

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

IARA PEREIRA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Iara Pereira Ribeiro; Rogério Luiz Nery da Silva; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-244-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O II Encontro Virtual do CONPEDI ocorreu entre os dias 2 a 8 de dezembro de 2020, proporcionando aos pesquisadores da seara jurídica o intercâmbio de conhecimento científico acerca de temas relacionados ao direito das famílias, bem como do direito sucessório.

O CONPEDI é considerado um dos eventos mais relevantes na área da pesquisa científica jurídica de pós graduação, visto que é responsável em viabilizar que os inúmeros programas de mestrado e doutorado apresentem as suas pesquisas acerca de temas atuais e controvertidos.

O grupo de trabalhos “Direito de Família e das Sucessões”, ao qual participamos como coordenadores, contou com a participação de experientes pesquisadores acerca do direito das famílias, bem como do direito sucessório.

Foram discutidos inicialmente vários temas, como por exemplo: a eficácia ou ineficácia da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia da COVID-19; a aplicabilidade do instituto da Tomada de Decisão Apoiada no nosso ordenamento; a violação do direito à imagem das crianças e dos adolescentes, frente as novas tecnologias; as mudanças constitucionais acerca do conceito de família; a aplicabilidade da técnica de constelação familiar nos conflitos oriundos da alienação parental, fenômeno que ocorre rotineiramente devido ao péssimo relacionamento dos pais; o reconhecimento da filiação sócio afetiva de pais homoafetivos; a reserva do patrimônio como uma forma de redimensionar a legítima sob o enfoque da dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento foi analisada a aplicabilidade do princípio da afetividade na Jurisprudência do STF; os aspectos frágeis da memória humana no Direito Processual das Famílias, em especial nas provas dependentes da memória; as mudanças quanto a incapacidade absoluta e a possibilidade de desproteção daqueles que não possuem nenhuma capacidade de exprimir sua vontade; a equiparação da união estável ao casamento; a ausência de previsão legal no tocante aos atos praticados pelo inventariante no curso do inventário

extrajudicial; a judicialização das demandas de vacinação em crianças e adolescentes como a busca pela efetivação do melhor interesse e proteção integral; a análise da (im)possibilidade do filho adotado requerer o reconhecimento da parentalidade biológica.

Posteriormente, foi abordada a diferenciação entre o namoro qualificado e a união estável; o direito ao nome do pai socioafetivo no registro; a evolução da jurisprudência acerca da adoção homoafetiva em nosso país; os efeitos da pandemia no direito sucessório por meio do testamento em tempos de isolamento social e a evolução tecnológica; a análise da reprodução humana assistida enquanto mecanismo de exercício do planejamento familiar; o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução humana assistida post mortem; a responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo e por fim o exame dos aspectos gerais da disciplina normativa da sucessão testamentária.

Deste modo, a partir da seleção dos trabalhos acima elencados, percebe-se a seriedade e o compromisso deste congresso científico em trabalhar temas a respeito dos desafios que as pessoas enfrentam no âmbito do direito de família.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva

Profa. Dra. Iara Pereira Ribeiro

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO REDIMENSIONAMENTO DA LEGÍTIMA.

RESIZING THE LEGITIMATE.

Viviane Toscano Sad ¹
Antônio Carlos Diniz Murta ²

Resumo

A pessoa natural que falece, sem especificar a destinação de seus bens, via testamento, deixa 50% do acervo aos herdeiros necessários. Há discussão se a reserva configura limitação à liberdade de testar, afronta à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada ou, até mesmo, uma restrição ao direito de propriedade daquele que juntou patrimônio. Considerando a duvidosa pertinência disso nos dias atuais é que se questiona o porquê de sua não revisão quando da promulgação do Código Civil vigente. O objetivo do artigo é estudar a origem da reserva do patrimônio do testador para sugerir um redimensionamento da legítima.

Palavras-chave: Direito civil, Direito das sucessões, Sucessão legítima, Autonomia privada, Redimensionamento

Abstract/Resumen/Résumé

The natural person who dies, without specifying the destination of his assets, via a will, leaves 50% of the collection to the necessary heirs. There is debate whether the reserve constitutes a limitation on the freedom to test, affront the dignity of person, private autonomy or, even, a restriction on the property right of those who have gathered assets. Considering the doubtful relevance of this, it is questioned why it wasn't revised when the current Civil Code was enacted. The purpose of the article is to study the origin of the tester's equity reserve to suggest a resizing of it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil right, Succession law, Legitimate succession, Private autonomy, Resizing

¹ Advogada. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito das Famílias. Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC.

² Professor de Direito na Universidade FUMEC. Doutor pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais.

1.INTRODUÇÃO

A morte é um assunto evitado, por vezes tido como tabu pela sociedade brasileira e, certamente, isso justifique o fato de as pessoas não se preocuparem nem planejarem a sucessão, dando destinação específica aos bens que farão parte do patrimônio no *post mortem*.

A Constituição de 1988 especificou, no rol de direitos fundamentais, artigo 5º, XXX, o direito à herança. Mas, coube ao legislador infraconstitucional limitar o montante que caberia aos herdeiros necessários - se e somente se sobreviverem ao falecido.

Desse modo, ninguém, ao testar, pode dispor de mais da metade do seu acervo – considerando-se o valor no ato da disposição- em flagrante proteção aos herdeiros, sob o véu da perpetuação de patrimônio e da solidariedade familiar que deve haver entre as gerações. Isso demonstra transcrição fidedigna de legislações da Coroa portuguesa, já que até os idos de 1916, o Brasil sequer tinha código civil, tomando emprestado conceitos de direito privado das ordenações portuguesas (Afonso de Albuquerque, Manuelinas e Filipinas)

Em razão da dignidade da pessoa humana estar no epicentro das relações jurídicas e, mais, com os novos arranjos sociais e das famílias, não há se considerar apenas o viés patrimonial quando da disposição da última vontade. Seria, com toda *vênia*, uma aniquilação à afetividade, um sepultamento da autodeterminação e a castração da própria liberdade do indivíduo.

Isso posto, o objetivo desse artigo é refletir sobre o motivo da limitação desse quantum e, em última análise, refletir acerca de eventual redução do percentual a ser deixado aos herdeiros necessários.

2.DESENVOLVIMENTO

2.1. O ESCORÇO HISTÓRICO DA HERANÇA NAS CONSTITUIÇÕES PÁTRIAS

O Brasil teve até o momento sete cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

Na Constituição do Império, de 1824, a preocupação da Coroa em relação à sucessão limitava-se ao viés tributário em relação aquele que deixava patrimônio.

Com a carta de 1891, conhecida como Constituição da República, após as amarras com Portugal serem efetivamente desfeitas, a questão sucessória não sofreu alteração substancial no corpo constitucional, bastando aos herdeiros recolhimento do imposto *causa mortis*.

Verifica-se igual tendência nas cartas políticas de 1934, 1937 e 1946, nas quais apenas o aspecto de ato de império (tributação) em relação aos sucessores e à herança eram considerados.

A partir da Constituição de 1967, percebe-se que para além de tributar, a preocupação do Brasil em relação à herança girava em relação ao fato da sucessão de estrangeiro com bens no Brasil, ser ou não realizada no país. (isso porque se a lei do *de cujus* lhes fosse mais favorável, a abertura da sucessão poderia ser feita no exterior – artigo que posteriormente passou a figurar no bojo da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, revogada pela LINDB).

“A sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cujus.” (BRASIL, 1967).

Desta feita, a primeira carta constitucional que, de maneira fática, consignou a herança como direito fundamental foi, sem dúvida alguma, a que ainda está em vigência, desde 1988.

2.2.A HERANÇA NO CÓDIGO CIVIL

Conforme lições de Paulo Nader, a preocupação com o acervo patrimonial é muito antiga, tendo seu primeiro registro histórico no Código Hamurabi, ou seja, 2000 anos antes de Cristo. Nele eram tratadas questões afeitas à sucessão, como é o caso da deserdação.

Os conceitos de propriedade e religião se confundiam e era fundamental que, com a morte daquele que dirigia a família, o culto também perpetuasse.

Na antiguidade, na falta desse *pater familia*, o chefe passava a ser o filho mais velho. Na falta de descendentes do sexo masculino, fazia-se adoção, agregando esse novo membro ao seio daquela família, que não poderia ficar acéfala. A mulher

não podia ser a chefe da família, pois quando se casava, passava a pertencer à família do cônjuge, em um contexto de submissão fático-jurídico-machista-patriarcal, com *toda vênia*.

O professor Nader nos explica, ademais, que:

“para os romanos a morte sem herdeiros constituía desonra. Sob a Lei das XII Tábuas, na falta de descendentes, chamavam-se os agnados colaterais mais próximos à sucessão, a fim de se salvaguardar as cerimônias fúnebres e a exploração agrícola.” (NADER, 2016).

Interessante registro surge no Direito Romano, pois em um primeiro momento, o herdeiro ao aceitar o acervo do falecido, aceitava as dívidas, ainda que essas fossem maiores que o ativo, instituto conhecido como *hereditas damnosa*.

No Brasil, que sofreu grande influência da colônia portuguesa e suas ordenações, notadamente as Filipinas; e é nelas que se tem a ideia insipiente da legítima.

Tanto é assim que o Decreto 463, de 2 de setembro de 1847, é a primeira legislação de que se tem notícia sobre o tema.

É o que pontua Diego Papini Teixeira Lima, em interessante artigo acerca da legítima:

“o reconhecimento da paternidade de filhos naturais era um ato de escolha exclusiva do pai nobre, seja por escritura pública ou testamento. Assim, a partir de 1834, a legítima de uma terça parte passou a ser de observação obrigatória também para os filhos ditos naturais dos nobres.” (LIMA, 2019).

O jurista citado acima registra, mais, que o Código de 1916 reproduziu o decreto 1839, editado em 1907, pelo então Presidente Afonso Pena, no que tange à legítima.

Por fim, o código civil de 2002, trouxe em seu bojo, a questão da reserva patrimonial, no artigo 1789, da qual, *concessa venia*, discorda-se, posto que em rota de colisão frontal com vários importantes princípios - que trataremos no próximo subsequente - como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade e o da função social da herança, etc.

3. UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO À PROPRIEDADE E SUA CORRELAÇÃO COM O DIREITO À SUCESSÃO

Constitui tarefa árdua delimitar um marco para a origem da propriedade. Fato é que nas civilizações antigas, os conceitos de propriedade e solo se fundiam quase que de maneira simbiótica.

A noção da terra como prêmio para aquele que a cultivava ou como mero instrumento de criação de rebanhos para alguns povos era mais importante a ser dono/posseiro da propriedade, independentemente do título que deu origem à propriedade.

Em alguns povos, como os germanos, inclusive, era obrigatória a partilha do que se colhia.

Fustel de Colanges, em seu livro *Cidade Antiga*, nos ensina que:

“A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva. Ora, entre esses deuses e o solo, os homens das épocas mais antigas divisavam uma relação misteriosa. Tomemos, em primeiro lugar, o lar; esse altar é o símbolo da vida sedentária, como o nome bem o indica. Deve ser colocado sobre a terra, e, uma vez construído, não o devem mudar mais de lugar. O deus da família deseja possuir morada fixa; materialmente, é difícil transportar a terra sobre a qual ele brilha; religiosamente, isso é mais difícil ainda, e não é permitido ao homem senão quando é premido pela dura necessidade, expulso por um inimigo, ou se a terra não o puder sustentar por ser estéril. Quando se constrói o lar, é com o pensamento e a esperança de que continue sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem pelo espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo em que dure essa família, e enquanto restar alguém que alimente a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; essa parte da terra torna-se sua, é sua propriedade.” (FUSTEL DE COULANGES, 2007).

A ideia de propriedade se relacionava com a de religião e com a família, propriamente.

Murphy e Nagel, em o *Mito da Propriedade*, trazem um dado interessante sobre a herança nos Estados Unidos:

“(...)em 1998, 1% das residências detinham cerca de 38% da riqueza e os 20% mais ricos detinham 83% do total. As estimativas de qual proporção de riquezas recebidas por herança variam muito, mas a média das estimativas é de 50%. Evidentemente a transmissão da riqueza por herança é uma das principais causas

de desigualdade econômica nesta sociedade que não tem consciência das suas classes.” (NAGEL, 2005).

A desigualdade econômica na sociedade americana tem origem nos bens deixados por herança, principalmente aqueles isentos de tributação.

Complementam os aludidos autores que:

“Mas o direito à herança tomado na segunda acepção da palavra (que é aliás sua acepção própria) como direito ilimitado de receber deve no mínimo ser justificado por argumentos muitíssimos diferentes. A menos que eu esteja completamente enganado, ele hoje se baseia numa concepção obsoleta dos relacionamentos sociais e familiares”. (NAGEL, 2005).

Parece-nos que no Brasil, pelo fato de as grandes fortunas se concentrarem nas mãos de parcela da população mais abastada, há interesse político e blindagem jurídica pela não tributação.

O entrelace que há entre o direito à propriedade e a herança reside no fato de que a segunda nada mais é que um *modus operandi* de transmissão da primeira, ou seja, alguém falece e o direito precisa dar destinação àquele acervo.

4. O CONCEITO DE SUCESSÃO

Não há se falar em sucessão dissociada do conceito de substituição. Se substituir quer dizer ocupar o lugar de alguém, subentende-se que há algo que necessita perpetuação.

Nader, citando o doutrinador Hernandez Gil, pontua que:

“no âmbito do Jus Positum não é verdadeira afirmativa “*mors omnia solvit*” (i. e., “a morte dissolve todas as coisas”), dada a transmissibilidade de direitos. Daí podermos afirmar, que a morte provoca o fim da vida humana, mas juridicamente a transcende.” (NADER, 2016).

Flávio Tartuce, citando José de Oliveira Ascensão, nos ensina que:

“um dos fundamentos do direito das sucessões é dar continuidade a um possível descontinuo causado pela morte, sendo que tal prosseguimento teria, repercussões em algumas esferas: na individual, sob aspecto de que a sucessão transcende ao desaparecimento da existência do autor da herança; sob o olhar do herdeiro, é ele quem dará cabo às vontades do autor da herança; e, ainda, sob o ponto de vista da vida

social, é de se esperar que falecido tenha contraído dívidas, realizado contratos etc. não seria justo frustrar recebimentos por parte de seus credores” (TARTUCE, 2014).

Conclui-se que a sucessão pode se dar por ato *inter vivos* ou por *causa mortis*. O objeto desse artigo se limitará à segunda hipótese.

5. OS TIPOS DE SUCESSÃO

No Brasil, temos dois tipos sucessão: a que decorre de lei (legítima) e a testamentária.

O doutrinador paulista esclarece, ainda, que a sucessão legítima é “aquela que decorre de lei, que enuncia a ordem vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada sucessão *ab intestato* justamente por inexistir testamento. Lado outro, a sucessão testamentária “tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança.” (TARTUCE, 2014).

Em outras palavras, se na legítima é imposta, não havendo liberdade para dispor, na testamentária, o autor da herança pode beneficiar uma ou várias pessoas, em conjunta ou separadamente, fazendo valer sua autonomia privada, privilegiando ou excluindo quem quiser.

6. A LEGÍTIMA E O DIREITO COMPARADO

A função da legítima é a proteção dos interesses da família, abarcando os parentes mais próximos, quais sejam, os filhos, companheiros e ascendentes (caso haja), justificando-se pela solidariedade que deve haver entre eles e, também, pela continuidade da propriedade.

No Brasil, então, fica claro, mediante leitura do Códex civilista que a reserva tem que ser de 50% do patrimônio. Vejamos o disposto no artigo 1846, do Código Civil.

No direito estrangeiro, no entanto, esse quantum não funciona assim. Os Estados Unidos, tendo em vista posição mais liberal, em termos ideológicos, não estabelece um montante para delimitar a legítima. Logo, pode se deixar qualquer valor para quem quiser.

Os países que se norteiam pelo positivismo, como é o caso da Suíça, Uruguai, Espanha, por ex., o conceito de legítima está diretamente ligado às opções políticas, econômicas etc. e do próprio entendimento do que venha a ser família, para

efeito de delimitação do quantum a ser deixado, como em um cálculo variável da legítima.

Em outras palavras, há possibilidade de alteração quantitativa da reserva. O Brasil, de outro lado, optou por um sistema engessado, copiado da Venezuela.

Senão, vejamos a lição de Cristiano Chaves sobre o tema:

“Há países, contudo, como os Estados Unidos da América que, motivados por uma posição ideológica acentuadamente liberalista, não estabelecem restrições decorrentes da legítima, afirmando a absoluta liberdade de disposição patrimonial pelo titular. Na maioria dos países de direito positivo, entretanto, os limites impostos pela legítima variam, a depender do conceito acolhido de família e das opções políticas, sociais e econômicas de cada sistema. É o sistema do cálculo variável da legítima. Essa mutabilidade impõe, consequentemente, uma variação no estabelecimento dos seus confins quantitativos. É o caso da Argentina, Colômbia, Peru, Suíça, Chile, Uruguai, Bolívia e Espanha. Neles, o valor da legítima dependerá da concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes. No caso específico do Brasil (CC, art. 1.846), por sua vez, segue-se o modelo da Venezuela, asseverando que a legítima incide sobre a metade do patrimônio líquido do autor da herança (critério fixo).” (FARIAS, 2017).

Imperioso a revisão desse *quantum*. O instituto a permanecer sob atual visão míope e obsoleta, muito antes de perpetuar propriedade e deixar os herdeiros necessários em suposta condição de dignidade, deixará o testador aviltado.

Por que não adotar o sistema do cálculo variável da legítima deixando o testador reservar entre 10% e 50%?

Sem contar que o direito de sucessões parou no tempo, lamentavelmente. A última grande discussão jurídica que envolve o tema parece ter sido a sucessão do companheiro sob o ponto-de-vista da igualdade em relação ao cônjuge.

O Brasil teve a chance de promover a correção desse instituto quando da promulgação do Código Civil de 2002, mas não o fez, optando por manter o livro de sucessões intacto.

Cumprе esclarecer que no final da década de 80, o Brasil - capitaneado pelos professores doutores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, ambos da UERJ, inspirados na doutrina italiana de Pietro Perlingere - passou a aplicar de maneira mais contundente a teoria do direito civil constitucional.

Em singelas linhas, essa teoria consiste em uma mudança paradigmática através da qual o direito civil é interpretado à luz da Constituição, ou seja, as relações que outrora eram concebidas sob o véu do direito privado, passaram a ter incidência de normas e princípios de ordem pública, notadamente os constitucionais.

Cabe explicar o contexto histórico em que a referida teoria ganhou destaque, que é justamente, no contexto do pós guerra, no qual, boa parte da Europa estava assolada com o término da segunda guerra mundial.

Pode soar óbvia a constatação a que se pretende chegar, mas é muito natural que em um cenário em que direitos fundamentais foram aniquilados, vidas ceifadas e um sem número de incertezas de sorte econômico-política-financeira, se pretendesse garantir via nova metodologia interpretativa, que a constituição prevalecesse sobre as leis ordinárias.

A realidade brasileira, no entanto, era outra, em que pesem as diferenças históricas e contextuais. O Código Civil de 1916 teve vigência por 86 anos (1917 até 2003) e, o Código Civil de 2002, ficou engavetado nas casas legislativas federais, especialmente porque, nessa mesma década de 80, o Brasil estava em processo de “democratização” – ou tentativa de – e a alteração do estatuto civilista naquele momento não era prioritário nem sequer estratégico.

É por isso que é pertinente frisar que chance de alteração houve, mas, novamente, parece-nos que a mudança pretendida limitou-se à retirada dos valores individualistas e privatistas do código de 1916 – com influência inequívoca do Código Civil alemão (BGB), de 1900 e, do *Code Napoléon* de 1804, para conferir, princípios e interpretações constitucionais garantistas, ainda que isso signifique, por vezes, a castração da autonomia privada, como se dá na legítima.

Isso posto, a ressignificação da legítima, *de lege ferenda*, seria a melhor forma de atualização do instituto, como sucedâneo da própria evolução da sociedade.

7. A NATUREZA JURÍDICA DA LEGÍTIMA

Para entender a natureza jurídica da legítima, mister se faz explicar a natureza jurídica da sucessão.

No estudo do direito das coisas, faz-se distinção clara entre bens móveis (passíveis de serem deslocados de um local a outro sem danos), bens imóveis (que não

são deslocados) e os bens aos quais a lei atribui qualidade de imóveis, como é o caso do direito à sucessão aberta nos termos do artigo 80, II, do CC/02, *in verbis*:

*“Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:
I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;
II - o direito à sucessão aberta.”* (Código Civil Brasileiro, 2002)

Outro ponto que diferencia a natureza dos bens móveis dos imóveis reside no formalismo quando da cessão de direitos. Em relação aos móveis, transmitem-se com a simples tradição; quanto aos bens imóveis, exigem-se atos protocolares, como se dá quando da transferência de determinada propriedade, através de escritura pública, registro etc.

Na lição de Pamplona Filho, “a atribuição desta natureza a este direito tem o principal escopo de imprimir formalismo a sua eventual cessão, pois, como se sabe, a circulação dos bens imóveis dá-se de forma muito mais criteriosa e solene.” (GAGLIANO, 2017).

Na medida em que quis o legislador, ao atribuir qualidade de bem imóvel à sucessão aberta, pouco importando a natureza do bem a ser transmitido (móvel ou imóvel), fica inequívoca a intenção de patrimonialização e, é claro, não facilitar a transmissão.

Assim sendo, a legítima, por estar inserida no conjunto sucessões, teria, em tese, natureza patrimonial, financeira etc.

No entanto, não se pode vender os olhos para as novas famílias e seus sucedâneos. Afastar o caráter afetivo das relações nos parece um equívoco. É muito comum os pais, na velhice, serem assistidos por parentes ou amigos próximos - por vezes, com faixa etária parecida- pois os filhos estudam ou trabalham em outros países. Sem contar as situações de internação prolongada em clínicas para melhor idade e congêneres.

Não necessariamente o herdeiro necessário a ser beneficiado com a eventual legítima é aquele que, efetivamente, gozaria da preferência do autor da herança. E se essa pessoa pudesse contemplar a quem quer que seja, diferentemente de um herdeiro necessário, com numerário maior que 50%? Nos parece razoável e digno, com toda vênia. Mas, por ora, vedado, pelo sistema vigente.

O autor Cristiano Chaves nos explica que as relações familiares não podem ser pautadas somente na questão patrimonial, devendo ser valorada a questão da solidariedade, pelo que aventa uma flexibilização do instituto, a saber:

“Ora, as relações familiares contemporâneas são baseadas na solidariedade, sem, necessariamente, uma base exclusiva de transmissão patrimonial. Bem por isso, não havendo qualquer motivo justificável à limitação patrimonial, deve ser possível flexibilizar a legítima, com vistas ao prestígio da autonomia privada. Demais disso, é válido ressaltar que existem formas outras de beneficiar a família sem a necessidade de limitar o patrimônio do titular, pelo simples fato de dispor de determinados familiares.” (FARIAS, 2017).

Tudo isso dito, com objetivo de sustentar a tese do redimensionamento da legítima, é inegável a defesa de sua natureza híbrida, ou seja, o instituto assumiria caráter afetivo-patrimonial.

8. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEGÍTIMA

Dos princípios que norteiam o direito das sucessões, especialmente aqueles afeitos à legítima, merecem destaque: o princípio da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da liberdade de testar, o da autonomia privada e o da função social da herança.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em apertadíssima síntese, entende-se por ocupação de posição de destaque, assumindo verdadeiro protagonismo jurídico. Tudo que ameaçar esse status está passível de ser revisto, reparado, como em um regresso ao *status quo ante*, obviamente, na medida do possível.

O princípio da solidariedade previsto no artigo 3º, I, da Constituição da República de 1988, possui dupla função: de um lado constitui um dos objetivos do Estado brasileiro, e, de outro, norteia as relações jurídicas como um todo, principalmente no contexto do direito de família, em que uns são responsáveis pelos outros.

Contudo, no contexto sucessório, não poderia, em tese, fomentar a leniência entre seus membros. A abjeta cultura do não trabalhar porque já tenho o futuro garantido.

No que diz respeito ao princípio da liberdade de testar, Paulo Lobo enfatiza:

(...) “são atentatórias da legítima expectativa convertida em direito adquirido, quando da abertura da sucessão. A proteção visada pelo testador transforma-se,

frequentemente, em estorvo, antes prejudicando que beneficiando o herdeiro. Essas advertências fortalecem a necessidade de interpretação exigente e restrita da justa causa, imposta pela lei atual. Sob a dimensão constitucional, essas cláusulas limitativas constituem restrição a direitos fundamentais garantidos na Constituição, como o direito de propriedade (art. 5º, XXII), informado pela função social (art. 5º, XXIII), o direito de herança (art. 5º, XXX) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).” (LOBO, 2016).

Pelo princípio da autonomia privada, pode-se dizer que é liberalidade do autor da herança de contemplar seu acervo a quem achar que deva, ou seja, de autorregular-se nos exatos limites que da lei.

O ponto de convergência que há entre o princípio da autonomia privada e da liberdade de testar é justamente esse quantum de 50% reservado à legítima. Assim, o testador tem liberdade e autonomia relativa ao dispor de seu patrimônio.

No que se refere ao princípio da função social da herança entende-se que haverá uma divisão do patrimônio do falecimento entre os herdeiros, de forma a perpetuar a propriedade e a riqueza por ele amealhada.

A leitura conjugada dos pilares acima nos permite chegar à conclusão inequívoca de que a partir do momento em que o legislador limita o quantum que determinada pessoa deve reservar aos seus herdeiros necessários há, em verdade, uma afronta aos comandos neles declinados.

Ora, a lei civil impõe um valor, qual seja, 50%, sem se preocupar com a real autonomia privada do testador. Que liberdade há nisso? Nenhuma.

Desta feita, necessária a revisão do quantum da legítima, para que o testador possa deixar entre 10% e 50%, sob pena de se tornar um instituto que, muito antes de fazer justiça familiar, provoque angústia, disputas e toda sorte de dissabores.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja nobre o intuito do legislador ao propor reserva de 50% do patrimônio àqueles que possuem herdeiros necessários, com finalidade inequívoca de conferir-lhes conforto patrimonial, é de se considerar que, diante dos novos arranjos (e rearranjos) familiares, esse *quantum* não faça mais sentido. Nem sempre se quer beneficiar um consanguíneo ou o companheiro(a).

O direcionamento do acervo deveria ser afetivo e não tão-somente patrimonial. Deveria a lei propor lastro de patrimônio para situações

excepcionalíssimas, como é o caso daqueles que deixam por sucessores menores ou naquelas hipóteses, não menos relevantes, de maiores com necessidades especiais ou cuja capacidade civil restasse prejudicada.

Com todo respeito à parcela da doutrina e da jurisprudência que se posicionam em sentido oposto, a reserva via legítima é uma afronta à ao direito de testar – uma castração ao direito de propriedade - de quem, por vezes, lutou uma vida toda para construir patrimônio. Em outras palavras: é o legislador dizendo ao testador como pode dispor do patrimônio.

A legislação brasileira não só viola a autodeterminação, em flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como, limita a disposição da propriedade, sob o véu da proteção e solidariedade familiar.

Na doutrina, não obstante o tema seja espinhoso, os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho posicionaram de forma contrária à tal reserva. Senão, vejamos:

(...) “de nossa parte, temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência.” GAGLIANO, 2013.

Assim sendo, o redimensionamento da legítima, via alteração legislativa (*de lege ferenda*), como forma de permitir que, na eventualidade de reserva, como ocorre em outras legislações (Suíça, Espanha etc.), o dono do acervo possa dispor de quantia entre 10% e 50% (cálculo variável da legítima), favorecendo a quem quisesse é medida que consagraria de fato (e de direito) a autonomia privada.

Sabedores da cultura normativa intervencionista onde se revelou uma hipertrofia legislativa, em todas as unidades federativas nacionais, seguindo uma tradição histórica portuguesa nessa direção, este trabalho apenas pontua uma hipótese de intervenção do Direito, mormente do direito privado, em especial o civil, no qual confrontado os direitos, constitucionalmente previstos - de propriedade e de herança- poderíamos conciliar suas premissas e objetivos fazendo com que, no caso da estipulação do valor da legítima, quando da lavratura de um testamento, o testador, considerando a afinidade com o herdeiro necessário, pudesse deixar, obedecendo o patamar mínimo de 10%, o que bem entendesse aos seus herdeiros necessários.

O que não se pode conceber é o Estado impor às pessoas, quando do ato de lavrar o seu testamento, que reservem metade de seu suado e valeroso patrimônio

(independente de montante) àquelas pessoas que, apenas, em tese, tenha vínculo afetivo.

Esta cultura legislativa intervencionista, máxima no direito público, se revela também assídua frequentadora do direito civil, escondida em redações mais adequados ao discurso do direito privado, mas, com efeitos absolutamente idênticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jan. 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Brasília, 01 de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 22 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: sucessões**/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 3 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denys. **A Cidade Antiga**. Jean Melville - 2ª ed. - Editora Martin Claret. São Paulo, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. -4. ed.-São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. **Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69802>. Acesso em: 22 mai. 2019.

LOBO, Paulo. **Direito Constitucional à herança, saisine e liberdade de testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade. Os impostos e a justiça**. Marcelo Brandão Cipolla. Editora Martin Fontes. São Paulo, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**/Paulo Nader. 7 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**/Flavio Tartuce. 4ed. rev., atual. e ampl - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.