório brasileiro, mormente ao que toca o instituto da legítima.

2.2 LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

O direito sucessório pátrio resulta de um embate entre o direito romano e o antigo direito germânico. O primeiro caracteriza-se pela absoluta liberdade de testar e no segundo se desconhecia a sucessão testamentária, predominando a sucessão entre os parentes consanguíneos (MONTEIRO, 1998, p. 4). Segundo Pontes de Miranda (2012, p. 248), o direito brasileiro caracteriza-se por ser compósito, uma vez que “a cada momento relembra o elemento romano e o germânico, que nêle e já no direito luso-brasileiro se caldearam”. Nesse sentido, o

instituto da legítima constituiu-se como um objeto de princípio híbrido; amálgama de concepções jurídicas discordantes cujos traços principais é imprescindível conhecer¹¹.

Nos primeiros tempos da humanidade, não se podia pensar em testamento, pois, tratando-se de ato de disposição individual, é de *per si* incompatível com a concepção de propriedade enquanto aspecto da comunhão familiar (OLIVEIRA, 1952, p. 383); havia verdadeira comunhão de bens, inconciliável com a faculdades de dispor (NONATO, 1957, p. 64). Nas palavras de Carlos Maximiliano (1952, p. 29), “prevalecia primitivamente a comunidade sobre o indivíduo”, o que facilmente pode ser identificado na economia doméstica do lar comunista descrito por Friedrich Engels (1984, p. 43), onde vigia o direito materno que regulava a transmissão dos bens deixados para a *gens*, destituídos de expressividade econômica, dado o desinteresse pelo acúmulo de riquezas.

Entre os povos germanos, a co-propriedade familiar era gerida de forma equilibrada e o direito, do qual se tem poucas informações, era sobretudo consuetudinário e destituído de unidade. Após a invasão do Império Romano, incorporaram institutos e conceitos jurídicos, o que culminou na evolução dos dois sistemas jurídicos (CARMINATE, 2011, p. 19). No campo das sucessões, a transmissão operava-se entre os filhos consanguíneos (CARMINATE, 2011, p. 20), ou seja, incidia a sucessão legitimária, uma vez que os germanos não conheciam o testamento (MONTEIRO, 1998, p. 4). Nas palavras de Pontes de Miranda (2012, p. 253): “o que havia era a comunidade da gota de sangue: *parentes tam de patre quam de matre*”, evidenciando o caráter cognatício da família. Desse modo, precipuamente vigia no direito germânico a herança necessária, tendo-se destacado, apenas com o tempo, certa quota sobre a qual o testador poderia dispor livremente. Afirma Raphael Carminate (2011, p. 19) que o direito germânico foi assemelhando-se ao romano, notadamente, aquele vigente ao tempo da Lei das XII Tábuas.

Em Roma Antiga, sob à égide do patriarcado, adotava-se a religião doméstica, de modo que o *pater*, além de controlar o patrimônio familiar, era responsável pelo culto (NONATO, 1957, p. 74); este inseparável da sucessão (CARMINATE, 2011, p. 13). A assertiva de Coulanges (1998, n.p.) evidencia a imbricação entre a transmissão hereditária e a religião: “o homem morre, o culto fica”, notadamente, para o filho varão, enquanto seu sucessor natural. Com efeito, o herdeiro varão não apenas sucedia o *de cuius* em seus bens, mas também se incumbia do culto, com a prática de rituais e sacrifícios para honrar o falecido.

¹¹ Não se pretende pormenorizar o sistema sucessório do direito romano-germânico, o que escaparia ao escopo da presente pesquisa, mas, tão somente destacar os aspectos históricos mais propriamente relacionados à limitação da liberdade testamentária, através da instituição de uma reserva hereditária para os herdeiros necessários.

Contudo, segundo Raphael Carminate (2011, p. 14), a limitação da transmissibilidade ao filho varão, associada à possibilidade de que o pai não tivesse filho algum, corroboraram para o surgimento do testamento. Assim, inexistindo descendentes varões, o *pater* poderia “instituir um ou mais herdeiros, que seriam os novos detentores da soberania doméstica” (CARMINATE, 2011, p. 15). As primeiras formas, ainda rudimentares, apareceram com a *Lex Populi*, na qual se previam duas espécies: os testamentos feitos em tempo de paz e os em tempo de guerra, ambos perante o povo à cuja aprovação estavam subordinados (OLIVEIRA, 1952, p. 385). Estes apenas caíram em desuso quando da promulgação da Lei das XII Tábuas, que conferiu permissão a qualquer pessoa¹² para dispor de seus bens sem a intervenção do povo (OLIVEIRA, 1952, p. 385).

Para Raphael Carminate (2011, p. 15), as formalidades impostas aos primeiros testamentos justificam-se, pois estes tinham como efeito “a transmissão a alguém da soberania doméstica, e da integralidade do patrimônio, significando verdadeira adoção, uma vez que os herdeiros instituídos ocupavam o lugar de filhos, preterindo os outros parentes na ordem de vocação hereditária”. Contudo, a Lei das XII Tábuas amplificou a liberdade ao *pater familias* para dispor de seus bens, sem qualquer interferência, consagrando o poder absoluto que este possuía na ordem social (MAXIMILIANO, 1952, p. 150); instituiu-se, assim, o testamento propriamente dito. Em consonância com a moral da época, o direito e a religião envolviam o chefe de família em um halo de prestígio superior, que findou por legitimar exageros cometidos no ato de última vontade (BEVILÁQUA, 1899, p. 38).

Segundo Diego Lima (2019, p. 104), a Lei das XII Tábuas marca o momento no qual a propriedade começa, ainda que de forma incipiente, a ser percebida como um fenômeno individual, de modo que a disposição de bens se vincula à vontade livremente manifestada do seu titular. Nesse sentido, afirma Carlos Maximiliano (1952, p. 30) que o direito de dispor surgiu como o progresso do individualismo, “à medida que a pessoa se afirma em face da família e do grupo étnico”. Da fase republicana até o período justiniano, verificou-se a mais ampla liberdade de testar do *pater familiae*, conferindo grande relevância à sucessão testamentária em relação à legal que lhe era supletiva, então denominada de *successio ab intestato*¹³ (CARMINATE, 2011, p. 17). Segundo Orosimbo Nonato (1957, p.75), “para o

¹² Leia-se, o cidadão romano, ou seja, “todo homem que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos” (COULANGES, 1998, n.p.).

¹³ Se o *pater* falecer sem deixar testamento, a sucessão se opera observando as seguintes classes de herdeiros: 1) *sui et necessarii*: os filhos sob pátrio poder, a mulher *in manu*, *quia filiae loco est* e outros parentes sujeitos ao *de cuius*; 2) agnati mais próximos - pessoas sob o mesmo pátrio poder ou que a ele se sujeitariam se o *pater familias* não estivesse morto; 3) gentiles - os membros da mesma *gens* (GOMES, 2012, p.3).

romano antigo encerrava o testamento significação altíssima, sendo ignominioso falecer intestado”.

Contudo, o poder desmesurado em que se converteu o ato de última vontade impulsionou o surgimento de paulatinas limitações formais e materiais à liberdade testamentária (WALD, 2012, n.p). Nesse processo, Clóvis Beviláqua destaca o desenvolvimento de novos conceitos morais, o enfraquecimento dos laços de afeição entre progenitores e procriados e a violação de deveres sacratíssimos, quando:

(...) o pai deixava todo o seu patrimônio a estranhos, esquecido de que, chamando à vida novos seres, contrahira, para com a sociedade, e para com a sua consciência em primeiro lugar, a obrigação de amparal-os contra os golpes da fortuna adversa e contra os golpes da fortuna adversa e contra o assédio das necessidades inadiáveis (BEVILÁQUA, 1899, p. 297).

As primeiras limitações, inicialmente de natureza formal, obrigavam o testador a indicar os *sui heredes*¹⁴, ainda que o fizesse para deserdá-los (WALD, 2012, n.p.), de modo que não impôs efetiva restrição à liberdade do testador, porquanto poderia destinar os seus bens a pessoas alheias ao círculo familiar (LIMA, 2019, p. 107). Contudo, segundo Orosimbo Nonato (1957, p. 72), as leis romanas não permitiam a eleição de herdeiro que não por meio de testamento; o ato de última vontade que não o fizesse tratava-se, em verdade, de um codicilo. Em outras palavras, não havia testamento sem instituição de herdeiro, porquanto insito à sua natureza, o que suscita a dúvida sobre a tese de que esta seria a primeira limitação à liberdade testamentária, sobretudo porque normalmente estaria entre os *suis heredes* o varão responsável por perpetuar o culto doméstico.

Na verdade, conforme Orosimbo Nonato (1957, p. p. 69), adensam-se questionamentos e incertezas quanto ao testamento no direito romano, o qual, até a Lei das XII Tábuas, era puramente costumeiro. Com efeito, é temerário afirmar peremptoriamente que a obrigação de indicar os *sui heredes* acompanha o surgimento do testamento em Roma, ou, que apenas adveio como contrapeso aos exageros cometidos pelo autor da herança no despontar do individualismo que arrefeceu a comunidade familiar.

Quanto às limitações de natureza material, Diego Lima (2019, p. 107) destaca a Lex Falcidia que restringiu a instituição de legados representativos de, no máximo, $\frac{3}{4}$ (três quartos)

¹⁴ Segundo Orlando Gomes, o *heredes sui et necessarii* “eram os filhos sob pátrio poder, a mulher *in manu*, *quia filiae loco est* e outros parentes sujeitos ao *de cuius*” (GOMES, 2012, p. 3). Conforme esclarece Arnaldo Wald (2012, n.p.), “o direito sucessório independia, na época, da cognação, ou seja, do parentesco pelo sangue”, de modo que os *heredes sui et necessarii* eram todos aqueles que por ocasião da morte estivessem sob a *patria potestas* do falecido, a despeito da existência de vínculo sanguíneo (WALD, 2012, n.p.).

do ativo líquido da herança, pois $\frac{1}{4}$ (um quarto) deveria ser destinado aos herdeiros; tendo, assim, introduzido o princípio da intangibilidade. A matemática da quarta falcidia e a instituição de uma reserva hereditária revelam ideias originárias que inspiraram a legítima no direito romano. Contudo, em que pese a semelhança, Diego Lima (2019, p. 107) adverte que não se pode confundi-las, uma vez que a Lex Falcidia não instituiu herdeiros necessários. Os herdeiros então tutelados seriam aqueles indicados pelo *pater*, os quais poderiam ser, ou não, familiares.

Desse modo, a proteção garantida pela quarta falcidia poderia ser invocada pelos herdeiros testamentários ou pelos *sui heredes* em face dos legatários, mas não entre si, pois o direito romano não admitia simultaneamente a sucessão testamentária e a *successio ab intestato*, porquanto vigia o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (LIMA, 2019, p. 107)¹⁵. Com efeito, a Lex Falcidia não previa uma proteção efetiva para os *sui heredes*, o que impulsionou a elaboração de um procedimento especial de origem costumeira: a *querella inofficiosi testamenti*, por meio da qual se impugnava a validade dos testamentos considerados inoficiosos por desamparar a prole familiar (LIMA, 2019, p. 109).

Nesse sentido, afirma Clóvis Beviláqua (1899, p. 298) que a *querela inofficiosi testamenti* surgiu, nos últimos tempos da república, em benefício dos parentes próximos do testador injustamente deserdados ou preteridos, tendo em vista que, uma vez julgada procedente, o testamento seria rescindido, “considerando-se que o autor o fizera em estado de demência”. Desse modo, o direito de família reagia aos excessos da liberdade individual. Segundo Diego Lima, o testamento inoficioso afrontava elementos extrajurídicos:

[...] filosóficos, éticos e morais – profundamente arraigados na sociedade romana, sobretudo: a *humanitas* (dever de fazer o bem), a *fides* (dever de lealdade e de reciprocidade familiar) e o *officium pietatis* (dever de piedade e de devoção familiar, baseado no sentimento da opinião pública que impedia a lesão recíproca a pais, a filhos e a familiares próximos) (LIMA, 2019, p. 110).

As razões que impulsionaram o advento da *querela inofficiosi testamenti* inspiraram - ao menos, é verossímil inferir - as ponderações de Carlos Maximiliano (1952, p. 30) acerca dos exageros individualistas. Sustenta que a liberdade de dispor deve ser condicionada pelas necessidades e conveniências sociais, quer se dizer: garantir a união, o afeto e a solidariedade entre pais e filhos, do que resultam direitos e deveres. A figura do *pater* e as responsabilidades que assumia de garantir o sustento da prole e perpetuar o culto familiar sobrelevam-se para flexibilizar a ampla liberdade testamentária do direito romano.

¹⁵ Consequentemente, o autor da herança deveria dispor no testamento sobre a integralidade de seu patrimônio, não podendo fazê-lo de modo parcial.

Todavia, o direito de deflagrar a *querela inofficiosi testamenti* ainda era incipiente, dada a indeterminação dos legitimados para fazê-lo e da porção que lhes seria devida, de modo que “ao arbítrio dos julgadores era inteiramente abandonada a regulamentação dos casos” (BEVILÁQUA, 1899, p. 298). Para Diego Lima (2019, p. 110), a incerteza acerca das razões que justificariam a exclusão de familiares da sucessão, assim como sobre o *quantum* lhes deveria ser reservado, garantia justamente a simplicidade e efetividade do procedimento da *querela inofficiosi testamenti*. A abertura procedimental impunha uma “incursão argumentativa relacionada às peculiaridades fáticas de cada caso concreto, revelando-se uma maior importância de aspectos tópicos do discurso judicial” e a insuficiência da fria análise dos textos legais para se chegar à escorreita decisão (LIMA, 2019, p. 111).

Assim, enquanto Clóvis Beviláqua repudia as imprecisões legais da *querela inofficiosi testamenti* que encontrariam definições precisas em cada disputa hereditária submetida ao crivo do Tribunal dos Centúvros, Diego Lima (2019, p. 111) enaltece-as por instigar a retórica, a argumentação e a oratória, cuja desenvoltura atesta a genialidades dos jurídicas da época.

Não obstante, alterou-se a *querela inofficiosi testamenti* com a utilização da quarta falcidia como recurso para deduzir o montante a ser obrigatoriamente destinado aos familiares próximos do falecido¹⁶ (LIMA, 2019, p. 112). Nesta senda, computava-se os créditos e débitos do falecido, para identificar o patrimônio líquido do testador na data de sua morte. Aferia-se, em seguida, se as deixas testamentárias ultrapassaram o limite de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do patrimônio líquido identificado. Assim, apurava-se se a quarta parcela do acervo hereditário estava incólume; do contrário, o testamento impugnado era *inofficiosum*, devendo ser integralmente anulado. Desse modo, consolidava-se no direito romano a *quarta legitima pars*, tendo reduzido a *querela inofficiosi testamenti* à aplicação de um fórmula matemática, afastando discussões de natureza ética e filosófica (LIMA, 2019, p. 112).

Contudo, remanescia a ilimitada liberdade do *pater* para realizar doações *inter vivos*, as quais eram ignoradas para fins de apuração do acervo hereditário e de forma obtusa esvaziavam a proteção pretendidas pela *querela inofficiosi testamenti* (LIMA, 2019, p. 113). Em resposta, surgiu a *querella inofficiosae donationis et dotis*, na qual eram apuradas as liberalidades inoficiosas, determinando-se a anulação dos excessos, para preservar a *quarta legitima pars*, sem imiscuir-se nos donativos que não a atingiam. Para Diego Lima (2019, p. 113), o fato de a *querella inofficiosae donationis et dotis* não ensejar a anulação de todas as doações realizadas

¹⁶ Segundo Clóvis Beviláqua (1899, p. 298), firmou-se que apenas os descendentes, ascendentes e irmãos “podiam allegar contra um testamento o vício da inofficiosidade”. Afirma que, a partir de então, estavam lançados os primeiros fundamentos da porção legítima, o que é visto com temperança por Lima (2019, p. 112).

pelo testador iluminou os juristas romanos no sentido de modular a *querela inofficiosi testamenti*, cuja procedência importava integral anulação do testamento, suplantando a vontade do *de cuius*. Além disso, percebeu-se que a suposta loucura do testador e os elementos extrajurídicos invocados para justificar a impugnação do testamento, por vezes, deslocavam-se da realidade fática. Com efeito, instituiu-se *a actio ad supplendam legitimam*, ou *actio suppletoria*, por meio da qual se reduziam as liberalidades inoficiosas, assegurando a reserva da *quarta legitima pars*, em favor dos herdeiros necessários, enquanto permanecia incólume o restante do testamento; inutilizando, assim, a *querela inofficiosi testamenti* (LIMA, 2019, p. 114).

Desse modo, encerrava-se um processo de restrições à ampla liberdade testamentária, no qual se consolidaram as premissas de uma legítima que inspirariam os ordenamentos jurídicos de matiz romano-germânico. Notadamente, o destaque de uma reserva hereditária para os herdeiros mais próximos e consanguíneos¹⁷ do *de cuius*, cuja vontade dispositiva estava, ainda que parcialmente, preservada. A legítima principia no direito romano como uma proteção dos herdeiros mais próximos do *de cuius*, definida em uma cota relativamente fixa¹⁸, à cuja expressão econômica se chegava através de um procedimento fechado e matemático, que, como aduziu Diego Lima (2019, p. 112), prescindia de discussões ético-filosóficas e negligenciava as singularidades das disputas hereditárias.

Embora a crítica revele-se pertinente, sobretudo porque foi expurgado da impugnação do testamento inoficioso a argumentação, a retórica e a oratória, a conformação da família romana fundava-se sob o poderio do *pater familiae*, cuja dimensão a sociedade moderna é incapaz de mensurar (COULANGES, 1998, n.p). Quer-se dizer com isso que inexistia espaço para discutir-se amplamente a vontade do chefe de família consignada no testamento, devendo ser vista a legítima, conforme observa Wald (2012, n.p), como uma exceção à liberdade testamentária. Por outro lado, o direito germânico admitiu o testamento, flexibilizando o princípio do condomínio familiar; “foram evoluções inversas que o direito moderno mesclou e confundiu” (WALD, 2012, n.p.).

Impende, então, perquirir, de que forma a reserva germânica e a legítima romana se caldearam no direito brasileiro.

¹⁷ Justiniano aboliu as diferenças entre agnados e cognados. Os cognados são os parentes pelos sangue e os agnados “àqueles que estavam sob a *potestas* de um mesmo *pater*” (WALD, 2012, n.p).

¹⁸ Justiniano aumentou a porção legítima para um terço, quando os descendentes não excedam ao número de quatro, e para a metade, quando excederem (BEVILAQUA, 1899, p. 299).

2.2.1 Primeiros Diplomas Normativos

Durante o período colonial, vigia no Brasil o direito português de em cuja formação se destacam profundas influências do direito romano, de princípios costumeiros do direito germânico, além do renovado direito canônico (ALVES, 1993, p. 186). Contudo, em que pese a independência tenha ocorrido em 7 de setembro de 1822, editou-se a Lei de 20 de outubro de 1823, que estendeu a vigência das Ordenações Filipinas e de toda a legislação portuguesa anterior à 25 de abril de 1821, até que se organizasse um novo Código, ou não fossem elas alteradas (ALVES, 1993, p. 186).

Com efeito, ao que toca às normas de direito civil, destaca-se o Livro IV das Ordenações Filipinas, que vigeu no Brasil desde 1603, data de sua promulgação, até 1917, quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor. O Código Filipino, respeitando os fundamentos do Código Visigótico, consagrou uma reserva hereditária em favor dos descendentes e ascendentes, e uma porção disponível (BEVILÁQUA, 1899, p. 300). A legítima, reservadas aos herdeiros necessários, foi constituída em $\frac{2}{3}$ (dois terços) da herança, ficando $\frac{1}{3}$ (um terço) da herança disponível para o testador conferir o destino que melhor lhe apetecesse.

No entanto, as Ordenações não vigiam de modo isolado, sendo acompanhadas de numerosa legislação esparsa (CARMINATE, 2011, p. 24). A Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, alterou a legislação filipina, fixando a legítima em metade dos bens da herança, o que foi mantido pelo Código Civil de 1916, nos artigos 1.576, 1.721 e 1.722 (OLIVEIRA, 1952, p. 628). A Lei Feliciano Pena instituiu a ordem de vocação hereditária posteriormente recepcionada pelo Código de 1916, na qual o cônjuge é deslocado para a terceira classe e a sucessão dos colaterais limitada ao sexto grau. Sendo assim, consubstanciou-se a seguinte ordem: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais limitados, Fazenda Pública (LOBO, 2018, p. 55).

O primeiro Código Civil genuinamente brasileiro instituiu uma legítima estipulada em metade da herança, em benefício aos descendentes e, em sua falta, aos ascendentes do de cujus. O cônjuge sobrevivente não era herdeiro necessário, apenas fazia jus ao usufruto vidual ou ao direito real de habitação, conforme o regime de bens do casamento (NEVARES, 2006, p. 502). Em resumo, apura a legítima, bastava deduzir do total dos bens existentes as dívidas e despesas com o funeral, deferindo-se o montante final aos herdeiros necessários. Tratava-se, portanto, de uma quota fixa, aferida matematicamente, a ser obrigatoriamente destinada aos parentes em linha reta do de cujus.

O primeiro Código Civil consolidou a aliança entre propriedade e família, atendendo aos interesses econômicos das elites do século XIX, formadas notadamente por agropecuaristas e comerciantes (SOUZA; ALMEIDA JR., p. 2). Conseqüentemente, tutelava-se uma família chefiada pelo pai, titular de um direito de propriedade absoluto, que determinava os rumos da família, composta por sua esposa e pelos filhos havidos na constância do casamento; os legítimos.

A família brasileira, reduto da esfera privada, era patriarcal, fundava-se no matrimônio monogâmico, e detinha expressiva influência social, política e econômica, o que explica o tratamento jurídico conferido à sucessão hereditária. Quer se dizer, era ao menos esta a estrutura familiar que o Código de 1916 buscou tutelar. O objetivo do direito sucessório cuidou, então, de “estabelecer a menor dissipação possível dos bens familiares após a morte de seus integrantes” (SOUZA, ALMEIDA JR., 2021, p. 4), ao que se destaca o papel da legítima de perpetuar o patrimônio no seio familiar.

2.3 ASPECTOS DOGMÁTICOS DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A transmissão de patrimônio que se opera por ocasião do falecimento do autor da herança é o objeto do direito das sucessões (GOMES, 2012, p. 1), o qual é visto pela doutrina como expressão do direito de propriedade (BORGES; DANTAS, 2017, p. 75). Nas palavras de Clóvis Beviláqua (1899, p. 12), o direito das sucessões compreende um complexo de princípios que norteia a transmissão de patrimônio de alguém que deixou de existir. É justamente o campo do direito sucessório que cuida da legítima, objeto do presente estudo, definindo os seus aspectos dogmáticos e conformando a sua estrutura. Sendo assim, é impreterível debruçar-se sobre o traçado que o direito brasileiro emprestou ao instituto jurídico em tela, notadamente pelo Código Civil de 2002, para, então, compreender o modo como funciona e a função à qual se preordena.

As primeiras legislações que regularam a sucessão *causa mortis* evidenciam a estrutura inaugural da legítima no ordenamento jurídico pátrio, contudo, no Brasil, o fenômeno sucessório é regido pela lei vigente no momento da morte do autor da herança¹⁹ (MONACO, 2007, p. 453). A morte é fato jurídico *stricto sensu* que deflagra a abertura da sucessão, e desencadeia a imediata transferência dos bens aos sucessores do *de cuius*, segundo o princípio

¹⁹ “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela” (BRASIL, 2002).

da *saisine*²⁰ (MIRANDA, 2012, p. 56). Sendo assim, sobreleva-se a importância do Código Civil de 2002, para o presente estudo.

Hodiernamente, a sucessão *causa mortis* é discriminada em duas espécies, quais sejam: legal e testamentária²¹. Segundo Orlando Gomes (2012, p. 8), a sucessão que se dá em virtude da lei, diz-se legal ou legítima, atribuindo-lhes a nota da sinonímia. Nesse sentido, Caio Mário Pereira (2018, p. 32) afirma que coexistem na legislação vigente duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária. O direito brasileiro não adotou o princípio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, de modo que não há óbice para que as sucessões legal e testamentária ocorram de forma simultânea. Sendo assim, é possível verificar a sucessão legal ou legítima²² quando: a) o testador dispõe parcialmente de seu patrimônio; b) o testamento caduca ou é declarado inválido; c) ou, ainda, quando houver herdeiros necessários do *de cuius* (GOMES, 2012, p. 8).

Segundo Orlando Gomes (2012, p. 41), “a existência de herdeiros necessários impede a disposição, por ato de última vontade, dos bens constitutivos da legítima ou reserva”. Em outras palavras, havendo herdeiros necessários, estará restrita a liberdade de testar, que poderá ser exercida apenas em face da parcela disponível da herança. O direito que assiste aos herdeiros necessários os distingue do herdeiro facultativo, uma vez que estes não restringem a liberdade do testador. Embora integrem a ordem de vocação definida no Código de 2002²³, para afastá-los da sucessão, basta que o testador disponha de seus bens sem contemplá-los (GOMES, 2012, p. 41).

²⁰ “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

²¹ “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

²² Tratar de todas as hipóteses em que ocorre a sucessão legal escapa ao objeto do presente trabalho. Não obstante, Pontes de Mirandas (2012, p. 245) as esgotou na seguinte relação: “Se não existem herdeiros necessários - digamos, com maior explicitude, herdeiros legítimos necessários - a herança vai ao herdeiro legítimo não-necessário, ou aos herdeiros legítimos não-necessários: a) se não há testamento em que o decujo dispôs de todos os bens; b) se é nulo, ou foi anulado o testamento; c) se foi revogado, ou destruído, sem salvamento possível, o testamento; d) se quem seria o herdeiro ou legatário renunciou à herança; e) se o herdeiro instituído ou o legatário, foi julgado indigno; f) se o herdeiro testamentário ou legatário faleceu antes do testador; g) se há termo ou condição para a aquisição da herança, ou do legado (determinação inextinguível); h) se não se impliu a condição, ou ao termo suspensivo se ligou termo resolutivo, que adveio; i) se a aceitação dependeria de ato do Estado e isso foi, legalmente, negado, ou transcorreu o prazo para o ato estatal”.

²³ A ordem de vocação encontra-se disciplinada no art. 1.829 do Código Civil, qual seja, a) descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; b) ascendentes, em concorrência com o cônjuge; c) cônjuge sobrevivente; d) colaterais. O chamamento destes opera-se observando duas regras fundamentais: “1ª - Uma classe sucessível só é chamada quando faltam herdeiros na classe precedente; e 2ª - na mesma classe, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação” (GOMES, 2012, p. 42). Nesse sentido, os ascendentes apenas virão à sucessão, se não houver descendentes; o cônjuge virá sozinho à sucessão, se faltarem ascendentes; os parentes colaterais até o quarto grau, se não houver cônjuge.

Assim, os herdeiros facultativos serão chamados para suceder o *de cujus*, quando este falecer sem deixar testamento²⁴, cuja sucessão igualmente diz-se legal ou legítima. Quer-se dizer que se utiliza indiscriminadamente do mesmo vocábulo - o próprio Código Civil o faz²⁵ -, para denominar a reserva hereditária e a sucessão dos herdeiros necessários e facultativos; institutos submetidos a regime notadamente distintos.

Para discriminar a sucessão dos herdeiros necessários, Arnold Wald (2012, n.p.) dedica um capítulo de seu livro exclusivamente à sucessão que denomina de necessária, apartado daqueles que cuidam da sucessão legítima e testamentária. Define-a como aquela que é imposta pela lei, a despeito das disposições testamentárias, criando uma proteção especial para uma classe de herdeiros que mantêm com o falecido laços de parentescos mais estreitos. Pontes de Miranda (2012, p. 243) por seu turno, identifica na sucessão legítima duas categorias: a necessária e a não-necessária. A sucessão legítima necessária resulta de regra jurídica cogente, a legítima não-necessária de regra jurídica dispositiva e a sucessão testamentária de negócio jurídico unilateral. Com efeito, os herdeiros necessários precedem os testamentários, uma vez que se constituem como elementos limitativos da vontade do testador, enquanto os não-necessários apenas são chamados à herança se o seu autor não dispôs de todo o seu patrimônio²⁶.

Em que pese o tecnicismo de Ponte de Miranda, pertinente a observação de Gustavo Tepedino²⁷ (2021, n.p.) de que “não há correlação entre a sucessão legal e a família legítima, pois desde a Constituição da República de 1988 não importa a estrutura da entidade familiar para ser merecedora de especial proteção do Estado”. Sendo assim, adotar-se-á no presente trabalho a expressão de Arnaldo Wald - sucessão necessária -, ou, ainda, em uma releitura de Pontes de Miranda, sucessão legal necessária, para tratar daquela que se impõe a despeito das disposições testamentárias, em proteção a uma classe de herdeiros.

2.3.1 Legítima

²⁴ Enquanto herdeiros legais, pois podem vir à sucessão como herdeiros testamentários, desde que assim disponha o testador.

²⁵ O Código Civil trata da sucessão dos herdeiros facultativos e necessários, no Título II, denominado de “Sucessão Legítima” (BRASIL, 2002). O art. 1.846 dispõe que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

²⁶ As ponderações de Pontes de Miranda (2012, p. 244) revelam, ainda, a sua oposição ao artigo 1.573 do Código de 1916 que se referia de pòrtico à sucessão testamentária e não à legal, o que foi alterado pelo Código de 2002.

²⁷ Em posição contrária, Paulo Lobo (2018, p. 53) entende que a legitimidade no direito das sucessões tem sentido distinto, não se confundido “com o significado de legitimidade que marcou a família matrimonial, discriminando como ilegítimas as demais entidades familiares, até o advento da Constituição de 1988.”

O Código Civil de 2002, assim como as legislações que o antecederam, reservou metade da herança, para determinados parentes do falecido. Adotou-se o sistema da divisão necessária, no qual “a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros” (GOMES, 2012, p.10). Trata-se da legítima ou quota necessária, que se refere à parcela do patrimônio líquido sobre a qual o *de cuius* não detém ingerência, pois pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários (BRASIL, 2002). Segundo Clóvis Beviláqua (1899, p. 298), a legítima compreende um direito hereditário que a lei assegura a determinadas pessoas sobre uma certa parte da herança”. Pontes de Miranda (2012, p. 248), por seu turno, conceitua os herdeiros necessários como aqueles “(...) a que se havia de transmitir a herança, (...), ainda que o fôsse contra a vontade do hereditando. Quer o houvesse querido, quer não, o decujo, há a vocação à herança”.

Assim, a despeito de qualquer disposição de última vontade, os descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro²⁸, virão à sucessão para recolher metade do patrimônio líquido do *de cuius*. Impende, no entanto, observar que o artigo 1.845 do Código Civil de 2002 não se refere expressamente ao companheiro ou convivente, o que suscitava controvérsias doutrinárias. No entanto, o Supremo Tribunal Federal²⁹, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 809), promoveu a equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, do que se pode concluir que o companheiro é herdeiro necessário. Na ocasião, firmou-se a tese final de que: “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”.

Para Flávio Tartuce (2018, p.4), embora o julgamento em questão não tenha expressamente incluído o companheiro no rol de herdeiros necessários, a leitura dos votos prevalecentes, sobretudo do Relator, Ministro Roberto Barroso, revela a “incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/2002 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma vez que o convivente deve ter a sua legítima protegida”. Desse modo, o autor defende que a partir do julgamento do RE nº 878.694/MG o companheiro foi alçado à condição de herdeiro necessário, a despeito das posições doutrinárias que outrora entendiam diversamente. Nesta senda, alude ainda a outros julgamentos que assim o reconhecem, expressa ou implicitamente, a exemplo do Recurso Especial n. 1.337.420/RS e do

²⁸ De acordo com “interpretação civil constitucional amparada na tutela igualitária da família” (SOUZA, ALMEIDA JR., 2021, p. 5).

²⁹ Conforme consta da ementa do RE nº 878.694/MG, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”.(BRASIL, 2017, p.1)

REsp. n. 1.357.117/MG. Assim, a presente pesquisa filia-se ao entendimento de que o companheiro integra o rol de herdeiros necessários, considerando a nova ordem instaurada após o julgamento do Supremo Tribunal Federal.

A legítima principia no ordenamento jurídico brasileiro, buscando conciliar a vontade do autor da herança e a proteção familiar, à medida em que se assegura a determinados parentes uma proteção econômica contra as intempéries da vida (PEREIRA, 2018, p. 33). À maneira de seu antecessor, o legislador do Código de 2002, instituiu a legítima por meio de um limite fixo de indisponibilidade de 50% (cinquenta por cento) da herança (SANTANA, 2019, p.8) e neutro, pois indiferente às características e especificidades dos herdeiros, bastando que integrem o rol dos herdeiros necessários (NEVARES, 2020, p. 384). Segundo Washington de Barros Monteiro (1998, p. 11), “a legítima constitui um freio ao poder de dispor por ato de última vontade”, atribuindo-lhe caráter sagrado e intangível. A sacralidade defere-se do objeto de sua tutela: a família. A intangibilidade significa a impossibilidade de se alterar a essência e o valor da quota necessária (MAXIMILIANO, 1952, p. 362)

A destinação obrigatória de uma fração ideal do patrimônio do *de cuius* consubstancia uma intangibilidade quantitativa; a impossibilidade de clausular a legítima imotivadamente ou de converter os seus bens em outros de espécie diversa³⁰, a intangibilidade qualitativa. Com efeito, a legítima apresenta um desenho apriorístico, insusceptível à derrogação voluntária e imotivada, que estabelece, em favor de pessoas prévia e formalmente determinadas na lei, uma parcela da herança (LIMA, 2019, p. 134). Assim, o Código Civil de 2002 perpetuou a limitação à autonomia privada do autor da herança para tutelar a família.

2.3.2 O Cálculo da Legítima

Embora o Código Civil institua a legítima em metade dos bens da herança, para calculá-la é preciso identificar o patrimônio líquido deixado pelo *de cuius*. Nesta senda, deduz-se do valor dos bens herança existentes na data do óbito as dívidas vencidas e a vencer, além das despesas com o funeral (LOBO, 2018, p. 57). Caso o *de cuius* não tenha realizado ao longo da vida quaisquer doações, o montante calculado corresponde à herança líquida, que deverá ser imediatamente dividido em dois, obtendo-se, assim, a quota necessária e a disponível. Do

³⁰ Art. 1.848, § 1º. Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (BRASIL, 2002).

contrário, é preciso analisar se as liberalidades³¹ feitas em vida pelo falecido limitaram-se, à época do negócio, ao limite de sua disponibilidade patrimonial. Trata-se especificamente das doações realizadas a terceiros e aos descendentes que não a receberam como adiantamento de legítima, cujos excessos são nulos (NEVARES, 2006, p. 507; GOMES, 2012, p. 83).

A inoficiosidade deve ser apurada no momento em que ocorreu a liberalidade, como se o doador tivesse falecido no mesmo dia em que realizou a doação, ou seja, para realizar o cálculo da quota disponível é preciso se reportar para este marco temporal (GOMES, 2012, p. 83). Inicialmente, a) calcula-se o valor dos bens que possuía o *de cujus* no dia da doação; b) ao montante encontrado, soma-se o valor estimativo dos bens doados, considerando-se abstratamente eventuais melhoramento e depreciações que sofreram em poder do donatário; c) por fim, deduz-se o débitos do doador à época (SANTOS, 1980, p. 403). A quota disponível à época pode então ser identificada dividindo-se o montante final em duas parcelas. Em suma, “a soma dos valores das doações não poderá ultrapassar a metade do patrimônio, no momento em que forem feitas” (LOBO, 2018, p. 60). Desse modo, é possível verificar se as doações, ao tempo que ocorreram, foram inoficiosas, devendo o donatário restituir o excesso à herança³² (NEVARES, 2006, p. 508).

Segundo Diego Lima (2019, p. 148), à vista do procedimento de aferição de liberalidades inoficiosas seria facultado ao autor da herança fazer doações sucessivas, debitadas, uma a uma, da parte disponível no momento, até dilapidar por completo o patrimônio. Em oposição, Orlando Gomes (2012, p. 83) explica que “devem levar-se em conta todas as liberalidades, somando-se seus valores para verificação do excesso em relação ao conjunto dos bens deixados”³³, o que não deixa de impor escrutinado e laborioso procedimento de aferição.

Promovida a restituição do excesso inoficioso, divide-se o montante encontrado por dois. À metade do patrimônio líquido, devem ser acrescidos os valores das liberalidades feitas em vida pelo de cujus aos herdeiros necessários, cujo resultado final representa a legítima. Trata-se da colação, dever que se impõe aos descendentes, cônjuge e companheiro com a finalidade

³¹ Caso ainda não tenham ingressado com a ação revocatória da doação (NEVARES, 2006, p. 506). Segundo Lobo (2018, p. 61), “a ação deve ser promovida pelos futuros herdeiros necessários contra o doador, que seriam assim ao tempo da doação, a qualquer tempo e após o conhecimento do excesso”. No entanto, já tendo falecido o doador, são legitimados para propor a ação os herdeiros necessários, ao tempo da abertura da sucessão, contra o donatário, não prescrevendo a pretensão, por se tratar de sanção de nulidade.

³² Se várias as doações, “o excesso atinge em primeiro lugar o valor da última; se o valor desta for insuficiente, a nulidade atingir-lhe-á por inteiro, porque doou o que já não poderia doar, e a parcela necessária do valor da doação antecedente” (LOBO, 2018, p. 60).

³³ Reforça-se que “se o doador já tiver feito outra doação, devem esses bens doados se reunir também à massa dos existentes para o efeito de calcular-se a metade disponível, porque, evidentemente, influem na apuração da parte que o doador poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento” (GOMES, 2012, p. 83).

de equalizar os quinhões dos herdeiros necessários sucessíveis (LOBO, 2018, p. 59). Nesse sentido, Clóvis Beviláqua (1899, p. 408) a define como “o acto pelo qual os herdeiros, avantajados em vida, restituem, à massa da herança, os bens que receberam de seus pais, para obter-se a igualdade nas partilhas”.

Sujeitam à ela os herdeiros necessários que recebem doações do autor da herança em vida, especificamente: a) os descendentes que disputam o acervo hereditária; b), o cônjuge que concorre à sucessão; c) os netos, quando representando os pais na sucessão dos avós, ainda que não tenham havido o bem doado. Nesse caso, embora não haja previsão explícita, como inexistente limite de grau de parentesco na linha reta, estão igualmente obrigados à colação eventuais bisnetos, trinnetos, etc (OLIVEIRA, E., 2007, p. 387).

O valor a ser colacionado será aquele certo ou estimativo dos bens doados³⁴, ou seja, aquele constante do instrumento ou que se possa atribuir-lhes àquela data da liberalidade, tendo prevalecido no Código de 2002 a teoria da estimação. A conferência dos bens em espécie apenas ocorrerá acaso os valores até então colacionados não tenham sido suficientes para igualar as legítimas (OLIVEIRA, E., 2007, p. 388)³⁵. Não serão computadas as benfeitorias acrescidas aos bens, assim como, rendimentos, lucros, danos ou perdas (BRASIL, 2002).

Adverte Ana Luiza Nevares (2006, p. 509) que a “colação consoante o momento da liberalidade não garante a finalidade da conferência”, uma vez que a legítima só pode ser calculada quando da abertura da sucessão. Explica que é possível que determinado bem tenha sofrido uma supervalorização, de modo que o seu donatário findará por receber uma quota-parte que, embora nominalmente igual, é, no campo da vida, superior à dos demais herdeiros.

Com efeito, sobreveio o enunciado n. 119 da I Jornada de Direito Civil que determinou a conferência com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, quando este ainda integrar o patrimônio do donatário.³⁶ Não obstante, em posicionamento contrário, entendeu o Superior Tribunal de Justiça privilegiou o critério legal, de modo que “influências de elementos externos de natureza econômica, temporal ou mercadológica, que, se porventura existentes,

³⁴ “Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade” (BRASIL, 2002).

³⁵ Segundo Clóvis Beviláqua (1899, p. 418), “colação em substancia é a reposição, no monte partível, do bem doado; por estimação, é a imputação do valor do objecto doado sobre o quinhão do donatário”.

³⁶ Para aplinar dúvidas, o enunciado n. 119 da I Jornada de Direito Civil, “Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do caput do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).”

deverão ser experimentados exclusivamente pelo donatário, não impactando o acerto igualitário da legítima” (BRASIL, 2019). Assim, subsiste a crítica de Ana Luiza Nevares e notória insegurança jurídica, além do latente risco de restar frustrado o princípio fundamental do direito sucessório moderno: a igualdade, perseguida sobretudo entre os herdeiros descendentes (BEVILAQUA, 1899, p. 407).

Ainda sobre os aspectos não considerados no momento da colação, tem-se a hipótese do lucro da intervenção, que têm por suporte fático a ocorrência de um benefício indevido, cuja verificação deflagra para o agente as consequências do enriquecimento sem causa, notadamente a restituição. Nas palavras de Leandro Reinaldo da Cunha (2020, n.p), o lucro da intervenção verifica-se quando “o sujeito obtém uma vantagem patrimonial face à utilização de bem de outrem, sem que possua a devida autorização para a exploração do referido bem”, independentemente da existência de má-fé. Além da aplicação da pena de sonegados, e eventual remoção da condição de inventariante, Leandro Reinaldo da Cunha (2020, n.p) suscita a possibilidade de se discutir outra consequência aos herdeiros que deixaram de promover a colação dos bens doados, revestida de caráter restitutivo.

Para o autor, o sucessor que deixa de cumprir com o dever de colacionar auferido benefício de bem que não lhe pertence em absoluto, configurando, desse modo, o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção. Leandro Reinaldo da Cunha (2020, n.p) defende que, além do dever de carrear o bem não colacionado ao bens a serem partilhados, e da imposição da pena de sonegados, há que se exigir a restituição do lucro da intervenção, devido ao enriquecimento sem causa do herdeiro que utilizou, sem autorização, de bem que não lhe pertencia totalmente³⁷. Desse modo, ratifica-se a incapacidade do procedimento legal de apuração da legítima em garantir a igualdade entre os benefícios auferidos pelos sucessores a partir dos bens que compõem o acervo hereditário.

Além da colação, é preciso reduzir as eventuais disposições testamentárias que excederem a metade disponível, garantindo, assim, a integralidade da legítima (NEVARES, 2006, p. 511). Reduz-se, inicialmente, as quotas dos herdeiros instituídos, até onde baste e, não bastando, os legados, de forma proporcional; podendo o testador dispor de forma diversa. Integra a legítima,

³⁷ Para Leandro Reinaldo da Cunha (2020, n.p), a restituição é devida ainda que não tenha o agente auferido benefício específico, como a coleta de frutos, bastando para tanto o benefício obtido da utilização de bem alheio, bem como, deve ser aplicada ainda não cabível a pena de sonegados. Explica ainda a que a imposição do dever de restituir cumulada com a pena de sonegados não configura *bin in idem*, porquanto não há óbice para outros desdobramentos decorrentes do descumprimento do dever de colacionar, inclusive em outras searas, como o direito penal.

divide-a pelo número de herdeiros necessários, descontando-se de cada um o que já tiverem recebido em adiantamento.

Não obstante o cuidado legislativo com o cálculo da legítima, não se está imune à incorreções³⁸, devidas, sobretudo, à diversidade de transações negociais que o autor da herança pode fazer ao longo da vida, ensejando em flutuações patrimoniais, que, não sem dificuldade, serão auferidas por este procedimento, pautado em conferências retroativas e estimadas que podem não refletir a realidade fática.

2.3.3 Restrições à Legítima

Não obstante a legítima pertença de pleno direito aos herdeiros necessários, é conferido ao autor da herança a possibilidade de instituir sobre ela cláusulas restritivas, assim como afastar os beneficiários virtuais de sua sucessão. Trata-se da clausulação da legítima e da deserdação dos herdeiros necessários, exceções ao princípio da intangibilidade (CARMINATE, 2011, p. 98). O autor da herança tem o direito de impor restrições sobre os bens reservados aos herdeiros necessários, desde que tenha, para tanto, uma justa causa a ser declarada no testamento e confirmada judicialmente (FARIAS, 2007, p. 257). Com efeito, o Código Civil de 2002 autorizou apenas em caráter excepcional a imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, e incomunicabilidade (CARMINATE, 2011, p. 106).

Para Orlando Gomes, os bens da legítima deveriam ser transmitidos aos herdeiros necessários nas condições em que se encontravam no patrimônio do *de cuius*. Nesse sentido, afirma que “a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido” (GOMES, 2012, p. 183), de modo que entende devida a abolição de tal prerrogativa. Pedro Lino (2009, p. 290) enfatiza os impactos decorrentes da cláusula de inalienabilidade, notadamente, do ponto de vista econômico, ao comprometer a livre circulação de riquezas, na medida em que retira o bem gravado do comércio, contrariando o processo capitalista de produção. Diversamente, Itabiana de Oliveira (1952, p. 660) concebe a clausulação como medida acautelatória, em benefício dos próprios herdeiros necessários e de seus respectivos sucessores, resguardando-lhes de eventual

³⁸ Segundo Clóvis Beviláqua (1899, p. 409), “a conferência ou collação dos dotes ou doações não aumenta o valor da terça. Esta deve ser computada pelos bens existentes em poder do testador, no momento de seu testamento. Aumentam, porém, as legítimas que se computam pela massa dos bens deixados, que se achavam na posse do de cuius, accrescidos com as liberalidades conferidas ou collacionadas. Não deixa de haver uma certa incongruência neste modo de calcular, mas é o que tem prevalecido entre nós (...)”.

dilapidação patrimonial, o que foi recepcionado pelo legislador brasileiro no Código de 2002, ainda que condicionado-a à justificação.

A inalienabilidade trata-se de “(...) um corte, de um aniquilamento do direito de dispor” (GOMES, 2012, p. 185), de modo que os bens clausulados com essa restrição não poderão ser alienados pelos herdeiros necessários, seja a título gratuito, seja oneroso, embora não se estenda aos frutos e benfeitorias. Tal restrição findará com a morte do herdeiro necessário, haja vista que não se admite no direito brasileiro a inalienabilidade perpétua. Ademais, a cláusula de inalienabilidade implica de *per si* a incomunicabilidade e a impenhorabilidade da legítima, embora seja possível instituí-las de forma isolada.

A incomunicabilidade impede que os bens reservados “integrem a comunhão estabelecida com o casamento”, compondo exclusivamente o patrimônio do cônjuge herdeiro (GOMES, 2012, p. 189). Segundo Raphael Carminate (2011, p. 101), apenas produz efeitos durante a vida do beneficiário, de modo que o seu cônjuge poderá sucedê-lo no bem gravado. Em outras palavras, o gravame de incomunicabilidade instituído sobre os bens da legítima extingue-se com a morte do herdeiro necessário, podendo, então, ser disposto em ato de última vontade. Por fim, a impenhorabilidade impede que o bem gravado seja objeto de penhora por dívidas contraídas pelo *de cuius* (MALUF, 1983, p. 53). É oponível a todos os credores, sem qualquer distinção quanto à origem e à data da constituição do crédito (GOMES, 2012, p. 189).

Em qualquer hipótese, a causa da clausulação deve ser efetivamente justa, a exemplo do temor de o herdeiro dilapidar o patrimônio, comprometendo seu sustento; do contrário, o gravame será judicialmente afastado, deixando o bem livre e desembaraçado (FARIAS, 2007, p. 258). Para Cristiano Chaves, poderia o magistrado rechaçar de ofício a cláusula cuja causa se apresentou injusta, assim como, afastá-la, em ação de levantamento ou sub-rogação, quando verificada alteração na situação de fato. O autor entende que a causa, outrora justa, pode vir a deixar de sê-la, tornando-se indevida a clausulação, mormente, para salvaguardar a função social do bem.

Com fulcro em decisão do Superior Tribunal de Justiça que ratifica o objetivo da clausulação de conferir suporte econômico à família, Cristiano Chaves (2007, p. 262) defende uma leitura civil-constitucional das cláusulas restritivas, no sentido de relativizá-las, quando houver perigo de perecimento da coisa ou risco à dignidade humana do titular do patrimônio. Nesse sentido, Pedro Lino (2009, p. 308) sustenta que se configuraria um paradoxo inominável acaso o ordenamento jurídico admitisse que o herdeiro morresse à míngua, vitimado por grave doença ou insuperáveis dificuldades econômicas, tão somente para tutelar cláusulas restritivas que foram impostas justamente com a finalidade de protegê-lo.

Para Ana Luiza Nevares (2006, p. 526), a clausulação impõe restrições a direitos fundamentais, a exemplo do direito de herança e a dignidade da pessoa humana, de modo que deve ser justificada por razões que tenham por sustentáculo a própria Constituição, sob pena de violação à unidade e à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Defende a constante checagem das causas utilizadas para motivar as restrições, pois, em suas palavras, “só se justifica o gravame enquanto perdurar a causa que o tornou legítimo à luz dos valores constitucionais” (NEVARES, 2006, p.532), evidenciando a necessária revisitação de institutos civis sob a ótica constitucional.

Ainda no campo das restrições à legítima, é facultado ao autor da herança a possibilidade de afastar os beneficiários virtuais de sua sucessão. A deserdação é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima. Para tanto, o testador deverá ordená-la em testamento, explicitando a causa que o motiva a excluir de sua sucessão o indigno herdeiro (OLIVEIRA, 1952, p. 421). As causas encontram-se tipificadas no Código Civil: a) as hipóteses de deserdação dos descendentes por seus ascendentes previstas no artigo 1.962, b) as hipóteses de deserdação dos ascendentes por seus descendentes no artigo 1.963; e, por fim, c) as hipóteses de indignidade previstas no artigo 1.961 que podem igualmente justificar a deserdação (NEVARES, 2006, p. 520).³⁹

Segundo Giselda Hironaka (2007, p. 367), a deserdação, enquanto pena, deve ser prevista em lei, sendo defesa a interpretação analógica ou ampliativa. Trata-se, portanto, de hipóteses taxativas, razão pela qual não é possível a deserdação do cônjuge ou companheiro, que só poderão ser excluídos da sucessão por indignidade⁴⁰. Além da cédula testamentária, Giselda Hironaka (2007, p. 368) destaca a necessidade de que o sucessor-ofensor e o autor da herança não tenham se reconciliado. No entanto, adverte Ana Luiza Nevares (2006, p. 521) que para perdoar o herdeiro necessário e, assim, cancelar a deserdação, o sucedido deve reabilitá-lo expressamente em testamento válido, escritura pública ou termo judicial. Tacitamente, apenas, quando for elaborado novo testamento que importe revogação do anterior e não reproduza a cláusula da deserdação. Em suma, os pressupostos da deserdação compreendem “a existência de herdeiros necessários, testamento válido, e declaração de causa prevista em lei” (CARMINATE, 2011 p. 113).

³⁹ Não se pretende abordar uma a uma as hipóteses que autorizam a deserdação, o que escaparia ao objetivo da presente monografia, basta tão somente consignar que guardam relação com a prática de algum ato ilícito, em sentido amplo, contra o autor da herança ou seus familiares.

⁴⁰ A indignidade se distingue da deserdação por não se restringir aos herdeiros necessários; consiste em penalidade que pode ser imposta a qualquer sucessor. Pode ser proposta por qualquer interessado no prazo de quatro anos da abertura da sucessão, independentemente da vontade do autor da herança. (HIRONAKA, 2007, p. 369)

Aberta a sucessão, deverão os herdeiros ou aqueles a quem aproveite a deserdação ingressar com ação ordinária⁴¹, fazendo prova da causa indicada pelo testador (WALD, 2012, n.p.). Em caso de insubsistência probatória, a cláusula deserdatória e as demais que prejudiquem a legítima do deserdado serão nulas, prevalecendo as demais disposições testamentárias (NEVARES, 2006, p. 521).

Segundo Itabaiana de Oliveira (1952, p. 422), a simples alegação do testador de que teria o herdeiro incorrido em uma das hipóteses depredatórias não basta; “essa declaração, apenas, autoriza o interessado a propor a ação de deserdação”. Para Arnold Wald (2012, n.p.), a exigência de prova objetiva “evitar que as deserdações sejam levianas, sem um motivo evidente e ostensivamente justo”. Julgada a ação procedente, o herdeiro necessário será excluído da sucessão, o que importa efeitos de natureza pessoal. Quer se dizer que os descendentes do deserdado não serão afetados, podendo vir à sucessão de que se trata por direito de representação (CARMINATE, 2011, p. 112). Conforme Itabaiana de Oliveira (1952, p. 426) “os efeitos da deserdação não se estendem aos filhos do deserdado, que sucedem como se êste morto fosse”⁴². Sendo assim, o apenado é considerado pré-morto à abertura da sucessão.

A pena da deserdação opera-se tão somente na sucessão daquele que nesse sentido manifestou sua vontade, ou seja, poderá o apenado ser beneficiado em outra cadeia sucessória, porquanto não fora destituído de sua capacidade sucessória, mas apenas da legitimidade para suceder o indigitado testador (CARMINATE, 2011, p. 111). Assim, a deserdação afasta os herdeiros necessários da sucessão, contudo, não se pode concebê-la como uma sobrelevação da autonomia privada do testador, mas, sim, como o resultado de uma vontade legislativa em qualificar, por razões morais, determinados atos como contrários aos interesses do autor da herança.

Ao cabo, verifica-se que as restrições impostas pelo Código de 2002 à legítima igualmente encontram supedâneo na proteção à entidade familiar, notadamente através de uma tutela patrimonial que obstaculiza a circulação da herança, assim como tutela a dignidade do autor da herança.

⁴¹ Conforme parágrafo único do artigo 1.965, do Código Civil, “o direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento”. (BRASIL, 2002)

⁴² Nesse sentido, ainda, Arnold Wald (2012, n.p.) argumenta inexistir restrição legal para esse entendimento, além do princípio de que não devem os inocentes pagar pelos culpados, razão pela qual entende mais adequado o posicionamento que afasta os descendentes do deserdado poderão vir a sucessão de que se trata, seja por direito próprio, seja por representação. Não obstante, há divergência doutrinária (NEVARES, 2006, p. 522).

3 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA

O trânsito do Estado liberal para o Estado social, que revelou a relatividade e historicidade dos conceitos jurídicos, constitui a etapa mais importante do processo de transformação do direito civil (LÔBO, 1999, p. 108). Do estado de coisas que se conformou no curso da primeira metade do século XX, notadamente o processo de industrialização, as dificuldades econômicas e os movimentos populares, adveio a necessidade de que o Estado assumisse deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica, os quais foram incorporados pelas constituições (TEPEDINO, 2008, p. 7).

A Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX consagraram a filosofia liberal, notadamente individualista e patrimonialista, que inspirou as constituições e os códigos civis da época (SCHREIBER, 2016, p. 10). As primeiras cuidavam tão somente de limitar o poder político, enquanto os segundos asseguravam a ampla autonomia aos indivíduos, concebidos sob o paradigma do cidadão, cuja liberdade se expressava através do poder de gozar e dispor de sua propriedade, sem interferência estatal (LÔBO, 1999, p. 101).

A dogmática civilista, assistida pelo exacerbado positivismo jurídico da época, defendia a neutralidade, a abstração e sobretudo a intangibilidade das codificações, com um projeto bem definido: “manter a segurança e a estabilidade dos negócios a salvo de qualquer intervenção, mudança ou crise do Estado” (SCHREIBER, 2016, p. 11). Assim, apartava-se o direito civil do restante do ordenamento jurídico, para que se tutelasse a autonomia da vontade⁴³, independentemente dos fins perseguidos pelo indivíduo (SCHREIBER, 2016, p. 11). O Código Civil brasileiro de 1916 foi fruto dessa doutrina individualista e voluntarista, tendo assumido o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, as quais objetivava regular em sua completude, notadamente, através de situações-tipos (TEPEDINO, 2008, p. 2).

Desse modo, sob a égide de constituições e códigos liberais e de uma igualdade formal, legitimou-se a exploração do economicamente mais fraco, ampliando as desigualdades, redundando em reações e conflitos (LÔBO, 1999, p. 101), a exemplo das Grandes Guerras, que agravaram as mazelas sociais. Em resposta, verificou-se a difusão da ideologia social que passou então a dominar o cenário constitucional do século XX.

Para atender as exigências de liberdade e igualdade materiais, temas sociais juridicamente relevantes e, conseqüentemente, àqueles afetos ao direito civil, foram constitucionalizados, de

⁴³ Utilizou-se a expressão “autonomia da vontade” para preservar a coerência com o contexto da época, uma vez que, sob a ótica do liberalismo, não havia que falar em limitações à vontade dos particulares. Vigia a ideia de que “a vontade da pessoa, por si só, é fundamento de direitos” (BORGES, 2009, p. 51).

modo que o Estado passou a controlar e intervir em setores da vida privada, outrora interditados pelas constituições liberais. Cuidava-se, assim, de “fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana” (LÔBO, 1999, p. 102).

Notadamente, após a Segunda Grande Guerra, foram editadas novas constituições democráticas, comprometidas com a solidariedade social e com a proteção da dignidade da pessoa humana. No entanto, “os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico” (LÔBO, 1999, p.102). Segundo Anderson Schreiber (2016, p. 10), tratava-se de “um verdadeiro confronto de valores e ideologias, uma autêntica colisão axiológica entre Constituição e Código Civil”, o que evidenciou a necessidade de releitura do direito civil (TEFFÉ; CHEDIAK, 2016, p. 170).

Para Pietro Perlingieri (2008, p. 1), a doutrina do direito civil na legalidade constitucional é uma consequência inevitável do constitucionalismo contemporâneo, que encontrou respeitável correspondência no Brasil, notadamente sob a denominação de direito civil constitucional; a despeito das críticas impelidas pela civilística tradicional⁴⁴ (SCHREIBER, 2016, p. 11). Nesse sentido, assevera Carlos Nelson Konder que

difundiu-se no Brasil a metodologia da constitucionalização do direito civil, por vezes referida como “direito civil constitucional”. O método fundado no pensamento de Pietro Perlingieri teve aqui grande receptividade, por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária (KONDER, 2016, p. 30).⁴⁵

Com a promulgação da Constituição de 1988, radicada em valores de cunho fortemente social e humanista, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o conflito com o diploma civil de 1916, ainda vigente à época, exacerbou-se (SCHREIBER, 2016, p. 12).

⁴⁴ Segundo Gustavo Tepedino (2004, p.168), no início dos anos noventa, surgiu uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais, mais tradicionais, sob o argumento de que a constitucionalização do direito civil “representaria, em realidade, uma diminuição do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral”.

⁴⁵ Nesse sentido, explica Anderson Schreiber (2016, p. 11) que o contexto de redemocratização vivenciado no Brasil se assemelha ao contexto europeu que engatilhou a edição de novas constituição e a reformulação do direito civil, qual seja, o pós-guerra e a derrubada dos regimes totalitários. A aproximação entre esses contextos sociais teria então corroborado para a adoção e desenvolvimento da doutrina do direito civil na legalidade constitucional no direito brasileiro. Em suas palavras: “o direito civil constitucional não consiste em uma construção puramente ‘europeia’, um estrangeirismo apto a atender tão somente às necessidades específicas da realidade alheia (...). Embora a matriz do pensamento civil constitucional radique fundo no contexto europeu do pós-guerra, é certo que, ressalvadas algumas peculiaridades, a proposta central de releitura do direito civil à luz da Constituição cairia como uma luva na experiência brasileira das últimas décadas do século XX.

Conforme elucidada Anderson Schreiber (2016, p. 12), ao passo que a Constituição consagrava a igualdade entre homens e mulheres, entre filhos e reconhecia expressamente a união estável, o Código de 1916 aludia ao homem como chefe da sociedade conjugal, discriminava os filhos entre legítimos e ilegítimos, consequência do reconhecimento exclusivo da família constituída pelo vínculo matrimonial. Além disso, tutelava-se a ampla autonomia do indivíduo e o livre exercício da propriedade privada, ao passo que o constituinte de 1988 positivou o valor social da livre iniciativa e a função social da propriedade (SCHREIBER, 2016, p.12).

Tornava-se então premente e incontornável a reformulação do direito civil brasileiro, ao que sobreveio a Lei nº 10.406, publicada em 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil brasileiro. Segundo Chiara Antonia Teffé e Juliana Chediek (2016, p. 172) buscava-se “remediar a disparidade existente entre o antigo diploma civil e a Constituição”, empreitada na qual o legislador infraconstitucional não teria logrado êxito, uma vez que o Código de 2002 ocultou a ideologia liberal, trazendo em seu bojo dispositivos obsoletos e aquém das necessidades sociais. Gustavo Tepedino (2004, p.169) afirma que “diante do Código Civil de 2002, impõe-se uma reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado”.

Com efeito, pertine analisar a necessidade de promover a superação ou a releitura do instituto da legítima, sob o crivo da Constituição de 1988. Outrossim, conforme advertem Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (2016, p. 19), a edição de novas leis não exaure a necessidade de retornar ao texto constitucional, revelando-se equivocada a ideia de que “a constitucionalização do Direito Civil reduz-se a uma questão temporal, exigível apenas (para) atualizar textos ‘pré-constitucionais’”; em verdade, propugna-se por uma leitura permanente do direito civil à luz da Constituição.

Contudo, conforme Felipe Gomes (2015, p. 2), há muito o fenômeno sucessório passa ao largo da atenção dos juristas, afastando o direito das sucessões do processo de contínua reconstrução do direito civil brasileiro, o que atribui à rigidez dos institutos, associada à dificuldade técnica de compreendê-los, além do fato de existirem alternativas de pesquisa em outras áreas do direito privado. Consequentemente, reduz a quantidade de intérpretes preparados para solver os problemas práticos mais complexos e atravanca a atualização do direito hereditário. Para Raphael Ribeiro (2019, p. 68), “a produção doutrinária, quando efetivamente existe, dificilmente se depreende do fenômeno hereditário codificado”.

Sendo assim, ainda há muito por fazer, uma vez que não se expurgou em absoluto a ótica liberal, individualista, voluntarista e patrimonialista do direito privado, sobretudo no direito sucessório, uma vez que compreende um ramo relativamente abandonado pela ciência jurídica.

É o quanto pretende a presente pesquisa, para o que, é preciso ainda sedimentar os pressupostos teóricos do direito civil constitucional e seus desdobramentos, notadamente, a funcionalização dos institutos privados.

3.1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O direito civil constitucional ou a doutrina do direito civil na legalidade constitucional⁴⁶ radica-se em três pressupostos teóricos fundamentais, quais sejam: 1) a natureza normativa da Constituição; 2) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico harmonizadas com o pluralismo das fontes do direito; e 3) a teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos (PERLINGIERI, 2008, p. 1).

A natureza normativa a que Pietro Perlingieri (2008, p. 2) se refere é a supremacia da Constituição, afastando-se a ideia de que as normas constitucionais, notadamente os princípios, apresentariam conteúdo exclusivamente programático ou se limitariam a circunscrever a atividade do legislador ordinário. Desse modo, além de indicar os fundamentos e justificativas dos institutos jurídicos, as normas constitucionais “apontam parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e dos comportamentos, como princípios de relevância normativa nas relações intersubjetivas” (PERLINGIERI, 2008, p. 2).

Ao comentar o primeiro pressuposto teórico, Anderson Schreiber (2016, p. 13) afirma que o direito civil constitucional “ancora-se, em primeiro lugar, na eficácia normativa da Constituição”, cuja aplicação ao direito privado independe de norma positivada no Código Civil. Nesse sentido, Gustavo Tepedino (2013, p. 3) defende a atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicabilidade direta e imediata às relações jurídicas de direito privado, em oposição à ciclística que a entende superada devido ao arrefecimento papel assistencialista do Estado e da profusão da filosofia neoliberal. Em suas palavras, “a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa” (TEPEDINO, 2013, p. 3).

Para a doutrina do direito civil na legalidade constitucional, Pietro Perlingieri (2008, p. 2) reputa ainda imprescindível que o ordenamento jurídico seja concebido como uno e

⁴⁶ Expressão utilizada por Pietro Perlingieri (leia-se doutrina do direito civil na legalidade constitucional) que, no Brasil, sagrou-se sob a denominação de “Direito Civil-Constitucional” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 10).

complexo, de modo que os princípios constitucionais, enquanto valores guias, assumam o papel central de articulação das plúrimas fontes do direito - o segundo pressuposto teórico fundamental. A abundância de atos e fatos com relevância normativa, resultado da autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa, devem reencontrar uma mesma razão de *reduction ad unitatem*, através de um controle de legitimidade constitucional, conduzido pelos princípios constitucionais. Assim, garante-se a sujeição não só da lei, mas também de todos os atos jurígenos aos valores fundantes do sistema jurídico, combatendo-se o risco deflagrado pela excessiva especialização do direito de que o jurista torne-se acrítimo e negligente ao projeto de sociedade consagrado na Constituição (PERLINGIERI, 2008, p. 2).

Outrossim, para Anderson Schreiber (2016, p. 15), a teoria dos microssistemas que concebe o ordenamento como um conjunto de microssistemas policêntricos e autônomos e, conseqüentemente, despido de unidade, pode conduzir a soluções jurídicas ancoradas em valores de ocasião, ou, ainda, à ausência destas, quando conflitos interdisciplinares demandem aplicação simultânea de estatutos diversos e axiologicamente antagônicos. Por tal razão, Schreiber sustenta que, em resposta à diversificação das fontes de direito, impera a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, o que não significa negar a sua complexidade, mas, antes, assegurar a interpretação da legislação ordinária em conformidade com a Constituição.

Segundo Gustavo Tepedino (2013, p. 5), um sistema jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas é necessariamente aberto e heterogêneo, e, por consequência, complexo. A abertura permite que o processo de interpretação e aplicação do direito, na construção da solução do caso concreto, ocorra considerando, além dos fatos e normas jurídicas, todos os vetores condicionantes da sociedade, o que explica porque o ordenamento não se resume ao direito positivo. No entanto, esta pluralidade de fontes não pode significar a perda do fundamento unitário do ordenamento, pois, “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2013, p. 5). Gustavo Tepedino (2013, p. 6), assim como Anderson Schreiber (2016, p. 15), entende que as diversas fontes de direito devem ser harmonizadas através da Constituição, assegurando a unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico. Em suas palavras, “a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento” (TEPEDINO, 2013, p. 6).

Por fim, Pietro Perlingieri (2008, p.3) considera necessária à legalidade constitucional uma renovada teoria da interpretação não limitada à formalística subsunção do fato concreto à norma abstrata. O fato e a lei devem ser interpretados em um processo unitário e indivisível, submetido ao constante controle de conformidade à Constituição, de modo que a solução

encontrada para o problema concreto guarde coerência, adequação e razoabilidade com a tábua de valores constitucionais. Pietro Perlingieri (2008, p. 4) condena as interpretações correntes assim como a ideia de que *in claris non fit interpretatio*, ao revés, entende a passagem da lei ao direito como um processo contínuo, que considera e equilibra a faticidade e a totalidade do ordenamento jurídico, segundo a axiologia constitucional.

Trata-se de uma abordagem hermenêutica do direito civil que impele à revisitação dos institutos jurídicos sob a égide do texto constitucional (SCHREIBER, 2016, p. 16). Liberta-se o intérprete da literalidade da lei, à medida em que se reconhece no processo interpretativo um espaço de criação; limitado, todavia, valores constitucionais. Segundo Anderson Schreiber (2016, p. 16), “a transposição desses valores, enunciados em termos genéricos, ao caso concreto exigirá uma compreensão histórico-social e até mesmo cultural, que é, por definição, relativa, mas que, sendo necessariamente motivada, será passível de controle”.

Assim, garante-se que a interpretação se desenvolva com propósito unitário, notadamente, a concretização do plano constitucional, e não para atender aspirações ou concepções individuais do intérprete. O intérprete, ao construir a solução para o caso concreto, deverá observar os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas eventualmente em conflito, sobrelevando-se, por consequência, a importância da argumentação jurídica na atividade hermenêutica (TEPEDINO, 2013, p. 6).

Desse modo, a despeito da apresentação em separado, por razões didáticas, verifica-se que há um entrelaçamento dos pressupostos apontados por Pietro Perlingieri, uma vez que a irradiação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, decorrente da supremacia da Constituição, associada ao pluralismo de fontes que de modo inequívoco perfaz a realidade jurídica contemporânea, não seria possível se utilizada a interpretação lógico-formal na aplicação do direito. Esta operação deve tanto quanto possível alcançar a complexidade do ordenamento - fruto, justamente, desta pluralidade de fontes normativas -, sem, contudo, se descurar de sua unidade, sob pena de comprometer a sistematicidade e, por conseguinte, o seu funcionamento. Novamente, a interpretação nos moldes tradicionais se revela insuficiente.

Este amálgama dos pressupostos que alicerçam o direito civil na legalidade constitucional se verifica ainda na assertiva de Gustavo Tepedino:

(...) o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e daí a sua complexidade, que só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade (TEPEDINO, 2013, p.5).

A constitucionalização do direito civil, referida pela doutrina brasileira como uma metodologia, deve ser concebida como um novo modo de pensar o direito civil, que opõe-se à tradicional formalística, no qual se subsume mecanicamente o fato à norma; buscando-se, por outro lado, a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, objetivando a máxima realização dos valores constitucionais fundamentais. Nesse sentido, pretende-se conduzir a presente reflexão sobre o instituto da legítima, notadamente para investigar a existência (ou não) de justificativa para que o direito pátrio lhe conceda tutela.

3.1.1 A funcionalização dos institutos do direito civil

O direito civil à luz da Constituição há de ser despatrimonializado. Não para expurgar o conteúdo econômico da autonomia privada, dado que impassível, antes, para coordenar o seu exercício às aspirações sociais e existenciais. Trata-se de uma alteração qualitativa para funcionalizar os institutos do direito civil à realização dos valores constitucionalmente tutelados. Com a irradiação dos princípios constitucionais sobre a autonomia privada, as relações patrimoniais não mais se justificam de *per se*; exigem, por outro lado, legitimação (SCHREIBER, 2016, p. 18).

Explica Gustavo Tepedino (2012, p. 16) que a inserção dos institutos de direito civil no texto constitucional, o que é latente na Constituição de 1988, impeliu à construção de uma nova ordem pública, “coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República”, notadamente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial. Não se trata de mera alteração topográfica, atecnia ou exagero do legislador constituinte, mas, sim, de uma prerrogativa do texto constitucional de disciplinar, “principiologicamente, a totalidade das relações jurídicas interprivadas, funcionalizando-as em favor da dignidade da pessoa humana”. Há, assim, uma proeminência da pessoa humana que deve ser tutelada em qualquer situação e, conseqüentemente, nas relações privadas, ainda que marcadamente patrimoniais, devendo-se conduzir, dessa forma, a atividade do intérprete e do legislador (TEPEDINO, 2012, p. 16).

Nas palavras de Anderson Schreiber (2016, p. 19), “a metodologia civil constitucional vem exigir que a pessoa passe a ser valorizada pela sua condição humana. O ter deixa, assim, de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do ser”. Nesse sentido, portanto, deve ser concebido o direito das sucessões no ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental remodelou a dogmática do direito civil, exigindo a

funcionalização de seus institutos jurídicos em prol da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2014, p. 141).

Há muito a doutrina civilista discute sobre o perfil funcional dos institutos privados, reconhecendo que o direito positivo se estrutura e se legitima pela busca de um fim. A estrutura compreendida como o aspecto morfológico – como é – e a função fisiológica, os efeitos, finalidade – para que serve (KONDER, 2009, p. 216). No entanto, sob a ótica patrimonialista, prevalecia a abordagem estrutural sobre a funcional, notadamente, devido ao exacerbado positivismo jurídico que repelia discussões de natureza social. Com o direito civil-constitucional, operou-se uma viragem no sentido de priorizar o perfil funcional dos institutos jurídicos, cuja análise deve observar os valores a que este se filia e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, o que, então, justificará a sua tutela (SANTOS; MENDES, 2016, p. 90).

Conforme Pietro Perlingieri (2002, p. 90), todo fato na realidade social tem juridicidade⁴⁷ e receberá do ordenamento uma qualificação e uma disciplina, conforme expresse a ordem de valores constitucionalmente tutelada. Com efeito, interesses particulares serão tutelados à medida que igualmente atendam aos interesses da coletividade, para, então, dar lugar a uma situação jurídica complexa, cujo titular tem poderes, deveres, obrigações e ônus. Repudia-se o exercício de direito subjetivo de forma absoluta e arbitrária.

Na legalidade constitucional, os limites são imanentes às situações subjetivas e contribuem à identificação de sua função (PERLINGIERI, 2002, p. 122). Segundo Pietro Perlingieri (2002, p. 122), “as situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio de solidariedade”, o que no caso brasileiro, tem destaque a tutela da dignidade da pessoa humana, porquanto é o “principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais (TEPEDINO, 2014, p. 141).

Com efeito, à cada situação subjetiva o ordenamento atribui uma função social (PERLINGIERI, 2002, p. 107), ou seja, “o ordenamento jurídico conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social”, preordenado-a à concretização da Constituição (SANTOS; MENDES, 2016, p. 91). Deve-se, portanto, aferir qual finalidade cumpre melhor os objetivos constitucionais, a nível individual e coletivo, pois “não basta que toda situação

⁴⁷ Embora todo fato tenha juridicidade, o ordenamento não atribui efeitos jurídicos (disciplina) a todos eles (PERLINGIERI, 2002, p. 90).

jurídica patrimonial (...) 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” (SANTOS; MENDES, 2016, p. 91).

Para Pietro Perlingieri (2002, p. 116), a função é presente em toda noção jurídica, podendo ser compreendida como a sua profunda e complexa razão justificadora. Esta é “ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica” (PERLINGIERI, 2002, p. 96). Desse modo, para definir a função social de um instituto jurídico é preciso observar a realidade fática, destacando desta a finalidade prático-social consentânea à ordem de valores constitucionalmente tutelados, o que se opera em concreto (SANTOS; MENDES, 2016, p. 91). Segundo Ana Carolina Teixeira e Carlos Nelson Konder (2012, p. 7), “funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional”.

Carlos Nelson Konder (2009, p. 216) explica que a pretensão do direito civil constitucional de tutelar a pessoa humana apenas se efetivará, na prática, quando se observar as características das pessoas envolvidas nas situações jurídicas – patrimoniais e existenciais – e a essencialidade do bem em questão, o que, por seu turno, demanda uma “atenção especial às peculiaridades do caso concreto de maneira a oferecer uma tutela diferenciada – sem, contudo, abrir mão da unidade e coerência provida pela Constituição.”

Em verdade, conforme Pietro Perlingieri (2002, p. 104), fato e direito, embora sejam entidades distintas, não são antitéticas ou incomunicáveis. Essa concepção, típica do formalismo, conduz à total separação do jurista da realidade, fazendo-o “insensível aos êxitos práticos do próprio operar” (PERLINGIERI, 2002, p. 104). A ciência jurídica não pode prescindir da análise da realidade, utilizando de seus conceitos de forma exacerbada, sob pena de sucumbir ao dogmatismo jurídico e à ineficácia; deve, por outro lado, perquirir o equilíbrio entre a letra da lei e o campo da vida, porquanto reduzir-se à faticidade igualmente anularia o direito enquanto força transformadora (PERLINGIERI, 2019, p. 3). Nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 104), “o ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam”.

Assim, deflui da funcionalização que os institutos privados recebem tutela jurídica à medida que constitucionalmente justificados; para tanto, é necessário verificar o efeito prático - a função social concreta - consentâneo ao escopo constitucional, o qual será destacado e

qualificado pelo ordenamento jurídico⁴⁸. Nesse sentido, afirma Pietro Perlingieri (2002, p. 107) que o perfil funcional “é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas”.

A questão, conforme colocado por Deborah Santos e Eduardo Mendes (2016, p. 92), é identificar de que forma institutos de direito civil que foram estruturados sob uma lógica puramente patrimonial, irão se adequar à nova tábua de valores constitucionais, indagação que se pode aplicar à legítima, uma vez que desde suas origens carrega notas de patrimonialidade e voluntarismo. Não obstante a reserva hereditária seja destinada à família do *de cuius*, não se pode ignorar que a transmissibilidade de bens *post mortem* no seio familiar, em seus primórdios, tinha o objetivo de atender aos anseios patrimoniais de seu chefe, um homem que detinha o direito sobre a vida e a morte de todos os membros.

Tampouco se pode olvidar que a legítima se estruturou, desde suas origens romano-germânicas, entre a proteção da família e a autonomia do autor da herança, o que perdurou nas legislações aplicadas no Brasil desde o período colonial. Note-se que se trata de uma tutela familiar de natureza eminentemente econômica, que busca conciliar-se com a liberdade do testador de determinar o destino de seu patrimônio. Perpassam, em linha de princípio⁴⁹, situações jurídicas existenciais e patrimoniais, que, na legalidade constitucional, apenas serão tuteladas à medida que protejam a dignidade da pessoa humana.

Segundo Ana Carolina Teixeira e Carlos Nelson Konder (2012, p. 5), os instrumentos jurídicos de cunho patrimonial - que tutelam situações patrimoniais - devem ser reformulados - ou ao menos reinterpretados - para que se possa aplicá-los às situações existenciais, uma vez que estas ocupam um lugar de proeminência em relação às anteriores. Os autores sinalizam que, embora, em linha de princípio, haja certa obviedade na distinção, quando, por exemplo, se contrapõe propriedade e empresa *versus* família e direitos da personalidade, o mesmo não ocorre “quando o interesse, fundamento justificativo da situação, envolve os dois aspectos com graus similares de intensidade” (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 6).

⁴⁸ Explica Pietro Perlingieri (2002, p. 96) que a qualificação do fato jurídico se dá em conformidade com a sua função, que, por sua vez, pode ser compreendida como a síntese dos efeitos essenciais, ou seja, o “fato se qualifica com base na função prático-social que realiza”. Dessa forma, “é pela síntese dos efeitos essenciais - e, portanto, pela função concreta - que se compreende se o fato jurídico é, por exemplo, uma venda ou uma doação ou um figura negocial atípica” (PERLINGIERI, 2002, p. 97).

⁴⁹ Júlia Castro e Thiago Sousa (2016, p. 154) explicam que não é possível determinar a natureza patrimonial ou existencial da situação jurídica antes de investigar o perfil funcional, “por meio do qual será obtida a síntese dos efeitos essenciais, permitindo-se a individuação do interesse imediato”.

Para Teixeira e Konder (2012, p. 6), a distinção se faz necessária porque as situações patrimoniais instrumentalizam de forma indireta a dignidade da pessoa humana, assumindo uma função eminentemente social, enquanto as existenciais a realizam de forma direta, “tendo como função imanente a livre realização da personalidade”. Júlia Castro e Thiago Sousa afirmam que:

a relevância da distinção entre as situações subjetivas revela-se, portanto, na necessidade tanto de funcionalizar as situações patrimoniais para a realização plena das situações existenciais, como de tutelar de forma qualitativamente diversa as situações existenciais, diante das suas especificidades (CASTRO; SOUSA, 2016, p. 154).

Embora não se pretenda estabelecer uma dicotomia, notadamente porque há uma complementaridade intrínseca, dado que a finalidade última das situações patrimoniais é o livre desenvolvimento da pessoa (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 8), impende promover o devido enquadramento da legítima. Para tanto, o critério adequado é o perfil funcional, uma vez que “utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico (...), através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva”⁵⁰.

Desse modo, impende perquirir a função da legítima, notadamente, “a que melhor concretiza os objetivos constitucionais” (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 7), imprescindível não apenas à sua qualificação, mas igualmente para justificá-la, enquanto instituto jurídico privado, no direito brasileiro; do contrário, deveria ser expurgado. Nesta senda, dada a força normativa da Constituição de 1988, pressuposto que alicerça o direito civil constitucionalizado, impera investigar se a transmissão intergeracional de riquezas encontra guarida constitucional e o tratamento que lhe foi conferido, haja vista que a legítima, enquanto reserva hereditária do patrimônio do falecido, é indissociável do fenômeno sucessório.

3.2 DIREITO SUCESSÓRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA

A tutela da herança pela ordem jurídica não é, em linha de princípio, incontroversa; por outro lado, verifica-se ao longo da história posições diversas quanto à sua prescindibilidade, devido às múltiplas questões ética, filosóficas e jurídicas que atravessam o fenômeno da

⁵⁰ Nesse sentido, Júlia Castro e Thiago Sousa (2016, p. 148) afirmam que a função é o critério idôneo para a individuação, de modo que se “a síntese dos efeitos essenciais revelar um interesse imediatamente vinculado ao desenvolvimento da personalidade, estar-se-á diante de uma situação existencial; caso se verifique que o interesse imediato relaciona-se a questões de natureza patrimonial, estar-se-á diante de situações patrimoniais”.

transmissão intergeracional de riquezas (LAFFITTE, 2018, p. 18). Para Montesquieu (1996, p. 505) “a lei natural ordena que os pais sustentam os filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros”. Karl Marx e Friedrich Engels (2008, p.45) incluíram a abolição do direito de herança entre as medidas para a conquista da democracia. Para a teoria socialista clássica, a herança é contrária à ideia de justiça, porquanto não provém da capacidade de trabalho, corroborando para as desigualdades econômicas e sociais entre os indivíduos (MADALENO, 2020, p. 34).

Em sentido diverso, Clóvis Beviláqua (1899, p. 13) sustenta que aqueles que defendem a eliminação da herança o fazem “fundando-se em observações incompletas da vida social”. Para o civilista, o direito sucessório é um fator poderoso para o aumento da riqueza pública e consolidação da família, além de estimular sentimentos altruísticos. Carlos Maximiliano (1952, p. 32), por seu turno, alega que se a sucessão não existisse “todo homem seria simples usufrutuário do seu patrimônio”. Entende que a supressão do direito das sucessões provocaria um desestímulo ao trabalho árduo e à economia, desfalcando a renda e a riqueza geral, o que sustenta com base na experiência soviética que, apesar de implementar medidas de natureza comunistas, reconheceu o direito à herança.

Assim, embora a herança tenha sido tutelada pelo direito brasileiro desde o período colonial, não se trata de uma resposta automática do sistema jurídico, mas, antes, de uma escolha - uma decisão política - do legislador. Conforme já observado, o fenômeno da transmissão intergeracional de riquezas não é essencialmente natural, imanente à pessoa humana, tampouco à entidade familiar. Embora não se ignore a relação entre herança e família, não se admite na presente pesquisa a primeira como elementar da segunda, haja vista que a proeminência da herança como a concebemos hoje se deu fundamentalmente quando da estruturação da família patriarcal. Com efeito, o constituinte de 1988, ao inaugurar uma nova ordem jurídica⁵¹, poderia, em linha de princípio⁵², não tutelar o direito à herança; não foi, contudo, o que ocorreu.

⁵¹ Explica Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 248) que o Poder Constituinte Originário é o poder que estabelece a Constituição, caracterizando-se por ser inicial, uma vez que inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior. Nesta atividade não se submete a quaisquer limites. Em suas palavras, “é o poder político supremo, destinado a elaborar o texto da Constituição do Estado e que, para tal mister, não encontra qualquer condição ou limites pré-estabelecidos no Direito, pois a este precede”; por esta razão, caracteriza-se por ser ilimitado.

⁵² Em sentido contrário, afirma Caio Mário Pereira (2018, p. 21) que “enquanto perdurar a organização do Estado capitalista, fundado no princípio da livre iniciativa, e admitindo a apropriação privada dos bens de consumo e de produção, a herança subsistirá, como consequência natural e necessária.”

Segundo Raphael Ribeiro (2019, p. 75), diante da relação entre herança, família e propriedade⁵³, poder-se-ia justificar que a ordem constitucional brasileira teria indiretamente tutelado o fenômeno sucessório, uma vez que a Constituição de 1988 protege a propriedade, a família, e a liberdade de testar. Débora Gozzo (2015, p. 104) sustenta que o direito à herança e o direito de propriedade se complementam, relação inequívoca uma vez que a sucessão *causa mortis* consagra um “um dos modos de transmissão e, portanto, de aquisição derivada da propriedade”. Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 75) igualmente invocam o direito de propriedade como fundamento do direito sucessório, o qual, no Brasil, segundo as autoras, mantém um inegável alinhamento com o Direito de Família.

Não obstante, conforme o entendimento de Raphael Ribeiro (2019, p. 75), ao qual a presente pesquisa se filia, a Constituição de 1988 garante expressamente o direito à herança, no inciso XXX de seu artigo 5º. Trata-se, portanto, da “fonte direta do fenômeno sucessório positivado” no direito brasileiro (RIBEIRO, 2019, p. 75), simplificando a atividade hermenêutica, que não admite conclusão diversa que não o reconhecimento da herança como um direito constitucionalmente assegurado pelo direito brasileiro. O autor afirma que “em virtude da previsão constitucional do direito à herança, a questão envolvendo a abolição da sucessão por morte está superada no ordenamento jurídico brasileiro”.

Desse modo, a presente pesquisa em torno da legítima, instituto do direito das sucessões que indisponibiliza parcela da herança aos herdeiros considerados necessários, encontra plausibilidade, sobretudo, à vista da abordagem pretendida, qual seja, à luz do direito civil-constitucional. Nesse sentido, Diego Lima (2019, p. 65) entende que a redação do aludido dispositivo⁵⁴, em sua literalidade, autoriza a indisponibilização de parcela do acervo hereditário a familiares do *de cujus*, sintetizando “a coexistência funcional de uma dimensão patrimonial (proprietária) e de uma dimensão extrapatrimonial (familiar) do direito de herança, observados, assim, os fins que se esperam desempenhados por cada uma delas”.

Assim, em linha de princípio, considerando que a legítima assegura o direito dos herdeiros necessários de recolher parte do acervo deixado pelo *de cujus*, a sua extinção irrefletida do ordenamento jurídico não seria possível. Sustenta Débora Gozzo (2015, p. 103), que a instituição da herança no rol de direitos fundamentais afastaria as discussões sobre a manutenção da legítima no ordenamento brasileiro, o que, apenas com base nesse argumento,

⁵³ Entendimento que a presente monografia não contradiz, mas não recepiona de forma acrítica como um dado natural.

⁵⁴ O artigo 5º, inciso XXX, da Constituição dispõe expressamente que “é garantido o direito de herança” (BRASIL, 1988).

nos parece precipitado, uma vez que o legislador constituinte referiu-se não só à sucessão necessária.

Com efeito, resta superada a questão quanto à tutela do fenômeno sucessório pela ordem constitucional vigente, que não só impede que seja abolido do direito brasileiro a transmissão intergeracional de riquezas, como também, em linha de princípio, não impõe obstáculos para que parcela do acervo hereditário seja indisponibilizada em benefício de determinados herdeiros, o que, para ser afirmado em definitivo, exige que se aprofunde o estudo acerca do direito fundamental à herança, notadamente de seu conteúdo e fundamento⁵⁵.

Na ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988, o direito de herança se trata de um direito fundamental, que assume natureza de cláusula pétrea por força do artigo 60, §4º, inciso IV; conseqüentemente é insusceptível a emendas constitucionais que tendam a aboli-lo do sistema jurídico. Trata-se de uma inovação do constituinte de 1988, uma vez que não se verifica sequer semelhante previsão nas Constituições anteriores (LIMA, 2019, p. 203).

Segundo Raphael Ribeiro (2019, p. 321), a Constituição de 1988 promoveu uma profunda alteração estrutural na herança, porquanto deixou de ser simplesmente o patrimônio do *de cuius* – sentido objetivo –, assim como não pode ser reduzida ao direito subjetivo dos herdeiros de recolher o acervo de bens deixados pelo morto. Entende Raphael Ribeiro (2019, p. 144) que integram o conteúdo do direito de herança os interesses individuais, notadamente dos sucessores que mantêm com o *de cuius* vínculos familiares ou que foram beneficiados em testamento, e interesses de não-herdeiros, ou seja, da coletividade. Assim, o direito de herança assumiria uma configuração solidarista.

Para Diego Lima (2019, p. 63), o direito de herança se associa a uma estrutura bidimensional que, de forma simultânea, promove a proteção das relações familiares, com fundamento no princípio da solidariedade, assim como as liberdades patrimoniais, tendo por amparo o princípio da liberdade dispositiva. Em suas palavras, “o direito fundamental à herança é traduzido em um modelo bidimensional, funcional, aberto e flexível que expressa uma proteção simultânea de provisões proprietárias e familiares (...)” (LIMA, 2019, p. 67). Felipe Gomes (2015, p. 91) entende que o direito à herança é “composto por qualquer situação, fato ou estado jurídico ligado, em qualquer nível, à possibilidade de aquisição do patrimônio sucessível de uma pessoa, que deixa de existir”.

No entanto, a despeito das definições apresentadas, para bem compreender o conteúdo do direito à herança, sitiado entre os incisos do artigo 5º da Constituição Federal, faz-se necessário

⁵⁵ Em atenção aos pressupostos do direito civil-constitucional, em especial, a força normativa da Constituição.

estudá-lo à luz da teoria dos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2019, p. 177). Nesse passo, pode-se, de início, afirmar que o direito de herança apresenta uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. Em sua dimensão subjetiva⁵⁶, enquanto “direito a algo”⁵⁷, o direito de herança consiste no direito à posição jurídica abstrata de herdeiro, o qual é, então, protegido “de ser faticamente impedido ou dificultado de exercer a sua condição de sucessor” (RIBEIRO, 2019, p. 81). Consequentemente, o legislador não poderia revogar as normas infraconstitucionais que a conformam, não, ao menos, sem editar uma nova legislação. Para Raphael Ribeiro (2019, p. 67), esta é a razão pela qual o Livro V do Código Civil de 2002 não poderia ser declarado inconstitucional, pois “o vácuo normativo daí decorrente seria igualmente incompatível com a Constituição Federal”.

Nesta senda, impende destacar inicialmente que, para Raphael Ribeiro (2019, p. 159), há dois titulares do direito fundamental à herança: o sucedido e o sucessor que, respectivamente, titularizam, o direito de transmitir a herança e o direito de receber a herança. Diversamente, Diego Lima (2019, p. 68) vislumbra três titulares, “o que refletiria uma polivalência de direitos subjetivos encampados pela fundamentalidade do direito de herança”. Compreendem o falecido proprietário, o herdeiro proprietário e o familiar dependente e vulnerável. Diego Lima (2019, p. 68) afirma que, desse modo, o direito à herança, simultânea e respectivamente, serviria de reforço ao direito de propriedade do falecido, de garantia do direito de propriedade dos sucessores designados por critérios proprietários, sobretudo a vontade, expressa ou presumida, do *de cuius* e, por fim, de garantia de contemplação à dignidade dos familiares, em observância aos propósitos familiares constitucionais de solidariedade.

O esforço de Diego Lima para proteger, além de interesses patrimoniais, os familiares do *de cuius* através do reconhecimento de um titular específico, acoberta uma necessidade de definir em espaços precisos, estancos, para a tutela de situações patrimoniais, e outros, para as situações existenciais, o que não se sustenta. Conforme advertem Teixeira e Konder (2012, p. 8), não há efetivamente uma dicotomia, mas, antes, uma complementaridade intrínseca, uma vez que a finalidade última das situações patrimoniais é o livre desenvolvimento da pessoa.

Felipe Gomes (2015, p. 93), por seu turno, afirma que o titular do direito à herança é tão somente o herdeiro, opondo-se à tese da dupla titularidade. O autor entende ser juridicamente inconcebível que o direito à herança do herdeiro autorize limitações ao direito de propriedade

⁵⁶ A análise de Raphael Ribeiro, à qual a presente pesquisa se filia, funda-se sobre a teoria de Robert Alexy, para quem a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser dividida em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências” (RIBEIRO, 2019, p. 80).

⁵⁷ O direito à algo pode ser uma abstenção – (direito de defesa) ou um fazer (ações positivas) de seu destinatário (o Estado) (RIBEIRO, 2019, p. 80).

de outrem que é igualmente titular do acervo hereditário. Em suas palavras: “se o direito fosse de ambos, qualquer restrição ao direito à herança abalaria o direito de ambos”. Para Felipe Gomes (2015, p. 93), admitir o contrário importaria em confundir o âmbito de proteção do direito de herança com o do direito de propriedade, o que também considera juridicamente inadmissível, sob pena, inclusive, de legitimar a corrente doutrinária que concebe o direito de herança apenas como complementar do direito de propriedade, com a qual discorda.

Contudo, a análise de Felipe Gomes finda por reduzir o conteúdo do direito de herança aos interesses individuais dos envolvidos no fenômeno sucessório. Não parece crível que, à luz do direito civil constitucional, o direito de propriedade apresenta idêntico perfil funcional ao direito de herança, que, no Brasil, além de interesses outros, tutela familiares do *de cuius*. Assim, carece de razoabilidade admitir que o reconhecimento da tese de dupla titularidade equaliza os âmbitos de proteção do direito de propriedade e do direito de herança, ao ponto de torná-lo prescindível ao ordenamento jurídico.

Raphael Ribeiro (2019, p. 76), ao admitir a herança sob uma visão holística, a qual impõe a observância dos interesses tanto do *de cuius* quanto dos beneficiários, filia-se à tese da dupla titularidade, igualmente aderida pela presente pesquisa, porquanto não se revela absurda, tampouco incompatível com o direito civil constitucionalizado. Sendo assim, considerando que o direito fundamental à herança efetivamente alcança os beneficiários do patrimônio deixado pelo *de cuius*, posição jurídica que deve ser protegida, e que a legítima reserva parcela deste acervo à determinados herdeiros, pode-se, *a priori*, entendê-la constitucionalmente albergada pelo direito brasileiro.

Ainda enquanto um “direito à algo”, notadamente no campo do fazer, o direito à herança tutela fundamentalmente pretensões sobre ações positivas normativas do Estado, para assegurar o exercício desse direito e suprir eventuais lacunas decorrentes de novas situações fáticas. Nesse sentido, Raphael Ribeiro (2019, p. 83) destaca a edição de normas que “que protejam a condição de herdeiro indevidamente não reconhecida”. Para Felipe Gomes (2015, p. 11), as “prestações positivas normativas podem ser fundamentadas no direito à herança, caso não haja a produção de normas bastantes à satisfação minimamente necessária desse direito em um caso concreto”. Com efeito, o direito à herança, nos termos em que previsto na Constituição brasileira, não só tutela o fenômeno sucessório, como também, em consonância com a metodologia do direito civil constitucional impõe a adequação dos institutos jurídicos de direitos privados à realidade que é dinâmica e mutável.

Na dimensão subjetiva, Raphael Ribeiro (2019, p. 85) reconhece o direito fundamental à herança, ainda, enquanto liberdade jurídica⁵⁸, que se expressa, por exemplo, através da possibilidade de aceitar e de renunciar a herança, e de fazer ou não testamento; e, por fim, enquanto competência, que em relação aos indivíduos compreende a possibilidade de realizar ações que modificam situações jurídicas⁵⁹, como no ato de testar. Enquanto competência do Estado, o direito fundamental à herança confere ao indivíduo um âmbito de não-sujeição, “retirando do espaço de atuação estatal certos interesses constitucionalmente considerados dignos de tutela e proteção” (RIBEIRO, 2019, p. 87).

Sendo assim, em que pese a legítima encontre subsídio constitucional ao considerar-se o direito fundamental à herança enquanto “direito a algo”, assegurando a posição jurídica de beneficiários de determinados familiares para receber necessariamente uma parcela do acervo hereditário, a análise do direito fundamental à herança enquanto liberdade e competência revela que a liberdade de testar do *de cuius* é também constitucionalmente assegurada, de modo que, em linha de princípio, não pode ser acrítica e irrefletidamente suplantada por qualquer reserva da herança.

Raphael Ribeiro (2019, p. 88) reconhece ainda a dimensão objetiva do direito fundamental à herança, de modo que, conseqüentemente, “atua entre os valores objetivos básicos do ordenamento jurídico brasileiro; (...) dirige a atuação dos poderes públicos; e (têm) (...) funções e conteúdos normativos autônomos”. Assim, uma vez que o direito à herança compõe uma ordem de valores fundamentais objetivos, tem-se que é dever do Estado estruturar o regime legal da sucessão hereditária em consonância com as emergentes demandas sociais e familiares, assim como conferir aos testamentos um adequado tratamento jurídico.

Além disso, tendo em vista a “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais – que compreendem a eficácia irradiante; a eficácia na esfera privada; as garantias institucionais; o dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e a conformação e o procedimento da atividade estatal - Raphael Ribeiro (2019, p. 93) afirma que o direito sucessório infraconstitucional deve ser aplicado levando em consideração o direito fundamental à herança, assim como este deve reger as relações privadas independentemente de existir norma infraconstitucional que o regulamente.

⁵⁸ Ou seja, enquanto possibilidades de fazer ou não fazer conferidas ao(s) seu(s) titular(es). (RIBEIRO, 2019, p. 84)

⁵⁹ Isto é, ações institucionais autorizadas por um conjunto de regras – as normas de competências. (RIBEIRO, 2019, p. 86)

Sendo assim, pode-se inferir que não obstante a reserva hereditária encontre sustentáculo sobre a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança, é imprescindível que a estrutura conferida à legítima atenda às demandas sociais e familiares, em observância aos imperativos que decorrem da dimensão objetiva. Desse modo, o estudo do direito à herança, através da teoria dos direitos fundamentais, oferece os primeiros indicativos acerca do perfil funcional da legítima - da finalidade que melhor atende aos objetivos constitucionais. Raphael Ribeiro (2019, p. 94) identifica a sucessão necessária como hipótese de incidência do direito fundamental à herança nas relações entre particulares. Em suas palavras:

Com base no artigo 5º, XXX da Constituição Federal e na solidariedade familiar – que por sua vez decorre tanto do dever constitucional de solidariedade quanto de a família ser a base constitucional da sociedade –, de fato entendemos que a algumas pessoas devem ser reconhecidos direitos sucessórios intangíveis sobre o patrimônio alheio, dos quais somente em casos excepcionais podem ser privadas (RIBEIRO, 2019, p. 94).

Há, portanto, compatibilidade entre um instituto que preserva uma parcela do acervo hereditário em benefício de quem guarda vínculo de proximidade e dependência com o *de cuius* e o projeto da Constituição de 1988. Em outras palavras, pode-se inferir que a legítima, ao garantir uma reserva patrimonial a determinados herdeiros, pode potencialmente funcionalizar objetivos constitucionais, notadamente, através do cumprimento do dever de solidariedade.

Enquanto garantia institucional, o direito fundamental à herança exerce função limitadora, impedindo o legislador infraconstitucional de abolir a transmissão intergeracional de riquezas (RIBEIRO, 2019, p. 95). Não obstante, adverte Felipe Gomes (2015, p. 11) que, para conferir máxima eficácia ao conteúdo do direito de herança, não se pode encará-lo “como mera garantia normativa, de proteção contra investidas estatais, tendentes à sua abolição”. O autor, assim, opõe-se à parcela da doutrina que compreende o direito à herança apenas como uma garantia institucional e não propriamente um direito fundamental, o que implicaria um âmbito de proteção estritamente normativo, dependente da atuação do legislador infraconstitucional para concretizar-se (GOMES, 2015, p. 86).

Raphael Ribeiro (2019, p. 97) ainda visualiza no direito fundamental à herança um dever geral do Estado efetivá-lo, garantindo o seu efetivo exercício, ou seja, promover o direito à herança, o que não se alcança com a mera inclusão “de um livro do Direito das Sucessões no Código Civil”.

Além disso, deve o legislador corroborar para que a proteção conferida pelo direito de herança seja suficiente, o que não se verifica, por exemplo, quando a vocação hereditária exclui pessoas que deveriam ser chamadas à sucessão (RIBEIRO, 2019, p. 98), o que se entende

aplicável ao rol taxativo de herdeiros necessários, uma vez que não considera os laços de afetividade do *de cuius*. Por fim, uma vez que a concretização e o exercício de direitos fundamentais demanda a formatação de procedimentos e que o modelo sucessório adotado pelo Brasil efetivamente sujeita o direito a herança a um procedimento, Raphael Ribeiro (2019) entende que incumbe ao Estado estruturá-lo de forma adequada.

Para além do quanto se depreende das dimensões subjetiva e objetiva, conforme pontua Raphael Ribeiro (2019, p. 101), a correta compreensão do direito à herança demanda analisá-lo à luz do projeto de sociedade encampado pela Constituição de 1988, o que se entende aplicável à legítima, enquanto instituto do direito sucessório e, considerando os pressupostos do direito-civil constitucional, abordagem adotada na presente monografia. Em suas palavras:

(...) (re)discutir o fundamento da herança à luz da Constituição é superar o excessivo foco patrimonialista e individualista tradicionalmente associado ao Direito das Sucessões, trazendo para o fenômeno hereditário uma inovadora perspectiva emancipadora, protetora e promotora do pleno desenvolvimento da pessoa. (RIBEIRO, 2019, p. 102).

Dessa forma, o autor destaca a necessidade de perquirir as razões pelas quais o constituinte previu um direito fundamental à herança, bem como identificar para o que e para quem ele deve servir (RIBEIRO, 2019, p. 101), o que igualmente pertine à presente pesquisa, haja vista que a legítima, enquanto instituto que indisponibiliza parcela da herança, deve condizer com a fonte que lhe sustenta no ordenamento jurídico pátrio. Outrossim, não se coaduna ao direito civil constitucional, que desvelou a relatividade e historicidade dos institutos jurídicos (SCHREIBER, 2016, p. 12), admitir que a legítima ainda hoje encontre fundamento em suas origens romano-germânicas, notadamente, a proteção da família.

Em sua tese, Raphael Ribeiro (2019, p. 117) - à luz dos ensinamentos de Pietro Perlingieri - adota como premissa o entendimento de que o fundamento do fenômeno hereditário no direito brasileiro depreende-se das funções que desempenha no sentido de promover a dignidade da pessoa humana, ou seja, do seu perfil funcional. Assim, considerando que a transmissão intergeracional de riquezas envolve três elementos, quais sejam: o individual; o familiar; e o social, Raphael Ribeiro (2019, p. 117) identificou uma função individual da herança, uma função familiar e uma função social⁶⁰.

⁶⁰ Raphael Ribeiro (2019, p. 131) também identificou uma função antissocial da herança que se verifica quando a transmissão hereditária corrobora à concentração de renda e à ampliação das desigualdades sociais. Não se ignora esta problemática que envolve a tutela do fenômeno sucessório, sobretudo em um país, como o Brasil, que se estruturou a partir apropriação de riquezas e da escravidão, cujas sequelas se perpetuam no quadro socio-econômico. No entanto, entende-se incompatível com o direito civil constitucional e os seus pressupostos teóricos, que o direito de herança, albergado na Constituição de 1988 como um direito fundamental, apresenta uma função

Tendo em vista a constitucionalização do direito civil e o imperativo de se funcionalizar as situações patrimoniais às existenciais, a função individual da herança consiste em promover a personalidade dos envolvidos no fenômeno sucessório (RIBEIRO, 2019, p. 118). Em outras palavras, a função individual enquanto um dos fundamentos da sucessão *causa mortis* se revela na potencialidade da herança em assegurar uma subsistência digna aos herdeiros, principalmente quando dependentes do *de cuius*.

Contudo, adverte Raphael Ribeiro (2019, p. 120) que há conformidade com a tábua axiológica da Constituição a herança que qualifica as “condições de vida daqueles com quem ele mantinha vínculos enquanto vivo, independentemente de aptidão dessas pessoas para prover o próprio sustento, dentro dos limites de razoabilidade”. Sendo assim, a transmissão intergeracional de riquezas não se justifica apenas para tutelar interesses individuais de vulneráveis ou inaptos para o trabalho.

Além da função individual, que não deve ser concebida de forma absoluta e ilimitada⁶¹, o direito de herança apresenta função familiar, ao que lhe incumbe promover a dignidade de cada membro da família. Assim, sucumbe a concepção de proteger-se a família enquanto entidade abstrata, ao que se sobreleva a ideia da solidariedade familiar enquanto fundamento da transmissão de riquezas intergeracional, a qual, segundo Raphael Ribeiro (2019, p.130) “é adequada à releitura constitucional do fenômeno familiar, já que se trata de reconhecer a proteção à família, enquanto base da sociedade, mas com foco na dignidade dos seus membros, individualmente considerados”.

Por fim, a função social da herança revela que não basta ao projeto constitucional que a herança atenda aos interesses individuais e familiares, mas também aos interesses da coletividade. Segundo Raphael Ribeiro (2019, p. 145), “o fenômeno hereditário deve ser orientado também pela solidariedade em relação à coletividade como um todo” e não apenas

antissocial. Primeiro porque importaria uma incongruência interna do próprio direito à herança, haja vista que a função é imanente à sua estrutura, ou seja, é intrínseco ao seu exercício o cumprimento de obrigações, deveres e ônus, em prol da coletividade (PERLINGIERI, 2002, p. 121) - e não contrárias à ela. E externa, porque a função é a razão justificadora dos interesses tutelados por esse direito apenas o tanto quanto funcionaliza os valores e objetivos constitucionais (PERLINGIERI, 2002, p. 96), o que, na Constituição de 1988, é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrossim, comprometer-se-ia a unidade da Constituição - pressuposto do direito civil-constitucional - compatibilizar a tutela de um direito fundamental que apresenta uma função antissocial - problemática suscitada pelo próprio autor. Por essas razões, discorda-se, nesse ponto, com a tese de Raphael Ribeiro (2019). As implicações negativas do fenômeno sucessório devem ser consideradas no processo de interpretação e aplicação do direito, na construção da solução do caso concreto, observando, além dos fatos e normas jurídicas, todos os vetores condicionantes da sociedade, haja vista que o ordenamento jurídico não se resume ao direito positivo (TEPEDINO, 2013, p. 6).

⁶¹ Considerando que a transmissão de grandes fortunas sem qualquer compromisso com as funções da herança na ótica do direito civil-constitucional corrobora a concentração de riquezas e ampliação das desigualdades sociais (RIBEIRO, 2021, p. 140).

pela solidariedade familiar. Com efeito, sobrevêm para os beneficiários do acervo hereditário deveres sociais, crescentes em função do importe financeiro deixado pelo *de cuius*, uma vez que o desenvolvimento das figuras de herdeiros rentistas e a concentração de renda não se coadunam com o projeto de sociedade previsto na Constituição de 1988.

Sendo assim, após compreendido o conteúdo que perfaz o direito fundamental à herança, a proteção que decorre de sua dimensão subjetiva, os mandamentos da objetiva - notadamente ao legislador e aos aplicadores do direito - e, por fim, as razões que justificam a sua previsão constitucional através das funções que desempenha, entende-se que a legítima pode encontrar fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, ao tutelar o “direito a algo” - de reservar parcela da herança a determinadas pessoas que guardam alguma relação com o *de cuius* - enquanto consentânea às funções individual, familiar e social da herança.

Nesse sentido, afirma Raphael Ribeiro (2021, p. 131) que, ao aplicar a teoria geral dos direitos fundamentais à herança, em atenção à metodologia civil-constitucional, identifica-se a justificativa para a tutela do direito à sucessão necessária⁶², o que se pôde observar ao longo da dissecação das dimensões do direito à herança. Desse modo, entende-se insustentável falar-se em revogação do instituto da legítima, não, ao menos, sem assegurar correlato que cumpra a sua função⁶³⁻⁶⁴. Contudo, partindo-se do pressuposto que a função do instituto consiste na síntese dos efeitos essenciais, que o caracterizam, qualificando uma *fattispecie*⁶⁵ (PERLINGIERI, 2002, p. 98), não se pode simplesmente transpor para o instituto da legítima o perfil funcional da herança identificado por Raphael Ribeiro.

Assim, embora em suas origens tenha a legítima emergido para limitar a ampla liberdade de testar romana, assegurando aos integrantes da *gens* alguma parcela do patrimônio do *pater*, o que, posteriormente, lhe conferiu o posto de instituto conciliador da autonomia privada do autor da herança com o dever de proteger a família, não se vislumbra como integrante do perfil

⁶² O autor utiliza a expressão “sucessão forçada” entendendo-a como gênero da qual a legítima seria uma espécie. Para manter a uniformidade da presente monografia, optou-se por manter a expressão utilizada desde o início.

⁶³ Em sentido contrário, Felipe Gomes (2015, p. 126).

⁶⁴ Raphael Ribeiro (2021, p. 125) justifica a sucessão forçada mormente por entender inconciliável a ampla liberdade testamentária com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no paradigma atual do direito civil constitucional. Assim, entende a legítima compatível com a Constituição Federal de 1988, notadamente como uma restrição quantitativa à liberdade testamentária, embora não ignore totalmente o papel que desempenha em face dos membros familiares. Para a presente monografia, dada a proeminência das situações jurídicas existenciais, radica-se a compatibilidade da legítima na concretização do princípio constitucional da solidariedade familiar, o que compõe o seu perfil funcional.

⁶⁵ Segundo as notas da tradutora, em Perfis do direito civil, de Pietro Perlingieri, a *fattispecie*, corresponde, no direito italiano, “à situação fática abstrata prevista numa norma e a cuja verificação concreta se segue ao produto dos efeitos jurídicos previstos na norma”. *Fattispecie* abstrata - situação prevista como típica na regra e *fattispecie* concreta - aquela que se realiza concretamente (PERLINGIERI, 2002, p. 313).

funcional da legítima, que lhe é intrínseco, o dever de limitar o exercício da autonomia privada testamentária.

Conforme Patrícia Rocha (2019, p. 373), “a intangibilidade legítima protege os herdeiros não apenas contra a livre disposição gratuita dos bens através de testamento, mas também contra a liberalidade por meio de doação”. Nesse passo, pertine a referência de Pietro Perlingieri⁶⁶ (2002, p. 98) quantos aos efeitos não-essenciais, que a despeito de típicos de determinado fato jurídico, não determinam a sua função prático-jurídica. Desse modo, em que pese a legítima tenha como efeito típico limitar a liberdade testamentária, entende-se na presente pesquisa que não perfaz o seu perfil funcional.

Conforme Anderson Schreiber e Francisco Viégas (2018, p. 231), o fundamento que justifica a distribuição compulsória da legítima “encontra-se na principiologia constitucional, notadamente no princípio da solidariedade consagrado como objetivo fundamental da República no art. 3º, I, da Constituição”. Afirmam os autores que a função da legítima, em consonância com o que julgam ser a melhor doutrina contemporânea, é a máxima concretização da solidariedade social. De forma similar, Patrícia Rocha (2019, p. 386) compreende a legítima como “instrumento apto a possibilitar uma existência digna e justa, pela garantia da oferta de um patrimônio mínimo aos sucessores e não fonte de seu enriquecimento injustificado”.

Desse modo, sobressai entre os efeitos da legítima, ao reservar parcela do patrimônio do *de cuius*, a função de concretizar o princípio constitucional da solidariedade no campo sucessório, notadamente, através da proteção dos membros da família individualmente considerados. É, portanto, a finalidade que serve melhor ao cumprimento dos objetivos constitucionais e, indiretamente, tutela a pessoa humana, ou seja, o perfil funcional que fundamenta - e, assim, justifica - a legítima enquanto instituto do direito civil sucessório brasileiro. Nesse sentido, deve-se estruturar (qualificar) a *fattispecie*.

⁶⁶ Pietro Perlingieri (2002, p. 98) explica que no contrato de compra e venda, por exemplo, “a obrigação de entregar a coisa que o vendedor tem em uma relação ao comprador não é uma obrigação essencial”, pois há hipóteses em que o vendedor não tem o que entregar, quando, por exemplo, o bem já está na posse do comprador, “ainda que a outro título”, ou ainda, quando não há uma *res*, mas um direito transferido, como o de patente. Por isso, Pietro Perlingieri afirma que “é necessário individuar os efeitos sem os quais não existe aquela função e colocar em um plano diversos os outros que, apesar de serem típicos, podem faltar”.

4 LEGÍTIMA: SUPERAÇÃO OU RELEITURA?

O instituto da legítima consagra uma reserva patrimonial destinada a promover a dignidade das pessoas que se relacionam familiarmente. Nesse sentido, perfaz-se o perfil funcional que a justifica na ordem constitucional vigente, uma vez que serve à concretização do princípio da solidariedade familiar, previsto na Constituição de 1988. Assim, corolária da função familiar do direito fundamental à herança, a legítima funcionaliza objetivos constitucionais, notadamente ao que toca à construção de uma sociedade solidária. Desse modo, sob a ótica do direito civil-constitucional, o instituto em tela pode, em linha de princípio, subsistir no direito brasileiro, não havendo que falar-se em superação, porquanto corrobora para o projeto constitucional.

No entanto, persiste ainda o questionamento acerca da adequação da estrutura, disciplinada no Código Civil de 2002, notadamente quanto à potencialidade para concretizar a função da legítima, ao que deve ser considerada a realidade sobre a qual o instituto incide, uma vez que “não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares” (PERLINGIERI, 2019, p.1). Segundo Anderson Schreiber e Francisco Viégas,

não se trata apenas de identificar um novo fundamento para a legítima à luz da nova axiologia constitucional, consubstanciado na função de concretizar a solidariedade social nas relações privadas, mas também de verificar se a estrutura do instituto jurídico da herança legítima, tal qual disciplinada na atualidade, atende da melhor forma possível essa função. (SCHREIBER; VIÉGAS, 2019, p. 231)

Repise-se que, conforme Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (2016, p. 19), a constitucionalização do direito civil não se reduz a uma questão temporal para textos pré-Constituição de 1988, o que se acentua quando o objeto de análise é o diploma civil, cujo projeto de lei foi apresentado na década de 1970. Destaca Raphael Ribeiro (2019, p. 47) que a referida iniciativa governamental ocorreu no ápice do governo militar, logo após a edição do Ato Institucional nº 5, ao que se pode inferir que “o autoritarismo e o atraso do cenário político certamente entranharam a elaboração do anteprojeto de Código”. Para Cristiano Chaves (2005, n.p.), “o Código Civil de 2002 nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas mais atuais do homem”.

A despeito de algumas poucas cláusulas gerais, a exemplo da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o diploma civil que substituiu o Código de 1916 reprisou a técnica regulamentar, ainda na tentativa de perpetuar a neutralidade e a abstração, típicas das codificações dos Séculos XVIII e XIX (TEPEDINO, 1999, p. 9). Desse modo, conforme

Gustavo Tepedino (1999, p. 9), o Código de 2002 “desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década”.

No campo sucessório, pouco avançou o legislador infraconstitucional, preocupando-se sobremaneira com a igualdade formal, em detrimento da concretude fática e dos anseios sociais, a exemplo da concepção de família radicada no vínculo afetivo. Nas palavras de Vanessa Souza e Vitor Júnior (2021, p. 11) “o campo sucessório, (...) permaneceu neutro e aparentemente infenso às mutações dos arranjos familiares, notadamente aos valores do cuidado e do afeto, que ressignificaram a tutela das famílias”.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 reproduziu *ipsis litteris* no artigo 1.789 o quanto dispunha o artigo 1.576 do diploma de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (BRASIL, 1916). Conforme já observado nesta monografia, de forma sintética, o patrimônio do *de cuius* é abstratamente dividido em duas porções: a parte disponível e a reservada aos herdeiros necessários, a qual será ainda submetida à colação, constituindo a legítima.

Trata-se de um exemplo de legislação *one size fits all*, que desconsidera as particularidades dos casos concretos. Com efeito, a estrutura conferida à legítima pelo diploma civil consagra uma única e rígida solução, indiferente à faticidade e, conseqüentemente, às questões relativas às necessidades dos herdeiros beneficiados, o tamanho do acervo hereditário (RIBEIRO, 2019, p. 166). Para Raphael Ribeiro (2019, p. 166), a disposição legal impõe sufoca a discricionariedade do juízo sucessório, impossibilitando-o de promover qualquer adaptação na extensão das partes disponível e indisponível, o que conseqüentemente afasta o sistema brasileiro da sucessão forçada da noção de solidariedade constitucional.

Anderson Schreiber e Francisco Viégas (2019, p. 227) entendem que a disciplina da legítima no Código Civil brasileiro, estruturada a partir de critérios abstratos de parentesco em igualdade formal, ou seja, desprendidos da realidade fática, impede, “na prática, a adequada realização do princípio constitucional da solidariedade, ao qual é ínsito o tratamento proporcional às necessidades de cada um”. Para os autores, o desenho legislativo, almejando segurança e previsibilidade, há muito quistas pelo direito civil, finda por impossibilitar que se apurem as reais necessidades dos herdeiros. Diego Lima (2019, p. 152) afirma que a estrutura dogmática conferida à legítima pelo Código de 2002, ao copiar fielmente o diploma civil anterior, reporta-se à família enquanto instituição patrimonial; desconsiderando, assim, a conformação social e jurídica que adotou na contemporaneidade, radicada na afetividade e solidariedade.

Desse modo, pertine analisar amiúde as circunstâncias concretas impactadas pela abstração e generalidade da *fattispecie* da legítima no direito brasileiro, reiteradamente apontadas e criticadas pela academia, quais sejam: (a) a extensão do patrimônio sucessível, (b) as necessidades específicas dos beneficiários e (c) os vínculos reais entre sucedido e sucessor. Trata-se, portanto, dos aspectos que conduzirão a análise da estrutura da legítima inscrita no Código de 2002, em diálogo com a realidade contemporânea brasileira, porquanto imperativo ao direito civil-constitucional.

4.1 O Anacronismo do Código Civil de 2002: Uma Análise Crítica do Instituto da Legítima

A estrutura da legítima já foi abordada na presente pesquisa, não obstante, impende retomar, de forma sintética, que esta se perfaz através dos artigos 1.845 e 1.845 da Lei 10.406 de 2002, os quais, combinadamente, dispõem que metade dos bens da herança pertencem de pleno direito aos descendentes, ascendentes e o cônjuge do autor da herança.

O limite estipulado pelo artigo 1.846 é fixo, ou seja, independe da extensão do acervo hereditário (a), de modo que haverá casos em que o percentual de 50% será insuficiente, “enquanto em outros casos a legítima englobará valores tão extensos que não poderá ser justificada com base em solidariedade” (RIBEIRO, 2019, p. 173). Raphael Ribeiro (2019, p. 168) explica que nos casos de vultosas heranças, como a de Antônio Ermírio de Moraes, cujo patrimônio ao falecer era de quase 4 bilhões de dólares, a legítima assume expressão econômica exacerbada, ultrapassando o necessário à proteção e ao desenvolvimento do membro familiar beneficiado. Conseqüentemente, trata-se de situação que não encontra sustentáculo sobre a função familiar do direito fundamental à herança⁶⁷.

Desse modo, a estrutura revela-se falha, porquanto dispersa do perfil funcional que autoriza a tutela do instituto da legítima pela ordem ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o relatório *Global Wealth Report 2021* (2021, p. 31), elaborado pelo banco suíço Credit Suisse, considerando-se milionário aquele que tem patrimônio acima de US\$ 1 milhão, havia 207 mil milionários em 2020. Constatou-se um decréscimo em relação ao ano anterior, devido sobretudo à pandemia provocada pelo vírus e a desvalorização do real, no entanto, a previsão é de que o Brasil alcance a marca de 361 mil milionários, em 2025. O relatório destaca ainda o crescimento da desigualdade de renda no Brasil, onde o 1% (um por cento) mais rico concentra

⁶⁷ Nesses casos, Raphael Ribeiro (2019, p. 169) entende que a legítima concorre para a função antissocial da herança. Assim, ao destinar-se vultoso patrimônio aos herdeiros necessários, a legítima servirá à concentração de riquezas e à ampliação das desigualdades sociais.

49,6% (quarenta e nove, e seis por cento) da riqueza nacional. Nesse ano de 2021, a Forbes registrou quarenta novos brasileiros que registraram o seu primeiro bilhão de reais (CASTRO, 2021).

Em desalinho, em pesquisa desenvolvida no Centro Brasileiro de Macroeconomia das Desigualdades da Universidade de São Paulo observou-se que, em outubro de 2020, a taxa de pobreza e extrema pobreza eram de 5,1% 24,6%, respectivamente, o que significam, 10,9 e 52,1 milhões de indivíduos⁶⁸(NASSIF-PIRES; CARDOSO; OLIVEIRA, 2021, p. 4). Sendo assim, mister a releitura da estrutura da legítima, para não corroborar com o agravamento das mazelas sociais que afligem o país. Ainda que a parcela disponível fosse destinada à filantropia ou outra medida que atendesse aos interesses coletivos, o que, em certa medida, é incontável⁶⁹, a outra metade da herança poderia deflagrar a formação do herdeiro rentista, com o que a Constituição de 1988 não compactua (RIBEIRO, 2019, p. 323).

Além das demasiadas legítimas, a rigidez da estrutura pode igualmente implicar reserva patrimonial insuficiente, cuja análise já anuncia o outro aspecto da concretude desprezado pelo Código Civil de 2002, as necessidades dos beneficiados. A visualização da problemática se faz possível através do exemplo trazido por Raphael Ribeiro:

Imaginemos um indivíduo que morre deixando um filho menor de idade e, como patrimônio sucessível, apenas um automóvel avaliado em 30 mil reais. Permitido pelo Código Civil de 2002, esse sujeito testou em favor do seu amigo, plenamente capaz e empresário de sucesso, deixando-lhe metade do seu único bem. (RIBEIRO, 2019, p. 167)

Amparado pelo aludido exemplo, Raphael Ribeiro (2019, p. 167) entende criticável qualquer hipótese em que o exercício da liberdade de testar implique a deixa de bens insuficiente aos herdeiros necessários e, por conseguinte, desatendida a função familiar da herança, o que pode ser aplicada, em certa medida, à presente análise. Com efeito, destinada aos herdeiros necessários reserva patrimonial insuficiente igualmente restará frustrada a função do instituto da legítima, conclusão que, para a presente pesquisa, prescinde da análise sobre o quão exerceu o de *cujus* a sua liberdade testamentária. Quer-se dizer que o papel da legítima não é conter a liberdade testamentária, servindo-lhe de limite externo, para, assim, pré-ordená-

⁶⁸ O estudo adota a linha da pobreza fixada pelo Banco Mundial, que, no Brasil, significa R\$436 e a de extrema pobreza, R\$151, em 2020 (NASSIF-PIRES; CARDOSO; OLIVEIRA, 2021, p. 4).

⁶⁹ Embora o direito brasileiro não compactue com a autonomia da vontade, ou seja, a vontade exercida de forma livre e irrestrita, não se autoriza o absoluto sequestro da vontade do sujeito de direito, que poderá exercê-la em conformidade com o ordenamento jurídico.

la à concretização de interesses outros que não do seu próprio titular; haveria, desse modo, uma inversão entre os efeitos essenciais do instituto e aqueles que não o são, embora típicos.

No entanto, assente-se à concepção de que a rigidez da estrutura definida pelo Código de 2002 inviabiliza a concretização da função à qual se dispõe a desempenhar. Não só por adotar um limite rígido que ignora a extensão do patrimônio deixado pelo autor da herança, assim como pela abstração que, ao conduzir a partilha de bens por meio de uma operação matemática radicada na igualdade formal, despreza as reais necessidades dos beneficiários (b). Nesse sentido, Anderson Schreiber e Francisco Viégas (2019, p. 232) afirma “que uma distribuição do patrimônio perfeitamente adequada às necessidades concretas dos herdeiros em cada situação individual afigura-se inviável em um desenho legislativo, que é, por definição, geral e abstrato”.

Para Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 84) a transmissão intergeracional de riquezas não deve operar-se indiferentemente aos sujeitos, mas, antes, considerá-los concretamente, sobretudo ao que toca a aferição de sua vulnerabilidade, concebida, no campo sucessório, como a condição das pessoas que, em decorrência da idade ou deficiência, não podem obter o próprio sustento. Compreendem que “a transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade”, razão pela qual sucumbiria a justificativa para a reserva hereditária e, por conseguinte, a limitação da autonomia do autor da herança, conformando uma excessiva incursão sobre o núcleo do direito de propriedade (BORGES; DANTAS, 2017, p. 88). Por essa razão, as autoras defendem que a legítima deve ser flexibilizada, subsistindo apenas para proteger os herdeiros vulneráveis, em atenção ao princípio da solidariedade e à igualdade material, ao passo que restará ao testador amplíssima autonomia privada, quando inexistirem sucessores em situação de vulnerabilidade econômica.

Em sua análise, Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 87) adotam a premissa de que a legítima se radica no atual ordenamento jurídico brasileiro através da relatividade do direito de propriedade, da solidariedade e afetividade familiar, assim como o repúdio à liberalidade egoística do testador. Assim, concluem que os aludidos fundamentos, que autorizam a imposição de limites à autonomia privada, sucumbiriam diante da abstração da reserva legitimária, à medida que promovesse a transmissão da herança “a pessoas aptas a garantirem, economicamente, uma vida digna”, porquanto prescindem da tutela do direito sucessório (BORGES; DANTAS, 2017, p. 74).

Por outra perspectiva, Felipe Gomes (2015, p. 109), afeto à ideia da necessidade, apresenta o que denomina de critério “demográfico”, a partir do qual, dentre outros, sustenta a

inconstitucionalidade da sucessão necessária. Nesta senda, aduz à alteração da sociedade brasileira através do processo de urbanização e independência econômica dos membros da família, de modo que não haveria “como regra, grande ligação entre as atividades profissionais dos membros da família, pelo menos nas atividades de onde provêm o sustento do lar” (GOMES, 2015, p. 109). Para o autor, com o ingresso vertiginoso da mulher e dos filhos no mercado de trabalho, a estrutura familiar, na qual o homem desempenha o papel de provedor, não representa a realidade social brasileira. Felipe Gomes destaca ainda o crescimento da expectativa de vida do brasileiro que alterou o perfil do herdeiro descendente, primeiro a ser chamado à sucessão:

Se, no início do século próximo passado, o descendente herdava, em média, ainda criança ou adolescente, a tendência é a de que ele, hoje em dia, seja chamado a herdar já na vida adulta, com três, quatro, cinco décadas de idade, quando já deveria estar com a sua vida patrimonial resolvida e encaminhada por conta própria, sem mais poder contar, desde que tenha condições mínimas para trabalhar, com direito a alimentos (GOMES, 2015, p. 111).

Na presente pesquisa, chegou-se à conclusão de que o instituto da legítima justifica-se através de seu perfil funcional que afeto à solidariedade familiar corrobora à concretização de objetivos constitucionais, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade dos entes familiares e, mais, reverbera a função familiar do direito fundamental à herança. As razões que a justificam não sucumbiram, porquanto ainda vige a ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988, contudo, a superação da estrutura definida no Código de 2002 é latente.

Mister para a legalidade constitucional considerar o sujeito de direito concretamente, o que significa dizer que a partilha do acervo reservado aos herdeiros necessários deve operar-se observando às suas reais necessidades, aspecto notadamente ignorado pela legítima. Nesse passo, importa considerar a idade dos sucessores, haja vista os deveres dos pais “de assistir, criar e educar os filhos menores”, bem como têm os filhos maiores de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”⁷⁰ (BRASIL, 1988). Notadamente, os herdeiros sob estas condições demandam maiores cuidados e, não estranhamente, têm limitadas possibilidades de auferir, por si próprios, o quanto precisam para o seu sustento.

Nesse sentido, Anderson Schreiber e Francisco Viégas (2019, p. 234) asseveram que a igualdade entre os filhos, preconizada pela Constituição de 1988, não é só formal, mas igualmente substancial, de modo que a reserva legitimária dos herdeiros necessários deve assentar-se “sobre uma ideia de proporcionalidade à luz das concretas circunstâncias”, o que,

⁷⁰Art. 229, Constituição Federal. 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. (BRASIL, 1988)

consequentemente, não é possível por meio de uma disciplina rígida, que atribui a cada um dos filhos igual fatia da herança. Para os autores, os interesses de um filho incapaz, por exemplo, deveriam prevalecer sobre outro que não o fosse, o que não afrontaria a igualdade constitucionalmente prevista, tendo em vista a análise funcional da legítima, que revela igualmente o seu fundamento, qual seja, a proteção à família compreendida “como a proteção às necessidades concretas das pessoas que (a) integram”(SCHREIBER; VIÉGAS, 2019, p. 235).

Com efeito, herdeiros em condições desiguais, fazem *jus* a um tratamento díspar, porquanto assim impõe o princípio da igualdade material, o que não deve necessariamente implicar a derrocada dos herdeiros “maiores, capazes e aptos a se sustentar” do rol de beneficiários da reserva legitimária. Segundo Ana Luíza Nevares (2020, p.386), para responder à crítica da neutralidade do direito sucessório brasileiro, “é preciso repensar a sucessão legítima, definindo quais desigualdades entre os sucessores e os bens que integram o monte hereditário serão consideradas relevantes para diferenciações na disciplina da transmissão mortis causa”, juízo cognitivo que deve ser aplicado ao instituto da legítima.

Sendo assim, pertine o entendimento de Raphael Ribeiro acerca do conteúdo da função familiar do direito à herança. O autor afirma que “a função familiar da herança não pressupõe necessariamente incapacidade para o trabalho”, uma vez que o dever constitucional de proteger a pessoa e promover o desenvolvimento de sua personalidade não se restringe aos vulneráveis (RIBEIRO, 2019, p. 259). Por conseguinte, entende legítimo o interesse do sucessor que, capaz de prover o próprio sustento, é beneficiado por fração do acervo hereditário, dentro dos limites da razoabilidade. A transmissão hereditária, ao propiciar aos herdeiros melhores condições de vida, guarda, *a priori*, conformidade com a tábua axiológica da Constituição de 1988, o que se verifica, por exemplo, quando o patrimônio é investido para a obtenção da moradia própria, no aperfeiçoamento profissional, em atividade empresarial, ou ainda quando destinado ao lazer (RIBEIRO, 2019, p. 120).

Desse modo, na presente pesquisa, não se coaduna com o entendimento de que a estrutura legítima para manter-se no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, para cumprir a função à qual se preordena, deve se restringir aos herdeiros em vulnerabilidade econômica, notadamente, porque a funcionalização dos institutos à promoção da dignidade da pessoa humana não prevê qualquer limitação dessa natureza. Outrossim, a capacidade e a qualificação⁷¹ para o labor não

⁷¹ Segundo Vitor Filgueiras (2019, p. 30), o número de pessoas com nível superior que ocupam cargos de técnico tem crescido em termos absolutos e proporcionais no setor privado, o que representa um indicativo de “uso menos produtivo da força de trabalho empregada”.

implicam necessariamente o desenvolvimento de atividade com remuneração suficiente⁷² ao atendimento das necessidades básicas e do sustento familiar, sobretudo no Brasil, onde o desemprego e o subemprego são figuras recorrentes.

Segundo José Dari Krein e Roberto Oliveira (2019, p. 84), desde 2015 até o primeiro semestre de 2019, “a crise econômica provocou uma inflexão substantiva, especialmente com a explosão do desemprego, o crescimento da subocupação, do trabalho por conta própria e da informalidade”. As promessas da reforma trabalhista não se concretizaram; a despeito das novas modalidades de contratação - o trabalho parcial e o intermitente -, que *flexibilizaram*⁷³ diversos direitos trabalhistas, as pesquisas revelam poucas alterações na taxa de desemprego e o crescimento da subocupação, notadamente da informalidade e da ilegalidade⁷⁴. Atualmente, no segundo trimestre de 2021, a taxa de desemprego alcançou o percentual de 14,1%, o que significa 14,4 milhões de desempregados, e a taxa de subutilização 28,6%, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Sendo assim, a aptidão para o trabalho de *per si* não implica a autossuficiência econômica do sucessor, tampouco o exercício de atividade laboral assegura-lhe o mínimo existencial, razão pela qual não deve servir como artifício para julgar desnecessária a reserva legitimária, sobretudo para legitimar a ampla liberdade do testador. O critério demográfico apresentado por Felipe Gomes igualmente não persiste ao confronto com a realidade, notadamente quanto à maioria dos descendentes.

Quanto à progressiva entrada da mulher no mercado de trabalho, impera observar que ainda vige no Brasil a divisão sexual do trabalho na qual ela é responsável pelo cuidados dos filhos e pelo trabalho doméstico, o que a coloca em posição de desigualdade, “com prejuízo da qualidade do emprego e da remuneração obtida” (MONTALI, 2017, p.58). Segundo Lilia Montali (2017, p. 48), as mulheres, sobretudo as cônjuges e chefes de famílias, sofrem severos constrangimentos em sua inserção no mercado de trabalho, com reduzidas taxas de participação e ocupação, e maior propensão a estabelecer vínculos contratuais precários.

Nesse passo, Marilane Teixeira (2017, p. 72) afirma que “o mercado de trabalho ainda preserva características do século passado no que diz respeito à inserção ocupacional das

⁷² Segundo Vitor Filgueiras (2019, p. 32), em estudo de caso realizado em um grande hotel de Itacaré (Ba), 52 trabalhadores intermitentes tiveram, até janeiro de 2019, 55% dos salários abaixo do mínimo, em média, menos de 453 reais.

⁷³ Segundo José Krein e Roberto Oliveira (2019, p. 130), o termo flexibilização trata-se, em verdade, de um eufemismo para o rebaixamento de direitos e precarização das condições de trabalho.

⁷⁴ Nesse sentido, “desde novembro de 2017, todo trimestre móvel tem crescimento entre 370 a 650 mil no número de empregados sem CTPS em comparação ao mesmo trimestre do ano anterior (PNAD)” (FILGUEIRAS, 2019, p. 41)

mulheres, e, como decorrência disto, elas permanecem em atividades produtivas menos valorizadas socialmente e com menores salários”. Explica a autora que os mercados de trabalho, além de econômicas, também são instituições culturais, de modo que os postos de trabalho que homens e mulheres ocupam espelham o papel social que desempenham na sociedade.

Com efeito, embora possa-se reconhecer algumas alterações na economia familiar, com a contribuição da mulher, o quadro social ainda corrobora para que o homem tenha posição de destaque. Sendo assim, tais questões precisam ser consideradas ao repensar a legítima sob o crivo da legalidade constitucional, de modo que não há como superar as falhas que a regra vigente apresenta, quanto à extensão da herança deixada e as necessidades específicas dos beneficiados (a e b), limitando-se à análise de uma vulnerabilidade econômica, enquanto potencialidade para o trabalho, para aferir o montante hereditário razoável e suficiente ao desenvolvimento da personalidade do herdeiro beneficiado.

A abstração da regra disposta no artigo 1.845 do diploma civil também despreza os vínculos reais entre sucedido e sucessor (c), o que significa dizer que permanece radicada sobre a família tradicional situada no eixo da instituição-patrimonialidade, em detrimento das nuances que atualmente apresentadas. Conforme destaca Diego Lima (2019, p. 152), a família sofreu uma alteração em sua conformação social e jurídica, abandonando o caráter institucional e patrimonial, para prestigiar “uma qualificação afetiva, funcional e solidária”. Operou-se, assim, uma ressignificação familiar, que “transmudou a essência da família de um preceito de laços formais para uma relação qualificada pela afetividade de fato” (LIMA, 2019, p. 152).

A Constituição de 1988, promoveu uma revolução na matéria, haja vista que consagrou todas as formas de filiação, a igualdade entre os cônjuges, a pluralidade das formas de constituição de família e, por fim, a ideia de que a proteção da família se dá na pessoa de cada membro que a compõe, o que, portanto, deveria implicar a estruturação da legítima, dado o perfil funcional que apresenta. Nas palavras de Felipe Gomes (2015, p. 105), “confere-se proteção à família, à medida que ela vira o *locus* mais adequado para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros”.

Com os valores introduzidos na Constituição de 1988, a família patriarcal que serviu de modelo à legislação civil brasileira desde a Colônia até boa parte do século XX, entrou em crise, o que se depreende, por exemplo, do reconhecimento das relações monoparentais e da união estável, ratificando, assim, o alargamento do conceito de família. É, portanto, a afetividade a matriz da família atual, de modo que “enquanto houver *affectio* haverá família” (LÔBO, 2011, p. 17). Maria Berenice Dias e Ivone Souza (2007, p. 03) afirmam que “a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora

da proteção do Estado”, o que tem sido observado pelos tribunais, a exemplo do Superior Tribunal Federal, que reconheceu a multiparentalidade, em 2016, e a família homoafetiva em 2010. Desse modo, o reconhecimento jurídico do afeto como elemento das relações de parentalidade e filiação trouxe ao sistema jurídico diversos arranjos familiares que, a despeito de latentes no campo da vida, eram negligenciados pela legislação (DIAS; SOUZA, 2007, p. 4). Nesse sentido, sobressai a família anaparental, a qual se distingue da família nuclear por ser ampliada, à medida que une parentes, consanguíneos ou não, através do vínculo afetivo, sem qualquer nota de sexualidade. A família anaparental pode ser constituída por parentes, biológicos ou socioafetivos, inclusive por amigos, desde que exista identidade de propósitos (MADALENO, 2016, p. 52). Segundo Rolf Madaleno (2016, p.51), “o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede na união estável e na família homossexual, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar”. Há diversos outros arranjos, como a monoparental, pluriparental, mosaico, e muitos porvir, desde que se verifique envolvimento afetivo e a busca pela “felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros”, qualificando o que se entende hoje por família eudemonista (DIAS, 2021, p. 461).

No entanto, o Código Civil de 2002 insistiu em reportar-se à família tradicional, radicada no matrimônio e na prole que dele advém. Embora não tenha discriminados os filhos em legítimos e ilegítimos como o seu antecessor, o modelo familiar pode ser depreendido do rol de herdeiros necessários instituído pelo artigo 1.845, quais sejam, descendentes, os ascendentes e o cônjuge, ao qual foi incluído o companheiro e companheira, por determinação judicial, o que não alcança todos os arranjos familiares. Em outras palavras, a instituição de um rol apriorístico e taxativo dos familiares a serem beneficiados pela reserva legítima, submetidos ao chamamento mediante uma ordem de vocação igualmente formal e abstrata, como a previu o Código Civil de 2002, revela uma estrutura descolada da realidade e, por conseguinte, disfuncional. Não haverá como concretizar o princípio da solidariedade familiar se o patrimônio deixado não alcança a família real do *de cuius*, o que facilmente pode ocorrer nos arranjos sobreditos, notadamente, àqueles fundados unicamente no laço afetivo.

Nesse sentido, Vanessa Souza e Vitor Almeida Jr (2021, p. 10) criticam a identificação dos herdeiros necessários através da abstrata ordem de vocação hereditária que se funda nos graus e classes de parentesco, uma vez “que nem sempre o parente mais próximo, de fato, teve vínculo afetivo robusto com o finado”. Desse modo, a disciplina legal está radicada na estática e tradicional estrutura da família, reproduzindo a “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” (SOUZA; ALMEIDA, 2021, p. 11).

Ana Luiza Nevares (2019, p. 332) evidencia a profusão de divórcios⁷⁵ na atualidade, fator preponderante para a crescente de famílias recompostas que ocorrem quando as pessoas, outrora casadas, constituem novos relacionamentos, com filhos anteriores exclusivos ou comuns. Tal fenômeno pode deflagrar contendas sucessórias, tendo em vista “a possibilidade de o cônjuge sobrevivente herdar bens que vieram da família do primeiro consorte do falecido, em detrimento de seus filhos das primeiras núpcias”, questão que estrutura da legítima não responde a contento (NEVARES, 2019, p. 339). Além disso, a autora evidencia o crescimento da longevidade, o que amplia a “possibilidade de a pré-morte de filhos deixar pais idosos e dependentes que, por não estarem na linha preferencial sucessória, ficarão desprotegidos” (NEVARES, 2019, p. 332).

Sendo assim, há que rechaçar-se a indicação dos herdeiro necessários em *numerus clausus*, assim como a utilização da ordem de vocação prevista no artigo 1.829, a qual, radicada em classes, graus, e linhas, adota cariz formal, por vezes, incompatível com as relações socioafetivas do autor da herança. Para Diego Lima (2019, p. 153), o objetivo protetivo pretendido pela legítima exige que se compreenda o rol do artigo 1.845 “como enumerativo, flexível e sujeito à verificação”, notadamente, quanto à identificação das pessoas que se relacionavam familiarmente com o *de cuius*, independentemente dos laços formais de parentesco, e da ordem de chamamento legalmente prevista.

Ao analisar o instituto da legítima disciplinada no Código Civil de 2002, a partir dos três aspectos que dialogam notadamente com a faticidade - (a) a extensão da herança; (b) as necessidades dos herdeiros e (c) os vínculos reais entre sucedido e sucessor, constata-se a insuficiência da estrutura legalmente prevista, porquanto incapaz de abarcar a realidade contemporânea à qual se reporta. Consequentemente, a função que a legitima e justifica no ordenamento queda-se frustrada, seja por destinar parcela excessiva aos herdeiros ou insuficiente, diante de suas necessidades reais, ou ainda, por excluir aqueles com quem o *de cuius* se relacionava familiarmente, para o que igualmente contribui a adoção da ordem de vocação disciplinada no artigo 1.829 do diploma civil.

As críticas, no entanto, não justificam a sua abolição, extinção do ordenamento jurídico brasileiro, tampouco autorizam a restrição de sua proteção aos familiares vulneráveis, o atingiria de modo injustificado o seu perfil funcional. Estas, em verdade, apenas revelam a

⁷⁵ Nas últimas três décadas (de 1984 a 2014), o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 341,1 mil, com a taxa geral de divórcios passando de 0,44 por mil habitantes na faixa das pessoas com 20 anos ou mais de idade, em 1984, para 2,41 por mil habitantes em 2014” (NEVARES, 2019, p. 332).

superação da estrutura, não do instituto. Nesse sentido, precisa a assertiva de Raphael Ribeiro (2019, p. 164)⁷⁶ ao referir-se exatamente à estruturação da legítima. Ana Luiza Nevares (2019, p. 338) igualmente defende que a reserva legitimária guarda consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, “sendo um instituto que fortalece a unidade familiar, (...), concretizando, assim, a solidariedade constitucional”, embora reconheça a necessidade de flexibilizar a disciplina que lhe conferiu o Código de 2002. Com efeito, a resposta não é simplesmente revogar o instituto, provocando um vácuo normativo sem assegurar um substituto que desempenhe a sua função.

Preconiza Pietro Perlingieri (2002, p. 34) que não basta aludir à importância de tutelar o desenvolvimento da pessoa humana para despatrimonializar o direito civil, é preciso predispor-se à reconstruí-lo, o que não será possível “mediante esquemas inadequados e superados”. Nesta senda, pertine perquirir as possibilidades estruturais de um instituto que se dedica a proteger as pessoas com as quais *de cujus* se relacionava familiarmente.

4.2 Estrutura Possíveis para o Instituto da Legítima

A inoperância da estrutura da legítima vigente no ordenamento jurídico brasileiro não implica a superação do instituto, não só porque a sua função é consentânea ao projeto de sociedade da Constituição de 1988, mas também porque é possível identificar a estrutura necessária à concretização dos interesses tutelados, quais sejam, proteger as pessoas com as quais o autor da herança se relacionava familiarmente, destinando-lhes acervo patrimonial suficiente ao atendimento de suas necessidades e ao livre desenvolvimento de sua dignidade, sem promover a figura do herdeiro rentista. Segundo Pietro Perlingieri (2002, p. 95), uma mesma função realiza-se através de várias estruturas, sendo possível identificar *a priori* a estrutura necessária para cada caso concreto, observando a ordem de interesses que se pretende tutelar.

Sendo assim, impende observar as estruturas assumidas pela legítima em outros sistemas jurídicos, assim como as propostas que estudiosos apresentam com o objetivo de adequá-la à realidade contemporânea e, assim, desempenhar a função que a justifica. Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 86) afirmam que há sistemas jurídicos em que se desconhece a legítima hereditária, sobretudo nos países de tradição da *common law*, embora identifique-se países da

⁷⁶ “(...) acreditamos que o instituto da legítima, como estruturado no Código Civil brasileiro, mostra-se inadequado para atender aos objetivos e valores que a Constituição Federal impõe ao fenômeno sucessório.” (RIBEIRO, 2019, p. 164)

civil law que igualmente não adotam o instituto, a exemplo das principais legislações da América Central, como México e Honduras. Segundo Ana Luiza Nevares (2020, p. 382), a questão acerca da reserva hereditária deflagra de forma recorrente o comparativo entre “os países da *civil law*, que tradicionalmente garantem à família uma quota parte do patrimônio do *de cuius*, com aqueles da *common law*, nos quais, afirma-se, predominaria uma ampla liberdade de testar”. Contudo, adverte a autora que, nestes últimos, a despeito da ampla liberdade testamentária, não é facultado ao autor da herança deixar determinados parentes totalmente desamparados.

Desse modo, Ana Luiza Nevares (2020, p. 383) afirma que, sob a perspectiva do direito comparado, é possível identificar três sistemas quanto à previsão legal da legítima, quais sejam: a) aqueles em que há uma reserva rígida quanto à proporção da herança e aos herdeiros necessários; b) uma reserva hereditária mais dúctil, expressa em um direito de crédito contra a herança e, por fim, c) àqueles em que aprioristicamente inexistente uma reserva hereditária, mas é conferido a determinados familiares o direito de reclamar proteção sucessório quando estiverem desamparados diante das deixas testamentárias. Cuidar-se-á, então, de analisá-los, em que pese a presente pesquisa não tenha a pretensão de apresentar a estrutura mais correta, porquanto se pretendia sobretudo identificar se a legítima ainda deveria persistir no direito brasileiro, ao que se concluiu que sim, não obstante, pertine ratificar que há caminhos outros, passíveis de teste, e alguns, que de antemão, há que se evitar.

A exemplo de países que optaram por uma reserva rígida (a), Ana Luiza Nevares (2020, p. 383) aponta o Brasil, a França e a Bélgica, notadamente de tradição da *civil law*. A partir do estudo comparado de Flávio Tartuce sobre os fundamentos da sucessão legítima, pode-se verificar que os sistemas jurídicos da *civil law* não adotam necessariamente um único limite de indisponibilidade da herança, como optou o legislador brasileiro. Embora não se possa chamá-los de flexíveis, a ponto de merecer classificação diversa, os limites variam conforme a qualidade e a quantidade dos herdeiros.

Em Portugal, a reserva legitimária varia entre $\frac{1}{3}$ (um terço), $\frac{1}{2}$ (um meio) e $\frac{2}{3}$ (dois terços), de acordo com a qualidade e o número de descendentes. Caso haja concorrência entre cônjuge e filho, ou, entre cônjuge e ascendente, será indisponibilizada $\frac{2}{3}$ (dois terços) da herança; “não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais”. Por fim, havendo apenas descendentes sobreviventes, a legítima dos ascendentes será de metade ou de um terço da herança, conforme a proximidade do grau dos sucessíveis. Nota-se que o rol de herdeiros necessários compreende exatamente o cônjuge, os descendentes e os ascendentes (TARTUCE, 2020, p.

127). Na Itália, a legítima é destinada aos a) os filhos; b) os ascendentes; e c) o cônjuge, igualmente variando entre $\frac{1}{3}$ (um terço), $\frac{1}{2}$ (um meio) e $\frac{2}{3}$ (dois terços), a depende de qual e quantos são os sucessores sobreviventes⁷⁷.

Notadamente, a estrutura adotada possibilita um ajuste do *quantum* reservado conforme a quantidade de herdeiros necessários que efetivamente vêm à sucessão, não obstante, desconsidera as reais necessidades dos beneficiários, bem como perpetua o desprezo aos vínculos reais que o sucedido matinha em vida, à medida que adota o modelo familiar tradicional como único parâmetro possível. Assim sendo, qualquer tentativa de reforma que adote técnica legislativa desta natureza, irá perpetuar o direito sucessório brasileiro no lugar de descolamento em que se encontra, alheio à realidade que deveria observar e transformar.

Além destas estruturas, Ana Luiza Nevares (2020, p. 383) identifica uma reserva mais dúctil Alemanha (b), onde “o autor da herança pode dispor de todo o seu patrimônio através do testamento, mas se privar aquele que é considerado herdeiro necessário, este terá um direito de crédito contra a herança”. Neste sistema, a legítima justifica-se enquanto agente de proteção do matrimônio e da família, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Tribunal Constitucional alemão, no entanto, o instituto não é *pars hereditatis*, em verdade, “o herdeiro necessário detém unicamente um direito de crédito em relação àquele que fora beneficiado com a herança” (VALADARES; RODRIGUES JR., 2016, p. 108). Não se avaliam as necessidades dos herdeiros necessários, quais sejam, descendentes, cônjuge e pais. Sintetizam os autores que:

Se apenas houver descendente, a legítima será a metade da herança, dividida igualmente entre as stirpes, e a outra metade será de livre disposição. Havendo concorrência entre filhos e cônjuge, os filhos têm direito a $\frac{3}{8}$ (37,50%) da herança e o cônjuge a $\frac{1}{8}$ (12,50%), que, em suma, significa que entre todos a legítima é a metade da herança e que a outra metade é de livre disposição. Por fim, se concorrerem ascendentes e cônjuge, a legítima também será a metade da herança. Porém, essa metade será distribuída de forma diferente: 25% para o cônjuge e 25% para os parentes de segunda ordem, os ascendentes. Também seria de livre disposição metade da herança (VALADARES; RODRIGUES JR., 2016, p. 109).

⁷⁷ Explica Flávio Tartuce (2020, p. 127) que “ao filho único, como regra geral, é reservada a metade do patrimônio do falecido; em havendo dois filhos ou mais, a reserva é de dois terços do patrimônio (art. 537). Em favor dos ascendentes, a reserva é de um terço dos bens do morto, como regra (art. 538). A respeito do cônjuge, a reserva volta a ser a metade dos bens do de cujus, salvo se houver concurso ou concorrência com os filhos, hipótese em que terá direito a um terço ou um quarto dos bens, a depender da qualificação dos filhos com os quais concorre (arts. 540 e 542 do Código Civil italiano). Como última regra a ser destacada, o art. 544 da norma codificada italiana estabelece que, quando alguém morre sem ter filhos, mas ascendentes e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio e um quarto para os ascendentes.

Embora Ana Luiza Nevares (2020, p. 383) identifique alguma maleabilidade no sistema alemão, porquanto há para o testador maior liberdade de disposição, a definição do crédito permanece sendo conduzida por limites rígidos, variáveis tão somente conforme a ordem dos herdeiros necessários que o perseguem. Em verdade, o que se verifica é um maior prestígio à liberdade testamentária, uma vez que o autor da herança pode, a princípio, dispor de todo o seu patrimônio, ao passo que perpetua a análise abstrata da reserva legitimária, o que não traduziria da melhor maneira, caso transplantado para o direito brasileiro, o perfil funcional da legítima.

Por fim, Ana Luiza Nevares (2020, p. 382) apresenta a Inglaterra, a Irlanda do Norte, a Nova Zelândia e a Austrália enquanto exemplo de países cujos diplomas legais autorizam que determinados familiares, apenas após a abertura da sucessão, pleiteiem perante o Poder Judiciário uma provisão financeira razoável, implicando uma limitação *a posteriori* da liberdade testamentária. Dentre os referidos sistemas, destaca-se a Inglaterra, devido à *Provision for Family and Dependant* prevista no Ato de 1975, o qual é referido por autores, que se dedicam a promover uma releitura do direito sucessório, sob o prisma do direito civil-constitucional, como um caminho possível para a reconstrução da legítima. No sistema jurídico inglês, não há uma legítima regulamentada ou outra reserva legal similar, não obstante, determinadas pessoas próximas ao *de cuius* podem requerer, perante o judiciário, um auxílio financeiro, que será debitado do acervo hereditário (VALADARES; RODRIGUES JR., 2016, p. 109). Têm elegibilidade para reclamar as provisões familiares:

a) cônjuge ou companheiro sobrevivente; b) ex-cônjuge ou ex-companheiro que não tenham estabelecido nova relação; c) um filho do de cuius; d) qualquer pessoa em vista de quem o falecido, em algum momento de sua vida, exerceu a parentalidade, tratando-o como se filho fosse (e.g. enteados); e) um dependente, assim definido como qualquer pessoa que, imediatamente antes da morte do de cuius, estivesse sendo por ele mantida, total ou mesmo parcialmente (LIMA, 2019, p. 174).

Segundo Diego Lima (2019, p. 174), o rol de elegíveis não é taxativo e a figura de dependentes fornece abertura textual para abarcar as relações familiares contemporâneas, de modo que pais, irmãos, netos, relacionamentos homoafetivos, poliamorosos e amigos que coabitam como se familiares fossem poderiam pleitear o auxílio financeiro, uma vez que o critério definitivo seria a existência de uma comportamento familiar entre o requerente e *de cuius*, depreendido da reciprocidade de afetos e cuidados. Além disso, há que se verificar a existência de uma relação financeira assimétrica, na qual o *de cuius* prestava uma contribuição substancial ao requerente, que, por qualquer razão, dependia desta para prover-se. Com efeito, àqueles que apresentem condições de garantir o próprio sustento será negado o auxílio eventualmente pleiteado.

Assim, superadas estas questões - a existência de um relacionamento verdadeiramente familiar e a dependência do requerente - define-se concretamente o que seriam provisões familiares razoáveis. Para tanto, utilizam-se máximas triviais e genéricas, como as necessidades financeiras e a idade do dependente, o tamanho do acervo, as necessidades dos demais dependentes, ou, resumidamente “qualquer outra questão de fato que se considere relevante à determinação do justo e do razoável, inclusive a conduta do dependente e seu modo de relacionar-se com o falecido” (LIMA, 2019, p. 178). Em síntese, o magistrado promove um teste de razoabilidade para encontrar a solução mais adequada ao problema sucessório que lhe é apresentado, o que “se dá argumentativamente a partir de uma ponderação humana, levando-se em conta os acontecimentos relevantes trazidos à apreciação, e não por meio de um juízo robótico ou matemático”(LIMA, 2019, p. 179).

Ao final da análise, uma vez convencido de que o *de cuius* deixou elegível com suporte financeiro insuficiente, o magistrado emitirá ordem de manutenção em seu favor, a qual será suportada pelo acervo hereditário, podendo operar-se de variadas maneiras, conforme melhor atenda às necessidades deste; promovendo, inclusive, promover eventuais modulações nas disposições testamentárias. Para Diego Lima (2019, p. 173), a abertura do procedimento das provisões familiares, que permite o desenvolvimento de uma discussão tópica e retórica, atenta às situações concretas, alinha-se aos anseios de um direito sucessório constitucionalizado.

Similarmente, Raphael Ribeiro (2019, p. 312) compreende, a partir da análise da legislação inglesa, que é possível conferir discricionariedade ao juízo sucessório para encontrar a melhor solução no caso concreto, sem implicar insegurança ou arbitrariedade, notadamente através da previsão de critérios que irão conduzir o exercício do poder judicial. Desse modo, conclui que “o ordenamento jurídico brasileiro não precisa se manter refém de normas sucessórias inflexíveis e abstratas” (RIBEIRO, 2019, p. 312). O autor, conforme adverte, não defende a importação dos critérios adotados pela legislação inglesa, porquanto concebidos para atender à realidade britânica, não obstante, reconhece que *family provision* alguns podem trazer efetivo benefício para o sistema sucessório brasileiro.

Nesse sentido, a introdução da figura do *child of the family*, uma vez que alcança qualquer pessoa que, ainda que não seja filho do *de cuius*, foi por ele tratado como se filho fosse, pode servir ao reconhecimento expresso de direito sucessórios à parentalidade socioafetiva, assim como a figura do *dependant* que importaria “o reconhecimento normativo de que o cuidado e a dependência fazer surgir um vínculo jurídico entre o *de cuius* e determinadas pessoas, vínculo este que, assim como a afetividade, é significativo para fins hereditários”, a exemplo da concubina (RIBEIRO, 2019, p. 308).

Uma breve incursão sobre o funcionamento da legítima em outros sistemas sucessórios ratifica a gama de estruturas que pode assumir e, conseqüentemente, a possibilidade de reformar o instituto positivado no Código Civil de 2002, o que, no entanto, merece estudo específico, dedicado à identificação da estrutura que melhor atende à realidade brasileira e ao projeto de sociedade previsto na Constituição de 1988. No entanto, pode-se, em linha de princípio, reconhecer como acertada a opção por uma estrutura aproximada à *family provision*, flexível e aberta, que permita ao juízo sucessório, diante das circunstâncias do caso concreto, identificar a quota hereditária correspondente às necessidades dos sucessores que se relacionavam familiarmente com o autor da herança.

4.2.1 Projeto de Lei n° 3.799/2019

As discussões acerca do direito sucessório positivado no Código de 2002 não se restringem ao ambiente acadêmico. A partir de breve consulta no sítio eletrônico do Senado Federal é possível identificar inúmeros projetos de lei⁷⁸, que se arvoram a modernizar a matéria sucessória no direito brasileiro, alguns já arquivados sem sucesso, outros ainda em tramitação, dentre os quais pertine destacar o Projeto de Lei n° 3799/2019, que se encontra, desde 08 de agosto de 2019, na relatoria do Senador Antonio Anastasia, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para emissão de relatório.

De autoria da senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), o PL n° 3799/2019 foi desenvolvido em conjunto com a Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e propõe alterações nos quatro títulos que integram o Livro V (“Do Direito das Sucessões”) do Código Civil, além de algumas alterações no Código de Processo Civil. Ao longo da justificativa que acompanha o projeto, destaca-se a necessidade premente de reforma o direito sucessório, que já se verificava desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mas que têm se acentuado com os novos rumos ditados pela jurisprudência e a profusão de questões sem resposta, como a legitimidade sucessória dos filhos socioafetivos. No entanto, quanto à sucessão legal, “propõe-se a manutenção de sistemática similar àquela do Código Civil” (BRASIL, 2019, p. 14), o que já anuncia os poucos avanços no que toca à matéria do presente estudo.

Inicialmente, verifica-se que o Projeto de Lei n° 3799/2019 filia-se à tradição dos países da *civil law*, nos quais a legítima configura-se a partir de limites percentuais fixos, com pouca

⁷⁸ A título de exemplo, têm-se os projetos de lei n° 5.612/2019, n° 118/2010, 449/2009, n° 226/2015.

ou nenhuma variação, conforme a quantidade e a qualidade dos herdeiros. Na pretensa reforma, remanesce a destinação de 50% do acervo hereditário aos herdeiros necessários, cujo rol foi alterado apenas para excluir o cônjuge. Conforme se depreende do artigo 1.850, foi atribuído ao cônjuge e o companheiro à condição de herdeiros facultativos, os quais, assim como os colaterais, são livremente afastados da sucessão, bastando que o testador não os contemple em seu ato de última vontade.

Nesse passo, o projeto atende às frequentes críticas dirigidas à inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários, como previsto no artigo 1.845 do diploma vigente. Estas, de modo geral, repudiam a previsão sob o argumento de estar-se atraindo para o fenômeno sucessório matéria sob a tutela do direito de família, que, por sua vez, já “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” (SOUZA; ALMEIDA JR, 2021, p.11). No entanto, tal arguição, fundada na autonomia do direito sucessório em face do direito de família, antes de preservar a identidade destes ramos privados e a autonomia do testador, serve para perpetuar a ótica individualista no direito sucessório, em latente incompatibilidade com o direito civil constitucional.

Além disso, merece destaque o quanto prevê o §1º do aludido dispositivo, o qual confere ao cônjuge ou companheiro com insuficiência financeira o direito à constituição de capital que assegure a sua subsistência. Busca-se, assim, compensar a exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão legal, conferindo-lhes o direito de “reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência” (BRASIL, 2019, p.15). Entende-se que, dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro não estaria mais assentada no vínculo conjugal, mas, antes, na dependência financeira que estes mantinham em relação ao *de cuius*. Conseqüentemente, o juízo sucessório promoverá uma análise concreta do caso, notadamente, das necessidades dos requerentes e dos demais herdeiros, consubstanciando a conclusão em uma decisão fundamentada, definindo uma quota que “será imputada na legítima dos herdeiros necessários, sendo mantida a quota disponível em sua integralidade” (BRASIL, 2019, p.17).

A alteração tem por fundamento a progressiva igualdade entre homens e mulheres no seio familiar e o ingresso da mulher no mercado de trabalho e necessidade de maior liberdade testamentária, considerando, ainda, o fenômeno nas famílias recompostas e o lugar então assumido pelo consorte sobrevivente. No entanto, conforme já demonstrado, a mulher cônjuge sofre maiores constrangimentos para adentrar ao mercado de trabalho, além de estar mais

suscetível às condições laborais precárias, de modo que a justificativa apresentada não corresponde efetivamente à realidade brasileira. O projeto ainda falha ao insistir na previsão de um rol taxativo de herdeiros necessários, ignorando o fato de que a constituição da família atual, radicada no afeto, perfaz arranjos que transcendem os vínculos sanguíneos e as formalidades cartoriais. Apesar disso, o § 1º do artigo 1.850 anuncia o quão o sistema sucessório brasileiro pode avançar, podendo-se verificar alguma aproximação com a *family provision* inglesa.

Outra inovação de destaque verifica-se no § 1º do art. 1.846, o qual autoriza ao testador destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade. De pórtico, sobressai a adoção da vulnerabilidade enquanto requisito para potencializar a proteção dos descendentes e ascendentes e incluir o cônjuge ou o companheiro. A rigor, o § 2º considera vulnerável a pessoa que apresenta algum impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que implique em “desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2019, p.5). Não se trata simplesmente da vulnerabilidade econômica concebida por Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 74) como um óbice ao próprio sustento. Embora o dispositivo refira-se à integração laboral, igualmente contempla-se outros setores de imprescindível integração da pessoa humana, alargando o conceito das autoras.

Para os idealizadores, trata-se de uma ampliação da liberdade testamentária qualitativa, já que vinculada a características pessoais dos sucessores, ao passo que mantém íntegra a quota disponível. Conforme se depreende da justificativa do Projeto de Lei nº 3799/2019, a motivação para a inserção dos novos dispositivos é “ampliar a liberdade do testador em prol dos herdeiros vulneráveis” (BRASIL, 2019, p. 16). A rigor, não se propôs substancial alteração à estrutura da legítima, haja vista que, além do rol taxativo, persiste consubstanciada em metade da herança, independentemente de quanto efetivamente seria devido para cumprir a função de proteger os herdeiros necessários. Poderia ter-se optado por estrutura similar à da sucessão do cônjuge e companheiro, a qual certamente confere ao juízo maior espaço decisório, no entanto, não fora o quanto proposto, revelando a resistência mesmo dos estudiosos da matéria em remodelar o instituto da legítima.

Apesar de algumas alterações, a divisão dos quinhões persiste radicada na igualdade formal. É o quanto se depreende por exemplo do artigo 1.832, que assegura ao cônjuge ou companheiro sobrevivente quinhão igual, quando em concorrência com os descendentes que sucederem por direito próprio. De igual forma, o artigo 1.837 assegura ao cônjuge ou companheiro, em concorrência com ascendente de primeiro grau, $\frac{1}{3}$ (um terço) da herança, ou

metade, se houver um só ascendente. Notadamente, o projeto alinha-se à tradição dos países da *civil law*, estabelecendo previamente o montante devido a cada herdeiro, sem qualquer possibilidade de adequar a quota hereditária às necessidades reais dos sucessores. Não escapasse, com efeito, à crítica sobre a neutralidade do direito sucessório.

Interessante alteração é proposta no § 2º do artigo 1.836 sobre a sucessão dos ascendentes, o qual extinguiu a referência à linha materna ou paterna, de modo que o monte hereditário será dividido em tantas linhas quanto sejam os pais e mães. A proposta tem por objetivo “compatibilizar a sucessão dos ascendentes à multiparentalidade” (BRASIL, 2019, p. 16). Entretanto, conforme pontua Raphael Ribeiro (2019, p. 307) sobre as benesses da figura da *child of the family*, a ausência de previsão legal expressa que reconheça direitos sucessórios aos parentes por afinidade pode dar azo às correntes mais conservadoras, alinhadas ao critério biológico e formal da filiação. Desse modo, a previsão constante no § 2º do artigo 1.836 restaria insuficiente para tutelar direitos sucessórios em casos de multiparentalidade.

Embora se verifiquem alguns avanços, as relações reais do autor da herança e os demais arranjos familiares persistem negligenciadas, o que se depreende não só do taxativo rol de herdeiros necessários, mas também do fato de que o Projeto de Lei nº 3799/2019 insiste em adotar uma ordem de vocação hereditária formal e abstrata. As poucas alterações propostas à ordem de vocação hereditária⁷⁹ consistiram basicamente em incluir menção expressa ao companheiro supérstite, que assim como o cônjuge, concorrerá com os descendentes e ascendentes independente do regime de bens. Destaque-se a manutenção do artigo 1.836 que determina o chamamento dos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, na falta de descendentes. Desse modo, verifica-se que não há efetiva preocupação em identificar como e com quem o autor da herança se relacionava familiarmente. Outrossim, não se identificam previsões que autorizem ao juízo sucessório proceder a esse tipo de análise. Com efeito, persiste o alinhamento às relações monogâmicas e à família tradicional, em detrimento dos demais arranjos possíveis na contemporaneidade.

O Projeto de Lei nº 3799/2019 ainda altera o artigo 1.848, limitando a incidência da cláusula de inalienabilidade apenas sobre o quanto constitui o patrimônio mínimo do herdeiro. Permite a aposição de cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, independentemente de motivação, e viabiliza a alienação dos bens gravados, mediante autorização judicial, sobretudo quando os gravames se tornam desarrazoados ou caducar a

⁷⁹ Art. 1.829. I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente; III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente; IV - aos colaterais. (BRASIL, 2019)

causa justificadora (BRASIL, 2019). As propostas relativas à clausulação da legítima refletem o espírito que inspira todo o projeto, qual seja, ampliar as prerrogativas do testador. Não causa, portanto, estranheza que a estrutura da legítima não tenha sofrido alterações substanciais. Além disso, consta da justificativa que os temas objeto de altos níveis de litigiosidade e dissenso acadêmico não foram contemplados, o que em muito explica as tímidas alterações propostas ao referido instituto.

5 CONCLUSÃO

A pretensão de intangibilidade e inalterabilidade do direito civil são frágeis sementes de ilusão que não resistiram à ascensão do Estado do Bem-Estar Social e à nova fase do constitucionalismo. Com a edição de constituições de cunho social, cujos valores e princípios passaram a se espriar e informar todo o ordenamento jurídico, revelou-se a suscetibilidade dos institutos do direito privado às transformações sociais, ou seja, destacou-se a sua noção de historicidade e relatividade.

Consequentemente, apenas se reputa válida a análise contextualizada dos institutos jurídicos, dada a variabilidade de sentido que estes podem apresentar conforme se altere a realidade de sua inserção. Trata-se de um dos perfis dos instrumentos jurídicos – a estrutura da realidade - que juntamente com o perfil funcional devem conduzir os estudos da ciência jurídica. O primeiro compreende o modo de funcionamento diante da realidade una e incindível que se apresenta, comungando realidades jurídica, social, econômica, etc. O segundo compreende a função; razão justificadora do instrumento no ordenamento jurídico.

Desse modo, para estudar a legítima no direito brasileiro e os seus fundamentos, é preciso considerar o seu modo de funcionamento e a sua função, em diálogo com a realidade na qual o instituto incide. Nesse sentido, o estudo da origem e desenvolvimento da legítima no direito pátrio revela um caldeamento de aspectos do antigo direito germânico e do direito romano. Do primeiro, apreendeu-se a proeminência da transmissão hereditária entre os consanguíneos, uma vez que se desconhecia o testamento. Do segundo, o prestígio do chefe de família consubstanciado inicialmente em uma ampla liberdade testamentária, que foi paulatinamente reduzida, em prol dos familiares, evidenciando a influência mútua entre germanos e romanos, fruto do período de invasões, e o desenvolvimento de preceitos filosóficos, éticos e morais, como a solidariedade e o dever de fazer o bem.

Com efeito, o instituto da legítima principia no direito brasileiro está radicado em uma reserva hereditária fixa, para os herdeiros mais próximos e consanguíneos, a qual é obtida através de uma operação matemática genérica e abstrata. Assim, na esteira do direito romano-germânico, cuidou-se de preservar, ainda que parcialmente, a vontade do chefe de família, ao passo que se garantiu a proteção e permanência desta instituição; sistemática compatível com o Brasil colonial, onde predominavam os interesses econômicos dos agropecuaristas e comerciantes.

Em oposição aos estudos sociológicos da história primitiva, a doutrina civilista, nessa época, concebia a família enquanto organismo natural formada pelo casal e a prole, unidos pelo

matrimônio e pelos laços de sangue. Nesse sentido, defendia-se que a herança deveria ser deixada aos filhos e aos pais de um homem, como consequência lógica e natural do amor nutridos pelos primeiros e da sacralidade dos segundos, consolidando-se uma aliança entre família e sucessão hereditária. Assim, o instituto da legítima no ordenamento jurídico brasileiro justificava-se, porquanto servia à proteção da família, chefiada pelo pai, titular de um direito de propriedade absoluto, que determinava os rumos desta instituição e de seus membros: sua esposa e os filhos havidos na constância do casamento; os legítimos.

Desde as Ordenações Portuguesas, o instituto em questão sofreu diminutas alterações em sua estrutura legal. Preservou-se um desenho apriorístico, insusceptível à derrogação voluntária e imotivada, que estabelece, em favor de pessoas prévia e formalmente determinadas na lei, uma parcela da herança. Em outras palavras, optou-se por uma legítima consubstanciada em uma parcela fixa e neutra do patrimônio líquido sobre a qual o *de cuius* não detém ingerência, porquanto pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários, salvo em caso de deserdação, quando maculada a dignidade do autor da herança ou de seus familiares, nos termos das hipóteses legais. A quota reservatória é apurada através de cálculo matemático que prioriza a igualdade formal, mas não alcança de forma fidedigna as flutuações patrimoniais, estando passível a incorreções.

No entanto, a referida estrutura que persiste no direito brasileiro deve observar a realidade jurídica que se instaurou no direito civil, após o trânsito do Estado liberal para o Estado social, e o conseqüente influxo de princípios e valores constitucionais. O fenômeno da constitucionalização do direito civil, referida pela doutrina brasileira como uma metodologia, deve ser concebida como um novo modo de pensar o direito civil, que busca a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, objetivando a máxima realização dos valores constitucionais fundamentais. Nesse passo, os institutos privados precisam se justificar constitucionalmente para subsistirem no sistema jurídico pátrio, devendo, portanto, apresentar efeito prático - função social concreta - consentâneo ao escopo constitucional.

Logo, o instituto da legítima deve funcionalizar o projeto de sociedade da Constituição de 1988, sob pena de inevitavelmente ser expurgado do ordenamento jurídico pátrio. A mera reiteração do argumento de que concilia a vontade do autor da herança e a proteção da família não basta para justificar a previsão constante no artigo 1.846 do Código Civil, o qual tornava o instituto válido ao tempo de sua inserção no direito brasileiro. É preciso, antes, que o instituto concorra à concretização de objetivos constitucionais; é este o perfil funcional que autoriza a sua tutela hodierna.

Assim, é preciso considerar que a Constituição de 1988 expressamente tutela o direito à herança, conferindo-lhe a natureza de direito fundamental, para proteger os beneficiários do patrimônio deixado pelo *de cujus* e o autor da herança. O direito à herança tem por função assegurar uma subsistência digna aos herdeiros, principalmente quando dependentes do *de cujus*, promover a dignidade de cada membro da família que se relacionava afetivamente com o autor da herança e corroborar com os interesses da coletividade.

Desse modo, pode-se concluir que a legítima encontra subsídio constitucional, à medida que assegura a posição jurídica de determinados familiares enquanto beneficiários forçados de uma parcela do acervo hereditário, em consonância com o que se denomina de função familiar do direito fundamental à herança, radicada no princípio da solidariedade familiar. Em outras palavras, o perfil funcional da legítima é concretizar o princípio constitucional da solidariedade no campo sucessório, através da proteção de todos os membros da família individualmente considerados, porquanto a todos é devida uma vida digna. É nesses termos que o instituto da legítima, ao ser relido à luz do direito civil constitucional, justifica-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Não deve subsistir, portanto, a discussão quanto à superação do instituto, porquanto corolário ao projeto de sociedade solidária traçado pela Constituição de 1988, sobretudo sem assegurar correlato que cumpra a sua função. Embora em suas origens tenha a legítima servido para conciliar a autonomia privada do autor da herança com o dever de proteger a família, enquanto instituição, não se vislumbra como integrante do perfil funcional da legítima, que lhe é intrínseco e constitui-se como a síntese dos efeitos essenciais, o dever de limitar parcialmente o exercício da liberdade testamentária.

Contudo, a despeito de devidamente justificada, não se pode ignorar que a estrutura conferida pelo Código Civil de 2002 à legítima é inadequada, porquanto desconsidera a realidade contemporânea brasileira, comprometendo a concretização da função à qual o instituto se preordena. A estrutura rígida, genérica e abstrata delineada no diploma civil não considera (a) a extensão da herança; (b) as necessidades dos herdeiros e (c) os vínculos reais entre sucedido e sucessor. Desse modo, pode destinar parcela excessiva ou insuficiente, diante das necessidades reais dos herdeiros, o que não se restringe à uma condição de vulnerabilidade, concebida como inaptidão para o trabalho. Notadamente, porque não somente aos vulneráveis é devida uma vida digna, assim como a mera aptidão abstrata para o trabalho não implica o desempenho de atividade remunerada suficiente ao atendimento das necessidades essenciais, dada a crescente informalidade e o subemprego.

A estrutura delineada pelo legislador ordinário corrobora ainda para a exclusão daqueles com quem o *de cuius* se relacionava familiarmente, uma vez que orienta-se pela ordem de vocação legal, que hierarquiza os familiares em classes e graus, assim como adota o vínculo parental, na identificação dos herdeiros necessários, previstos em um rol taxativo. Desse modo, despreza-se a multiplicidade de arranjos familiares, fundadas sobre o vínculo afetivo, cuja juridicidade foi constitucionalmente reconhecida, deixando-se de tutelar, por exemplo, a família anaparental, composta por tios e sobrinhos, por irmãos, ou ainda por pessoas que sequer guardam vínculo parental.

A despeito disso, a conclusão que se extrai da disfuncionalidade da estrutura da legítima brasileira não justifica a sua abolição do ordenamento jurídico. Revela, em verdade, a superação da estrutura, não do instituto. Assim, o que precisa ser superado é a estrutura rígida e fixa, que define, *a priori*, o quanto é devido e a quem é devido, porquanto não é a única resposta possível, conforme se pode atestar após uma breve incursão sobre o funcionamento da legítima em outros sistemas sucessórios. Há possibilidades estruturais que podem melhor adequar-se à função do instituto e dialogar com a realidade fática.

Nesse sentido, embora demande estudo específico identificar a estrutura que melhor atende à realidade brasileira e à Constituição de 1988, em linha de princípio, tem-se por adequada a *family provision* britânica. Notadamente porque o direito inglês adota uma estrutura flexível e aberta, que permite ao juízo sucessório, diante das circunstâncias do caso concreto, apurar a quota hereditária correspondente às necessidades dos sucessores que se relacionam familiarmente com o autor da herança.

Poderia então o legislador brasileiro inspirar-se em estruturas similares à sobredita ou ainda recobrar os primórdios do instituto no direito romano, notadamente da *querela inofficiosi testamenti*, quando se permitia incursões argumentativas sobre as circunstâncias fáticas dos problemas sucessórios, conduzindo-se, assim, pelo compromisso de adequar a legítima à realidade brasileira contemporânea. Não é, todavia, o que se tem visto, conforme se depreende do Projeto de Lei nº 3799/2019, que propõe substancial alteração à estrutura da legítima. Remanesce a destinação de 50% do acervo hereditário aos herdeiros necessários, cujo rol foi alterado apenas para excluir o cônjuge. Resiste-se, desse modo, a abandonar o limite fixo e neutro que despreza as necessidades reais dos beneficiados, além de insistir na previsão de um rol taxativo de herdeiros necessários, ignorando o fato de que a constituição da família atual, radicada no afeto, perfaz arranjos que transcendem os vínculos sanguíneos e as formalidades cartoriais.

Há, portanto, muito por fazer para adequar a estrutura da legítima brasileira e enfim concretizar a função à qual se preordena. No entanto, expurgá-la do ordenamento jurídico não é a melhor resposta, uma vez que o instituto notadamente se justifica na ordem constitucional vigente, à medida que busca concretizar o princípio da solidariedade e, desse modo, o projeto de sociedade previsto na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em: 8 set. 2021.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direitos das Sucessões**. Salvador: José Luiz da Fonseca Magalhães, 1899.

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, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Notarial do Brasil, Seção São Paulo. Metrôpoles: formalização de testamentos aumenta 134% durante a pandemia de coronavírus. **Metrôpoles**, São Paulo, 21 set. 2020. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20080&filtro=&Data=&lj=1366. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 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. Brasília, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1630421284494&disposition=inlin> Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental 132**. Relator: Ministro Ayres Brito, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Especial 898.060/SC – Repercussão Geral 622**. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de set. de 2016, 24 de ago. de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG**. Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Relator: Min. Roberto Barroso. 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em 26 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1713098/RS**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710000924/recurso-especial-resp-1713098-rs-2015-0207361-7/inteiro-teor-710000928>. Acesso em: 15 set. 2021

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

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia**, Porto Velho, n. 20, p. 28-220, 2009. Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2009-20.pdf#PAGE=28>. Acesso em: 15 set. 2021.

CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Mariangela. Quem são os 40 novos bilionários brasileiros no ranking 2021. **Forbes**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/08/quem-sao-os-40-novos-bilionarios-brasileiros-no-ranking-2021>. Acesso em: 14 nov. 2021.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e da Roma**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2925263.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Para além dos sonogados, o lucro da intervenção em caso de não colação. **Migalhas**, São Paulo, 29. set. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/334014/para-alem-dos-sonogados--o-lucro-da-intervencao-em-caso-de-nao-colacao>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CREDIT SUISSE. Credit Suisse Research Institute. Global Wealth Report 2021. **Credit Suisse**, Zurique, 2021. Disponível em: <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html>. Acesso 12 nov. 2021.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Prolegis**, São Paulo, 26 abr. 2007. Disponível: <https://prolegis.com.br/fam%C3%ADlias-modernas-inter-sec%C3%A7%C3%B5es-do-afeto-e-da-lei/>. Acesso em: 08 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DRUCK, Graça; FILGUEIRAS, Luiz. Política social focalizada e ajuste fiscal: as duas faces do governo Lula. **Revista Katál**, Floniarópolis, v. 10, n. 1, p. 24-34, jan./jun., 2007. Disponível: <https://www.scielo.br/j/rk/a/6QKFWnfPFYdKhX6cnDCSgdP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 set. 2021.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, 59. ed., 05 jun. 2005. Disponível em: <https://editorajc.com.br/redescobrimo-as-fronteiras-do-direito-civil-uma-viagem-na-protECAo-da-dignidade-humana/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Edvaldo Brito (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOZZO, Débora. A busca pela igualdade no direito fundamental de herança: herdeiros reservatários e a colação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 101-122, out./dez. 2015

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desemprego. **IBGE**, Brasília, 2021. Disponível: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php> 06/11/2021. Acesso em: 13 nov. 2021.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. Para além do discurso: impactos efetivos da Reforma nas formas 3 de contratação. *In*: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (org.). **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

KONDER, Carlo Nelson. Desafios da constitucionalização do direito civil. *In*: AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da (org.). **Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas**. Rio de Janeiro: Qhalitymark, 2009.

KONDER, Carlo Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LAFFITTE, Amanda de Oliveira. **A concepção de família na sucessão por morte, leading cases do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de releitura do direito das sucessões**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2018

LIMA, Diego Papini Teixeira. **Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36 n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Sucessões**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: sucessão em geral: sucessão legítima.** atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito intertemporal em matéria sucessória *causa mortis*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MONTALI, LILIA. Mudanças na família, no mercado de trabalho e nos arranjos familiares. In: LEONE, Eugenia Troncoso; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira (org.). **Mundo do trabalho das mulheres: ampliar direitos e promover a igualdade**. São Paulo: Cesit, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das Sucessões. v. 6. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de Família. v. 2. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Bruno Terra de; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NAPPI, M.M.L.; NAPPI, S.C.B.; VALLE, M.D. **Corrosão na interface metal/madeira – análise de elementos metálicos embutidos em diferentes espécies de madeira**. In: Congresso Internacional sobre Patologia e Recuperação de Estruturas (CINPAR), 9. 2013. João Pessoa. Anais. Paraíba, 2013.

NASSIF-PIRES, Luiza; CARDOSO, Luísa, OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. Gênero e raça em evidência durante a pandemia no Brasil: o impacto do Auxílio Emergencial na pobreza e extrema pobreza. **Made centro de pesquisa em macroeconomia das desigualdades (FEA/USP)**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://madeusp.com.br/publicacoes/artigos/genero-e-raca-em-evidencia-durante-a-pandemia-no-brasil-o-impacto-do-auxilio-emergencial-na-pobreza-e-extrema-pobreza/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A vulnerabilidade é um conceito que deve ser levado em conta para a reconfiguração da legítima? In: TEIXEIRA; MENEZES et al. (coord.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas!** São Paulo: Editora Foco, 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. São Paulo: Foco, 2019.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre Sucessão Testamentária**. v. 1. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Colação e sonegados. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. v. 5. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In*: Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoesprivadas/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil - constitucional**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

ROCHA, Patrícia Ferreira. Funcionalização contemporânea do direito à legítima. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANTANA, Lais Calil. Limitações ao instituto da legítima. **Revista de artigos científicos dos alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/pdf/LaisCalilSanta na.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/pdf/LaisCalilSanta%20na.pdf)> Acesso em: 05 jun. 2021.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático**. v. 16. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos Santos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, Funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA Jr., Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. **Pensar**, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson; Viégas, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 19, ano 6, p. 211-250, abr./jun. 2019.

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

TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. **Migalhas**, São Paulo, p. 01-07, jul. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37120488/O_COMPANHEIRO_COMO_HERDEIRO_NECESSARIO. Acesso em: 26 nov. 2021.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de; CHEDIEK, Juliana da Silva Ribeiro Gomes. A aplicação da metodologia do direito civil constitucional na realidade jurídica brasileira: os exemplos do direito de não saber e das famílias simultâneas. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. O que gera e perpetua a segregação, a discriminação e as desigualdades salariais. In: LEONE, Eugenia Troncoso; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira (org.). **Mundo do trabalho das mulheres: ampliar direitos e promover a igualdade**. Secretaria de Políticas do Trabalho e Autonomia Econômica das Mulheres. São Paulo: Cesit, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 141-154, out./ dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, ano 4, n. 4/ ano 5, n. 5, p. 167-175, 2003/2004. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SENADO FEDERAL. **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. A

Consolidação das Instituições. v. 03. p. 01-12. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>. Acesso em: 08 ago. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, 17. 1999. Rio de Janeiro. Anais. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 29 ago./02 set. 1999. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Codigo_civil_chamados_microssistemas_constituicao_fls_0001-0016.p. Acesso em: 10 nov. 2021.

VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no brasil. In: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (coord). **Direito de família e sucessões**. v. 1. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.