

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DIEGO PAPINI TEIXEIRA LIMA

RELEITURA CONSTITUCIONAL
DO INSTITUTO JURÍDICO DA LEGÍTIMA

MACEIÓ
2019

DIEGO PAPINI TEIXEIRA LIMA

RELEITURA CONSTITUCIONAL
DO INSTITUTO JURÍDICO DA LEGÍTIMA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas como requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Direito Público no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas. Área de Concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Constitucionalização dos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Querino Mallmann

MACEIÓ
2019

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Bibliotecário: Marcelino de Carvalho

L732r Lima, Diego Papini Teixeira.
Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima / Diego Papini Teixeira
Lima. – 2019.
230 f.

Orientador: Querino Mallmann.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de
Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em
Direito. Maceió, 2019.

Bibliografia: f. 207-230.

1. Direito das sucessões. 2. Constitucionalização. 3. Família. 4. Legítima.
I. Título.

CDU: 347.65



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
MESTRADO EM DIREITO

DIEGO PAPINI TEIXEIRA LIMA



“RELEITURA CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO JURÍDICO DA LEGÍTIMA”

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador (a): Prof. Dr. QUERINO MALLMANN

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Profa. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 22 de maio de 2019.

Ao vô Zé Maria,
referência de uma vida,
que me ensinou e me deixou,
como única herança realmente necessária,
o amor de um agregado familiar...

AGRADECIMENTOS

Heranças verdadeiras são marcas de reconhecimento e gratidão que se perpetuam no espírito de quem as recebe. Esse espaço serve para registrar um agradecimento às pessoas que me transmitiram essas heranças durante a realização do curso, que foram compreensivas em relação às ausências, à ansiedade e aos temores, tornando essa caminhada menos penosa, e que, cada qual a seu modo, foram determinantes para a sua conclusão e para a construção desta dissertação.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Querino Mallmann, pelos ensinamentos, pelo incentivo, pelo apoio e pela disponibilidade; mas, acima de tudo, pela serenidade com que conduziu a orientação, atenuando a experiência por vezes sufocante que o ambiente acadêmico ofereceu.

Agradeço aos componentes da Banca de Qualificação, Prof. Dr. Marcos Ehrhardt e Prof. Dr. José Barros, pelas importantes críticas, sugestões e contribuições apontadas por ocasião do exame, que em muito me auxiliaram no aprimoramento e no correto direcionamento do estudo.

Agradeço à minha FAMÍLIA, em especial aos meus pais, Alexandre e Vanina, à minha esposa, Alessandra, e às minhas filhas, Bettina e Céline, pelo amor, pelo suporte afetivo e pela compreensão em vista de minhas sucessivas e prolongadas ausências.

Agradeço aos meus sócios e irmãos, Olavo, Leonardo e Felipe, pela amizade sempre compreensiva, pela parceria e pelo trato profissional muito bem dirigido, assim como pela paciência, pelo interesse e pelas críticas que me foram direcionadas, essenciais ao melhor aprofundamento do trabalho.

Agradeço ao grupo “Pós 20” pelo enfrentamento aguerrido que apresentou no início do curso, essencial ao merecido acesso aos corredores da academia. E agradeço, sobretudo, ao grupo “Pessoal de Civil” pelo companheirismo, pelo compartilhamento de receios e de alegrias, pela ajuda mútua e pela leveza quase terapêutica da relação, sem a qual a experiência do Mestrado teria sido infinitamente mais árdua.

Se eu conversasse com Deus
Iria lhe perguntar:
Por que é que sofremos tanto
Quando viemos pra cá?
Que dívida é essa
Que a gente tem que morrer pra pagar?

Leandro Gomes de Barros – O Mal e o Sofrimento

RESUMO

Com o objetivo de redimensionar o instituto jurídico da legítima às exigências daquilo que se acredita ser o ambiente da contemporaneidade constitucional, a dissertação encerra uma provocação interdisciplinar envolvendo a conturbada relação havida entre a propriedade, a família e a herança. Num primeiro momento, a pesquisa socorre-se da historiografia social para evidenciar que a origem e o desenvolvimento desses fenômenos ocorreu de forma imbricada, justificando a fixação de regramentos que determinavam a conservação de dada messe patrimonial numa estrutura familiar formal e institucional, projetando-a para além da morte de seus membros. Logo em seguida, demonstra-se que houve uma violenta ruptura desse paradigma na tessitura da pós-modernidade, consolidando-se uma nova formulação social e jurídica da família, o que fez evocar, naturalmente, uma necessidade de reformulação do próprio fenômeno sucessório. Fundado nessa premissa, o trabalho desenha as novas balizas que consagrariam um direito sucessório constitucionalizado, constituindo um relevante alicerce filosófico, jusfundamental, teórico-normativo e metodológico que justificaria a realização de uma releitura de todos os institutos que nele se validam. Finalmente, após apresentar a origem, a evolução e o panorama atual da liberdade de dar e de testar no mundo ocidental, o trabalho evidencia a destruição constitucional do arquetipo taxativo, formal e matemático que qualifica a legítima clássica, propondo a sua substituição por um modelo aberto, fundado no que seriam as “provisões familiares” e as “restrições flexíveis”. Um modelo que prioriza o problema concreto, demanda a realização de incursões fáticas e estimula o emprego da tópica e da retórica, sobrelevando o funcional, o justo e o razoável.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Sucessões; Constitucionalização; Família; Legítima.

ABSTRACT

With the aim of reshaping the forced share institute to the demands of what is believed to be the environment of constitutional contemporaneity, the dissertation concludes an interdisciplinary provocation involving the troubled relationship between property, family and inheritance. At first, the research relies on social historiography to show that the origin and development of these phenomena occurred in an imbricated way, justifying the establishment of rules that determined the conservation of a given estate in a formal and institutional family structure, projecting it beyond the death of its members. Soon after, it is shown that there was a violent rupture of this paradigm in the fabric of postmodernity, consolidating a new social and juridical formulation of the family, which naturally evoked a need to reformulate the succession phenomenon itself. Based on this premise, the work draws the new beacons that would consecrate a constitutionalised inheritance law, constituting a relevant philosophical, fundamental, theoretical-normative and methodological foundation that would justify the re-reading of all the institutes that are validated in it. Finally, after presenting the origin, evolution and current panorama of the freedom of testation in the western world, the work evidences the constitutional destruction of the taxable, formal and mathematical archetype that qualifies the classic forced share, proposing its replacement by an open model, based on what would be "family provisions" and "flexible restraints". A model that prioritizes the problem in concrete, demands the accomplishment of factual incursions and stimulates the use of topics and rhetoric, overtaking the functional, the fair and the reasonable.

KEYWORDS: Inheritance Law; Constitucionalisation; Family; Forced Share.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. RELACIONAMENTO HISTÓRICO ENTRE PROPRIEDADE, FAMÍLIA E SUCESSÃO E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	16
2.1. ORIGEM DA FAMÍLIA, DA PROPRIEDADE PRIVADA E DA SUCESSÃO FAMILIAR	17
2.2. A PRINCIPIOLOGIA DA FAMÍLIA TRADICIONAL BRASILEIRA E A PROJEÇÃO HEREDITÁRIA DE UMA FAMÍLIA PATRIMONIALIZADA: FUNDAMENTOS DE UM DIREITO SUCESSÓRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL	27
2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL, SEUS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUA DISPARIDADE COM O MODELO ATUAL DE SUCESSÃO	33
2.3.1. Ressignificação familiar: da forma ao afeto	36
2.3.2. Repersonalização familiar: da instituição à função	39
2.3.3. Despatrimonialização familiar: do patrimônio à solidariedade	42
3. DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO: ENTRE A LIBERDADE LIBERAL E A SOLIDARIEDADE SOCIAL	46
3.1. CONTEMPLAÇÃO FILOSÓFICA: A ATUALIDADE CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA, PROPRIEDADE E HERANÇA NA TEORIA DE JOHN LOCKE	47
3.2. EMBASAMENTO TEÓRICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA: O QUÊ, PARA QUEM E PARA QUÊ?	57
3.3. PERFIL BIDIMENSIONAL E ANÔMALO DE UM DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO	75
3.3.1. Dimensão proprietária e o caráter patrimonial da sucessão	77
3.3.2. Dimensão familiar e o caráter extrapatrimonial da sucessão	83
3.3.3. Prevalência dos fatos, das pessoas e do problema concreto: derrogação do primado da unidade da herança e fixação da anomalia como premissa funcional	92
4. O INSTITUTO JURÍDICO DA LEGÍTIMA E SUA NECESSÁRIA RELEITURA	102
4.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LEGÍTIMA	103
4.1.1. A origem da legítima	104
4.1.2. Panorama atual da liberdade de dar e de testar no mundo ocidental	115

4.2. A LEGÍTIMA BRASILEIRA.....	127
4.2.1. Consolidação da legítima brasileira	127
4.2.2. Aspectos dogmáticos da legítima	131
4.3. A ORTODOXIA DA LEGÍTIMA BRASILEIRA COMO RESQUÍCIO DE UM DIREITO SUCESSÓRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL	150
4.3.1. Incompatibilidade histórica e sociojurídica.....	151
4.3.2. Incompatibilidade filosófica	154
4.3.3. Incompatibilidade jusfundamental, teórico-normativa e metodológica	156
4.3.4. Consequência de sua incompatibilidade	160
4.4. POR UMA LEGÍTIMA ABERTA: PROVISÕES FAMILIARES, RESTRIÇÕES FLEXÍVEIS E AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DE UM INSTITUTO SUCESSÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR.....	163
4.4.1. Razões iniciais.....	164
4.4.2. Provisões familiares e restrições flexíveis	169
4.4.3. Perspectivas contemporâneas de um instituto sucessório de natureza alimentar	188
5. CONCLUSÃO.....	201
REFERÊNCIAS.....	207

1. INTRODUÇÃO

A ideia de suceder sempre esteve presente nos remotes da história. Era habitual a preocupação com a destinação derradeira de tudo aquilo que se amalhou no curso de uma vida porque havia uma noção generalizada, fomentada sobretudo pela religião e pelos costumes, de que atributos morais e patrimoniais transcendiam a existência mundana dos homens.

Essa transposição metafísica das coisas, calcada no juízo de transferência de posses e de atributos por conta do evento morte, é observada distintamente nas diferentes sociedades que ao longo da história se desenvolveram, em termos de lugar e tempo. Houve as que superlativizaram a importância de um governante, algumas que superestimaram a figura do Estado e outras tantas que se afeiçoaram pela proeminência de uma tribo ou de um clã, cada qual estabelecendo uma respectiva forma de suceder que satisfizesse suas próprias peculiaridades.

A dita sociedade ocidental, densamente influenciada pelos auspícios do pensamento tradicional cristão, idealizou o ambiente familiar como núcleo de perpetuação de idiosincrasias. A família foi eleita como um propósito ideal e institucional no mesmo passo em que o indivíduo se transformou no meio necessário para a sua realização. A individualidade que se exigia em relação aos demais, a rigor, era exercida em nome desse específico grupo familiar, numa conjunção não muito diferente – diríamos até que essencialmente idêntica – ao coletivismo tribalista cogitado por Karl Popper. Nessa medida, tornou-se natural e esperada a imposição de que as pessoas fizessem provisões futuras de natureza patrimonial para os seus relativos, repudiando-se os que agiam contrariamente a esse preceito.

Não para menos, a vinculação entre herança, patrimônio e família logo tornou-se uma questão legal no ocidente moderno, dada a amarração entre Estado e religião que se via e ainda se vê, a despeito da secularmente pronunciada laicidade constitucional. A expectativa de perpetuação da instituição familiar estava intimamente relacionada à própria continuidade do patrimônio que lhe subjazia, de modo que o patrimônio em si suplantava a figura de um único titular para pertencer a uma coletividade familiar pré-moldada pela lei. A família tradicional tinha uma formatação patrimonializada e institucional que postulava a atuação do Estado, atendendo por uma trindade – quase mística – de tradição, família e propriedade.

O instituto jurídico da legítima, tal e qual estabelecido em nosso ordenamento infraconstitucional, figura como uma representação por excelência dessa complexa construção

cultural. Dada a quase irremediável impregnação dessa simbologia tradicional na tessitura normativa brasileira, a legítima passou a ostentar um posto de dogma moral e jurídico, sendo refletida em pouquíssimas críticas literárias da comunidade jurídica, tendo apenas mais recentemente se tornado objeto de enfrentamentos doutrinários.

Trata-se de um bastião do direito civil que combina elementos do direito sucessório e do direito de família para determinar que uma fatia ideal, puramente matemática, de um dado patrimônio pertencente a determinado indivíduo, paradoxalmente, não pertence efetivamente a si, mas a um grupo de indivíduos vinculados pelos entornos de uma estrutura familiar formal e institucional que transcenderia as suas respectivas individualidades, independentemente de suas condições pessoais.

Ao que se tem, essa atual configuração meramente matemática da legítima, indicativa da parcial indisponibilidade de fatia ideal correspondente a 50% (cinquenta por cento) de determinado patrimônio e restritiva do direito de dar e de testar livremente, não possui aprofundado estudo que se ponha a enquadrá-la no panorama jurídico geral a que se acha atualmente submetida. Há em contrário, ao que parece, uma mansa e generalizada aceitação psicológica do dogma, que dizem ser bom, sem abalizada justificativa.

Mas o Brasil contemporâneo, pós-moderno, atravessa uma catarse cultural que, aliando-se a um movimento pluralista e humanizador do direito, vem provocando uma profunda modificação em suas instituições, tendo-se na promulgação da Constituição de 1988 o seu marco simbólico mais proeminente. A partir de então, passou-se a sobrepor as diretrizes constitucionais de matiz mais valorativo e aberto à ortodoxia de uma dogmática hermética e envelhecida.

Isso se fez com ainda mais considerável vigor em matérias que tocam as relações familiares. Rompendo-se definitivamente com a reivindicação jurídica de um modelo de família intransigente, passou-se a fertilizar um ambiente plural atento às individualidades de seus integrantes, contextualizado pela afetividade como elemento principal de coesão e marcado por uma maior funcionalidade e uma menor institucionalidade da entidade. A perspectiva de transcendência patrimonial foi substituída pela prevalência da solidariedade familiar como vetor constitucional dirigente.

A quebra desse paradigma, qualificada pela atual primazia constitucional em detrimento da anterior onipotência da legislatura ordinária, impõe uma necessária releitura dos institutos de Direito Civil, a fim de torná-los consentâneos com essa nova e dinâmica hermenêutica, intimamente associada a um efeito expansivo do espectro constitucional das normas jurídicas. Quer dizer, na medida em que a prospecção da Constituição deixou de ser

meramente figurativa e passou a ser de verdadeira ingerência formal e material, influenciando densamente a validação e a fundamentação das normas jurídicas, as bases que fundamentavam determinados institutos carecem de revisão, cotejando-as aos critérios do modelo constitucional contemporâneo.

Nesse quadrante, dada a histórica e ainda vigente conexão simbiótica entre o direito sucessório e o direito das famílias, e tendo-se observado a consolidação de uma nova formulação social e jurídica de família, fez-se evocar uma nova formulação das bases fundamentais do fenômeno sucessório em si, a exigir, naturalmente, uma necessária releitura do instituto jurídico da legítima, providência a que o presente trabalho se propôs a realizar.

Ou seja, partindo da premissa de que família não mais consiste naquilo que correspondia há 50, 40, 30 ou mesmo 20 anos atrás, e a de que a legítima é um instituto misto de direito sucessório e de direito de família, estabelecemos a hipótese de que a mesma, tal e qual formulada no Código Civil, padece de incompatibilidade com a realidade social e constitucional que se vivencia na atualidade, dado que, a despeito do tanto e do quanto a estrutura social e normativa da família tenha se alterado, similares modificações na estrutura da própria legítima, que deveriam acompanhá-las, não foram observadas.

Nesse sentido, fixamos como objetivo geral do trabalho a análise da influência da constitucionalização do direito privado sobre o direito sucessório e sobre o direito das famílias, e mais propriamente sobre o instituto jurídico da legítima, promovendo-se o confronto desse específico instituto com as grandezas constitucionais que passaram a informar a juridicidade do evento morte na atualidade.

Ademais, estabelecemos os seguintes objetivos específicos: a) avaliar, a partir de uma incursão histórica e principiológica, as alterações observadas na base de caracterização das relações familiares, a fim de demonstrar o deslocamento de seu anterior eixo da instituição-patrimonialidade para o atual eixo da afetividade-solidariedade; b) examinar, a partir do que seria um direito sucessório constitucionalizado, atento a esse novo paradigma familiar, o direito fundamental à herança instituído pela Constituição Federal de 1988 e suas especificidades; c) formular um direito sucessório a partir de uma feição bidimensional, isto é, um direito sucessório cuja constitucionalidade imprime uma observância a duas grandes dimensões de valores individuais e sociais apresentados numa constante tensão ponderativa; d) fixar uma metodologia suficiente para o desate dessa tensão; e) discorrer sobre a origem e a evolução da legítima; f) apresentar os modelos de legítima, ou de institutos congêneres, que vigoram em outros países; g) esboçar as teses doutrinárias que fundamentam a pertinência do modelo clássico de legítima; h) desconstruir o modelo atual de legítima, demonstrando, além

disso, as complicações práticas que envolvem a sua aplicação; i) propor diretrizes gerais do que seria uma legítima remodelada, mais consentânea com as exigências sociais e constitucionais de uma sociedade aberta, justa, livre e solidária; j) alinhar os possíveis caminhos que podem ser seguidos para que uma legítima remodelada seja aplicada no contexto atual do direito brasileiro.

O trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro visa demonstrar o desenvolvimento da relação havida entre propriedade, família e herança, de início nos quadrandes gerais da história, posteriormente na história brasileira moderna, e finalmente no Brasil contemporâneo que se vive. O segundo, valendo-se das conclusões obtidas no primeiro, toma por norte a construção de um direito sucessório constitucionalizado, atento à nova realidade familiar instaurada nos dias de hoje, o que envolve o estabelecimento de novas premissas filosóficas, jusfundamentais, teórico-normativas e metodológicas. O terceiro, mirando nesse já constitucionalizado direito sucessório, a ele enquadra, de forma dirigida, o instituto jurídico da legítima, após evidenciar a sua origem, a sua evolução, o seu panorama no mundo ocidental e o seu funcionamento dogmático no Brasil, após o que são formulados novos paradigmas de sua compreensão.

No intuito de atingir os objetivos propostos, valemo-nos de uma metodologia dedutiva e exploratória, baseada em pesquisa e levantamento da bibliografia doutrinária em geral, como livros, revistas, artigos, teses e dissertações, além de realizarmos uma análise de alguns documentos jurisdicionais, a despeito da parca expressão da temática nos corredores do judiciário. Ademais, com vistas a tornar a problemática explícita e construir hipóteses, e para os efeitos críticos e propositivos do presente trabalho, também utilizamo-nos da via especulativa e de impressões advindas da experiência comum de nosso dia-a-dia.

2. RELACIONAMENTO HISTÓRICO ENTRE PROPRIEDADE, FAMÍLIA E SUCESSÃO E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O sentimento proibitivo de se opinar sobre coisas não evidentes é uma postura milenar que provoca plenitude, relaxamento e conforto mental nos que reconhecem a contingencialidade das especulações racionais¹. É um tipo de proceder que evita uma afirmação meramente provável e possivelmente equivocada a respeito de uma “verdade” ou de uma “certeza” subjacente², na medida em que a afirmação em si não consegue exprimir, como evidência, algo que não seja ela mesma³. No plano do conhecimento, portanto, é inevitável o risco de incorrerem no erro e na ilusão⁴, e reputamos que tal asserção é a que melhor deva permear a consciência dos pesquisadores e das academias do século XXI.

Entretanto, também é certo que não se forma sabedoria nas humanidades para além desta que se faz especulativamente. A palavra, a leitura e a escrita se nos apresentam como as únicas pontes de acesso ao que seria um “conhecimento racional” mais seguro, e seu uso articulado é o que constitui o que seria um direito, uma filosofia ou uma sociologia.

Por outro lado, não se pode descurar da experiência cotidiana, prática, e até mesmo do senso comum, porque neles é que postulamos a correção de uma dada teoria. Mas para admitir essa correção, o pesquisador precisa, inevitavelmente, reconhecer um ponto de partida, ainda que puramente teórico, tido por certo e impassível de falsificação: o paradigma⁵.

Segundo Sertório de Amorim, paradigmas são estruturas de pensamento que se prestam a legitimar procedimentos lógicos e metodológicos que, tão logo estabelecidos, passam a ser adotados “de modo relativamente inconsciente a fim de explicar o mundo e resolver os problemas cotidianos...” e que não são imutáveis, senão frequentemente substituídos por meio de processos que contemplam crises e revoluções⁶.

¹ PEREIRA, Oswaldo Porchat. Rumo ao Ceticismo. São Paulo: UNESP, 2007, p. 75.

² SMITH, Plínio Junqueira. Bayle e o ceticismo antigo. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Volume 48, Número 115, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2007000100015#nt1>. Acesso em 08 out. 2018.

³ A afirmação é atribuída a Górgias de Leontinos, ao dizer: “Mesmo que pudéssemos pensar e conhecer o ser, nós não poderíamos expressar como ele é porque as palavras não conseguem transmitir com veracidade nada que não seja ela mesma.”

⁴ MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. Trad.: Catarian Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000, p. 19.

⁵ SILVA NETO, Sertório de Amorim e. O que é um paradigma?. *Revista de Ciências Humanas, Florianópolis*, vol. 45, n. 2, 2011, pp. 345-354. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/viewFile/2178-4582.2011v45n2p345/22356>>. Acesso em 08 out. 2018.

⁶ Idem.

A presente seção do trabalho, portanto, é um encartado sobre paradigmas: 1. É sobre a fixação do paradigma mais abrangente do próprio trabalho (premissa maior), cuja percepção ressoará como referencial de toda sua extensão; 2. É sobre expor o paradigma da propriedade, da família e da sucessão a partir de uma perspectiva histórica, demonstrando-se que, por terem sido fenômenos de origem imbricada, que se entrelaçaram no tempo, constituiu-se uma consciência geral justificativa da imposição de provisões patrimoniais recíprocas entre membros componentes de cada núcleo familiar; 3. É sobre expor o paradigma principiológico da família tradicional brasileira, evidenciando as razões pelas quais uma projeção hereditária estritamente patrimonial, em nossa modernidade, era algo não apenas sustentável, mas moralmente exigível; 4. Finalmente, é sobre expor a sensível quebra de paradigma pela qual a família pós-moderna brasileira atravessou, do que se viu uma definitiva substituição, em sua formulação fundamental, de seu anterior caráter institucional-patrimonial pelo agora vigente critério da afetividade-solidariedade.

2.1. ORIGEM DA FAMÍLIA, DA PROPRIEDADE PRIVADA E DA SUCESSÃO FAMILIAR

A tradição da propriedade privada – quer dizer, a constituição de um princípio sociocultural e jurídico que atribui legitimidade e deferência ao ato de se apropriar individualmente de bens – nos remete a um passado longínquo, a despeito de não existir precisão milimétrica sobre os meandros de sua verdadeira procedência. É relativamente consensual entre os que sobre ela se debruçam, contudo, que a origem da propriedade possui uma estreita ligação com a origem da própria família, tratando-se de afirmativa mais ou menos indene a fortes ideologismos, na medida em que renomados autores de estratos ideológicos antagônicos, como Hans-Hermann Hoppe⁷ e Friedrich Engels⁸, compartilham dessa mesma visão, ainda que elaborem assertivas e conclusões variadas e não necessariamente convergentes.

Com efeito, o entrelaçamento entre propriedade e família parece ter sido de tamanha magnitude que fez provocar uma consolidação, na consciência geral do mundo ocidental, de uma mística velada; de uma reminiscência mental sugestiva de que a transmissão de posses à prole, ao núcleo familiar, às gerações posteriores, constituiria algo inseparável da perspectiva

⁷ HOPPE, Hans-Hermann. Uma breve história do homem: progresso e declínio. Trad.: Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2018, Livro Digital.

⁸ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

de perpetuação da própria família; consciência que subsistiu quase ileso, inclusive, às mais diversas crises sociopolíticas que subverteram a lógica da propriedade privada e fizeram-na sucumbir às amarras de governos totalitários e de governantes tiranos⁹.

É possível haver alguma medida de idealismo nessas considerações, mas o que se quer deixar posto como premissa inicial é que, definitivamente, há uma evidência histórica da existência de um relacionamento simbiótico entre esses dois fenômenos. Mas como e por quais razões se deu esse entrelaçamento?

Segundo Hoppe, no primeiro lugar da história, apõe-se relevância a um tipo de “superação”, pelos povos antigos, de uma cultura tribal extremamente belicosa e “parasitária”, no sentido de terem sido apenas caçadoras e coletoras, e não produtoras de alimentos. Em dado momento, possivelmente influenciados por algum desacerto genético que envolveu uma melhora significativa na capacidade humana de linguagem, de inovação e de aprendizagem, os primevos substituíram essa cultura por uma medida de fixação geográfica, de proliferação da agricultura e de intensificação da divisão e organização do trabalho¹⁰.

Engels qualifica esse período primitivo como de estado selvagem¹¹, subdividindo-o em três fases distintas, cronologicamente dispostas para demonstrar uma evolução cadenciada da organização do homem, e que indicariam passos sucessivos à formatação de uma ordem social fundada em associações familiares.

Nele, ainda que se reconhecesse a posse privada de determinados instrumentos (num sentido frívolo, desimportante), a sociedade ancestral era comparativamente igualitária, dado que a vida nômade não permitia uma acumulação de bens, comportando pouquíssimas posses mesmo em favor de um todo comunitário¹². Ou seja, aos nômades não havia qualquer serventia funcional no estabelecimento de um sistema de reconhecimento e de legitimação de propriedades particulares, porque essa medida era inservível ao modo de vida da época, caracterizado, sobretudo, por um incipiente domínio de técnicas de caça, pesca, de articulação da linguagem e de uso do fogo¹³.

Dessa forma, era absolutamente inócuo que eles se reconhecessem donos individuais de parcelas de terra, porque semelhante prestígio não se lhes incrementaria qualidade de vida, já que o nomadismo era um de seus atributos mais proeminentes. A ideia de apropriação de

⁹ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 91.

¹⁰ HOPPE, Hans-Hermann. Uma breve história do homem: progresso e declínio. Trad.: Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2018, Livro Digital.

¹¹ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 22.

¹² HOPPE, Hans-Hermann. Op. Cit., Livro Digital.

¹³ ENGELS, Friedrich. Op. Cit., p. 23.

produtos da natureza, portanto, era imediatista, apenas dirigida à satisfação de suas necessidades mais instintivas.

Tornando-se – a sociedade – menos tribal e menos nômade, desenvolveu-se uma paulatina necessidade de apropriação de parcelas de terra para o cultivo e para criação de bichos, gerando-se uma maior eficiência na produtividade e algum refreamento no grande problema da subsistência humana que decorria do geométrico crescimento populacional da época, ainda que de certa forma, com tais providências, tenha-se propiciado um ainda maior aumento na taxa de crescimento populacional¹⁴.

No que seria a barbárie engelian¹⁵, observava-se uma formatação social de complexidade apenas mediana, calcada nos entornos da agricultura e da domesticação de animais a partir da elaboração de instrumentos de minério e pedra. No entanto, dado o aumento exponencial dos meios de subsistência provocados pelo domínio dessas técnicas, incrementou-se tanto o contingente quanto a densidade centralizada de pessoas. Com isso, os homens passaram a se reunir sob uma direção central de parcelas de terra intensamente povoadas, constituindo um tipo de “propriedade coletiva” (um grande lar unificado) que não comportava uma ideia genuína que se tem de “sucessão” proprietária, porque “passando os indivíduos, substituindo-se os chefes, mantinham-se, entretanto, debaixo do poder da collectividade, o solo, os campos e os rebanhos”¹⁶.

Todavia, foi nesse passo de aglomeração, em atenção a um problema de excesso de crescimento populacional, que a sociedade passou a organizar-se em famílias, instituídas como microgrupos de cooperação pacífica e recíproca de racionalização e divisão de trabalho¹⁷. Algo tido por Mises¹⁸ como uma peculiaridade verticalmente distinta daquilo que ocorria nas sociedades anteriores, e sobretudo em relação às demais espécies animais, cuja atuação se dava de forma exclusivamente instintiva, marcada, sobretudo, pela sexualidade, sem a fortificação de relações sociais.

A família, portanto, teria sido fruto da razão, do pensamento, do planejamento e da ação¹⁹. Houve um propósito subjacente à sua formação fundado no reconhecimento de que a cooperação que dela decorria era muito mais produtiva de que as iniciativas isoladas e

¹⁴ HOPPE, Hans-Hermann. Uma breve história do homem: progresso e declínio. Trad.: Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2018, Livro Digital.

¹⁵ ENGELS, Friedrich. Op. Cit., p. 25.

¹⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Elementos de direito das sucessões: exposição doutrinária do livro IV da parte especial do Código Civil. Rio de Janeiro: Typog. Do Jornal do Commercio, 1929, p. 22.

¹⁷ HOPPE, Hans-Hermann. Op. Cit., Livro Digital.

¹⁸ MISES, Ludwig von. Ação humana: um tratado de economia. Trad.: Donald Stewart Jr. 3.1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 208-209.

¹⁹ Ibidem, p. 209.

autossuficientes²⁰. Nesse sentido, as designações (“pai”, “mãe”, “filho”, “irmão”, etc.) constituídas a partir de uma organização nuclear de pessoas, fundada em sistemas de parentesco dos mais diversos²¹, não assumiam uma função meramente honorífica. Ao revés, “implicavam em sérios deveres recíprocos, perfeitamente definidos²²”, fato que os aproximava muito mais de uma estrutura operacional de subsistência e de produção de bens e serviços de que de um meio de aglutinação afetiva, daquele modo que percebemos a família na atualidade.

Por outro lado, a instituição da família também “privatizou” a “administração” da prole, querendo-se com isso dizer, conforme afirmava Thomas Malthus²³, que passou a ser dos respectivos ascendentes a responsabilidade pelo sustento de seus próprios descendentes, daí já estabelecendo uma consciência social de orientação ao crescimento populacional. Desse modo, a desgraça do excesso de descendentes recairia apenas ao âmbito de responsabilidades de seu específico núcleo familiar.

O esmaecimento do modelo tribal e a instalação da família como epicentro da organização social provocou a substituição de um único lar unificado por vários lares independentes, o que fez constituir “várias terras privadas”. O “comunismo tribal” foi substituído por uma medida rudimentar de “individualismo”, qualificada por um certo “comunismo familiar”²⁴.

Os lares, agora independentes entre si, passaram a ter “rendimentos sociais” não equiparados ao anterior modelo igualitarista, mas arregimentados na ideia de que o resultado que cada qual produzia economicamente, a partir do investimento quantitativo e qualitativo de seu próprio trabalho e de sua própria propriedade, pertenceria singularmente a cada lar, e não mais a um coletivo tribal²⁵. Isso fez incutir, e sucessivamente transmitir às gerações posteriores, a perspectiva não só de que pessoas têm uma “potência individual” de se apropriarem de coisas, objetos e bens, mas de que tal proceder destina-se, a rigor, a uma

²⁰ HOPPE, Hans-Hermann. Uma breve história do homem: progresso e declínio. Trad.: Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM Editora, 2018, Livro Digital.

²¹ Engels destina grande parte de sua obra à explicação particularizada sobre os mais diversos sistemas de parentesco que marcaram a história da humanidade. Entendemos que as suas explicações não são absolutamente necessárias à compreensão do vínculo existente entre propriedade e família, daí porque resolvemos não imiscuir-nos a essas questões mais específicas.

²² ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 29.

²³ MALTHUS, Thomas. An essay on the principle of population. Disponível em: <<https://wwnorton.com/college/history/america-essential-learning/docs/TMalthus-Population-1798.pdf>>. Acesso em 08 out. 2018.

HOPPE, Hans-Hermann. Op. Cit., Livro Digital.

²⁵ Idem.

medida de incremento patrimonial de cada família, e não de um sujeito individualmente considerado.

A íntima associação entre família e propriedade tornava-se indelével na consciência dos sujeitos, estabelecendo um vínculo transcendental de que as apropriações privadas exercem – ou devem exercer – um papel socializador em função de um núcleo familiar específico, marcado por uma emblemática ortodoxia em termos de organização de cargos e de funções. Esse teria sido o germe da civilização de Friederich Engels:

E, quando a propriedade privada se sobrepôs à propriedade coletiva, quando os interesses da transmissão por herança fizeram nascer a preponderância do direito paterno e da monogamia, o matrimônio começou a depender inteiramente de considerações econômicas. Desaparece a forma de matrimônio por compra, mas, em essência, continua sendo praticado cada vez mais, e de modo que não só a mulher tem seu preço, como também o homem, embora não segundo suas qualidades pessoais e sim conforme a importância de seus bens²⁶.

Não por menos, a relação de reciprocidade entre família, propriedade e herança chega a ser apontada, no contexto do discurso do materialismo histórico de viés marxista, tanto como o fator responsável pela geração de riquezas da sociedade ocidental quanto como o elemento preponderante causador do que seriam os “antagonismos de classe”. A miscigenação entre esses fenômenos, assim, é abordada, ao mesmo tempo, como a força motriz e a derrocada moral de uma comunidade, dado que ambos expressariam uma engenharia social fundada apenas na produtividade e na transmissão de bens e de pessoas²⁷.

Isto é, a ordem social, a rigor, estaria sendo norteada pela produção de artigos de subsistência (alimentos, habitação, meios de produção, etc.) e pela produção de pessoas humanas como medidas prospectivas de continuação da espécie. E a qualidade dessa sociedade estaria vinculada a uma estrutura fundada em laços de parentesco, fator diretamente responsável pelo aumento contingencial da produtividade (de bens e de pessoas) e pela delimitação dos aspectos essenciais da propriedade privada, em vista do estabelecimento espontâneo de uma política de trocas gerada em razão do acúmulo de riquezas²⁸.

Nesse sentido, as provisões patrimoniais para além da morte passaram a exercer um importante papel de aglutinação e perpetuação dessa estrutura social, no que seria uma forma embrionária de herança e de hereditariedade, ainda que fundada em critérios que hoje nos pareceriam bastante heterodoxos. Veja-se a dicção de Engels ao discorrer sobre o que teria

²⁶ ENGELS, Friederich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 86.

²⁷ *Ibidem*, p. 2.

²⁸ *Idem*.

sido a gens²⁹ iorquesa (embasada na vivência dos indígenas norte-americanos, mas que, segundo o escritor, seria comum à passagem da barbárie à civilização de todas as gentes conhecidas, inclusive dos gregos e dos romanos³⁰):

A propriedade dos que faleciam passavam aos demais membros da gens, pois não devia sair dela. Dado o montante reduzido do que um iorquês pudesse deixar por sua morte, a herança era dividida entre os parentes gentílicos mais próximos, quer dizer, entre seus irmãos e irmãs carnis, e o irmão de sua mãe, se o defunto era homem; e se era mulher, entre seus filhos e irmãs carnis, excluídos os irmãos da falecida.³¹

O reconhecimento de um mútuo “direito à herança” também se infiltrava nos fundamentos da gens grega³² e da gens romana³³, formas elementares de organização que teriam precedido à gênese do Estado e do modo de vida ocidental. Aqui, a impositividade da transmissão de haveres hereditários de pais a filhos representava a eternização conjuntural de riquezas no seio da família³⁴, providência entendida como necessária e, por isso, insuscetível de derrogação por vontades circunstanciais, garantindo-se que a sociedade, em termos patrimoniais, fosse atomizada apenas até o limite da estrutura familiar, e não dos indivíduos que a compunham.

Tanto que, no processo inicial de complexificação das sociedades gregas e romanas, ocasião em que as mesmas passaram a venerar fortemente questões de natureza religiosa, considerava-se apenas o tipo de propriedade denominado “familiar”, inexistindo-se um conceito de propriedade “individual”³⁵. A propriedade, portanto, era uma extensão do “culto doméstico” e a sucessão obituária não significava propriamente uma transmissão de bens entre pessoas, mas apenas uma substituição do condutor dos cultos – em regra, o filho mais velho, através do “direito de primogenitura” – que passaria a exercer a função de autoridade familiar. Porque, segundo Fustel de Coulanges, não se cogitava a aquisição de propriedade isolada do culto, assim como não se concebia o culto fora da propriedade³⁶.

²⁹ Gens, para Engels, representaria algo como um arcabouço pré-familiar, ou mesmo algum tipo de instituto assemelhado à família, que caracterizava a organização dos povos anteriormente à idealização de um Estado. Seria uma forma de organização, baseada em laços de parentesco, que teria qualificado quase que a integralidade da história dos povos no mundo, ou pelo menos do que hoje denominaríamos de mundo ocidental.

³⁰ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 110.

³¹ Ibidem, p. 95.

³² Ibidem, p. 110.

³³ Ibidem, p. 134.

³⁴ Ibidem, p. 119.

³⁵ SALU, Renata Ramos. Efetivação do direito à herança. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 38.

³⁶ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Trad.: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 94.

Tamanha era essa reverência religiosa que a “propriedade familiar”, dada a sua origem transcendental, tinha-se por absoluta e inalienável por atos de vontade³⁷. Isso representava, a um só tempo: a indivisão e a indisposição do patrimônio, a indivisão e a indisposição das relações familiares³⁸ e a perpetuação metafísica desse “culto doméstico”, indicando-se que “a propriedade devia permanecer na família à qual a religião a havia ligado³⁹”. Esse fator determinava, inclusive, que aos filhos “varões” sequer cabia aceitar ou repudiar uma herança, porque a transmissão do encargo seria uma obrigação, e não uma faculdade⁴⁰. Esse filho, pois, era herdeiro necessário – heres necessarius – porque a continuação da propriedade, como a do culto doméstico, era, para ele, de pleno direito e de plena obrigação⁴¹.

A lucidez de Platão, em seu Tratado das Leis, sedimenta a completa ausência de um reconhecimento social, nesse período, de uma “livre e individual disposição” de propriedade tanto quanto de um “direito individual de testar livremente”. Por sua forma dialógica, muito particular em seus escritos, Platão estabelece uma conversação entre Clínius e um legislador ateniense, invocando uma situação hipotética em que dado indivíduo, em seu leito de morte, reclamaria ao legislador referido a faculdade de testar livremente:

Ó deuses! Que monstruosa indignidade será se não me for permitido em absoluto dar, ou não dar, minhas próprias coisas a quem quer que eu queira... e mais para um, menos para outro, dependendo de quanto se revelam bons ou maus comigo, quando foram fartamente testados em momentos de doença, de mazelas da velhice e outros acontecimentos de toda ordem.⁴²

Todavia, o legislador ateniense prontamente o contesta:

(...) Assim eu, como legislador, estabeleço esta regra: que tanto vós mesmos quanto esses vossos bens não vos pertencem mas à totalidade de vossa família, vossa raça, passada e futura, e mais verdadeiramente ainda que toda vossa raça e vossos bens pertencem ao Estado; e assim sendo eu, deliberadamente, não consentirei que alguém vos persuada a fazer um testamento contrário ao que é melhor, bajulando-vos e vos induzindo em vossa aflição causada pela enfermidade ou a velhice; preferirei legislar com uma visão que favoreça vossa própria raça e Estado, estimando com justiça a secundária importância do interesse individual⁴³.

A conhecida repulsa de Platão ao individualismo inibiu-lhe de creditar legitimidade – e certamente influenciar os auspícios da sociedade nesse sentido – a um direito individual de testar; ou apenas reconhecê-lo numa medida que o tornava tão desimportante quanto impraticável. Daí porque, ligada à família, entendia-se que a propriedade se transmitia aos

³⁷ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Trad.: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 59.

³⁸ Ibidem, p. 73.

³⁹ Ibidem, p. 69.

⁴⁰ SALU, Renata Ramos. Efetivação do direito à herança. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 39.

⁴¹ COULANGES, Op. Cit., p. 62.

⁴² PLATÃO. As leis (incluindo epinomis). 2 ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 449.

⁴³ Ibidem, p.450.

vivos não de acordo com a escolha do morto, mas em virtude de regras supraindividuais que a religião havia estipulado como moralmente mais corretas⁴⁴.

Esses antigos, de forma geral, não conheciam a liberdade de uma vida particular, porque a pessoa em si valia quase nada diante da autoridade da religião. E, como suas leis correspondiam precisamente às crenças das gerações anteriores, fazer testamento significaria uma sórdida ruptura com essa ordem religiosa de transmissão da propriedade e do próprio culto doméstico⁴⁵.

Contudo, por alguma razão histórica ainda pouco esclarecida (talvez porque não haja, de fato, esclarecimento algum a se fazer, admitindo-se ter se tratado apenas de um fato oriundo das contingências da organização dos homens), passou a existir uma progressiva dissociação entre lei e religião na Roma antiga, atrelada a uma considerável transformação social que fez lastrear a promulgação da Lex Duodecim Tabularum (Lei das Doze Tábuas), deixando, o direito, de ser sagrado e misterioso. E apesar de não ter rompido integralmente com as práticas antigas, foi nessa ocasião histórica que foi inserida a noção, ainda embrionária, de que a propriedade seria um fenômeno individual, e não mais essencialmente familiar⁴⁶.

O documento sacralizava e protegia determinados direitos “individuais” dos cidadãos, dentre os quais a propriedade⁴⁷ e o direito do homem de dispor de seus bens por testamento. Conquanto não fosse ilimitado, a conjunção desses direitos era considerada absoluta, porque se opunha não apenas ao Estado, mas também a todos os demais cidadãos (dizendo-os *erga omnes*), perpétuo e incondicional, dado não se submeter a qualquer premissa de tempo ou a qualquer condição eficaz⁴⁸.

Essa perspectiva foi relativizada no final da república romana, com a introdução da *querella inofficiosi testamenti* – forma de impugnação do testamento fundada na falta do dever de respeito e/ou piedade do testador em relação a seus familiares próximos⁴⁹. Por meio dela, o testador obrigava-se a submeter ao crivo do poder público as razões que o motivaram a não contemplar determinados familiares em seu testamento, com o objetivo de se avaliar se as

⁴⁴ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Trad.: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 69.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 165.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 7.

⁴⁸ CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Virtualbooks, 2003, p. 12.

⁴⁹ PRETTO, Cristiano. Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015, p. 25.

mesmas haviam sido “justas” ou não⁵⁰. Contudo, caso o testador desejasse contornar esse possível questionamento, evitando a anulação de seu testamento, deveria garantir a todos os seus herdeiros mais próximos uma porção de seus bens, cuja quantidade era originalmente indeterminada. Teve-se aí, portanto, o início da restrição pública à liberdade de testar e a instituição do que ficara denominado de “porção legítima”⁵¹, mantendo-se, de todo modo, a importância social do ato testamentário, que agora passava a se inspirar nessas profundas transformações familiares, especialmente fundadas nas filosofias helênicas⁵².

Ainda que tenha havido algum desfalecimento das marcas mais liberais do direito de propriedade desde então, e sobretudo com o advento do posterior feudalismo da Idade Média⁵³, sua intransigência na consciência coletiva era um fator absolutamente impeditivo de seu fenecimento. Com efeito, em que pese sua incontornável submissão a regimes absolutistas, a população demandava o reconhecimento⁵⁴ da propriedade privada pelos monarcas, o que provocou na Inglaterra, por exemplo, a lavratura da Magna Charta Libertatum pelo rei João Sem Terra, face a pressões populares que tivera de suportar. E nela constava expressamente não apenas o direito de testar livremente, mas a transmissibilidade do patrimônio a “familiares e amigos mais próximos” caso o indivíduo viesse a falecer sem deixar testamento⁵⁵.

A reviravolta e o retorno à pregação de uma concepção mais individualista do direito de propriedade ocorreu junto com a profusão revolucionária francesa de 1789⁵⁶, tida como o marco temporal mais importante na cronologia dos direitos individuais, em vista do rompimento definitivo com os laços governamentais absolutistas que imperavam nas

⁵⁰ CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2011., p. 80.

⁵¹ VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR; Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. Florianópolis: Conpedi, 2016, pp. 96-115. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/1xsQK7P82S2UCN2o.pdf>>. Acesso em 22 out. 2018.

⁵² GOMES, Orlando. Sucessões. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998., p. 84-85.

⁵³ Nesse período, instalou-se um sistema de propriedade senhorial que implicava uma subserviência simultânea dos indivíduos comuns ao monarca, ao senhor feudal e ao papa, criando-se variadas formas de propriedade vinculadas a um critério de concorrência, por meio do que se dizia haver um domínio emitente (pertencente aos senhores) e um domínio útil – uma forma de propriedade paralela que ficava atrelada a encargos perpétuos de prestação de serviços e/ou de pagamento de rendas (GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115).

⁵⁴ E aqui subjaz uma curiosidade importante: a prática da propriedade privada já existia na ocasião. O que os populares demandaram foi apenas o seu reconhecimento pelo monarca, e não a constituição de um direito de propriedade em si.

⁵⁵ 27. Si aliquis liber homo intestatus decesserit, catalla sua per manus propinquorum parentum et amicorum suorum, per visum ecclesie distribuantur, salvis unicuique debitis que defunctus ei debebat. (27. Se qualquer homem livre morre sem deixar um testamento, os seus haveres serão distribuídos entre seus parentes e amigos mais próximos, sob a supervisão da Igreja, ressalvadas as dívidas que o falecido possuía. Tradução livre.)

⁵⁶ HOBBSBAWN, Eric John Ernest. A era das revoluções. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 71.

sociedades da época, exigindo-se, pela força, uma mínima intervenção estatal nas matérias privadas⁵⁷. De fato, alastraram-se densas abstrações teóricas e filosóficas que estamparam no direito de propriedade um tipo de conteúdo sagrado e inviolável (*sacré et inviolable*⁵⁸).

O movimento simbolizou a fixação de uma marca indelével no espírito e na consciência da população ocidental, concebendo-se o indivíduo como algo que teria valor em si mesmo, cuja relevância sobrepunha-se à autoridade e ao arbítrio do Estado. Assim, este seria deferente àquele, e não o inverso, atribuindo-se a conservação dos “direitos naturais e imprescritíveis do homem” como o propósito primordial de todas “associações políticas”, de tal modo que aos indivíduos primeiro se garantiria um direito para depois se exigir algum dever, relação que se invertia quando tratando-se da figura do Estado⁵⁹.

Foi nessa ocasião histórica que se disseminou de forma profunda e expansiva a doutrina política, filosófica e jurídica dos “direitos do homem”, redundando na insurgência de *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁶⁰, segundo Bobbio, “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”, quer dizer, um instrumento que historicamente provava ter havido um consenso generalizado, ou objetivo, sobre a relevância jurídica, filosófica, política e humana das grandezas ali cartularizadas⁶¹. Nela, a partir da dicção de seu artigo XVII⁶², o direito de propriedade passou a constituir uma potencialidade imune a interferências arbitrárias, sobretudo do Estado.

A perspectiva de sacralização da propriedade foi debatida por muitos filósofos (Voltaire, Kant, J.J. Rousseau, Montesquieu e Thomas Hobbes), mas foi especialmente desenvolvida com maior vigor e profundidade por John Locke, a quem semelhante ponderação justificava-se no fato de que a propriedade correspondia a um fenômeno rigorosamente individual (mas evidentemente não ilimitado); algo que se constitui a priori,

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier Editora, 1992, p. 30.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. (Tradução livre)

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 13.

⁶² *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*. (Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, exceto quando a necessidade pública, legalmente estabelecida, evidentemente a exigir, e sob a condição de uma indenização justa e prévia). (Tradução livre)

antes e fora do Estado⁶³, qualificando o seu pensamento com o que passou-se a denominar didaticamente de modelo jusnaturalista⁶⁴.

2.2. A PRINCIPIOLOGIA DA FAMÍLIA TRADICIONAL BRASILEIRA E A PROJEÇÃO HEREDITÁRIA DE UMA FAMÍLIA PATRIMONIALIZADA: FUNDAMENTOS DE UM DIREITO SUCESSÓRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL

O que se teve dito, até então, é que família e propriedade privada constituíram fenômenos históricos que se desenvolveram *pari passu* e de forma interdependente, fato que influenciou densamente a concepção dos direitos alinhavados no mundo ocidental, sobretudo os relativos à transmissão da herança; que na antiguidade a propriedade era um fato familiar, e que, no ambiente da modernidade clássica, ela consolidou-se como um fato majoritariamente individual, muito embora por vezes ainda associado a determinados critérios familiares.

Entretanto, em que pese esse cenário de efusividade liberal teórica existente nessa última quadra histórica, entendemos que seus preceitos, muitas vezes sinalizados como responsáveis pela edificação de um suposto Estado Liberal brasileiro⁶⁵ que nos teria precedido numa história recente⁶⁶, tiveram uma adesão apenas relativizada, senão absolutamente enviesada, por parte da sociedade brasileira moderna.

Com efeito, é comum a afirmação de que, no ambiente da modernidade, houve um Estado Liberal, que posteriormente deu lugar a um Estado Social, o qual foi paulatinamente substituído por um presente “Estado de Bem-Estar Social” (Welfare State). A narrativa passa por rupturas provocadas pela Revolução Francesa, indutora de um excessivo individualismo, pela consolidação de pensamentos pós-Primeira Guerra Mundial, altamente intervencionista, e pela estabilização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, conforme noticia Ricardo Quartim de Moraes⁶⁷.

⁶³ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 68.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier Editora, 1992, p. 18.

⁶⁵ VILELA, Francy José Ferreira. O liberalismo político de John Locke. Revista Pandora Brasil, n. 60, 2014. Disponível em: <http://revistapandorabrasil.com/revista_pandora/politica_60/francy.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

⁶⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. Revista da EMERJ, vol. 7, n. 26, 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

⁶⁷ MORAES, Ricardo de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 204, out-dez/2014, pp. 269-285. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em 08 out. 2018.

Por outro lado, há quem assinale a completa inexistência histórica de um efetivo Estado Liberal no Brasil, e muito menos de uma transição para alguma forma de Estado Social, indicando-se que essa argumentação nada mais seria de que uma reprodução mimetizada, por parte da doutrina brasileira, de obras estrangeiras. Segundo essa corrente, o Brasil, longe de ter em algum momento comportado um arquétipo verdadeiramente liberal, sempre congregou-se no que teria sido um Estado tipicamente patrimonialista⁶⁸.

Pelo menos nas questões que dizem respeito ao relacionamento havido entre propriedade, família e herança, parece-nos impossível não endossar essa narrativa. Com efeito, a sociedade moderna brasileira nos apresentou um modelo de princípios familiares baseado num impositivo comunitarismo proprietário – “patrimonialismo familiar” – absolutamente divergente das pregações filosóficas trazidas pelo liberalismo clássico e pelas transformações ocorridas na época do rompimento da tradição jurídico-religiosa em Roma, sendo muito similar, a bem da verdade, àquele modelo que havia marcado a organização social dos primitivos e dos antigos. Um tipo qualificado pela autoridade de uma hierarquia familiar que se fazia sobrepôr às individualidades de seus membros, e que demandava, de todos, a prestação de uma incontornável deferência moral, e, bem assim, jurídica.

As contradições da modernidade brasileira são retratadas por diversos autores, dentre os quais Gilberto Freyre⁶⁹, e teriam relação com uma experiência muito particular de construção do que seria uma identidade cultural própria (“brasilidade”), tanto no aspecto de projeção de condutas como no manejo de projetos de alcance político e legislativo, fatores determinantes para constituição de um paradigma social que influenciou densamente a criação das normas de convívio. É o “Brasil do eterno dilema” ou o “Brasil da harmonia autoritária” a que se refere Gláucia Villas Bôas⁷⁰.

Em que pese a existência de dualidades no desenvolvimento das famílias do Sul/Sudeste e do Norte/Nordeste⁷¹, há diversas congruências que patenteiam a formação de um todo comportamental mais ou menos homogêneo no Brasil, constitutivo do que poderíamos denominar de principiologia da família tradicional brasileira, a mesma que,

⁶⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. O mito do estado liberal brasileiro. *Direito do Estado*, n. 44, 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁶⁹ FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

⁷⁰ VILLAS BÔAS, Gláucia. Casa grande e terra grande, sertões e senzala: duas interpretações do Brasil. *Revista Iberoamericana*, vol. 4, n. 13, 2004, pp. 23-37. Disponível em: <<https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/641>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁷¹ BRANDÃO, Tanya Maria Pires. Um pouco da história da história da família no nordeste. *Clio: Revista de Pesquisa Histórica*, vol. 1, n. 25, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaclio/article/download/24699/19974>>. Acesso em 12 out. 2018.

ambiguamente, vigorou na modernidade, e que ainda teima em querer marcar território no Brasil contemporâneo.

A iniciar pelo tratamento ortodoxo, imprimia-se numa família institucional um critério primeiro, pressuposto, absolutamente indispensável a uma noção de vida e de pertencimento social. Renegava-se, ignorava-se e malvia-se socialmente aqueles que não integravam algum “círculo familiar”, tido e cultuado como valor indissolúvel e imediatamente associado ao conceito de prestígio⁷². O individualismo definitivamente não se enraizava na cultura brasileira, pois que a ideia de bem-estar social significava, antes de tudo, a ideia de referibilidade a uma família⁷³. O indivíduo era um filho de alguém (“filho de quem?”), neto de um aqueloutro, senão um mero sobrenome perambulante.

A continuidade do Brasil moderno, à guisa desses dilemas, foi dirigida por um sistema econômico, social e político fundado no patriarcado da propriedade rural e semirural, centralizado na regulação emanada do paterfamilias⁷⁴. Nesse sentido, as mulheres, enquanto esposas, exerciam um papel doméstico e essencialmente reprodutor, tendo como ministério de vida a criação bem conduzida de herdeiros⁷⁵, nos quais se depositava o encargo futuro de darem continuidade ao empreendimento proprietário pertencente ao grupo familiar.

A propriedade em si, nesse entendimento, não pertencia, socialmente, aos membros individualmente considerados, nem mesmo ao chefe da família, mas à estrutura familiar de que os mesmos faziam parte, constituindo o que comumente se designava de “propriedade familiar” ou “patrimônio da família”⁷⁶, em torno do qual cada integrante exercia uma predestinada função, rigorosamente associada a uma perspectiva de perpetuação proprietária.

Não por menos, Clóvis Beviláqua já noticiava que o termo “família”, nesse paradigma brasileiro, correspondia, na mesma medida e de maneira sobreposta, a um conjunto de pessoas e a um acervo de bens⁷⁷. Era, portanto, uma relação correspectiva, simbiótica, de

⁷² DA MATTA, Roberto. A família como valor: considerações não-familiares sobre a família à brasileira. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, p. 125.

⁷³ ALVES, Roosenberg Rodrigues. Família patriarcal e nuclear: conceito, características e transformações. Revista da Pós-Graduação em História da UFG/UCG, 2009. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

⁷⁴ FREYRE, Gilberto. Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2006, p. 36.

⁷⁵ SOUZA, Roberta Menezes. Casa-grande e Senzala e o patriarcado: um diálogo crítico com a teoria feminista. Revista Emancipação, vol. 14, n. 1, 2014, pp. 61-72. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁷⁶ MELO, Hildete Pereira de; MARQUES, Teresa Cristina Novaes. A partilha da riqueza na ordem patriarcal. Revista Emancipação, vol. 14, n. 1, 2014, pp. 61-72. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de Família. 8 ed. Atualizada por Isaias Beviláqua. São Paulo: Freitas Bastos S.A., 1956, p. 16.

entrelaçamento figadal, por meio da qual não se concebia a subsistência de um sem a do outro:

O marido adquire pelo trabalho; a mulher conserva pela economia sensata; e os filhos, sabendo que em secundar o labor dos seus progenitores, ao mesmo tempo, cumprem um dever de gratidão e se esforçam em proveito próprio, constituem-se auxiliares prestimosos para a criação e consolidação do patrimônio da família⁷⁸.

Portanto, a integridade da herança⁷⁹, num sentido não só patrimonial – mas especialmente patrimonial –, seria o mais importante vetor prescritivo da família tradicional brasileira. A família era idealizada, e assim se projetava nas normas de convívio, para conservar propriedades nas gerações posteriores, na medida em que isso significava a conservação social e valorativa da família em si.

Embasada nesse modelo patrimonializante da família tradicional, e entendendo-o indispensável à prosperidade familiar, a normativa jurídica convergia-se no propósito de preservar o patrimônio nesse organismo pré-definido, estabelecendo regramentos que qualificavam a propriedade como extensão natural da instituição familiar, e constituindo preceitos que refreavam as individualidades de seus integrantes, pois que entendidas como efemeridades, meros caprichos ou hedonismos passageiros.

A concepção de institutos jurídicos como a própria “legítima”, o seu “adiantamento” em vida, a “doação inoficiosa”, a “deserção”, a “indignidade” e a “colação”⁸⁰ eram enaltecidos como grandezas valorativas importantes⁸¹. A pecha da desigualdade patrimonial possivelmente havida entre familiares (vertical, em relação aos ascendentes e descendentes, e horizontal, em relação aos irmãos, primos, etc.), contextualizada pela liberdade que existia em se dispor de uma “parte disponível” de um dado patrimônio, admitia-se num ambiente apenas tolerado pela lei⁸², a partir da flexibilização de uma igualdade patrimonial formal – esta, sim, verdadeiramente ambicionada – somente por não ser reputado um preceito absoluto de direito (porque a ideia de inexistência de “direitos absolutos” já arregimentava os discursos jurídicos da época).

⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. 5 ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 53.

⁷⁹ TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. Anais do XII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, 2000. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/1041/1006>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁸⁰ RAMOS, André Luiz Arnt; ALTHEIM, Roberto. Colação Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, V. 6, N. 1, 2018, p. 38.

⁸¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Op. Cit., p. 399.

⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsó, 1968, p. 360.

E mesmo que se cogitasse esses direitos individuais “parciais” (ou seja, mesmo que se dissesse existir uma liberdade legal – meramente formal – na disposição de parte da propriedade e parte da herança), o exercício do poder da lei condicionava-se à hegemonia moral das práticas sociais, que constituíam um padrão comportamental exigível, deferente inclusive pelas instituições públicas (“bons costumes”)⁸³. Seria impensável, portanto, que todos os filhos, por força do falecimento de seus pais, não se tornassem tão abonados quanto estes haviam sido em vida, porque isso significaria uma muito provável dissolução ética e social da família em questão, cujas repercussões negativas, do ponto de vista do olhar social, transcenderiam para as gerações seguintes.

Quer dizer, nem todos os filhos. Como a estrutura familiar era planejada, pré-concebida, apenas a via sacralizada do casamento conferia legitimidade à estrutura. A relação de comunhão de vidas, bem como de filiação e paternidade, somente poderia ser estabelecida no contexto desse ambiente tradicional. Da mesma forma, as provisões patrimoniais realizadas para além da morte se regulavam para favorecer essa estrutura, de modo que apenas consideravam-se lícitas aquelas estipulações que observassem esse preceito formal.

Por essa razão, não se via com maus olhos o tratamento “legalmente favorecido”, em termos sucessórios, que deveria ser dado aos “filhos legítimos” e aos “cônjuges”, em detrimento de “uniões concubinárias” e de “filhos ilegítimos”, “bastardos”, “incestuosos” e/ou “adulterinos”⁸⁴, considerados de natureza promíscua, sobre os quais pesava alta rejeição social, e que, por isso, demandavam um mandatório sufocamento patrimonial, por determinação da própria lei regente⁸⁵, o que ainda incluía expressas proibições de destinações patrimoniais mesmo em decorrência de vontades explicitamente manifestadas.

Portanto, na principiologia dessa família brasileira tradicional, cujos valores imperaram durante toda a modernidade até a nossa história mais recente, a métrica da dignidade era exclusiva e absolutamente proprietária. O critério intrafamiliar de justiça deferia-se pela quantidade e pela qualidade de patrimônio existente e posto à disposição da

⁸³ MELO, Hildete Pereira de; MARQUES, Teresa Cristina Novaes. A partilha da riqueza na ordem patriarcal. Revista Emancipação, vol. 14, n. 1, 2014, pp. 61-72. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. Revista Consultor Jurídico. 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-actual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁸⁵ É possível verificar semelhante determinação nos artigos 358 e 1.605, §1º do Código Civil de 1916: Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. Art. 1605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. §1º. Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento. (BRASIL. Código Civil de 1916. Brasília, 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm>. Acesso em 12 out. 2018)

estrutura, que se aglutinava a partir de laços formais, e não necessariamente afetivos. E a medida de qualidade de uma família era a sua boa fama social, enquanto instituição formal, que deveria espelhar uma organização rigorosa, sendo desimportante a qualidade das relações familiares internas – isto é, a qualidade da relação alimentada entre pais, filhos e irmãos, enquanto pessoas –, e irrelevante as especificidades de cada uma dessas pessoas e as especificidades de cada uma dessas relações.

Esse foi o assoalho principiológico do direito sucessório pré-constitucional que ainda quer vigorar no Brasil. Fundado no princípio da unidade da herança⁸⁶ – como uma projeção, para além da morte, da unidade patrimonial que se observava na própria entidade familiar institucionalizada – a sucessão era compreendida como uma divisão puramente matemática de um bolo imparcial e universal que não se preocupava com as singularidades da vida dos envolvidos no fenômeno – sucessores e sucedidos.

O disciplinamento do direito sucessório, o mesmo que ainda vigora na atualidade, baseou-se numa regra unitária indiferente às particularidades dos bens transmitidos e das pessoas que são chamadas a suceder⁸⁷, fundado em critérios neutros (como, por exemplo, o fato de a determinados indivíduos ser obrigatoriamente destinada uma parcela patrimonial do falecido apenas por ocuparem determinada posição na genealogia familiar) e numa igualdade meramente formal entre os sucessores (atribuindo-se quota hereditária formalmente igual sem que haja uma indispensável incursão na realidade vivenciada por cada um, que revelaria suas necessidades e suas peculiaridades: como o fato de ser, ou não, financeiramente independente; o fato de ser, ou não, uma criança, um idoso ou uma pessoa com deficiência; e o fato de possuir, ou não, proximidade afetiva recíproca que justifique uma imposição patrimonial dessa natureza)⁸⁸.

Ademais, os institutos de direito civil fincados nessa principiologia autorizam, e de fato estimulam, um exercício diário de uma amesquinhada fiscalização do patrimônio dos familiares, sobretudo daquele pertencente aos pais. O aspecto matemático da legítima – a concepção de uma “quota mínima”, atualmente de 50%⁸⁹, oriunda do princípio da reserva⁹⁰ –

⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Ibidem, p. 62.

⁸⁹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018)

⁹⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 464.

associado à sua proclamada intangibilidade⁹¹, bem como seu aparelhamento por meio dos “institutos acessórios” (antecipação, doação inoficiosa, etc.), possibilita que se realize, mesmo em vida, esquadrinhamentos financeiros parasitários com vistas na morte de alguém. Porque há uma permissibilidade manifesta, embora se queira velada, de que familiares sejam legitimamente tratados, mesmo contra seus anseios, como objetos de pretensões exclusivamente patrimoniais; endossando-se uma invasão e uma catalogação minuciosa, aritmética, das disposições patrimoniais que os mesmos eventualmente possam ter realizado ou desejado realizar por livre e espontânea vontade, indicando-se ser insuficiente a verificação do cumprimento de deveres de solidariedade e mitigando-se a aparência pós-moderna de família enquanto elemento social de cariz eminentemente afetivo.

Entendemos que essa perspectiva do direito sucessório é anacrônica e absolutamente incompatível com a realidade familiar que se concebe na contemporaneidade, em vista das profundas alterações que marcaram a família pós-moderna, e que a tornaram inconciliável com uma forma de “comunitarismo proprietário familiar” que regeu a ambígua modernidade brasileira.

Porque, no Brasil pós-moderno, a família teve definitivamente exaurida a sua institucionalidade, teve alterado o seu critério de aglutinação de laços formais para laços afetivos e teve deslocada a reciprocidade dos deveres de aspectos patrimoniais para aspectos fundados na solidariedade mútua. Passou-se por um processo em que as pessoas tiveram valorizadas as suas respectivas condições humanas⁹², num modelo que não somente consente, mas aprecia e tutela as individualidades. Um modelo aberto e inspirado no caro, mas hoje por vezes desprezado, valor constitucional da liberdade⁹³.

2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL, SEUS DESDOBRAMENTOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUA DISPARIDADE COM O MODELO ATUAL DE SUCESSÃO

No Brasil moderno, como visto, havia um alinhamento natural, inconsciente, e por isso imposto, entre o direito de propriedade, o direito das sucessões e o direito de família⁹⁴, porque sempre se cogitava uma ortodoxa transcendência familiar de uma dada messe patrimonial. Era

⁹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁹³ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Belo Horizonte: Imprensa, 1980, p. 678.

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4.

– e ainda o é – muito comum cravar um sobrenome como titular de posses, como se o patrimônio a ele referenciado, em sua essência, denotasse um importante – senão o mais importante – critério de agregação familiar⁹⁵. Nesse sentido, o estado de coisas que nos precedeu tinha na acumulação de bens na família e na perpetuação de patrimônio no seio da entidade familiar o fundamento central da transmissão hereditária.

Mas já nos parece notória a ausência de representatividade desse modelo quando cotejado à família brasileira da atualidade. É dizer: a família que está mesmo aí, no mundo social, convivendo, relacionando-se e solidarizando-se mutuamente, não enxerga legitimidade na imposição daquele padrão estanque, distante da realidade por ela verdadeiramente vivida. Consagrou-se uma nova tabulação axiológica que imprimiu um novo rosto ao conceito de unidade familiar, diferente daquele que antes alicerçava o sistema⁹⁶, o que implicou a própria reestruturação jurídica da entidade.

Zygmunt Bauman⁹⁷ diria que hoje se vive numa “modernidade líquida”, observados, como efeito da globalização, o deslocamento das estruturas tradicionais e a pulverização da obrigatória vinculação aos denominados “grupos de referência”, que estabeleciam o pertencimento dos indivíduos a seu universo sociocultural. Há em curso um “processo de individualização”⁹⁸ que vem produzindo efeitos inequívocos nas formas familiares, nos valores e nos princípios atribuídos à família. Um deslocamento da importância do grupo para a importância dos membros do grupo⁹⁹. A família, de fato, tem sido constantemente reformulada.

Além do mais, a contemporaneidade também provocou uma massiva alteração na percepção da doutrina jurídica a respeito do próprio conteúdo do direito. O fenômeno é conhecido nos países europeus desde os idos do pós-guerra, mas somente adquiriu contornos importantes no Brasil com o advento da promulgação da Constituição de 1988, dado o seu caráter pluralista, inclusivo e humanizador. Trata-se da perspectiva da constitucionalização

⁹⁵ Sobre isso, a título de exemplo, veja-se a manchete de matéria jornalística: “Família Bolsonaro multiplica patrimônio após entrar na política, diz jornal” e um pequeno excerto de seu conteúdo: “Segundo levantamento do jornal Folha de S. Paulo, a família Bolsonaro é dona de 13 imóveis com preço de R\$ 15 milhões...” (FAMÍLIA Bolsonaro multiplica patrimônio após entrar na política, diz jornal. Correio Braziliense. Brasília, 12 jun. 2018. Disponível em <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/01/08/interna_politica,651956/familia-bolsonaro-multiplica-patrimonio-apos-entrar-na-politica-diz-j.shtml>. Acesso em 12 out. 2018).

⁹⁶ LOBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES; Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014.

⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. A modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁹⁸ MACHADO, Lia Zanotta. Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil. Revista Interface: Comunicação, Saúde e Educação, vol. 5, n. 8, 2001. Disponível em: <<http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie291empdf.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁹⁹ Idem.

dos direitos, que fez sobrepor as normas constitucionais e a preponderância argumentativa de propósitos humanos, vinculados ao desenvolvimento da dignidade das pessoas que compõem a comunidade, em detrimento de um modelo fechado e rigoroso, baseado numa tradicional perspectiva subsuntiva e em mecanismos formais.

Do direito passou-se a exigir uma persistente interpolação entre suas “estruturas” (concebida como o “modo de ser” de cada instituto jurídico) e “suas funções” (compreendida como o propósito ou a finalidade de cada instituto jurídico)¹⁰⁰, atribuindo-se uma prevalência ponderativa ao segundo aspecto – logo, ao perfil funcional dos institutos –, porque o inverso implicaria uma indevida exasperação de um dogmatismo não mais compatível com a dinâmica hermenêutica que triunfa nos dias de hoje, fundada na valorização da dignidade humana.

Também sobrelevou-se uma tendência normativo-cultural de despatrimonialização do direito civil que, ao passo de não afastar a importância constitucional do patrimônio em si, implantou a exigência de se avaliar qualitativamente os institutos jurídicos a ele vinculados, desta feita no propósito de se promover o desenvolvimento humano das pessoas direta ou indiretamente por ele afetadas¹⁰¹. Sob o prisma sócio-jurídico, esse fenômeno é inteiramente original em terras brasileiras, onde nunca parece ter havido qualquer tipo de precedência que centralizasse os indivíduos, e não as instituições, como protagonistas das preocupações do direito.

Seria de se esperar, em vista da já dita histórica e ainda vigente imbricação entre família e sucessão, associada ao pungente fenômeno da constitucionalização, que, tanto e quanto modificada a estrutura social e normativa da família em si, similares modificações tivessem acompanhado a composição do próprio direito sucessório.

Todavia, o ambiente sócio-jurídico contemporâneo brasileiro também se qualifica por uma extrema ambiguidade. Anuncia uma submissão da sociedade a duas ordens concomitantes¹⁰², mas absolutamente conflitantes entre si: aquela que prega um avanço nas formas de organização familiar, priorizando o valor da liberdade e as individualidades no que diz respeito a sua constituição e seu desenvolvimento, rompendo definitivamente com as premissas da família tradicional; e outra que apenas consente, se conforma ou não se dá conta da evidente disparidade verificada no sistema sucessório modelado pelo Código Civil de

¹⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116.

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

¹⁰² VILLAS BÓAS, Gláucia. Casa grande e terra grande, sertões e senzala: duas interpretações do Brasil. *Revista Iberoamericana*, vol. 4, n. 13, 2004, pp. 23-37. Disponível em: <<https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/641>>. Acesso em 12 out. 2018.

2002, que se volta a um modelo ultrapassado, sem correspondência a valores contemporâneos, e que expressou-se numa vazia e quase integral transcrição do modelo pré-constitucional do Código Civil de 1916.

A finalidade dessa seção, que fecha o capítulo primeiro do trabalho, portanto, é mostrar as principais medidas em que a família brasileira contemporânea se tornou diferente, tanto quanto diferente tornou-se o próprio direito de família. No mesmo passo, serão demonstrados os dilemas que passaram a rodear o modelo sucessório brasileiro em vigor em vista dessas modificações familiares, fixando-se o pano de fundo geral necessário para o desenvolvimento dos capítulos subsequentes.

2.4.1. Resignificação familiar: da forma ao afeto

A família hoje não mais significa aquilo dos tempos atrás, em termos conceituais. A coesão familiar decorria de atos de imposição legal conformados a um protótipo hierarquizado, embasado em vínculos de natureza biológica. A estrutura formal do que se denominava família era idealizada a priori por um Estado que intervinha fortemente, no anseio de imunizá-la das vicissitudes do mundo real e afastá-la das ambições pessoais dos indivíduos que a integravam. Presumia-se a forma da família como um valor jurídico sublime, situado num pavimento superior, justificativo da hostilidade¹⁰³ do legislador contra tudo aquilo que supunha-se desestabilizá-la. Nesse sentido, o conteúdo formal da família tornava-se muito bem delimitado e a projeção futura da entidade se apresentava previsível e linear.

Diante da condição subsidiária historicamente ostentada pelo direito sucessório em relação ao direito de família, a mesma estrutura formal ficou desenhada nas disposições que regulamentam as relações hereditárias nos códigos civis. Esse modelo de sucessão empreende um semelhante protocolo de manutenção de bases familiares estanques, projetando nas gerações subsequentes uma moral que segmenta pessoas por um formato ideal e tradicional. A “ordem de vocação hereditária”, atualmente imputada pelo artigo 1.829 e seguintes do Código Civil¹⁰⁴, representa muito bem a ambição antiquada de se conservar apenas uma estrutura

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. Revista Consultor Jurídico. 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-actual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em 12 jun. 2018.

¹⁰⁴ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018)

formal, vazia, qualificada pela ocupação de cargos que, dentro de uma hierarquia familiar, são tidas por mais ou menos importantes.

Ali não se percebe qualquer ressalva que demande um diagnóstico da qualidade das relações existentes entre as pessoas indicadas para suceder e a pessoa que faleceu, dispondo-se apenas uma ordem rigorosa em que aos indivíduos tais, por ocuparem determinada posição no contexto de uma estrutura familiar planejada pelo Estado, será conferida a prerrogativa de tomarem o lugar patrimonial do sucedido.

Contudo, na contemporaneidade do direito brasileiro, a anterior importância da forma deu lugar à convivência de fato, entre pessoas que assim se identificam, como critério preponderante de agregação. Aos poucos deixou-se de lado a preocupação com um estereótipo meramente formal¹⁰⁵ para dar-se maior relevo aos impulsos pessoais e recíprocos que fazem com que os indivíduos queiram se vincular em associação familiar. O “querer estar junto”, como um desdobramento subjetivo do afeto, foi paulatinamente sedimentado como um indispensável elemento da família.

A modernização inclusiva da sociedade e o acompanhamento desse movimento pelo escol de um direito civil agora constitucionalizado permitiu que a família se tornasse cada vez mais plural. A população encontrou numa – inicialmente acanhada – parcela da comunidade jurídica a guarida necessária para o rompimento decisivo com a exclusividade normativa que se conferia à família tradicional planejada, porque definitivamente reconhecida a afetividade como fundamento das entidades familiares, e a solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana como tônica hermenêutica das famílias¹⁰⁶.

A ousadia desse grupo de reconhecidos juristas com a incessante manipulação acadêmica do que ficou denominado de princípio da afetividade fê-lo reconhecido não apenas um princípio jurídico de estatura constitucional implícita¹⁰⁷, mas o mais proeminente valor jurídico caracterizador das relações familiares. A suficiência da constituição da família passou a ser preenchida no ambiente fático e real da socioafetividade¹⁰⁸, a partir de uma aliança entre

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRO, Rodrigo da Cunha (Coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFam, 2000, p. 250.

¹⁰⁶ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LACERDA, Danilo Moura. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, V. 6, N. 1, 2018, p. 192.

¹⁰⁷ LOBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Orgs.). Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477.

¹⁰⁸ CABRAL, Camila Buarque; FRANCO, Karina Barbosa. Instituto da filiação e a constituição federal: transformações e perspectivas diante da multiparentalidade. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos;

o afeto, a estabilidade e a notoriedade¹⁰⁹, afastando-se por definitivo o talante protocolar do matrimônio, da biologia e da estrutura enquanto aspectos imprescindíveis à configuração familiar¹¹⁰.

Há avanços doutrinários, inclusive, que já nos direcionam não apenas à importância simultânea dos critérios tradicionais de estabelecimento de vínculos familiares ao da socioafetividade, mas à absoluta sobreposição deste último em vista daqueles. O rigor de uma definição do conceito de filho fundados em critérios biológicos ou civis, por exemplo, cederam espaço ao parentesco por afetividade. Por isso, desenvolve-se a ideia recente de que o status filiae, antes compreendido como uma situação jurídica essencialmente indissolúvel, poderia até mesmo ser desconstituído por um procedimento de “desfiliação”. Ou seja, seria possível dissolver-se o vínculo paterno-filial por conta de uma quebra nos deveres inerentes às condições de pais e filhos, ou mesmo em razão do fenecimento fático de uma socioafetividade antes havida, com repercussão nas relações jurídicas que dela se valiam como fundamento central (alimentos e herança, por exemplo)¹¹¹.

Em igual medida, a relevância substantiva da sucessão, enquanto instrumento de arremesso para o futuro da proteção e da coesão familiar, não pode ser concebida à luz de regras técnicas e neutras¹¹² que se distanciem ou que não permitam uma imprescindível inquirição da qualidade afetiva da relação havida entre as pessoas diretamente envolvidas no fenômeno sucessório¹¹³ – sucessor e sucedido. Ou seja, tanto e quanto houver, ou não, grau de afetividade numa relação estabelecida entre os protagonistas do fenômeno é que se poderá dizer contemporaneamente lídima determinada pretensão sucessória – ou determinada ordem de vocação, apenas por assim dizer.

Porque a afetividade é um algo que rigorosamente não se prescreve em forma. Não se planeja previamente e nem se formula. Simplesmente se vivencia e se constata em dado

CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). Transformações no Direito Privado nos 30 Anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁰⁹ CORREIA JUNIOR, José Barros. Alienação parental: “acertos” e “desacertos” sob a ótica jurídica. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 482.

¹¹⁰ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, ano XXVIII, n. 21, 1979.

¹¹¹ FERREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Desfiliação – a autonomia privada como fundamento para a desconstituição do vínculo paterno-filial. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹¹² NEVARES, Ana Luiza Maia. Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do código civil. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹¹³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

momento, em certas condições e sob certas circunstâncias, na medida em que apenas opera no mundo dos fatos. Por isso que a forma ortodoxa, pré-estabelecida, antes elemento constitutivo da família e da sucessão, tornou-se flexível e até dispensável. Por isso que as estruturas eventualmente mencionadas pela normativa civil, ou mesmo relacionadas no próprio texto constitucional, terão caráter apenas enumerativo e nunca taxativo. Por isso que as entidades familiares constitucionalizadas, e as projeções sucessórias futuras que delas igualmente derivam, sempre irão para muito, mas muito mais além do *numerus clausus*¹¹⁴.

2.4.2. Repersonalização familiar: da instituição à função

A forma era uma grandeza que se resguardava porque a família era uma instituição. Possuía um sentido intrínseco que transbordava a singularidade das pessoas que a compunham. Era um ente autônomo¹¹⁵, quase personalizado, que possuía interesses próprios e que deveriam ser tutelados pela atuação estatal. Nessa medida, a manutenção normativa de sua higidez formal corresponderia à manutenção de seu – antes ainda prezado – caráter institucional.

A plenitude dessa sua institucionalidade conferia à família um status jurídico que a tornava não apenas uma coisa, mas propriamente uma instituição-pessoa, titular de direitos e obrigações. Em torno de uma diretriz comunitária qualificada por uma relação de poder e submissão, baseada em regras notadamente estatutárias, seus integrantes expressavam uma imperativa reverência à entidade familiar, tendendo para a adaptação, para a ação e para a fiscalização mútuas, no propósito de fazê-la estável e inabalável por um bem que se dizia comum¹¹⁶.

Havia, assim, uma planificação prospectiva da instituição familiar ao custo da subjetividade dos próprios familiares. Buscava-se proteger e perpetuar no tempo apenas as regras, a moral, os costumes e o patrimônio da família, como feições de uma entidade nitidamente personificada. Nesse intuito, para resguardar suas características institucionais, formulavam-se preceitos legais insuscetíveis de serem preteridos pela vontade dos

¹¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, de 31 ago. 2016. Pg. 4-33. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>> Acesso em 17 out. 2018.

¹¹⁶ COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 269-270.

particulares, dizendo-os de ordem pública¹¹⁷. Por outro lado, tudo aquilo que dizia respeito às qualidades individuais de seus componentes tornava-se secundário e de importância apenas relativa, cabendo sua subversão sem maior consternação.

Foi seguindo essa premissa familiar que planejou-se o direito sucessório na dogmática civil pré-constitucional. A determinados indivíduos atribuiu-se indistinta e obrigatoriamente a qualidade de sucessores “necessários” (“de pleno direito”) por uma razão evidentemente institucional, quer dizer, apenas por conta de uma posição hierárquica por eles ocupada no contexto de uma genealogia familiar que carecia de proteção per si e que demandava um reconhecimento social a partir de um patrimônio amealhado por gerações passadas, a ser projetado nas gerações futuras.

Nesse eito, teve-se estabelecida a condição de “herdeiros necessários”, conforme disciplina o artigo 1.845 do Código Civil¹¹⁸, a “descendentes, ascendentes e cônjuge”, para quem infalivelmente há de ser preservada uma parcela generosa do patrimônio do falecido – não só em sua morte, mas inclusive durante sua vida – independentemente de qualquer avaliação qualitativa a respeito da tutela econômica exigida por cada um para a garantia de suas dignidades e para a realização de suas potencialidades humanas.

Quer dizer, não se verifica nesse traçado normativo qualquer elemento que funcionalize a posição do herdeiro necessário a partir de uma perquirição que, apontando em direção a sua esfera existencial no objetivo constitucional de tutelar a sua dignidade humana¹¹⁹, demonstre a sua efetiva necessidade de receber determinada parcela do patrimônio pertencente a um falecido. Não se vislumbra qualquer justificação funcional entre a posição ocupada pela figura do herdeiro necessário e seu correspondente interesse no recebimento obrigatório de uma parcela patrimonial do falecido que não seja, precisamente, a manutenção de uma estrutura familiar institucional.

Mas é notável a diferença que se enxerga nos dias de hoje. O ambiente constitucionalizante que adveio da promulgação da Constituição de 1988 alterou verticalmente as relações familiares, fazendo com que a família deixasse de ser um algo a se proteger em si mesmo, através da submissão irrefletida de seus componentes, para tornar-se

¹¹⁷ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Família, afeto e sucessão. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2007, p. 85.

¹¹⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018)

¹¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

um locus dirigido à realização existencial e ao desenvolvimento humano de seus integrantes¹²⁰.

Orlando de Carvalho reclamou a repersonalização de todo o direito civil por meio da “acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos”¹²¹ e da “centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses”¹²², concluindo pela prevalência de sua função específica, calcada num “humanismo concreto”, em detrimento da hegemonia de suas funções gerais fundadas num “humanismo abstrato”.¹²³

Tratou-se, assim, de um movimento em que a supremacia da abstração antes conferida aos sujeitos de direito tornou-se insuficiente para abarcar corretamente as realidades das pessoas, deprecando-se a retirada dessa neutralidade e dessa indiferença que marcava aquela dogmática envelhecida, e dando-se lugar a um ambiente jurídico que faz sobrelevar as condições materiais, fáticas e reais que qualificam a existência e a dignidade de cada ser humano¹²⁴.

O indivíduo e as suas subjetividades passaram a ocupar um patamar superior que demanda a atuação da família como ambiente de proteção, e não o inverso. A família, portanto, foi funcionalizada; transformada num instrumento de promoção, estruturação e desenvolvimento das individualidades, das potencialidades e da personalidade de seus membros, em completa aderência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹²⁵.

Nesse trilhar, as entidades familiares se distanciaram de seu anterior caráter institucional para constituírem um ambiente funcionalizado, calcado numa reciprocidade relacional que independia da posição ocupada por cada membro. Houve um evidente esmaecimento daquela rígida hierarquização que se concebia num dado grupo familiar, em que cada um exercia um papel muito bem delimitado a partir da nomenclatura que lhe era aposta. Na nova perspectiva, para o desenvolvimento das correspondentes personalidades e

¹²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2018.

¹²¹ CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90.

¹²² Ibidem, pp. 91-92.

¹²³ Ibidem, pp. 90.

¹²⁴ RODOTÁ, Stefano. Dal Soggetto alla persona. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 17.

¹²⁵ LOBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477.

dignidades, compreende-se que os filhos necessitam do suporte dos pais tanto quanto os pais precisam do suporte dos filhos; os cônjuges e companheiros, quantos e quais sejam, carecem de reciprocidade em termos de assistência, de dar e receber, mostrando-se de menor relevância o papel desempenhado por cada um.

É de se inferir, igualmente, que apenas a funcionalização das relações sucessórias encampariam a subsistência de um modelo de herança nessa era constitucional. Somente um mecanismo que permita a análise em concreto das necessidades e dos interesses a serem tutelados em favor de “sucessores familiares”, com fincas nos propósitos constitucionais da família de garantir o desenvolvimento de suas potencialidades, permitiriam estabelecer limites autênticos à autonomia que determinado indivíduo goza na disposição de seu patrimônio particular, tanto em vida quanto para além de sua morte.

Em outras palavras: valendo-se de questionamentos que propiciem uma melhor leitura do perfil funcional da sucessão familiar – para que serve?¹²⁶ – é preciso deslocar o foco de verificação de legitimidade do fenômeno sucessório dos bens – que representa o modelo atualmente expedido pelo Código Civil – para os destinatários das deixas, a partir de interesses constitucionalmente valorados, a fim de compatibilizá-los com os igualmente importantes interesses patrimoniais do autor da herança¹²⁷. Porque a família – tanto quanto agora a sucessão – foi definitivamente repersonalizada e teve esvaziado o seu perfil institucional, reposicionando-se as pessoas que se relacionam em associação familiar como o centro de destinações jurídicas da entidade.

2.4.3. Despatrimonialização familiar: do patrimônio à solidariedade

Na ambientação da família formal e institucional, em que se cogitava uma estrutura dura, hierarquizada, possuidora de direitos e de deveres próprios que se sobrepunham às peculiaridades dos indivíduos que a integravam, o patrimônio desempenhava um papel central de aglutinação familiar e de representatividade social. Era um adesivo que unia os membros e um distintivo que evidenciava a família em seu contexto social. O patrimônio, portanto, pertencia substantivamente mais a uma família de que a uma pessoa, transcendendo a figura de seu titular, que exercia um papel apenas figurativo em sua administração.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116.

¹²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28.

Não por nada além disso, quando se atentava (e já se atentava) para a importância axiológica do princípio da igualdade entre os filhos – hoje já plenamente arraigado na consciência social e no direito –, imprimia-se-lhe um sentido seco, vazio, de natureza puramente patrimonial. Isto é, a igualdade entre os filhos, a rigor, era concebida na existência de uma uniformidade quantitativa entre aquilo que havia sido transferido pelos pais para cada um dos filhos em termos de bens e posses, fazendo-se pouco das especificidades e das motivações. Nesse modelo, portanto, a “qualidade” das relações familiares é medida aritmeticamente, porque “a legítima dos herdeiros necessários é intangível” e “decorre da intangibilidade o princípio da igualdade das legítimas dos herdeiros necessários”¹²⁸.

Entretanto, essa baliza deixou de representar a família brasileira contemporânea e constitucionalizada. A hermenêutica constitucional atual distancia a dignidade da pessoa humana de aspectos patrimoniais que não são preenchidos por outros conteúdos existenciais constitucionalmente relevantes. A métrica da dignidade, enquanto grandeza constitucional elementar, não mais se vislumbra naquilo que se tem em termos de bens, senão precisamente naquilo que se é em termos existenciais. Estabeleceu-se a premissa de que não há mais enredamento visceral entre a dignidade de uma pessoa e a extensão de seu patrimônio, de modo que a relação entre ambos não mais ocupa o âmago de preocupação e de atuação interventiva do Estado Constitucional.

A família, assim, deixou de constituir um ambiente de produção e transmissão de patrimônio para se tornar um ambiente de propagação da dignidade e da personalidade de seus membros. A família foi despatrimonializada e adquiriu uma função social materializada, sobretudo, no dever de mútua solidariedade, traduzido na ideia de que “os membros se corresponsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existe algum tipo de vulnerabilidade”¹²⁹. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes:

A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e cada um de nós¹³⁰.

¹²⁸ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Colação pelo valor do benefício: uma análise funcional. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹²⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. Os alimentos entre dogmática e efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor. (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 247.

Não mais se idealiza que a família seja um mero vetor de fabricação de riquezas ou de herdeiros, mas um ambiente constitutivo de pessoas dignas, fomentador de solidariedade. Nesse sentido, Paulo Lôbo:

Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social¹³¹.

Mas o instituto jurídico da legítima ousa desafiar essa nova modelagem constitucional da sucessão, remanescendo como um resquício anacrônico de um direito sucessório pré-constitucional absolutamente incompatível com o sistema jurídico atual. Por meio dele diz-se que, “de pleno direito”, a metade dos bens da herança pertence aos “herdeiros necessários”, independentemente de suas necessidades.

É certo que há um propósito financeiro na família, naquilo que se espera – e se lhe exige – para promover o atingimento das potencialidades de seus integrantes; para o preenchimento de suas respectivas dignidades e personalidades. Mas essa concepção difere abissalmente do propósito patrimonial (“patrimonialismo familiar”) deferido pelo sistema legitimário em vigor. Porque a solidariedade, enquanto propagação objetiva e coletiva da dignidade, se apresenta numa dimensão prestacional que faz criar tarefas – ou deveres – recíprocas à relações sociais concretas, no reconhecimento de que, a despeito das individualidades, haveria um destino comum a se trilhar¹³². A liberdade de dispor livremente que se idealiza nesse cenário é balizada pelas obrigações recíprocas que são impostas aos integrantes de um seio familiar juridicamente solidário. O patrimônio de um, assim como o do outro, convive numa tensão constante com a liberdade patrimonial de cada indivíduo e a obrigação de prover as necessidades dos familiares necessitados.

Logo, na textura específica da associação familiar, as finanças devem ser posicionadas e pleiteadas num contexto de solidariedade prestacional, e não mais de acumulação patrimonial. A pertinência de uma requisição pura e simplesmente fundada na riqueza de uma família ou de um parente ficou constitucionalmente esgotada. Não mais se admite, sob o pretexto de proteção familiar, que o Estado pretenda tutelar interesses sucessórios exclusivamente patrimoniais absolutamente distantes desse novo modelo constitucional que situa a função social da família como um eixo garantidor da saúde, da alimentação, da

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹³² EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

educação, do lazer, da moradia, da cultura, da profissionalização e da liberdade, mas não de patrimônio. É assim que conclui Guilherme Calmon¹³³:

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupamento familiar. (...) A solidariedade constitucional, no âmbito familiar, obriga os parentes a auxiliarem-se uns aos outros, não apenas materialmente através do dever de alimentos, mas também imaterialmente, através de cuidados físicos e morais, em especial em relação aos menores, aos incapazes e aos idosos (arts. 227, 229 e 230, CRFB). O solidarismo é valor característico dos tempos contemporâneos e, por óbvio, as famílias representam as entidades mais capazes e adequadas para sua mais perfeita concretização com base na ideia de cooperação, auxílio moral e material recíproco.

A eficácia da despatrimonialização nas relações sucessórias fundadas num critério familiar, portanto, apresenta-se com duas expressões importantes: conquanto a alguém não se confira a prerrogativa de invocar a sua autonomia patrimonial para furtar-se ao cumprimento de preceitos constitucionais sucessórios decorrentes do princípio da solidariedade familiar, ao mesmo tempo e na mesma medida a coesão familiar não pode querer impor a seus integrantes o cumprimento de obrigações sucessórias de ordem exclusivamente patrimonial. Esse deve ser compreendido como o fundamento basilar do relacionamento contemporâneo havido entre família, propriedade e herança.

Mas quando cotejamos esses pressupostos aos ensinamentos da teoria da propriedade de John Locke, compreendemos que essa forma de raciocinar tem raízes filosóficas profundamente liberais, ainda que seja operada com notas de uma indelével “brasilidade” que sempre teima em nos acompanhar e que seja modulada por uma pós-modernidade que nos apresenta problemas completamente novos.

E certamente não estamos nos referindo a um “retorno ao vago humanismo da fase liberal”¹³⁴, mas a um retorno nunca ido ao que nos parece ser o liberalismo lockiano autêntico, marcado por um profundo – mas muitas vezes esquecido – conceito de solidariedade familiar, agora cotejado à luz de uma tessitura sócio-jurídica contemporânea e genuinamente brasileira.

¹³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. Revista IBDFAM. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 12 out. 2018.

3. DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO: ENTRE A LIBERDADE LIBERAL E A SOLIDARIEDADE SOCIAL

Na presente seção do trabalho, pretendemos construir os fundamentos principais de um direito sucessório consentâneo com essa nova ordem sócio-jurídica estabelecida na contemporaneidade brasileira, simbolicamente representada pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tomaremos como norte os pressupostos pontuados no capítulo anterior. Portanto, partiremos da premissa de que, na atualidade do sistema constitucional, instalou-se um novo paradigma em que o viés exclusivamente patrimonial do direito de propriedade distanciou-se fundamentalmente do direito das famílias – pelo menos daquele sentido de “patrimonialismo familiar” que operava na modernidade brasileira – dando-se lugar a uma ambientação proprietária marcada por um fenômeno majoritariamente individual e uma ambientação familiar essencialmente qualificada por deveres recíprocos fundados no princípio da solidariedade – o qual, também, naturalmente recomenda o estabelecimento de obrigações financeiras mútuas –, posicionando a propriedade num eixo de constante tensão ponderativa entre a liberdade liberal e solidariedade social.

Com isso, também seguiremos com a pressuposição de que, em grau semelhante, alterou-se a funcionalidade do direito sucessório, que, constitucionalizado, deixa de ter uma prevalência preponderantemente familiar para se tornar um instituto genuinamente bidimensional, em um só tempo garantidor: 1. de direitos constitucionais de índole proprietária – naquilo em que a sucessão visa tutelar interesses exclusivamente patrimoniais, quando determinada nesse patrimonial não se encontra preenchida com qualquer propósito constitucional de proteção familiar, e ainda que se possa cominar a essa propriedade outras possíveis limitações decorrentes do alcance ordinário da função social que a mesma deve desempenhar; e 2. de direitos constitucionais de natureza familiar – na medida em que dado patrimônio também pode estar intrinsecamente vinculado ao desenvolvimento das individualidades dos familiares do falecido, como projeção sucessória da função social exercida pela entidade familiar.

A exploração e o aprofundamento dos meandros dessa bidimensionalidade, contudo, exige a precedente fixação de uma estrutura de pensamento que lhe forneça uma robusta sustentação filosófica. Também demanda-se uma prévia delimitação do conceito geral e uma exposição das características do que poderíamos considerar ser a melhor leitura do direito fundamental à herança, considerada a sua literal implantação no texto constitucional.

A concepção filosófica e teórico-normativa desse direito, profundamente afetada por essa nova realidade constitucionalizante da contemporaneidade, constituirá o alicerce responsável pela fundamentação, pela validação e pela conformação de todos os institutos infraconstitucionais que tangenciam a questão sucessória, dentre os quais o próprio instituto jurídico da legítima, cuja objetivada releitura configura a finalidade primordial do presente trabalho.

3.1. CONTEMPLAÇÃO FILOSÓFICA: A ATUALIDADE CONSTITUCIONAL DA RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA, PROPRIEDADE E HERANÇA NA TEORIA DE JOHN LOCKE

Aos integrantes do grupo mais ou menos homogêneo que ficou didaticamente designado de jusnaturalista, há grandezas intrínsecas à natureza do ser humano que, diante de sua importância fundamental, são absolutamente indisponíveis e indenáveis a atropelos realizados por outros indivíduos ou por um Estado, mesmo aquele submetido a um governo representativo e democraticamente eleito. Porque a condição inicial do homem seria pré-política e estaria identificada num dito estado de natureza, de modo que haveria direitos que se prendem a cada indivíduo apenas em observância a sua condição humana, e que existiriam muito antes da insurgência de um governo; muito antes de legislaturas editarem leis para “definirem os direitos” e para executá-los¹³⁵. Nesse sentido, é possível dizer que, a esse grupo, o termo “direito”, quando tido por “natural”, adquire uma conotação filosófica, metafísica, possivelmente moral, e, nesse sentido, uma coloração absolutamente diferente da composição tecnicista empregada por nossa cultura positivista.

Não há consenso, todavia, a respeito de quais direitos estariam atrelados à natureza humana, nem de que forma se opera esse comungado estado de natureza. Thomas Hobbes, por exemplo, afirma a inalienabilidade apenas do direito à vida, sendo todos os outros frutos de um estado civil, por isso passíveis de supressão arbitrária e injustificada por uma estrutura estatal. Com efeito, o Estado, em sua teorização, assume uma feição de cariz autoritário numa pretensão última de proteger a vida, porque, no estado de natureza hobbesiano, a atuação humana é absolutamente ilimitada, regida por uma guerra de todos contra todos¹³⁶, de modo que a lógica indicaria que o homem sempre avançaria em prejuízo dos demais, numa vivência

¹³⁵ SANDEL, Michael J.. Lecture 7: this land is your land. Harvard's University Justice with Michael Sandel. Disponível em: <<http://justiceharvard.org/lecture-7-this-land-is-your-land/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹³⁶ MELO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). Os clássicos da política, vol. 1. 11 ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 84.

essencialmente concorrencial e caótica que demandaria e legitimaria uma atuação estatal fortemente repressiva¹³⁷.

John Locke, por sua vez, imprime um estado de natureza idílico, puro, que, regido pela razão (e não pela guerra), desvenda a existência de três pilares naturais do ser humano que conformariam a consciência e a conduta das pessoas: o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade. Sendo eles de ciência geral, por todos reconhecidos, a lógica não recomendaria o descumprimento generalizado desses preceitos, mas, ao revés, rogaria o seu respeito pela maioria e confiaria uma autorização, também natural, de que cada um possa proteger e conservar tais direitos – seus e de terceiros – contra os poucos malfeitores que pretendam desestabilizá-los¹³⁸.

O constante realce de Locke a esses três preceitos filosóficos, associado aos aspectos da inalienabilidade e da inviolabilidade que por ele lhes foram atribuídos, entretanto, tem propugnado uma utilização extremamente burlesca de sua teoria por parte de alguns doutrinadores, na tentativa de se transfigurar o liberalismo clássico a um tipo de pensamento indesejável e essencialmente egoísta. Um tipo que seguramente não se coaduna com a estrutura geral de seu pensamento.

Para Locke, de fato, o estado de natureza é um estado de liberdade, e os seres humanos são livres e iguais, inexistindo qualquer tipo de hierarquia natural entre eles¹³⁹. Todavia, a hegemonia da razão no estado de natureza determina o nascimento de uma liberdade de atuação humana naturalmente limitada¹⁴⁰, que faz submeter os homens a um tipo particular de “lei natural” restritiva daquilo que o indivíduo pode ou não pode fazer.

E por mais que não seja costume relatá-los, Locke, tanto quanto articula sobre direitos naturais, também racionaliza um seriado de deveres naturais (natural duties) intrínsecos à natureza humana¹⁴¹ que vão muito além do “princípio da não-agressão” denotado em suas passagens preliminares – “(...) sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens.”¹⁴² –, especialmente quando

¹³⁷ JORGE, Vladimyr Lombardo. John Locke: lei e propriedade. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (orgs.). Curso de ciência política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 91.

¹³⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999, p. 108.

¹³⁹ SANDEL, Michael J.. Lecture 7: this land is your land. Harvard's University Justice with Michael Sandel. Disponível em: <<http://justiceharvard.org/lecture-7-this-land-is-your-land/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

¹⁴⁰ JORGE, Vladimyr Lombardo. Op. Cit.

¹⁴¹ HERBERT, Gary B.. John Locke: natural rights and natural duties. Annual Review of Law and Ethics, vol. 4, 1996, pp. 591-613. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/43593573>>. Acesso em 22 out. 2018.

¹⁴² LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 36.

analisamos a sua exposição sobre a relação havida entre propriedade, herança e família, que, por ora, é aquilo que mais nos importa.

A equivocada concepção de que o liberalismo clássico pregaria uma visão preocupada exclusivamente com o indivíduo e despreocupada com os outros, e que passa ao largo da explicitação desses deveres naturais, acende um desnecessário embate fundado num antagonismo meramente ilusório entre o que seria liberal e o que seria social em termos de família, propriedade e herança.

Ademais, costuma-se tratar os aspectos da teoria de John Locke de forma reducionista, resumindo-os à narrativa política de enfrentamento de governantes e de mínima intervenção estatal¹⁴³, a qual representa apenas um de seus vários importantes vieses, fato que ofusca uma melhor incursão em seus ensinamentos sobre questões que vão muito além do Estado.

Para mais, uma miríade de juristas e filósofos que tentam mergulhar nos meandros extrapolíticos da teoria lockiana parecem não ter compreendido perfeitamente suas assertivas, pois, no que tratam da relação entre família, propriedade e herança, uns invocam Locke para dizer que, diante de uma suposta contradição de seus relatos, a existência de uma transmissibilidade da herança, enquanto direito, seria algo a se colocar em dúvida¹⁴⁴, e outros para afirmar que essa transmissibilidade possuiria um conteúdo ilimitado, puramente vinculado à vontade do titular proprietário¹⁴⁵.

Entretanto, em que pese a infinidade de críticas que se queira fazer ao pensamento lockiano a respeito de seus pontos obscuros e das contradições de sua vida prática¹⁴⁶ – certos, inclusive, de que essas questões foram determinantes para a criação de preconceitos e de uma ojeriza a termos e conceitos liberais¹⁴⁷ – entendemos que sua teoria da propriedade é

¹⁴³ MORAES, Ricardo de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 204, out-dez/2014, pp. 269-285. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy. Locke's account of inheritance and bequest. *Journal of the History of Philosophy*, vol. 19, n. 1, 1981, pp. 39-51. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267/summary>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁴⁵ KENDRICK, Leslie. The lockeans rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁴⁶ Tinha-se ciência, inclusive pelos abolicionistas modernos, de que Locke participava diretamente do comércio de escravos. Ademais, há várias passagens em suas obras em que ele suaviza ou endossa, em alguma medida, a prática da escravidão. Há discussões históricas e filosóficas sobre esse fato, mas, sem dúvidas, essa conduta configura uma evidente contradição com seus princípios liberais, tão caros às profusões revolucionárias que defenderam as liberdades individuais. (GLAUSSER, Wayne. Three approaches to Locke and the slave trade. *Journal of the History of Ideas*, vol. 51, n. 2, abr-jun/1990, pp. 199-216. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2709512>>. Acesso em 08 out. 2018.)

¹⁴⁷ PIÑEIRO, Théo Lobarinhas. Os projetos liberais no Brasil império. Passagens: *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, vol. 2 no.4, mai-ago/2010, p. 130-152. Disponível em <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v2n4a62010.pdf>. Acesso em 08 out. 2018.

extremamente lúcida e adequada para acomodar uma realidade contemporânea e constitucionalizada da herança, enquanto expressão simultânea da propriedade individual e da família.

Na teoria lockiana, a transmissibilidade da propriedade para além da morte, pela vontade ou por uma dita herança forçada, não é algo ilimitado, muito menos uma providência incoerente com suas premissas de estado de natureza. E embora Locke não haja proferido uma afirmação absolutamente conclusiva sobre a temática, é possível ponderar conclusivamente nesse sentido por meio de uma análise conjuntural de seu pensamento e de suas afirmativas¹⁴⁸.

Em primeiro lugar, podemos dizer que a preocupação de Locke com a herança está arregimentada na temática do consentimento sobre a livre disposição patrimonial do indivíduo (direito natural) e no contraponto das possíveis limitações (dever natural) que adviriam para restringi-lo, a partir de suas narrativas hipotéticas envolvendo um pai proprietário e um filho submisso¹⁴⁹. Seus pontos podem ser contextualizados e problematizados nas seguintes passagens de seus tratados:

(...) Eu me refiro ao poder que em geral os homens têm de transmitir seus bens a quem lhes aprouver. (...) os bens do pai representam, para os filhos, a esperança de uma herança, mas é costume que o pai tenha a faculdade de distribuí-los de forma mais parcimoniosa ou generosa, segundo o comportamento deste ou daquele filho se adaptou a sua vontade ou ao seu humor¹⁵⁰.

87. Mas, se alguém houvesse iniciado e atribuído a si mesmo uma propriedade sobre qualquer coisa em particular (e veremos adiante como esse alguém, ou qualquer outro, poderia fazê-lo), essa coisa, essa posse, caso dela não dispusesse por meio de concessão positiva em favor de outrem, seria naturalmente transmitida a seus filhos, os quais teriam o direito de suceder-lhe e possuí-la¹⁵¹.

97. Por tudo quanto se disse até aqui, penso estar claro que, estando o direito ao uso das criaturas fundamentais originalmente no direito do homem a subsistir e usufruir as comodidades da vida, e estando o direito natural dos filhos a herdarem os bens dos pais fundamentado no direito deles à mesma subsistência e comodidade da vida, a eles facultadas pelas provisões dos pais, os quais são, por essa razão, orientados pelo amor e a ternura naturais a provê-los como uma parte de si mesmos; e por estar destinado tudo isso unicamente ao bem do proprietário ou de seu herdeiro...¹⁵²

Tomando-se por base essas especulações iniciais, entendemos ser possível dividir a problemática lockiana da herança, da família e da propriedade em três pontos que serão

¹⁴⁸ KENDRICK, Leslie. The lockean rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: < <https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁴⁹ GAUTHIER, David P.. The role of inheritance in Locke's political theory. *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 31, n. 1, 1966, pp. 38-45. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/139947>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁵⁰ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 54.

¹⁵¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 295.

¹⁵² Ibidem, p. 303-304.

subsequentemente desenvolvidos para estipularmos o que entendemos terem sido as suas principais conclusões sobre a temática.

Como se pode observar, Locke trata a questão da transmissibilidade post-mortem da propriedade como um direito natural com duas distintas expressões: a expressão da disposição voluntária e gratuita (bequest) e a expressão da hereditariedade (inheritance), esta última fundada no direito da prole dependente de usufruir, com fundamento na propriedade de seus pais, a mesma comodidade de vida destes; e de receberem dos pais os bens necessários à sua subsistência e conforto; premissa largamente reproduzida por Locke como justificativa de um direito a herança de natureza familiar. Algo que poderíamos denominar de “direito natural ao recebimento de assistência dos pais”¹⁵³.

Quer dizer, as discussões de Locke sobre a legitimidade das transferências de propriedade por diretivas antecipadas – e até mesmo por atos de vida do titular – pressupõem, em primeiro lugar, o preenchimento das necessidades básicas dos indivíduos que se encontram vinculados por laços familiares. Em condições de escassez, os limites distributivos gerais operam para restringir a disposição gratuita, assim como outras formas de aquisição, cessão e transferência¹⁵⁴, porque ao filho dependente deve ser garantida uma capacidade patrimonial de se manter até o momento em que possa prover o seu sustento pessoal.

Nesse sentido, o direito de disposição gratuita (bequest), em vida ou por morte, sempre deve dar lugar ao direito ao apoio dos pais (inheritance)¹⁵⁵, desta feita até a medida quantitativa e qualitativa em que a indisposição da propriedade significar a garantia de dignidade de seus familiares em vida e para além de sua morte. Com efeito, se toda a propriedade for exigida para o preenchimento desse direito à assistência parental, não haveria como dar assentimento a qualquer ato de disposição gratuita realizado pelos pais, porque tal procedimento estipularia contrariamente a esse preceito natural.

Ou seja, a herança de um falecido, ou mesmo a sua propriedade considerada em vida, deve primeiro providenciar a subsistência e o conforto dos filhos dependentes. Por sua vez, para além desses limites, o pai proprietário estaria naturalmente livre para fazer concessões em vida e para depois de sua morte¹⁵⁶ – “Eu me refiro ao poder que em geral os homens têm

¹⁵³ KENDRICK, Leslie. The lockean rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ WALDRON, Jeremy. Locke’s account of inheritance and bequest. *Journal of the History of Philosophy*, vol. 19, n. 1, 1981, pp. 39-51. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267/summary>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁵⁶ GAUTHIER, David P.. The role of inheritance in Locke’s political theory. *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 31, n. 1, 1966, pp. 38-45. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/139947>>. Acesso em 08 out. 2018.

de transmitir seus bens a quem lhes aprouver”¹⁵⁷ –, inclusive em favor deste ou daquele filho, a partir de juízos pessoais que se lhe apresentem mais ou menos importantes¹⁵⁸ – “...o pai tenha a faculdade de distribuí-los de forma mais parcimoniosa ou generosa, segundo o comportamento deste ou daquele filho se adaptou a sua vontade ou ao seu humor¹⁵⁹”.

Essa é a percepção interpretativa que nos parece mais consentânea com o pensamento lockiano, considerado o contexto geral de suas afirmativas, fazendo-nos assumir seu primeiro pressuposto filosófico a respeito da problemática: a da prioridade da assistência familiar sobre a disposição proprietária gratuita, sendo esta última, por sua vez, apenas associada à vontade do indivíduo em questão.

Em segundo lugar, fixamos a questão do tratamento de transferência ilimitada de propriedade à prole do falecido, na hipótese em que este não lhe dá expressa destinação (bequest), já que, como visto anteriormente, a justificativa de Locke à imposição de uma herança à prole (inheritance) justificava-se basicamente na premissa da assistência parental¹⁶⁰. Isto é, como poderíamos endossar a transmissão de propriedade aos filhos quando não há diretiva do falecido e quando os mesmos não necessitam – ou apenas necessitam até certo limite – da propriedade referida? Por que, nesse caso, a propriedade não retornaria ao acervo geral comum da humanidade, permitindo novas apropriações originais? O questionamento é feito pelo próprio Locke:

88. Não seria desarrazoado indagar, neste ponto, como obtêm os filhos esse direito de possuir, preferencialmente a todos os demais, as propriedades dos pais à morte destes. Pois, pertencendo estas pessoalmente aos pais, por que razão, quando eles morrem sem transferir de fato seu direito a outrem, não retornam ao patrimônio comum da humanidade?¹⁶¹

A resposta é relativamente tortuosa, mas pode ser encontrada esparsamente em seus escritos a partir de uma leitura contextualizada, ainda que seja possível suscitar a perspectiva da contradição por vezes levantada pelos críticos¹⁶². De fato, uma incursão desavisada poderia querer indicar que Locke defenderia algum formato de “copropriedade” ou de “condomínio” dos filhos em relação à propriedade de seus pais, fato que por si só legitimaria seu recebimento para depois da morte:

¹⁵⁷ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 54.

¹⁵⁸ GAUTHIER, David P.. Op. Cit..

¹⁵⁹ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Op. Cit..

¹⁶⁰ KENDRICK, Leslie. The lockeans rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁶¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 295.

¹⁶² WALDRON, Jeremy. Locke’s account of inheritance and bequest. *Journal of the History of Philosophy*, vol. 19, n. 1, 1981, pp. 39-51. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267/summary>>. Acesso em 08 out. 2018.

(...) o que confere aos filhos o direito de participar da propriedade de seus pais e o direito de herdar suas posses. (...) seus filhos têm direito a uma parte, e uma espécie de direito, associado ao direito dos pais. (...) Por estarem os homens obrigados a conservar aqueles a quem geraram, bem como a si mesmos, sua descendência adquire um direito aos bens dos quais estão eles na posse. (...) Os filhos, segundo o curso da natureza, nascem débeis e incapazes de prover a si mesmos, têm eles (...) direito a serem alimentados e mantidos pelos pais, e um direito não apenas à mera subsistência, como também às comodidades e confortos da vida (...). Segue daí que, quando os pais deixam o mundo e cessa, com isso, o cuidado devido aos filhos, os efeitos desse cuidado hão de prolongar-se o mais possível, e entende-se que as provisões que fizeram eles durante a vida sejam destinadas aos filhos (...); ainda que os pais mortos nada tenham declarado, em palavras expressas, com respeito a essa questão (...) o resto da humanidade não pode almejar¹⁶³.

Contudo, a leitura mais cuidadosa dessas passagens, em nosso pensar: 1. apenas ratifica que o “condomínio” – “o direito de participar da propriedade de seus pais”¹⁶⁴ – reporta-se aos limites objetivos da assistência parental, não invadindo o campo da disposição havida pelos pais sobre o excesso patrimonial; e 2. sugere que o direito ao recebimento, pelos filhos, de uma herança intestada existe porque, na ausência de uma disposição expressa, subjaz uma intenção presumida de provisionar deixas patrimoniais aos filhos¹⁶⁵.

Apesar de alguns estudiosos não reconhecerem em Locke, no caso da sucessão sem diretivas expressas de vontade, um direito natural de herança dos filhos para além do direito de assistência¹⁶⁶, a presunção dessa vontade na sucessão intestada, muito embora não explícita, corresponde a uma leitura plausível dos Dois Tratados, especialmente quando também levamos em conta a sua obra *Some Thoughts Concerning Education* (“alguns pensamentos sobre a educação”).

A prole e o ambiente familiar significavam, para Locke, a base de uma provisão saudável para uma sociedade livre e justa, independentemente de seu arranjo ou de sua estrutura. A narrativa da coesão familiar (“[children] in love with the company of their parents”¹⁶⁷) fundada na educação, no cuidado e na transposição do afeto – no que nos parece um elemento precursor do argumento da afetividade da contemporaneidade – fica estampada como valor que se espraia sublimemente nas linhas lockianas¹⁶⁸.

Isso nos faz assumir a segunda pressuposição filosófica de John Locke acerca da problemática: a de que os pais, guiados por sentimentos de amor e de ternura que

¹⁶³ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 296.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ KENDRICK, Leslie. The lockean rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁶⁶ SIMMONS, A. John. Inalienable rights and Locke’s treatises. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 12, n. 3, 1983, pp. 175-204. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2265297>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁶⁷ LOCKE, John. *Some thoughts concerning education*. London: Cambridge University Press, 1889, p. 45.

¹⁶⁸ PFEFFER, Jacqueline L.. The family in John Locke’s political thought. *Polity*, vol. 33, n. 4, 2001, pp. 593-618. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3235518>>. Acesso em 08 out. 2018.

desenvolvem em relação a seus familiares, almejam que os seus bens (mesmo aqueles que ultrapassem o critério da necessidade) sejam a eles destinados por ocasião de sua morte¹⁶⁹, ainda que sem essa expressa determinação, e, naturalmente, apenas na hipótese de não existir disposição que estipule outra providência específica, como visto no pressuposto primeiro, afirmado mais acima.

O terceiro ponto seria aquele que nos inclinaria a justificar o ato de se prestar deferência à vontade, expressa ou presumida, de uma destinação de bens que uma pessoa realiza para além de sua morte. Em outras palavras: por qual razão respeitar a vontade de uma pessoa falecida em vez de assumirmos que, quando do falecimento dessa pessoa, seus bens deveriam retornar ao acervo geral comum da humanidade?

Por igual, o assunto está longe de ecoar qualquer tipo de unanimidade nos estudiosos. Nesse sentido, nada obstante exista algum consenso a respeito da transcendência do direito de assistência parental, há alguns que não conhecem em Locke qualquer perspectiva de direito hereditário para além deste, seja aquele advindo de expressa disposição, seja o derivado da vontade presumida do falecido¹⁷⁰.

Mas parece-nos que adotar essa negação envolveria a desconsideração de uma das principais premissas filosóficas da teoria da propriedade de Locke: a ideia de que o proprietário é dotado de uma fundamental autonomia, fruto da liberdade observada no estado de natureza, para performar e seguir projetos particulares de vida. Logo, tanto quanto a apropriação de propriedade em si configura um elemento que o auxilia no alcance desses projetos individuais, a sua transferência, no curso de sua vida ou por diretiva com efeitos para além de sua morte, também exerceriam esse notável papel¹⁷¹.

Desse modo, haveria uma insuperável contradição interna nas diretrizes filosóficas lockianas se: a) assumíssemos que a livre disposição inter vivos da propriedade privada é compatível com o estado de natureza lockiano¹⁷² (e sobre isto há pouco ou nenhum dissenso teórico); e b) ao mesmo tempo, assumíssemos que a livre disposição causa mortis da propriedade privada, por meio de provisões realizadas em vida, é incompatível com o estado

¹⁶⁹ KENDRICK, Leslie. The lockean rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁷⁰ SREENIVASAN, Gopal. *The limits of lockean rights in property*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 162. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2653749>>. Acesso em 08 out. 2018.

¹⁷¹ KENDRICK, Leslie. Op. Cit.

¹⁷² WALDRON, Jeremy. Locke's account of inheritance and bequest. *Journal of the History of Philosophy*, vol. 19, n. 1, 1981, pp. 39-51. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267/summary>>. Acesso em 08 out. 2018.

de natureza lockiano¹⁷³. A manutenção dessas duas conclusões numa mesma estrutura de pensamento seria não apenas extremamente inconsistente, mas esbarraria frontalmente na ideia de Locke sobre o fomento do florescimento da humanidade, que, em seu entendimento, também opera-se por meio da apropriação e da alienação de bens.

Adotamos, portanto, o terceiro pressuposto filosófico lockiano sobre a problemática da herança: o de que a transmissão de propriedade por ato de vontade, tácito ou expresso, em vida ou pela morte, ainda que destacado do direito familiar de assistência parental, configura um dos fundamentos de uma sociedade justa.

Assim, a respeito da teoria de Locke que dispõe sobre o relacionamento entre família, propriedade e herança, podemos tomar como certas as seguintes afirmativas: 1. O indivíduo possui uma prerrogativa natural de dar a destinação à sua propriedade da melhor forma que lhe aprouver, por ato expresso ou tácito de vontade, para produção de efeitos durante a sua vida ou para além dela; 2. Esta prerrogativa, contudo, não é ilimitada, porque seus familiares dependentes possuem uma pretensão legítima e prioritária sobre sua propriedade até o quanto isso se apresentar indispensável a sua subsistência e a seu conforto, podendo-se gravar com indisponibilidade, inclusive, todo o patrimônio existente, caso tal providência se mostre estritamente necessária a esse fim; 3. Para além desta limitação, prevalece a vontade do indivíduo em dar a seus bens a destinação que melhor julgar conveniente, a partir de seus critérios pessoais de ponderação, até mesmo para favorecer este ou aquele filho em detrimento dos demais; 4. Caso não haja expressa disposição, presume-se que a vontade do falecido é deixar a integralidade de seu patrimônio para seus familiares mais próximos, dedução que se funda num prelúdio filosófico da afetividade familiar, devendo-se observar, de todo modo, a limitação distributiva operada na forma do item 2.

É preciso apenas ressaltar, finalmente, que, muito embora não promovam uma modificação direta no relacionamento até então estabelecido entre a propriedade, a família e a herança, inclusive porque configuram limitações que operam indistintamente na propriedade (e não somente em referência ao momento da morte), a filosofia de Locke também estipula outros deveres naturais que seguramente poderiam repercutir em questões relacionadas à herança, em especial no poder dispositivo que o indivíduo proprietário possui com relação ao excesso proveniente da já exposta limitação de cunho familiar, dentre os quais o dever de

¹⁷³ KENDRICK, Leslie. The lockean rights of bequest and inheritance. *Legal Theory*, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

cuidado com a propriedade (limitação à deterioração)¹⁷⁴ e o dever de caridade com os que necessitam (duty of charity)¹⁷⁵, endossando-se a transcendência da propriedade a propósitos que vão muito além das individualidades, e constituindo um prefácio filosófico do que hoje passou-se largamente a denominar de função social da propriedade.

Essa leitura da teoria da propriedade de John Locke é altamente corrosiva em relação às análises que utilizam o liberalismo clássico como um mero opositor anônimo, sem voz própria, e que fazem-no apenas de um instrumento heurístico para justificar a pertinência desta ou daquela tese que lhe é contrária (“falácia do espantalho”).

Porque, como pudemos deixar exposto, pelo menos no que diz respeito ao relacionamento havido entre família, propriedade e herança, o liberalismo lockiano é revestido de uma sensibilidade e de uma sensatez raramente observadas nos pensamentos de outros teóricos, afastando-o do extremo ideológico que por vezes o querem situar, dado que profundamente preenchido com juízos que combinam, em doses suficientemente razoáveis, os mais importantes fatores que devem permear as relações familiares, quais sejam, a liberdade, a solidariedade e a afetividade.

Suas ponderações, portanto, alinham-se perfeitamente com os acontecimentos contemporâneos do Brasil, derivados do fenômeno sócio-jurídico da constitucionalização, que promoveram a definitiva reformulação da concepção de família, no que passaram a determinar o respeito às individualidades de seus membros; a sua formatação majoritariamente afetiva e, portanto, mais informal e plural; a sua menor institucionalidade e maior funcionalidade; e a extinção de seu escopo patrimonial, dando-se lugar a uma finalidade essencialmente assistencialista e solidária.

A teoria lockiana nos convém, assim, como um robusto recurso filosófico para fundamentar a cogitada releitura do instituto jurídico da legítima, que deverá remodelar-se para acomodar, de modo tão justo quanto possível, essa relação de tensão constante existente entre os direitos naturais e os deveres naturais enunciados pelo pensador como absolutamente caros à relação do indivíduo com seus familiares.

¹⁷⁴ “Mas se esses bens viessem a perecer em sua propriedade sem o devido uso; se os frutos apodrecessem ou a caça ficasse putrefata antes de poder ser consumida, ele infringia a lei comum da natureza e era passível de punição: ele estaria invadindo a terra de seu vizinho, pois seu direito cessava com a necessidade de utilizar estes bens e a possibilidade de deles retirar os bens para sua vida”. (LOCKE, John. Segundo tratado do governo civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 45).

¹⁷⁵ “Tal como a justiça confere a cada homem o direito ao produto do seu esforço honesto e as legítimas aquisições de seus ancestrais são transmitidas a ele, a caridade confere a cada homem o direito àquela porção da abundância de outrem que possa afastá-lo da extrema necessidade que não dispõe de outros meios para subsistir”. (LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 244).

3.2. EMBASAMENTO TEÓRICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA: O QUÊ, PARA QUEM E PARA QUÊ?

No decorrer das linhas até então desenvolvidas, realizamos uma excursão histórica e filosófica sobre a relação entre família, propriedade e herança indispensável para situarmos corretamente os anseios do presente trabalho, e que pouco a pouco já evidencia a caducidade do modelo ortodoxo de sucessão instituído pela legislação infraconstitucional em vigor, afirmando a necessidade de uma vasta reformulação em suas estruturas mais básicas.

Mas a articulação ficaria incompleta se também não lhe seguisse uma argumentação teórica, de matiz normativo, que contemplasse a fundamentalidade do direito à herança no constitucionalismo atual do direito brasileiro, dada a sua literal implantação no inciso XXX do colossal artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º (...) XXX – é garantido o direito de herança.”¹⁷⁶

A incorporação ao texto constitucional de matérias até então tradicionalmente reservadas ao espectro da legislação infraconstitucional – uma das feições da constitucionalização recente – provocou uma virada nos aparelhos teóricos que dão sustentação aos estudos do direito civil. E o direito sucessório não ficou isento dessa guinada, sobretudo quando se vê que a roupagem constitucional do direito de herança ficou textualmente registrada apenas com a promulgação da Constituição em vigor¹⁷⁷.

A fundamentalidade dos direitos tem sido objeto de discussões das mais diversas, tanto quanto diversas têm se apresentado as conclusões ofertadas pelos doutrinadores que mergulham no intento de estudá-la. Não é simples nem uníssona qualquer afirmação feita nesse ambiente, que tem na volatilidade conceitual uma marca bastante acentuada. A atualidade do constitucionalismo brasileiro, contudo, exige a construção de uma argumentação desse jaez como premissa para a estruturação normativa de qualquer direito. De modo tal, nosso propósito, aqui, longe de querer cravar um conceito universalmente válido do direito fundamental à herança, é lançar uma definição que se mostre suficientemente útil aos propósitos albergados pelos direitos fundamentais nessa quadra do ordenamento brasileiro.

Nessa seção, portanto, cumpre-nos dizer qual foi significado da inclusão desse dispositivo em nossa carta constitucional (já que nas anteriores não havia semelhante

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 out. 2018.

¹⁷⁷ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 6.

previsão), de que forma isso ressoou na composição conceitual do direito à herança, como isso influencia a conformação e a interpretação das normas e dos institutos a ele vinculados e em vista de quem essa característica – de direito fundamental – passou a provocar uma necessidade de obediência soberana. Em síntese, pretendemos responder às três provocações articuladas no título da seção: o que é o direito fundamental à herança? Para quem o direito à herança é fundamental? E para que serve o direito fundamental à herança?

Por uma questão metodológica, e não por entendê-los desimportantes, passaremos ao largo de conceitos e classificações com teor altamente teórico, como dicções sobre a formalidade ou materialidade desse direito¹⁷⁸, sobre ser ele uma regra ou um princípio¹⁷⁹, e mesmo sobre a definição clássica de gerações e dimensões dos direitos fundamentais, ao passo em que realizaremos uma incursão mais substancial no direito à herança e em questões que, em nosso modo de ver, podem influenciar mais densamente a tomada de decisão dos protagonistas do ambiente jurídico e social (legisladores, magistrados e cidadãos).

Esse objetivo, assim fixado, coloca-nos a par do primeiro questionamento a ser solucionado e utilizado como lastro teórico inicial: quais as razões que motivaram os congressistas que compuseram a Assembleia Constituinte de 1987 a mencionar expressamente a existência de um “direito de herança”, alçando-o à condição de direito fundamental? Qual a inspiração de que se valeram os constituintes para tomarem essa atitude?

A resposta poderia se dizer política, talvez aleatória e subjetivista, mas as Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte¹⁸⁰ revelam algumas anotações tomadas pelos constituintes dignas de menção, surgidas a partir da pretensão de alguns congressistas de reasaltarem e/ou de ressalvarem o direito de herança com complementos textuais dos mais diversos.

Inicialmente, vê-se que a origem da inserção remonta ao anteprojeto – mal recebido pela Assembleia Constituinte – elaborado sob a presidência de Afonso Arinos¹⁸¹, por meio da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais instituída em 1985 (“Comissão dos Notáveis”), com redação idêntica à contida na Constituição promulgada (Art. 31 – É garantido o direito de herança), situando-o no espaço “dos direitos e garantias”.

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 187.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, vol. 1, n. 4, 1999. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714> Acesso em 5 nov. 2018.

¹⁸⁰ BRASIL. Bases de Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

¹⁸¹ BRASIL. Anteprojeto constitucional. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

Já no curso da constituinte, por meio da Comissão de Sistematização, promovera-se a formalização de outro anteprojeto, cuja redação a respeito da herança alterava-se para remetê-la à “sucessão hereditária” e dizê-la “um direito e liberdade individual inviolável”, além de serem instituídas ressalvas a respeito de sua extensão:

Art. 13 - São direitos e liberdades individuais invioláveis:¹⁸²

(...)

XIV - A SUCESSÃO HEREDITÁRIA.

a) a transmissão, por morte, de bens ou valores está sujeita a emolumentos, custas e tributos proporcionais ao valor do quinhão, atendido o princípio social da distribuição da renda e da riqueza;

b) não haverá incidência de tributos, custas ou emolumentos sobre a transmissão, por morte, de bens que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros.

Mesmo tendo-se em mente que esse ambiente pré-constitucional era bastante incipiente em termos de atenção teórica a direitos fundamentais, observamos preocupações legítimas sobre o conteúdo e sobre a extensão da fundamentalidade do direito à herança. O constituinte Pompeu de Sousa, por exemplo, recusava a fundamentalidade desse direito no quanto ultrapassasse “os bens de subsistência da condição humana dos herdeiros”, propondo, assim, “desabsolutizar” ou “dessacralizar” a transmissibilidade do excesso por entendê-lo socialmente injusto. O congressista pretendia registrar que “é garantido o direito de herança nos termos da lei” a fim de que a legislação infraconstitucional pudesse conceber o direito de herança como sendo apenas uma parcela patrimonial que garantisse a dignidade dos familiares do falecido, autorizando-se que ao restante fosse dada a melhor destinação deliberada pelos legisladores infraconstitucionais¹⁸³.

O constituinte Délio Braz, por outro lado, recusava a inserção de qualquer complemento textual que relativizasse o “direito de herança”, seja o pretense “nos termos da lei” ou qualquer remissão de natureza tributária, a não ser alguma que reforçasse imunidades sobre o patrimônio transmitido, ou sobre parte dele (“é garantido o direito de herança, vedada a incidência de qualquer tributo, custas ou emolumentos relativos aos bens do espólio que sirvam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros”). Afirmava que a inclusão expressa desse direito no texto constitucional seria redundante, na medida em que “o direito de herdar é conseqüência direta do direito de propriedade do ‘de cujos’, cujos bens integram o

¹⁸² BRASIL. Anteprojeto de constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

¹⁸³ BRASIL. Bases de Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018, p. 251.

espólio hereditário.”¹⁸⁴, ou apenas refletiria segundas intenções obscurantistas que intentavam que o Estado se apossasse dos bens deixados pelos cidadãos, a partir dessas pretensas ressalvas textuais. De todo modo, o congressista reconhecia a pertinência de uma nota contida no anteprojeto em que “fez-se a diferença entre os bens que serviam de moradia ao cônjuge sobrevivente ou a herdeiros, e aqueles mais, que se poderiam elencar entre os indicativos de riqueza.”¹⁸⁵

Das discussões que seguiram, consolidou-se o texto atual: “é garantido o direito de herança”. A prevalência desse texto, associada à sua colocação topográfica como um direito fundamental “de primeira geração” (influenciado pelos receios de tomadas patrimoniais pelo Estado que se revigoravam pelo clima da Guerra Fria) poderia querer nos indicar que a fundamentalidade do direito à herança representaria apenas um reforço post mortem ao direito de propriedade, como um elemento impeditivo do Estado de se apropriar dos bens de uma pessoa falecida¹⁸⁶, evitando-se a formação de algum tipo de cláusula resolutiva em nível infraconstitucional, ou mesmo o estabelecimento de medidas que sufocariam indiretamente essa propriedade, como, por exemplo, a fixação de tributos com alíquotas confiscatórias.

Essa perspectiva, ratificada por parte significativa da doutrina tradicional, demoveria o direito à herança ao campo da neutralidade patrimonial, de modo que a herança seria vista, a rigor, apenas como um patrimônio pertencente ao falecido, ou seja, “o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa”¹⁸⁷, e seu âmbito de proteção estaria associado ao momento de chamamento dos herdeiros para substituí-lo, de transferência de direitos e de alteração de titularidades de relações jurídicas, que seria a sucessão¹⁸⁸. Essa leitura indicaria que a ambientação fundamental desse direito não estaria necessariamente associada às relações familiares do falecido, e a denominação dos “herdeiros” (e.g. “legítimos”, “testamentários”, “necessários”) seria uma questão eminentemente infraconstitucional.

Mas essa premissa, se acatada, despontaria um intransponível paradoxo jurídico: enquanto não se cogitaria, nesses termos, qualquer medida de inconstitucionalidade numa superveniente alteração legislativa que extinguisse completamente a “herança necessária” – “legítima” –, a permanência de qualquer “herança necessária” no sistema significaria por si só

¹⁸⁴ BRASIL. Bases de Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 148-150.

¹⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 34.

uma medida absolutamente inconstitucional, já que não haveria uma razão de cariz fundamental que pudesse relativizar ou complementar o conteúdo do direito fundamental à herança para validar a manutenção de uma restrição dessa natureza.

E mais: não haveria como obtermos uma explicação razoável, sintonizada com grandezas igualmente fundamentais, que avalizasse a operabilidade dessa restrição inclusive durante a vida do titular de propriedade, porque, como sabido, além de gravar o patrimônio para além da morte, a “legítima”, abalizada pela impositividade de uma “herança necessária”, impede que o indivíduo dele disponha integralmente até o limite daquilo que, “de pleno direito”, mesmo em sua vida, pertenceria aos herdeiros¹⁸⁹. Isto é, a única via que manteria a coerência dessa narrativa seria reconhecer a completa inconstitucionalidade de qualquer instituto assemelhado a uma “herança necessária”, e uma aderência à irrestrita liberdade de dar e de testar.

Daí porque doutrinadores da estatura de Paulo Lôbo defendem um raciocínio diametralmente oposto. Para o autor, a leitura que mais corretamente deve ser feita a respeito do direito fundamental à herança seria uma que imprime “a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco”, tendo-se somente na ocasião da morte, todavia, a projeção de seu âmbito de proteção, porque antes dela não se cogitaria um direito à herança propriamente dito¹⁹⁰.

A sua interpretação, de forma mais importante, relega as demais designações sucessórias, que não familiares, ao ambiente da infraconstitucionalidade, dentre os quais os que envolveriam a vontade do falecido e os direitos patrimoniais dos herdeiros testamentários, minorando-se a importância dos aspectos voluntaristas da herança. Assim, o autor altera o sinal da força dispositiva havida sobre um dado patrimônio por ocasião da morte, retirando-a quase que integralmente do âmbito volitivo do falecido – “não faz mais sentido e converte-se em opção ideológica que homenageia excessivamente a autonomia individual”¹⁹¹ – para entregá-la prioritariamente aos anseios do herdeiro familiar – “o intérprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o herdeiro e não a vontade presumida do autor da herança” porque “o autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro”¹⁹².

A visão apresentada por Paulo Lôbo sobre a fundamentalidade do direito à herança, embora tenha inaugurado o reforço doutrinário necessário à construção de uma nova diretiva

¹⁸⁹ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018)

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: sucessões. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

¹⁹¹ Ibidem, p. 37.

¹⁹² Ibidem, p. 38.

sucessória, é problemática em relação a alguns pontos que, em nossa visão, embaraçam a sua pretensão constitucionalizante.

O primeiro ponto diz respeito à primazia abstrata e pressuposta da sucessão de um “patrimônio familiar” em detrimento de uma sucessão do “patrimônio individual” do falecido, porque apenas o primeiro, pois que fundamental, gozaria de proteção constitucional. Quer dizer, o que poderíamos afirmar ser uma “herança familiar” cogitada pelo autor ainda evoca marcas de uma patrimonialidade neutra que não se distancia do modelo de “condomínio proprietário” demarcado pela família tradicional brasileira, e que constitui o pertencimento familiar como o fundamento do direito ao recebimento hereditário de uma dada parcela patrimonial.

A confirmação dessa crítica se dá pela contextualização narrativa do autor, quando, por exemplo, afirma a absoluta inconstitucionalidade das excludentes da “legitimação hereditária” (“deserção” e “indignidade”)¹⁹³, ou quando endossa como “justo” o modelo atual de “sucessão legítima” previsto no Código Civil de 2002¹⁹⁴. Assim, o direito fundamental à herança articulado pelo autor seria muito semelhante ao que defende a doutrina tradicional, cuidando-se apenas de alterar o primado dos interesses patrimoniais do falecido para o primado dos interesses patrimoniais dos herdeiros familiares.

Em segundo lugar, vê-se que sua ideia incorre no mesmo erro de paralaxe da “herança necessária” que explicamos mais acima. Pois, ao afirmar que o direito à herança dissemina seu conteúdo apenas com o advento de uma morte concreta¹⁹⁵, deixa-se em branco a explicitação do fundamento constitucional das restrições proprietárias e testamentárias que existem mesmo no curso da vida de um indivíduo, ao dizer que elas teriam um perfil meramente infraconstitucional.

Finalmente, a negativa de Paulo Lôbo acerca de uma possível fundamentalidade do direito à herança como expressão post mortem do direito de propriedade do falecido permitiria-nos aferir apenas duas conclusões possíveis de seu raciocínio: a) a de que as deixas deveriam ser integralmente destinadas aos familiares do falecido, revigorando a patrimonialidade familiar mencionada mais acima; ou b) que qualquer parcela patrimonial que eventualmente excedesse essa destinação familiar não estaria vinculada a nenhuma grandeza de natureza fundamental, ficando implicitamente autorizada a sua manipulação pelo legislador infraconstitucional, que poderia dar-lhe qualquer fim, por meios tributários indiretos ou

¹⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: sucessões. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Idem.

mesmo através da criação de cláusulas resolutivas. Não integraria a sua perspectiva, assim, um conceito protetivo à liberdade proprietária que permitisse o indivíduo modelar o seu patrimônio com vistas em sua morte.

Entendemos que as duas alternativas até então apresentadas relativas ao conteúdo de um direito fundamental da herança (a ofertada pela doutrina clássica e aquela trazida por Paulo Lôbo) não lhe conferem máxima efetividade, de modo a torná-lo congruente com as necessidades mais contemporâneas surgidas em tempos de constitucionalização, porque, ao se depararem com dois grandes conjuntos de valores e de princípios envolvidos no fenômeno sucessório (os relativos à família e os relativos à propriedade individual), referidos doutrinadores elegem apenas um ou outro como denotativos de importância fundamental.

E nessa ambivalência de definições, aquilo que nos parece ser a melhor solução conceitual, num primeiro momento, poderia parecer ingênua, pouco elucidativa, ou até representativa de uma realidade infraconstitucional que se almejava se dizer já concretizada. Todavia, como se verá logo adiante, a perspectiva que adotamos parece ser a que melhor comporta um total aproveitamento da real substância desse direito fundamental.

Em nosso sentir, a fundamentalidade do direito à herança está associada a uma estrutura bidimensional que, de maneira simultânea, promove a proteção tanto das relações familiares (fundada no princípio da solidariedade) quanto das liberdades patrimoniais (fundada no princípio da liberdade dispositiva) – e nisso já se incorpora, com ressalvas e especificidades, alguns ensinamentos de ambas alternativas doutrinárias até então articuladas. Ademais, a fundamentalidade se refere não apenas à facticidade do evento morte, mas também à quadra natural em que se vive com a certeza da morte e com a incerteza do momento de sua ocorrência, elementos que passam a ser conjuntamente tratados como os de maior importância à parametrização da protetividade sucessória. Nesse sentido, Judith Martins-Costa, ao assinalar as suas considerações sobre o direito de herança, aduz que:

(...) o direito assegurado [direito de herança] concretiza aspectos dos princípios da autodeterminação pessoal (ao assegurar ao particular o direito de planejar, ainda que limitadamente, a sucessão nos seus bens, em razão da morte) e da solidariedade econômica familiar (ao reservar aos herdeiros necessários uma parte da herança, a “legítima” ou “quota legitimária”).¹⁹⁶

Nesse passo, a especulação, que rigorosamente se realiza durante a vida, também passa a ser compreendida como um dos elementos constitutivos da fundamentalidade do direito de herança, e é dela que se extrai a autorização constitucional para a realização de

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 697-705.

provisões fundadas na morte porvindoura de determinada pessoa, sejam aquelas derivadas da impositividade da lei (“reserva legitimária”), sejam aquelas oriundas da vontade do titular (“testamento”; “planejamento sucessório”¹⁹⁷; etc.) e que, por certo, podem provocar determinados efeitos tanto durante a vida quanto para além dela. Essa ideia tem sido inclusive compartilhada pela doutrina estrangeira especializada, como Vincenzo Barba e Carlo D’orta: “As a result, it seems plausible to widen the meshes of the treatment and to consider not only the will and the acts of last will, but also the live acts to regulate the succession of the person.”¹⁹⁸

Essa visão, entretanto, é erosiva em relação à perspectiva tradicional que nos diria que tudo quanto se fala sobre a sucessão e a herança pressupõe a concretude da morte, e que antes de sua ocorrência nada passa de “mera expectativa de direito”¹⁹⁹, porque, muito embora tenha-se na morte o ponto eficaz mais proeminente das relações sucessórias, há situações em vida que podem e/ou devem ser asseguradas, protegidas e tuteladas para dar-se vazão a determinada projeção hereditária, patrimonial ou familiar, que se entenda significativa.

Também porque é essa a leitura mais semanticamente compatível com a literalidade do texto constitucional, que não apenas reconhece o “direito de herança” (morte como ponto eficaz), mas também afirma que ele “é garantido” (morte como ponto previsional), apresentando-se como a única via de validação de uma “legítima intangível” que, mirando na certeza da morte e na incerteza de sua ocasião, opera limites distributivos mesmo durante a vida das pessoas; e, simultaneamente, também como via de legitimação de liberdades distributivas que, em vida, garantem a efetividade sucessória de planejamentos e estimulam a dinamicidade da circulação de riquezas, em contraponto aos moldes antiquados que desautorizariam, por exemplo, a realização de acordos de sucessão (“pacta corvina”)²⁰⁰.

Por sua vez, a bidimensionalidade nos informa que a fundamentalidade do “direito de herança” tutela, ao mesmo tempo e com o mesmo grau de intensidade, duas grandes plêiades de princípios e de valores que se associam à morte e à sua provisão: aqueles que se relacionam ao direito de propriedade do falecido (ou pretense falecido) e de seus herdeiros

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 23-40.

¹⁹⁸ BARBA, Vincenzo; D’ORTA, Carlo. Private autonomy and testament’s content in the inheritance right. The fall of traditional beliefs in the Italian legal system. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019., pp. 47-58.

¹⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: sucessões. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

²⁰⁰ SALVADORI, Francesca Cristina. Riflessioni per un progetto di riforma della disciplina italiana delle successioni. Rivista Ricerche Giuridiche, Venezia, 2013, pp. 417-424.

proprietários; e aqueles que se relacionam ao direito de família do falecido (ou pretensão falecido) e de seus familiares dependentes e vulneráveis, estes com âmbito de proteção completamente dissociado de qualquer aspecto puramente proprietário.

Aos proprietários o que tem propósito patrimonial e aos familiares o que tem propósito familiar, num aproveitamento lírico do princípio que nos incita a dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*), seria uma sentença que sintetizaria a coexistência funcional de uma dimensão patrimonial (proprietária) e de uma dimensão extrapatrimonial²⁰¹ (familiar) do direito de herança, observados, assim, os fins que se esperam desempenhados por cada uma delas.

Mas conquanto se pudesse dizer, a despeito da idêntica importância fundamental das duas dimensões, que nesse ambiente preliminar hipotético de conflito as situações jurídicas extrapatrimoniais prevaleceriam sobre as patrimoniais – afirmação que se faz à luz da constitucionalização do direito civil, que propõe, em alguma medida, uma relativização das situações patrimoniais em favor das situações extrapatrimoniais²⁰² –, isso apenas notabiliza uma tensão ponderativa indissolúvel por modelos pré-moldados pela lei²⁰³, se considerarmos que, na ocasião pressuposta da hipótese normativa, é impossível confirmarmos as motivações concretas que ensejariam uma aceitável prevalência de uma situação sobre a outra.

Mesmo porque a constitucionalização, muito diversamente do que tem sido propagado por uma parcela doutrinária circunstancial, não deve ser compreendida como um projeto teórico de relativização, em abstrato, do núcleo essencial das liberdades individuais (livre disposição e autonomia da vontade) e de supervalorização da intervenção estatal nas relações privadas sob um pretexto meramente retórico de proteção à dignidade da pessoa humana²⁰⁴, porque esse discurso, de viés totalitário e antieconômico, negaria, contraditoriamente, o próprio paradigma da realidade proprietária e patrimonial que da mesma forma fundamenta a Constituição Federal²⁰⁵.

²⁰¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 3-24.

²⁰² TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; LEWICKI, Bruno. O código civil e o direito civil constitucional;. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 13, Rio de Janeiro:, jan/mar, 2003, p. IV.

²⁰³ PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. Rassegna di diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp 131-147.

²⁰⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lockner à proibição do retrocesso social. Revista Jurídica da Presidência vol. 16, n. 109, Brasília, jun/set 2014, pp. 467-492. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/20/11> Acesso em 8 nov. 2018.

²⁰⁵ BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor. (Coords.). Da dogmática à efetividade do direito civil. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Com efeito, a funcionalização do direito sucessório²⁰⁶, que se desdobra desse fenômeno constitucionalizante, propõe, acima de tudo, a reconstrução de um direito à herança “não com uma redução ou aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”²⁰⁷, estabelecida no primado da realidade dos fatos e dos fins a que se destinariam as normas sucessórias, em substituição ao anterior privilégio do perfil estrutural, dogmático e hermético que o qualificou secularmente. E isso exige, além de tudo, uma superação da mentalidade de que o direito sucessório não comporta “concessões a noções imprecisas” ou que a sua “estrutura jurídica só funciona se todas as ferramentas teóricas se encaixarem de forma correta”²⁰⁸.

O que queremos dizer é que os institutos sucessórios que se validam na fundamentalidade da herança precisam enxergar, na concretude fática, a melhor maneira para se garantir o atingimento das finalidades sucessórias, o que envolveria o estabelecimento de diretrizes hermenêuticas²⁰⁹ naturalmente imprecisas, abertas e flexíveis, porque somente assim seria possível materializarmos a prevalência de propósitos de liberdade no ambiente dimensional da propriedade e a prevalência de propósitos de solidariedade no ambiente dimensional da família; bem como averiguarmos, casuisticamente, de que modo esses propósitos familiares, se concretamente existentes, devem predominar em relação aos propósitos proprietários observados em cada caso.

Essa imperatividade do perfil funcional dos institutos, requisitória de uma indispensável vagueza estrutural, afasta completamente uma imaginária similitude que se pudera ter imaginado, no início da explanação, entre esse formato bidimensional e a modelagem da sucessão que atualmente preside o Código Civil de 2002. Neste, diferentemente, a tutela é unidimensional e apriorística, pois se baseia tão-somente na premissa da patrimonialidade do direito de herança (seja a patrimonialidade individual, seja a anacrônica patrimonialidade familiar), de modo que a fixação de uma “sucessão legítima”, de uma “sucessão testamentária” ou de uma “herança necessária” fica regida por critérios puramente matemáticos e mercadológicos, evidentemente incompatíveis com essa nova

²⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. Rassegna di diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp 131-147.

²⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

²⁰⁸ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 1.

²⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 3-24.

dinâmica constitucional do direito de herança, notadamente no que estabelece a extrapatrimonialidade de seus propósitos familiares.

A síntese conclusiva desse primeiro ponto, e que nos faz responder definitivamente a primeira questão posta nesta parte do trabalho (o quê?), portanto, é a de que o direito fundamental à herança é traduzido em um modelo bidimensional, funcional, aberto e flexível que expressa uma protetividade simultânea de provisões proprietárias e familiares, concretas e/ou especulativas, fundadas na morte, na certeza da morte e na incerteza de sua ocasião.

Já a partir dessas ilações conseguiremos elaborar mais rapidamente a resposta ao segundo questionamento colocado, que é o que nos obriga a determinar em vista de quem se conforma o âmbito de proteção do direito fundamental à herança. Isto é, para quem o direito de herança é fundamental?

Mediando-se a resposta pelo critério da tutela de interesses subjetivos, ou seja, a partir da perspectiva daqueles que, só por força dessa fundamentalidade, já titularizariam direitos subjetivos a pretensões individuais de prestações positivas e negativas frente a outras pessoas (e.g. Estado e outros indivíduos), possuiríamos três respostas plausíveis, cada qual vinculada, respectivamente, às três visões que expusemos a respeito da definição da fundamentalidade da herança (a clássica, a de Paulo Lôbo e a que resolvemos adotar).

A primeira, associada ao pensamento de Paulo Lôbo, denotando um aspecto monovalente, nos indicaria que o direito fundamental à herança constituiria uma proteção a apenas uma categoria de indivíduos: os herdeiros familiares do falecido. Desse modo, os institutos infraconstitucionais, a atuação judicial e as ações individuais seriam legitimadas, em termos de protetividade fundamental, apenas em favor dos interesses patrimoniais de herdeiros que se vinculavam por relações familiares ao falecido, significando dizer, por dedução, que interesses patrimoniais do falecido ou de herdeiros designados por fatores não-familiares não gozariam de proteção fundamental, podendo ser relativizados por externalidades não constitucionais, em nível legislativo, judicial e individual²¹⁰.

A segunda, vinculada ao pensamento da doutrina tradicional, explorado nas linhas iniciais deste tópico, indicaria o seu semblante ambivalente²¹¹, compreendendo-se a sua fundamentalidade como protetiva de interesses subjetivos associados a apenas duas categorias de titulares: o falecido proprietário (nas questões que dizem respeito a seu direito de transmitir um patrimônio com o advento de sua morte) e o herdeiro proprietário (nas questões que dizem

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: sucessões. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

²¹¹ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 33.

respeito a seu direito de receber um patrimônio com o advento da morte de outrem). Essa percepção, como já antecipado, não visualizaria qualquer fundamentalidade nas designações familiares da herança, as quais, se porventura existentes na infraconstitucionalidade, comportariam manipulação que poderia, inclusive, suprimi-las para dar lugar à preponderância da relação bilateral de transmissão de propriedade entre falecido proprietário e herdeiro proprietário.

A terceira, que nos parece ser a mais acertada diante das razões que expusemos até então, revelaria a coexistência de interesses subjetivos por vezes antagônicos titularizados por pelo menos três categorias de indivíduos, o que refletiria uma polivalência de direitos subjetivos encampados pela fundamentalidade do direito de herança: o falecido proprietário (direito e garantia provisional de transmitir propriedade com o advento de sua morte), o herdeiro proprietário (direito e garantia provisional de herdar propriedade com o advento da morte de alguém) e o familiar dependente e vulnerável (direito e garantia provisional de receber, em vista da morte provisionada de um familiar de quem dependa essencialmente, um patrimônio especial que avalize a manutenção de sua dignidade)²¹², cada qual, como bem visto, qualificado por distintas marcações de interesse, mas merecedores de uma mesmíssima tutela jurídica de natureza fundamental.

Desse modo, o direito fundamental à herança funcionaria, ao mesmo tempo, como um reforço post mortem do direito de propriedade do falecido, como uma garantia do direito de propriedade dos sucessores que assim foram designados por critérios proprietários – sobretudo pela vontade, expressa ou presumida, do falecido – e como uma garantia de contemplação à dignidade dos familiares do falecido, estritamente vinculada aos propósitos familiares constitucionais de solidariedade e, por isso, desassociados de qualquer nota de neutralidade patrimonial.

Isso assenta a nossa resposta sobre o segundo questionamento colocado na seção (para quem?), e identifica os titulares do direito subjetivo à fundamentalidade da herança. Mas essa resposta também já acende o terceiro e último questionamento que suscitamos como de salutar importância à compreensão da contemporaneidade do direito fundamental à herança, e, portanto, ao estabelecimento das bases necessárias à realização da intentada releitura do instituto jurídico da legítima. Queremos saber qual a utilidade de reconhecermos a

²¹² Entendemos que, nesse conceito, o pretense de cujus, enquanto vivo, também goza da protetividade provisional advinda das relações familiares. Quer dizer, quando se fala sobre a proteção à família, evidentemente também estamos falando de uma proteção extensiva aos anseios sociais do indivíduo em questão, na medida em que a propriedade que ele titulariza se apresente determinante para o seu sustento e para a garantia de sua dignidade. Essa noção será essencial à remodelação do instituto jurídico da legítima, conforme se verá na parte final do trabalho.

fundamentalidade de um direito de herança, de atentarmos para essa sua novel composição conceitual e de identificarmos os seus titulares. Enfim, para que serve o direito fundamental à herança?

Essa reflexão destina-se ao desenvolvimento de uma estrutura normativa do direito fundamental à herança endereçada à resolução de problemas concretos surgidos no contexto específico do ordenamento jurídico brasileiro atual. E as definições levarão em conta as asserções que, em nosso juízo, possuem maior importância instrumental, e que serão posteriormente analisadas de forma concisa: a) a conformação da atuação individual, como expressão de legitimidade da ação, da autodefesa e da resistência social; b) a conformação da liberdade do legislador²¹³, como imposição e limite à sua atividade legislativa; e c) a conformação da atuação judicial, em termos de controle de condutas, de afastamento de normas e de controle de constitucionalidade.

Antes de ultimar o nosso raciocínio, contudo, cabe-nos solucionar uma questão de ordem problematizada em razão da leitura que realizamos até então, de forma a evitar uma compreensão ambígua da terminologia empregada. Trata-se do uso do termo “é garantido [o direito de herança]” a que nos reportamos páginas acima, e que dispusemos num sentido muito particular, que não reduzia, mas sim ratificava, complementava e revigorava ainda mais a força de fundamentalidade que enxergamos no próprio direito de herança.

Ou seja, assentamos que nós reconhecemos não apenas a fundamentalidade de um aspecto de “garantia” do direito de herança, no sentido de legitimar as provisões assecuratórias que façam valer uma herança, mas também a fundamentalidade do “direito de herança” em si, assinalando-se que seu conteúdo (em ambas dimensões) já é previamente conformado, pois que pressuposto e natural, anterior e superior ao Estado²¹⁴, e estaria sintonizado com nossa conceituação conclusiva²¹⁵ estabelecida à luz da teoria de John Locke, em seu aspecto de direito natural, juntamente com a síntese da primeira resposta dada nesta seção do trabalho, em sua roupagem jurídico-fundamental.

Isso é relevante por dois motivos que, adiante explicitados, alicerçam a resposta a nosso terceiro questionamento (para quê?), e finalizam as intenções desta seção.

²¹³ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 75.

²¹⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 175.

²¹⁵ Ver página 55.

Primeiramente, implica-nos dizer que o “direito de herança” não é uma mera “garantia de instituto” no sentido desenvolvido pela publicística alemã²¹⁶. É que, para uma parte da doutrina, como para Judith Martins-Costa²¹⁷, a herança consistiria num instituto apenas “garantido”, sem apresentar um conteúdo próprio de direito fundamental²¹⁸. Seu âmbito de proteção seria estritamente normativo²¹⁹, “cabendo ao legislador ordinário determinar a amplitude, a conformação, o conteúdo e os modos de exercício do direito, sendo a sua atuação indispensável para a própria concretização da garantia ao instituto da herança”²²⁰. Esse modo de enxergá-la indicaria que a existência da herança pressuporia a própria existência de um Estado, e seria circunscrita e delimitada em serviço de certas tarefas e de certos fins por ele próprio estabelecidos²²¹.

Por vezes se quer afirmar que essa seria a configuração do direito de herança apenas porque o seu conteúdo, em tese, seria limitado – uma vez que exatamente assim seriam concebidas as garantias institucionais²²² – e refletiria uma maior abstração e generalidade, querendo-se com isso dizer que os direitos fundamentais, ao contrário, supostamente teriam um conteúdo concreto²²³ e seriam, em certa medida, naturalmente ilimitados.

Essa visão é extremamente equivocada e parece conferir uma ativa reverência à figura do legislador ordinário, providência incompatível, parece-nos, com essa nossa atualidade constitucional. Se apenas isso fosse suficiente para impedir o reconhecimento da fundamentalidade do direito de herança, poderíamos arriscar a dizer que não haveria como reconhecermos qualquer direito fundamental em nosso ordenamento. Afinal, qual é a concretude precisa do direito à privacidade, por exemplo? O que se veda ou se impõe imediatamente aos indivíduos pela consagração fundamental desse direito?²²⁴

Só o fato de as respostas a essas perguntas não encerrarem um conjunto restrito de situações e de condutas não nos parece um critério plausível para o afastamento da natureza fundamental do direito referido. Pois entendemos que o nível de precisão conceitual sobre o

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 532.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 697.

²¹⁸ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 75.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: IBDC, 1998, p. 41.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit.

²²¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 175.

²²² Idem.

²²³ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. La garantía institucional de la herencia. Revista Derecho Privado y Constitución, n. 3, mai/ago 1994, pp. 29-62.

²²⁴ GOMES, Felipe Lima. Op. Cit.. p. 87-88.

conteúdo e sobre os limites de um direito fundamental é irrelevante para garantir-lhe fundamentalidade, não apenas porque essa exigência patentearia um formalismo cada vez menos tolerado na quadra atual do constitucionalismo brasileiro, mas porque desencadearia uma insuficiente proteção a seus destinatários e titulares, contrapondo-se ao paradigma da máxima medida e da máxima efetividade²²⁵, o que nos faz repulsar essa ilação e ratificar, definitivamente, a natureza fundamental do direito de herança nos termos da extensa narrativa que deduzimos até então.

O segundo motivo relevante que decorre do reconhecimento do direito de herança como direito fundamental – e não apenas como uma “mera garantia institucional” – diz respeito ao mérito de sua aplicabilidade imediata como elemento modelador das relações interpessoais, inclusive no âmbito específico das relações privadas (e.g. sucessórias), à luz daquilo que ficou reconhecido como horizontalização dos direitos fundamentais (Drittwirkung²²⁶), de sorte a rechaçar qualquer ilação que quisesse dizê-lo de caráter estritamente programático²²⁷.

Não pretendemos desenvolver as diversas celemas teóricas existentes sobre a matéria (a questão da “aplicação indireta”, trazida por Gunther Durig; a questão da “análise sucessiva”, esboçada por Ricardo Lorenzetti; e a premissa da “subsidiariedade” defendida por Claus-Wilhelm Canaris), especialmente por considerarmos, aqui nos valendo dos ensinamentos de George Sarmento²²⁸, que nunca houve no Brasil uma verdadeira e profunda problemática sobre essa questão, tendo havido uma grande controvérsia nesse sentido somente na Europa e nos Estados Unidos.

Com efeito, já com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma aceitação explícita da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, dado que: a) há previsão expressa nesse sentido no art. 5º, §1º²²⁹; e b) os grandes temas afeitos a essas relações, como propriedade, família e herança, foram literalmente transcritas no texto constitucional, impondo-se a observância desses direitos mesmo no contexto das relações

²²⁵ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 87-88.

²²⁶ CANOTILHO, J.J.. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

²²⁷ GOMES, Felipe Lima. Op. Cit..

²²⁸ LINS JÚNIOR, George Sarmento. Exposição oral realizada em aula proferida no dia 06/02/2018. Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas, 2018.

²²⁹ Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 out. 2018)

entre particulares, tendo-se justamente nessa argumentação uma das bases da constitucionalização do direito privado.

Ou seja, o núcleo essencial do direito de herança que estabelecemos acima, por produzir efeitos absolutos, não depende de nenhum tipo de intermediação legislativa, judicial ou estatal para conformar e legitimar o exercício de condutas individuais que façam-no valer. E semelhante exercício não pode ser considerado atentatório ainda que se realize por vias heterodoxas, como, por exemplo, mediante a transgressão de normas e procedimentos infraconstitucionais – por exemplo, as “fraudes no planejamento sucessório”²³⁰ –, obviamente quando tais imposições normativas significarem uma contrafação de seu próprio núcleo conceitual.

Quer dizer, o estabelecimento de travas meramente normativas – despidas de fundamentalidade – que cerceiam a plenitude do exercício do direito de herança autoriza, só por isso, sejam elas absolutamente desconsideradas. Nesse sentido, podemos afirmar, por exemplo, que no exercício de seu planejamento sucessório, ao elaborar seu testamento, consideram-se lícitas as deixas testamentárias realizadas por um indivíduo que impliquem disposição da integralidade de seus bens em “prejuízo” de seus “herdeiros necessários”, de modo a se desconsiderar do regramento contido no §1º do art. 1.857 do Código Civil²³¹, pelo menos enquanto a taxonomia do “herdeiro necessário” não acenar para uma correspondência fática, concreta, com a figura do familiar dependente e vulnerável.

Trata-se, assim, de conduta que se convalida diretamente a partir da natureza fundamental do direito de herança, na expressão patrimonial da autodeterminação e do planejamento. Significa dizer, portanto, que o direito de herança, apenas diante de sua fundamentalidade, conforma suficientemente as ações individuais nele embasadas, no que poderíamos dizer ser a sua tangente de autodefesa e de resistência social.

Por sua vez, conquanto não se subordine nem minimamente à figura do legislador ordinário, este fica com sua competência legislativa subordinada e limitada, obrigando-se a editar normas e procedimentos que maximizem o seu aproveitamento ao mesmo tempo em que protejam e não suprimam a real substância do direito de herança. Dessa forma, a legislação infraconstitucional adquire coloração exclusivamente instrumental, e não

²³⁰ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 221-246.

²³¹ Art. 1.857 (...) § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018)

substancial, no reconhecimento de que a complexidade da conduta humana comporta inúmeras possibilidades de reconhecê-lo e de concretizá-lo²³².

De modo tal, ao mesmo tempo em que se lhe reconheça certa liberdade no manejo dos instrumentos que fazem valer o direito fundamental de herança (por exemplo, o estabelecimento de tipos específicos de testamento que exigem determinadas formalidades), essa mesma liberdade legislativa não pode constituir entraves desmedidos à materialização fática dos fins sucessórios (como, por exemplo, considerar-se nulo determinado testamento apenas porque o mesmo não dispôs da quantidade necessária de testemunhas para validá-lo, na hipótese em que a vontade do testador foi comprovadamente direcionada neste ou naquele sentido, e corroborada inclusive por outros elementos de prova).

Além disso, com a sucessiva complexificação da sociedade, exige-se que o legislador atue criativamente para dar vazão e para dinamizar a efetividade do direito de herança. Não há razão, para além de letargia e de desinteresse legislativo, que justifique, por exemplo, o fato de ainda não terem sido incorporadas ao Código Civil regras que validem explicitamente a constituição de holdings para fins sucessórios²³³; que validem as figuras dos trusts²³⁴ como expressão específica de planejamentos sucessórios; que regulamentem de uma forma mais clara as questões relativas à instituição de fundação por testamento²³⁵; ou que autorizem a realização de testamentos por gravação de vídeo.

Isso é o suficiente para dizermos, então, que não é o legislador que conforma o conteúdo do direito fundamental de herança, mas sim a sua liberdade legislativa que fica conformada ao conteúdo apriorístico desse direito fundamental, estabelecendo limites à sua atividade legislativa ao passo em que obrigando-o a adotar uma certa direção inventiva, instituindo instrumentos e procedimentos que deem o melhor aproveitamento, em termos concretos, a seu conteúdo.

Finalmente, para concluirmos a resposta ao terceiro questionamento colocado nesta seção, como também para finalizá-la de uma vez, sucede que o reconhecimento da fundamentalidade do direito de herança permite, só em razão disso, a conformação de

²³² GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 87-88.

²³³ FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TREMARIN JUNIOR, Valter. Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 413-433.

²³⁴ OLIVA, Milena Donato. Trusts. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 367-381.

²³⁵ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A instituição testamentária de fundação como alternativa para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 357-366.

pretensões individuais de prestações positivas e negativas frente a outras pessoas (e.g. Estado e outros indivíduos), a serem concretizadas mediante provocação da tutela do Estado-juiz.

Aliás, é providencial que se diga, até como encerramento lógico dessa nossa exposição, que a qualidade bidimensional do núcleo duro do direito de herança não comporta apenas o exercício de pretensões a prestações negativas, nem muito menos significa apenas um direito de defesa (“dever de omissão dos órgãos públicos contra intromissões indevidas”²³⁶) a ser exigido exclusivamente do Estado.

Embora essa seja a percepção de parcela da doutrina, como Judith Martins-Costa²³⁷ – logicamente porque a aclamada autora, ao que nos parece, perfilha a definição tradicional do referido direito, muito embora reconheça, como já exposto páginas acima, que ele também expressa algum sentido de solidariedade familiar (o que aparenta alguma contradição em seu discurso) – é natural que a dimensão familiar da herança motive o exercício de prestações positivas inclusive contra particulares. Qual seria, então, a natureza jurígena da imposição, que poderia ser exercida contra determinado indivíduo, que lhe obrigaria a reservar e a dar a seus familiares dependentes e vulneráveis uma parcela patrimonial, senão exatamente uma deferência a uma prestação positiva exercida contra um particular?

De todo modo, o magistrado a quem é submetida determinada questão envolvendo o direito fundamental de herança igualmente se vincula a seu conteúdo essencial, devendo, em seu resguardo, por meio de técnicas de julgamento, elevar ao máximo a sua efetividade, controlando a legitimidade das condutas dos envolvidos à luz do referido direito. Isso poderia implicar, inclusive, o afastamento casuístico de determinadas regras infraconstitucionais – quando as mesmas se mostrarem incompatíveis com as especificidades fáticas do caso analisado – ou mesmo a completa extração da norma hipotética do sistema, por meio do controle de constitucionalidade, quando o próprio arquétipo se apresentar incompatível com as premissas fundamentais do direito de herança.

Com esse arremate, lançamos a resposta definitiva ao terceiro questionamento posto (para quê?) e assumimos que a fundamentalidade do direito de herança serve para: 1. legitimar diretamente as ações individuais nele fundadas, inclusive através de meios que provoquem rupturas de leis infraconstitucionais que lhes são contrárias; 2. conformar a liberdade legiferante do legislador, que se limita a seu conteúdo tanto quanto se obriga a

²³⁶ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 87-88.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 697.

construir normas instrumentais criativas que o façam valer; e 3. conformar suficientemente pretensões individuais positivas e negativas, contra o Estado ou outros particulares, frente ao Estado-juiz, que a seu conteúdo fica igualmente vinculado no exercício de seu mister jurisdicional, sem necessidade de qualquer tipo de deferência ou intermediação legislativa.

Por meio da combinação dos elementos, definições e conceitos estabelecidos nesta seção do trabalho, conseguimos cumprir o intento de fornecer uma roupagem normativo-teórica de um direito fundamental à herança que se apresenta perfeitamente compatível com as transformações sócio-jurídicas experimentadas durante essa nova pós-modernidade.

Assim, o propósito da seção seguinte, que fechará o segundo capítulo, é demonstrar as diretivas que precisam ser seguidas pelo direito sucessório a fim de que a sua modelagem seja compatível com o fenômeno da constitucionalização e com a fundamentalidade do direito de herança, de modo que suas regras e seus institutos – inclusive o próprio instituto da legítima – estejam formatados e validados a partir dessa nova realidade social, filosófica e jurídica.

Isto é, uma vez que o direito de herança possui uma interioridade bidimensional, projetando uma proteção simultânea a situações patrimoniais (proprietárias) e extrapatrimoniais (familiares) que afetam distintamente determinadas categorias de pessoas, cabe-nos densificar as diretrizes hermenêuticas, os princípios e os valores que predominam no contexto de cada uma delas.

Bem assim, como dissemos que, a despeito da tensão constante, a dimensão familiar da herança parece possuir algum tipo de prioridade protetiva em relação à sua dimensão proprietária, mas que tal prioridade não é apriorística e encerra-se apenas na concretude dos fatos – único ambiente em que é possível funcionalizar as regras respectivas –, será preciso estabelecer uma premissa funcional que permita a realização desse tipo de incursão fática, e que deve ser assimilada como vertente principal de um direito sucessório constitucionalizado. Algo inspirado, mas não absolutamente idêntico, àquilo que as doutrinas italiana e francesa costumam denominar de sucessão anômala.

3.3. PERFIL BIDIMENSIONAL E ANÔMALO DE UM DIREITO SUCESSÓRIO CONSTITUCIONALIZADO

Como pudemos evidenciar no capítulo primeiro, a família brasileira foi visceralmente reformulada e sobre isso há um consenso quase²³⁸ universal. Ressoa na doutrina e nos

²³⁸ Apesar das evidentes alterações do modelo familiar que se vê e se vive cotidianamente, alguns estratos da sociedade negam reconhecimento ao fenômeno e pretendem refreá-lo, pretendendo cancelar a já ultrapassada

julgados mais recentes: a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi admitida numa decisão de vanguarda mundial pelo Supremo Tribunal Federal. Também o foi a multiparentalidade socioafetiva, ratificando a perspectiva contemporânea de que as pessoas se ligam por singularidades da vida, e não por arbitrariedades de um modelo estatal pré-fixado e incondizente com o mundo social. O direito de família está sendo profundamente constitucionalizado.

Todavia, quando se trata de sucessão hereditária, costuma-se aderir a um silêncio inusitado, refletido nas pouquíssimas críticas literárias da comunidade jurídica sobre as densas e absolutamente necessárias modificações que deveriam tê-la igualmente modificado. Para essa parcela de pensadores, parece que só em vida é que a forma, a institucionalidade e a patrimonialidade apresentam-se desimportantes enquanto grandezas dignificadoras da família. Parece que somente em vida foram eles unanimemente substituídos pela valia da afetividade, da funcionalidade e da solidariedade social²³⁹. Na morte, em aparente contradição, quer-se insistir na ideia de que uma “continuidade patrimonial familiar”, voltada a um modelo evidentemente institucional, ainda seria o fundamento central de um direito sucessório contemporâneo, por significar um “fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família”²⁴⁰.

Quer-se tentar dizer, sem amparo num valor constitucional subjacente, que a renovação e a não interrupção dos elementos familiares nas gerações posteriores só se daria com a continuidade da fruição de uma messe patrimonial acumulada pelas anteriores, na perspectiva de que o progresso verdadeiro de uma família se vincularia indissociavelmente a um respectivo progresso patrimonial²⁴¹.

Não há como defender esse ponto de vista diante de toda a narrativa histórica, sócio-jurídica, filosófica e teórico-normativa que estabelecemos até então. A ideia de obrigatoriedade de transmissão de uma “herança forçada” a “herdeiros necessários” apenas formalmente preestabelecidos na lei, desatada de qualquer função intrínseca aos fins da família contemporânea, e portanto sem sinalagma constitucional, não expressaria o esperado de uma sucessão constitucionalizada. Cogitar a pertinência de semelhante modelo seria apenas reproduzir resquícios de uma tradição já suplantada, que depositava num dito “critério

formalidade e institucionalidade da família. A exemplo, podemos citar o Projeto de Lei nº 6583/2015, denominado Estatuto da Família (e não das famílias), o qual, dissentindo da decisão do STF que admitiu ser constitucional a união civil entre casais homoafetivos, pretende repelir semelhante formatação, ao aduzir que “entidade familiar” corresponderia apenas ao núcleo social formado por um homem e por uma mulher.

²³⁹ TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das sucessões. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4.

²⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Corrd.). Direito das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5.

²⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Rios, 1956, p. 399.

sucessoral patrimonial”²⁴² uma das bases estruturantes da família, no pressuposto de que o vínculo familiar convidaria cada um de seus membros a exercer um direito proprietário sobre o patrimônio pertencente aos demais.

Nesse novo paradigma no qual vivemos, em que o direito de propriedade – e seu viés patrimonial – se distanciou fundamentalmente do direito das famílias – agora atrelado a um aspecto extrapatrimonial de solidarismo – entende-se que o direito sucessório precisa ser igualmente bipartido para atender a um novo modelo constitucional, sendo cada partição – ou dimensão – representativa de um feixe de princípios, regras e valores que se interrelacionam com o objetivo de maximizarem e de densificarem a própria feição bidimensional do direito fundamental à herança.

3.3.1. Dimensão proprietária e o caráter patrimonial da sucessão

Naquilo que a sucessão se expressa pura e simplesmente como a transmissão de um patrimônio – uma universalidade de bens e de direitos pertencentes a uma dada pessoa, seca, sem afetação ou vinculação a um propósito social específico – em decorrência do falecimento (ou possível falecimento) de um indivíduo, exige-se a preservação do princípio da autonomia da vontade do sucedido como vetor dirigente de condutas, como elemento hermenêutico central de interpretações judiciais e como diretriz principal de construção e de controle deontológico dos regramentos legislativos.

Trata-se de sedimentar um espaço livre, extensivo da liberdade observada na consciência de cada indivíduo; de reconhecer uma essência que não deve ser invadida nem pelo Estado e nem por pretensões vazias de outros particulares. Um local tomado por decisões e escolhas existenciais condescendidas pela subjetividade da moral²⁴³, das quais não se exige maiores justificas que não a própria exteriorização da vontade. Seria propugnar a autonomia, a liberdade e a autodeterminação num sentido plenamente kantiano²⁴⁴.

Nesse recinto, a subordinação do destino do patrimônio aos anseios manifestados pelo pretenso falecido estaria representada numa relação de correspectividade entre os direitos fundamentais da propriedade (art. 5º, XXII da Constituição Federal) e da herança (art. 5º,

²⁴² GOMES, Orlando. Direito de família. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. A liberdade de ser: morte, vida e escolhas existenciais. 9º Ciclo de Conferências da Academia Brasileira de Letras, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=px0L23zvdFE>> Acesso em 12 nov. 2018.

²⁴⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad.: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 113.

XXX da Constituição Federal), em substituição à miscigenação de ambos com um adicional critério familiar, havida no período pré-constitucional.

Assim, materializa-se a cogitada dimensão proprietária do direito de herança a partir da garantia provisional concedida a um indivíduo de que os planejamentos patrimoniais realizados em sua vida, e que tomaram forma a partir de vontades por ele manifestadas em determinado sentido em vista da certeza de sua morte e da incerteza de sua ocasião, serão de tal forma respeitados quando ela efetivamente vier a se concretizar; assim como na confiança assumida pelos herdeiros proprietários, assim designados pelo pretense falecido em seu ato de vontade, de que herdarão a medida patrimonial por ele próprio especificada.

Porque a expressão patrimonial do direito fundamental à herança, por conta da fenomenologia constitucional contemporânea, ficou completamente esmaecida em relação a qualquer caracterização familiar. A herança, em sua ordem patrimonial, ficou cravada como um desdobramento transcendente apenas da propriedade, diga-se, como um prolongamento instintivo²⁴⁵ de individualidades – e não da família em si; algo como um imperativo filosófico da continuidade da humanidade da pessoa, a despeito da descontinuidade corporal provocada pela morte²⁴⁶.

A liberdade de disposição e a possibilidade de autorregramento, nesse ambiente, além de representarem produtos da autonomia da vontade, também constituem frutos da própria dignidade humana constitucionalmente encartada. Eis que, a despeito da dissociação havida entre a dignidade e o ter, concretamente, um patrimônio (em seu sentido econômico, apartado de conotação social e sem uma manifestação de necessidade), o poder tê-lo e o poder dispô-lo da melhor forma que convier ao titular (inclusive causa mortis), qualquer que seja a sua extensão quantitativa e qualitativa, ainda representa uma potencialidade inerente à condição digna de ser humano, no contexto de uma sociedade aberta, livre, democrática e não totalitária. Foi essa percepção, inclusive, que motivou a inserção do direito de propriedade na Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH²⁴⁷.

²⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 698.

²⁴⁷ Artigo 17. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2018.)

A expressão proprietária do direito de herança, portanto, demanda o estabelecimento de um regime sucessório fundado no predomínio da vontade individual do falecido no manejo e no planejamento prospectivo de seu patrimônio com vistas em sua morte, e na proteção dos interesses patrimoniais dos herdeiros proprietários designados nessas provisões. O Estado, tanto quanto outros particulares, inclusive familiares, precisam ser juridicamente neutros em relação às escolhas existenciais deliberadas nesse ambiente de liberdade²⁴⁸, exigindo-se, nessa esteira, uma atuação estatal negativa, de não fazer e de não interferência.

A autonomia da vontade, associada à liberdade dispositiva, estaria representada no poder que o pretense falecido possui de autorregular seus interesses por meio de concessões jurídicas: a) que possibilitem, de um lado, a maximização de sua criatividade performativa, autorizando-o a construir modelos, métodos e esquemas de como o seu patrimônio deve ser manejado em vista de sua morte, no que seria um endosso à atipicidade dos negócios jurídicos sucessórios; b) que permitam que o pretense falecido apenas opte expressamente, se assim reputar conveniente, por modelos típicos preconcebidos pelo legislador, que os construiria à luz das realidades sociais mais observadas;²⁴⁹ e c) que preencham lacunas volitivas, na hipótese de inexistir expressa determinação ou opção do pretense falecido, que procurem exprimir uma maior aproximação da vontade que por ele seria manifestada se assim o tivesse feito expressamente.

Para além da necessária observância às opções sucessórias realizadas livremente pelas pessoas, portanto, o estabelecimento de um modelo normativo infraconstitucional de uma “sucessão patrimonial” significaria apenas a exteriorização, pelo legislador, daquilo que o falecido provavelmente elencaria se tivesse manifestado expressamente a sua vontade²⁵⁰, fazendo as vezes de uma vontade tácita ou presumida²⁵¹.

Essas regras, portanto, seriam apenas supletivas, mas nunca impositivas. As travas puramente matemáticas que suprimem a liberdade de dispor – e.g. a atual configuração matemática da legítima, indicativa da parcial indisponibilidade de fatia ideal correspondente a 50% (cinquenta por cento) de determinado patrimônio e restritiva do direito de dar e de testar

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A liberdade de ser: morte, vida e escolhas existenciais. 9º Ciclo de Conferências da Academia Brasileira de Letras, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=px0L23zvdFE>> Acesso em 12 nov. 2018.

²⁴⁹ BARBA, Vincenzo; D’ORTA, Carlo. Private autonomy and testament’s content in the inheritance right. The fall of traditional beliefs in the Italian legal system. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 47-58.

²⁵⁰ VELOSO, Zeno. Testamentos de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.

²⁵¹ PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil: Tome Troisième. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1913, p. 600.

livremente – feneceram definitivamente a partir da insurgência desse ambiente constitucional contemporâneo, fomentador de liberdades patrimoniais distantes da família estruturada e hierarquizada.

Podemos tomar como exemplo – em que pese termos ciência de não se tratar propriamente de uma questão sucessória – o aspecto patrimonial que decorre da união civil entre as pessoas (casamento e união estável). Verifica-se que a autonomia da vontade predomina nesse recinto, na medida em que lhes é dado escolher dentre um dos regimes de comunhão pré-moldados pelo código ou até mesmo estabelecerem um regime customizado, por meio de estipulações realizadas em pacto antenupcial²⁵². Ou seja, enxerga-se nítido que o fundamento constitucional da relação, nos aspectos que possuem natureza estritamente patrimonial, ficam intimamente associados às vontades manifestadas pelos contraentes. E maiores celeumas sociais não são suscitadas em relação a essa questão, justamente porque disso não decorre a supressão nem a relativização de um dever de mútua solidariedade que permanece permeando essas relações e constituindo obrigações financeiras recíprocas, à luz do critério da despatrimonialização.

Semelhante modelagem seria desejada no ambiente de uma sucessão patrimonial constitucionalizada. No que tange à destinação de patrimônio que não se encontra de algum modo gravado com o peso de ser estritamente necessário ao atingimento das finalidades constitucionais da família do falecido, seria preciso imprimir uma maior prevalência à força sucessória da denominada “sucessão testamentária”, prevista no “Título III” do “Livro V” do Código Civil – a qual reclama pontuais alterações somente para tornar mais valiosa a vontade real do falecido em detrimento de formalismos que no mais das vezes apenas a desvirtuam – e seria preciso construir um feixe de regramentos que instrumentalizem e dinamizem planejamentos sucessórios realizados também em vida.

Também nesse passo, a “sucessão legítima”, prevista no “Título II” do “Livro V” do Código Civil, precisaria ser reformulada e reinterpretada para dispor, essencialmente, regras que a qualificassem mais explicitamente como uma “sucessão testamentária presumida”, e que assim o fizessem a partir de presunções mais compatíveis com a realidade contemporânea da sociedade. Porque não há como dizermos atual a presunção ortodoxa estabelecida na “ordem de vocação hereditária” (art. 1.829 e seguintes), fundada numa estrutura formal e

²⁵² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial? *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16, abr./jun. 2018, Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239>> Acesso em 15 nov. 2018.

inflexível de família por vezes afastada do que se vive mundo social; daquilo que as pessoas verdadeiramente almejavam, em termos de transmissão patrimonial, com o advento da morte.

Dado que o elemento central de aglutinação familiar, como abordado no capítulo primeiro, deixou de ser a mera posição ocupada numa dada árvore genealógica e passou a situar-se, preponderantemente, no mundo real da socioafetividade, parece-nos natural que qualquer ordem hereditária presuntiva de vontade do falecido precisaria admitir um tipo de incursão fática nos meandros afetivos do relacionamento havido entre ele e seus pretensos sucessores, que estariam assim nominados apenas de maneira suposta na estrutura neutra da lei, mas que poderiam ser desafiados pela concretude dos fatos, confirmando-se objetivamente, ou não, a existência de um grau de afetividade recíproco suficiente para corroborar que a vontade do falecido, caso tivesse expressamente se manifestado, teria muito possivelmente sido a de destinar uma parcela patrimonial em favor dessa pessoa.

Isso evitaria uma série de distorções que poderiam ser verificadas entre aquilo que se presumiu na frieza da lei e aquilo que se verificou na ardência dos fatos. Haveria o uso de uma lógica mais ou menos parecida com a utilizada nos institutos da “deserdação” e da “indignidade”, com a diferença substancial de que, nestes, a premissa funda-se na existência pressuposta de um direito patrimonial de herança aos familiares, que seria extinto pelo cometimento de algum daqueles atos taxados na lei; quando no caso em que ora se cogita a lógica seria invertida, e a constatação da inexistência da afetividade significaria a própria inexistência (e não a superveniente extinção) de um direito de herdar fundado na presunção de vontade do falecido.

Porque, conforme costuma repetir Gabriel Ivo, poeticamente, e por certo em tom de crítica à juridicização do afeto nas relações familiares: “o amor virou fato jurídico”²⁵³ que irradia efeitos jurídicos. A complexidade da vida nos mostra que afetividade constitui um fato, e não uma prescrição. E rupturas afetivas ocorridas na vida, ou mesmo afetos nunca efetivamente aperfeiçoados, alterariam substancialmente a vontade que se presumiria ser tida por cada pessoa, de forma geral, em relação ao destino de suas deixas patrimoniais.

De todo modo, seja ao tratarmos de sua manifestação expressa ou presumida, o que queremos deixar fixado nesta seção é que o primado da vontade é evidentemente mais apto a decifrar e dinamizar o complexo pluralismo de condutas que caracteriza a sociedade contemporânea. Os indivíduos são essencialmente mais capazes, no exercício de sua autonomia e de sua autodeterminação, de fazerem trafegar de forma mais coerente os direitos

²⁵³ IVO, Gabriel. Exposição oral realizada em seminário avaliativo ocorrido no dia 20/07/2018. Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas, 2018.

e os interesses patrimoniais que lhes são ínsitos, em contraponto à estereotipação e a pré-moldagem que qualificam a interferência estatal, quase sempre inservíveis ao preenchimento das minúcias de que são dotadas as vidas dos particulares.

Entretanto, também atentando-se à funcionalização dos fenômenos jurídicos como desdobramento próprio da constitucionalização do direito civil, e diante do complexo emaranhado de relações que o fenômeno sucessório pode envolver – muito além das figuras do sucessor e do sucedido –, é de se ter que o reconhecimento da primazia da autonomia da vontade nos aspectos exclusivamente patrimoniais da sucessão não os torna absolutamente indenos a possíveis limitações aplicáveis por força da incidência ordinária da função social da propriedade, uma vez que a Constituição de 1988 passou a albergar a expressão em quase todas as passagens que se referiam à propriedade: art. 5º, XVIII (a propriedade atenderá a sua função social); art. 170, III, (a função social da propriedade entre os princípios informadores da ordem econômica); art. 182, §2º (especifica que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigência de ordenação do plano diretor da cidade); e art. 186 (estabelece que a propriedade rural cumpre sua função social ao atender determinados critérios e graus de exigência relacionados a seu uso).

Isso significa, à luz de determinadas peculiaridades observadas em cada sucessão, que a vontade do sucedido poderia ser modulada ou condicionada para atender a determinados fins sociais e interesses múltiplos, ainda que se lhe resguardasse o seu mérito patrimonial. Tal se daria, por exemplo, numa hipótese em que a messe patrimonial a partilhar tangenciasse os rumos de uma dada empresa – quando o sucedido figurasse na condição de acionista majoritário e controlador.

Pois que, tratando-se de uma atividade concentradora de interesses múltiplos (stakeholders) – consumidores, empregados, fornecedores, etc. –, não limitados aos tradicionais interesses dos investidores²⁵⁴, seria de se imaginar a existência de mecanismos que pudessem lhe garantir continuidade e sustentabilidade mesmo após o falecimento de seus sócios, ao mesmo tempo em que se conservasse, na melhor medida possível, os interesses patrimoniais do falecido e de seus herdeiros proprietários²⁵⁵.

²⁵⁴ CORREIA JUNIOR, José Barros. A Função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2013, p. 172.

²⁵⁵ LIMA, Diego Papini Teixeira; MALLMANN, Querino. Sucessão causa mortis e proteção da empresa. Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, ano 7, vol. 12, n. 3, out. 2018, pp. 282-297. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/324-sucessao-causa-mortis-e-protecao-da-empresa>> Acesso em 15 nov. 2018.

É em sentido parecido, por exemplo, que Ana Luiza Nevares desenvolve o conceito de liberdade testamentária qualitativa²⁵⁶. Para a autora, como o fenômeno sucessório, mesmo não estando diretamente associado a um critério de necessidade familiar, envolve interesses de alguns filhos sucessores que não seriam puramente patrimoniais (relativos à continuidade de empresas, ao manejo de propriedades agrícolas, a bens que servem a propósitos culturais ou artísticos, etc.²⁵⁷), a vontade manifestada pelo falecido poderia ser submetida a uma análise e a um controle de merecimento de tutela estatal²⁵⁸ a partir das qualidades pessoais dos sucessores e das qualidades dos bens envolvidos no acervo, a fim de que a deliberação esteja consonante com o valor constitucional da função social dos bens componentes da herança.

Pensamos, todavia, que é preciso ter extrema cautela na aplicação dessas modulações, dado que, como visto, o critério hermenêutico principal dessa dimensão está associado à liberdade dispositiva e à autonomia do falecido. Isso significa dizer que, a despeito de não ser absolutamente inflexível a vontade manifestada pelo titular, apenas elementos existenciais extremamente densos poderiam de algum modo alterá-la.

A dimensão proprietária da sucessão, assim, representaria a ininterrupção existencial de um indivíduo na figura de sucessores eleitos, a rigor, pela própria vontade do falecido; de herdeiros que não necessariamente se confundem com aqueles “herdeiros legítimos” ou aqueloutros “herdeiros necessários” determinados pela ortodoxia interventiva de um Estado que pretendia perpetuar um modelo sucessório descartado nos remotes da história constitucional, fundamentado numa perspectiva patrimonializada e institucionalizada de família incompatível com a realidade social dos tempos atuais.

3.3.2. Dimensão familiar e o caráter extrapatrimonial da sucessão

A família foi mesmo constitucionalizada, o que se expressou, sobretudo, no esvaziamento de seu anterior caráter patrimonial, dando-se lugar à solidariedade mútua como critério de justiça familiar. A função social da família passou a ser a revelação constitucional de um propósito social; um eixo transpessoal garantidor da saúde, da alimentação, da educação, do lazer, da moradia, da cultura e da profissionalização de todos aqueles que relacionam-se mutuamente com essa feição; neste sentido representando um limite específico ao exercício das liberdades individuais de seus membros, assim como um limite ao exercício

²⁵⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 238.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 240.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

de pretensões a prestações positivas recíprocas nela fundadas. E, parece-nos evidente, essa nova fórmula de família naturalmente exige uma nova fórmula de sucessão familiar.

Em primeiro lugar, impõe-se-nos reconhecer que o cerne dessa dimensão não possui uma natureza patrimonial. Por tamanha contradição constitucional, não haveria como avalizarmos, em tempos atuais, a primazia de um modelo de sucessão que, dizendo-se embasado na coesão e na proteção da família, visasse exclusivamente a garantia de um superado “patrimonialismo familiar” por meio da criação de mecanismos de perpetuação patrimonial²⁵⁹ vazios de funções verdadeiramente familiares e fincados numa frígida manutenção de laços meramente formais e institucionais.

Assim, partimos do princípio de que uma sucessão familiar constitucionalizada não poderia ser idealizada para tutelar interesses que destoem da estrita persecução de uma existência humanamente digna aos membros de determinada família. A sua função, eminentemente extrapatrimonial, não é tutelar direitos patrimoniais do falecido ou mesmo dos “herdeiros familiares”, mas tutelar a dignidade humana de todas as pessoas que se inter-relacionam familiarmente, o que envolve, por óbvio, o estabelecimento de determinados deveres mútuos que, a despeito do semblante extrapatrimonial, naturalmente podem repercutir obrigações patrimoniais.

A distinção entre a patrimonialidade da dimensão proprietária e a extrapatrimonialidade da dimensão familiar, portanto, parte de um ponto de vista funcional. Aqui, a perspectiva de defesa é qualitativa, baseada numa relação de necessidade-dependência que pode existir entre o pretense falecido e dado sujeito que com ele possui relação familiar. O âmbito de proteção incide em vista de uma pessoa, desta feita para o atingimento de potencialidades humanas que lhes são próprias, e não de uma coisa e de sua precificação.

Desse modo, a partir da estabilização sócio-jurídica dessa perspectiva funcional da sucessão familiar, a mesma estaria relacionada à proteção de uma situação jurídica existencial dos sucessores²⁶⁰, em contraponto à ultrapassada tutela de seus interesses exclusivamente patrimoniais. É dizer: somente a partir de uma avaliação prospectiva das necessidades apresentadas por cada um dos familiares do falecido enquanto pessoas²⁶¹ é que se dirá em que medida a sucessão poderá lhes fornecer uma tutela dirigida ao atingimento de suas respectivas

²⁵⁹ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). Transformações no Direito Privado nos 30 Anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁶⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

²⁶¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23.

dignidades, funcionalizando-se o patrimônio²⁶² do autor da herança para tal fim, mesmo porque, ainda que de natureza eminentemente existencial, numa sociedade de trocas é de se consentir que seu preenchimento possui expressão econômica e repercussão financeira.

Mas qual seria o parâmetro legítimo para se determinar a extensão dessas necessidades humanas? Parece-nos claro que a sucessão familiar está intimamente relacionada à própria finalidade constitucional das entidades familiares. A sobredita funcionalização, portanto, estaria representada numa interpolação hermenêutica entre o direito fundamental à herança (art. 5º, XXX da Constituição Federal) e os direitos sociais advindos da família (arts. 227, 229 e 230 da Constituição Federal), derogando-se qualquer mistura com os critérios proprietários antes havidos nas quadras pré-constitucionais:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁶³.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade²⁶⁴.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida²⁶⁵.

Ou seja, tendo a família constitucionalizada propósitos diversos e inconciliáveis com sua anterior institucionalidade patrimonial, a funcionalização da sucessão a partir de um ainda vigente caráter familiar passa a ecoar tão-somente o princípio constitucional da solidariedade, que se desdobra na garantia, exigida e exigível reciprocamente de seus integrantes, de proverem assistência relativa a saúde, alimentação, educação, lazer, moradia, cultura, profissionalização e outros que tais destinados ao desenvolvimento de suas individualidades. Porque são esses elementos humanos, e não um patrimônio formalmente considerado, que preenchem o valor dignidade na contemporaneidade constitucional.

A consolidação dessa premissa, todavia, nos apresenta dois principais entraves hermenêuticos que precisam ser adequadamente solucionados: a) a questão da qualidade de “herdeiro familiar” (“herdeiro necessário”), demandando-se a fixação de parâmetros que permitam identificá-lo juridicamente; e b) a questão da igualdade entre os referidos herdeiros,

²⁶² TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32.

²⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2018.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ Idem.

suscitada sobretudo à luz da determinação de há muito socialmente incorporada, e expressamente fixada no art. 226, §6º da Constituição, que prescreve que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”²⁶⁶

O primeiro deles – a qualidade de “herdeiro familiar” – é o aspecto que legitima determinado indivíduo a titularizar um direito que se projeta na morte ou na perspectiva provisional de morte de outra pessoa, diante da certeza de sua ocorrência e da incerteza de sua ocasião. Sua definição se vincula a três fatores preponderantes, simultaneamente verificados: 1. a existência, objetivamente considerada, de reciprocidade afetiva entre sucessor e sucedido, como aspecto confirmador de uma relação familiar antes apenas presumida na neutralidade legal; 2. a ostensão, pelo sucessor, da condição de pessoa economicamente vulnerável; e 3. a existência de uma relação de dependência entre sucessor e sucedido, que, combinada com a antes referida condição de vulnerabilidade, denota uma necessidade de amparo financeiro e/ou patrimonial a ser suportada pelas deixas do falecido.

Essa qualidade, portanto, perpassa um ambiente em que a manifestação da vontade, seja a do pretense falecido ou seja a do herdeiro suposto, a princípio, é absolutamente descartável e irrelevante, pelo menos para fins de sua efetiva determinação, podendo servir, apenas e eventualmente, como indício probante do preenchimento de um ou de alguns dos fatores mencionados acima.

O trato da afetividade como fator indissociável da qualidade de herdeiro tem considerável relevo quando enxergamos, na vida prática e nas experiências comuns do dia a dia, os abismos de convivência e de afeto existentes entre aqueles arrolados na lei, por exemplo, como “herdeiros de primeira classe” e o autor da herança, bem assim, diante da multiplicidade e pluralidade de formatos de família, quando observamos ser habitual a existência de uma estreita relação de afetividade entre o falecido e outras pessoas a quem a lei atribui um tratamento sucessório remoto e distante, apenas por não ocuparem uma determinada posição de destaque nos contornos de uma genealogia formal.

Porque muitas vezes, apesar de possuírem algum grau de parentesco biológico ou histórico que, na ortodoxia do código atual, enquadraria determinadas pessoas como presumidamente vinculadas por laços familiares (e daí também sucessórios), pelas variadas singularidades da vida esses laços podem nunca terem sido fortalecidos ou sequer marcados, em qualquer momento, por um mínimo grau de afetividade que os tornassem

²⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 jul. 2018.

substantivamente importantes. Podem ter sido fragmentados por rupturas incuráveis que distanciaram as pessoas e que fizeram perecer o “querer estar junto” – como expressão subjetiva do afeto –, como também esvaziar o comportamento recíproco de cuidado²⁶⁷, como expressão objetiva desse mesmo valor.

Por outro lado, pessoas que, pela neutralidade do código atual, originalmente não estariam albergadas pela protetividade sucessória da família, podem ter alimentado uma profunda relação socioafetiva durante a vida que, a partir daí faticamente enquadrada como de natureza familiar, faria irradiar os deveres recíprocos oriundos da solidariedade constitucional, dentre os quais aquele que ora se visualiza como fruto da dimensão familiar da sucessão. Porque a Constituição curvou-se à realidade social e infirmou a máxima de que a família é um produto da lei, senão um fato fundamentalmente cultural, no reconhecimento de que à lei apenas cabe prestigiar todas as estruturas familiares que se edifiquem nos entornos da convivência afetiva, concretizando a dignidade de seus integrantes²⁶⁸.

Eis que, como extensamente já se viu nas linhas iniciais desse trabalho, tanto e quanto o princípio da afetividade tenha se tornado o principal vetor de caracterização da família, na premissa de que sem afeto não há de se cogitar uma verdadeira relação familiar, semelhante ilação deve necessariamente se aplicar a um agora constitucionalizado direito sucessório²⁶⁹. Nesse passo, cogitando-se a ocorrência do evento morte, exige-se mecanismos normativos que permitam averiguar a qualidade da relação havida entre os pretensos sucessores familiares e o sucedido para, somente em se confirmando a existência de afetividade entre ambos, ser atribuída a determinado indivíduo a qualidade de “herdeiro familiar” tutelado pela projeção protetiva que ora se conjectura.

Por sua vez, como segundo fator a se considerar para fins de caracterização da qualidade de herdeiro familiar, estando a métrica dessa nova dimensão visceralmente alinhada com o princípio da solidariedade (e não com aquele anterior e já transposto critério sucessoral patrimonial²⁷⁰), passa a importar apenas a condição e a medida da vulnerabilidade econômica ostentada por cada um dos possíveis sucessores²⁷¹, para quem a destinação de uma parcela

²⁶⁷ SPÍNOLA, Pedro de Figueirêdo. *Ética, família, afeto e direito: o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade*. Dissertação (Mestrado). Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2017, p. 133

²⁶⁸ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação?* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: IBDFam, 2018, pp. 297-668.

²⁶⁹ SPÍNOLA, Pedro de Figueirêdo. *Op. Cit.*, p. 132.

²⁷⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

²⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

patrimonial adquire uma coloração imprescindível ao exercício de sua dignidade, já que o contrário implicaria uma supressão inadmissível de sua esfera existencial.

Também por isso, e porque não se concebem hierarquias, em termos de valor ou importância, entre as infinitas modalidades de relações familiares, a qualidade desses herdeiros familiares é absolutamente desatada de qualquer “classe” formal que se queira idealizar, ficando essencialmente fundada no grau de vulnerabilidade apresentado por cada pessoa que com o pretense sucedido guardava uma importante relação de natureza familiar. A avaliação qualitativa, portanto, é pessoal, e observa, sobretudo, a medida de necessidade de cada um dos membros da família nuclear do falecido.

Ademais, a vulnerabilidade econômica aqui especificada não se atrela aos indivíduos que, sob um ponto de vista exclusivamente patrimonial, apresentam-se com modestos recursos, ou que ultrapassem uma fase transitória de descontrole ou de carência financeira. Trata-se de vulnerabilidade que de tal modo lhe retira as condições necessárias para garantir a proteção de sua própria dignidade²⁷², impeditivas do trabalho e da autossuficiência econômica.

Com efeito, dentre os familiares do falecido, aos quais, apenas em tese, se conferiria a condição de herdeiro pela afirmação da relação afetiva, pode haver pessoas com absoluta independência financeira, maiores e plenamente capazes para o labor e para o próprio sustento²⁷³. A estes não se cogitaria uma imperativa destinação de parcela patrimonial de um falecido familiar, dada a ausência de funcionalidade constitucional em semelhante intervenção, e que não justificaria a supressão de autonomias patrimoniais.

Todavia, é mesmo possível que dentre eles haja os que, por razões diversas, integrem o feixe dos ditos vulneráveis econômicos, citando apenas como exemplos possíveis: crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, etc.; pessoas que comprovadamente não possuem condições de se sustentarem autonomamente²⁷⁴. São elas, e só elas, as destinatárias de uma cogente parcela do patrimônio do sucedido num ambiente de sucessão familiar de categoria constitucional.

Finalmente, como terceiro fator que devemos levar em conta para fins de caracterização da qualidade de herdeiro familiar, encontra-se a necessidade de demonstração de que o pretense sucessor mantinha ou deveria manter uma relação essencial de dependência

²⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Idem.

econômica com o falecido, dado que, a despeito de sua comprovada vulnerabilidade econômica, é possível que a garantia de sua existência digna esteja sendo integralmente ou parcialmente desempenhada por outros indivíduos que com ele também possuem relação familiar afetivamente confirmada.

Isso quer dizer que a constatação da vulnerabilidade econômica de determinado indivíduo não é por si só suficiente para determinar que o patrimônio de absolutamente todos os seus familiares que faleceram ou vierem a falecer fiquem imediatamente gravados com o encargo de prover o seu sustento, dado ser possível e muito provável constatar-se uma precedência que, embora não exclua, terminantemente, o dever decorrente da solidariedade familiar que se exige indistintamente de todos os que se relacionam familiarmente, fixe uma ordem instrumental de assunção desse ônus, a partir de critérios reais de convivência afetiva e de nuclearização familiar.

Imagine-se, por exemplo, a situação em que se vislumbra o falecimento de João, que possui uma única filha, Maria, maior, capaz e financeiramente autossuficiente. Esta, por sua vez, possui dois filhos menores e incapazes de proverem o próprio sustento, sendo integralmente dependentes de seus proventos. Embora eventualmente se verifique a existência de um relacionamento familiar e afetivo entre João e seus dois netos, e que ambos possam ser caracterizados como economicamente vulneráveis, não haveria, a princípio, como se conceber a incidência de um dever que obrigasse João a destinar-lhes determinada parcela patrimonial em vista de seu falecimento, já que Maria, por ocupar uma posição de precedência instrumental em relação a João, é plenamente capaz de prover o sustento digno de seus filhos.

Todavia, provada a necessidade desses netos, integral ou mesmo parcial, a partir da prova de incapacidade financeira de Maria, apresenta-se translúcida a obrigação de funcionalização post mortem do patrimônio de João como forma de garantir a dignidade de seus netos, dado que a partir desse instante ficaria demonstrada uma relação de necessidade e de dependência justificativa da implantação de uma trava patrimonial involuntária.

Essa ilação encerra a solução do primeiro entrave hermenêutico estabelecido nessa seção do trabalho, e fixa os três principais fatores que, devidamente preenchidos, atribuem a determinado indivíduo a qualidade de “herdeiro familiar” de outrem, atributo jurídico que o autoriza a exercer pretensões que façam indisponibilizar – numa conjectura prospectiva da morte – e eventualmente tomar para si – verificada a concretude da morte – determinada messe patrimonial que, mesmo não sendo a si pertencente, mas ao familiar sobre cuja morte nos referimos, encontra-se atrelada à manutenção de sua existência digna.

O segundo entrave hermenêutico que colocamos em xeque diz respeito à questão da igualdade entre os “herdeiros”, quando mais de um familiar vinculado ao falecido preencher os requisitos caracterizadores da sobredita qualidade de “herdeiro familiar”. A alteração é de extrema valia não somente diante da expressa dicção constitucional que determina o tratamento isonômico entre filhos (muito embora, como visto, não sejam apenas filhos que gozam de proteção sucessória familiar), mas também porque há uma repetição quase mântica por parte doutrina brasileira sobre esse ponto, quando afirma a importância da “preservação do princípio da igualdade dos quinhões dos herdeiros necessários”²⁷⁵, na pressuposição de que esse mecanismo garantiria uma idealizada igualdade entre os familiares.

Entendemos que o ponto de partida dessa locução doutrinária é absolutamente equivocada em sua essência, por endossar aquele modelo constitucionalmente superado de patrimonialismo familiar de outrora. Com efeito, a tentativa de equalização de herdeiros a partir de uma visualização apriorística e indiferente, fundada apenas na igualdade aritmética do quantum monetário a ser transferido a cada um, desnaturaria por completo a função persecutória de dignidade que se entende atualmente impregnada na sucessão familiar.

Nessa expressão, portanto, não se mede a igualdade por um aspecto formal e legal. Mede-se no ambiente da realização efetiva, concreta; mede-se a partir de uma igualdade de fato, material, observada no plano da realidade²⁷⁶, deferida por meio de um cotejo entre as necessidades humanas demonstradas substantivamente por cada um daqueles que puderam ser enquadrados como “herdeiros familiares” do falecido. Além disso, como a igualdade ora versada é operada na dimensão familiar da sucessão, e não em sua dimensão proprietária, o tratamento isonômico entre filhos, assim como entre quaisquer dos familiares do falecido, é realizado a partir de aspectos extrapatrimoniais, e nunca patrimoniais.

Ou seja, em primeiro lugar, a igualdade deve levar em consideração o grau de vulnerabilidade apresentado por cada um dos herdeiros familiares, realizando uma comparação fática entre a situação apresentada por um e por outro, em termos de necessidades associadas ao atingimento de suas dignidades, tendo-se como parâmetro os direitos sociais que são exigíveis das entidades familiares, vinculados ao princípio da solidariedade.

Posteriormente, observando-se a realidade apresentada por cada um, defere-se uma análise qualitativa – e não quantitativa – do patrimônio pertencente ao pretense falecido,

²⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFam, 2018, pp. 297-311.

²⁷⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ, vol. 13, n. 2, pp. 77-91, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>> Acesso em 24 nov. 2018.

funcionalizando-o com vistas a uma equalização material da dignidade – e não do patrimônio – ostentada por cada um daqueles que se qualificaram como herdeiros familiares, a partir de uma operação ponderativa mediada pelo trinômio da proporcionalidade-necessidade-possibilidade²⁷⁷, de forma muito assemelhada àquela interlocução que já se realiza na tangente das obrigações alimentares.

De forma exemplificativa, é possível afirmar que, do ponto de vista factual, as necessidades existenciais de um recém-nascido seriam significativamente diversas daquelas possuídas por um menor, seu irmão, de 17 (dezesete) anos de idade. E no afã de se garantir equitativamente os interesses de ambos, bem como os interesses patrimoniais do falecido pai, incidiriam intervenções evidentemente distintas, que poderiam significar, sob uma ótica monetária e nominal, uma maior concessão financeira em favor daquele que representa um maior grau de vulnerabilidade; no caso, muito provavelmente a criança recém-nascida.

Significa dizer, assim, que a importância da sucessão familiar situa-se num eixo de proteção a interesses existenciais das pessoas que se relacionam familiarmente, observadas as suas específicas e reais necessidades, e não propriamente na transcendência protetiva de uma matemática patrimonial que garantiria uma igualdade meramente formal. Também implica dizer que essa sucessão não pode ser formulada como uma “concorrência formal” entre herdeiros familiares, tal e qual prenunciado no atual regime do Código Civil, no qual se estabelece uma hierarquia de precedência sucessória baseada numa maior ou menor importância de uma posição genealógica específica, como justificção de uma família institucional já perecida. Já daí observa-se que pelo menos todo o “Título II – Sucessão Legítima” do “Livro V – Do Direito das Sucessões” contido no Código Civil de 2002 (artigos 1.829 e seguintes) – “ordem de vocação hereditária” – não possuiria valia para efeito de proteção sucessória fundada nas relações familiares, se o considerarmos um preceito inflexível, “de ordem pública”²⁷⁸.

Como examinado, as diretrizes hermenêuticas aqui estabelecidas como premissas inderrogáveis de uma sucessão familiar constitucionalizada revogariam a estrutura nevrálgica do Código Civil atual, dado que suas regras, de modo geral, não autorizam – ou autorizam numa medida extremamente desimportante – a realização de incursões fáticas que propiciem investigações sobre realidades afetivas e extrapatrimoniais titularizadas pelas pessoas

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_530\)10__princípio_da_proporcionalidade_para_alem_da_coisa_julgada.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_530)10__princípio_da_proporcionalidade_para_alem_da_coisa_julgada.pdf)> Acesso em 24 nov. 2018.

²⁷⁸ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Família, afeto e sucessão. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2007, p. 85.

envolvidas no fenômeno sucessório, tanto quanto da relação havida entre a natureza dos bens componentes do acervo hereditário e sua função no preenchimento das necessidades existenciais daquelas pessoas.

E esse tipo de análise, bem como aquela outra suscitada no início deste capítulo – que permitiria demonstrar, na concretude dos fatos, a prioridade protetiva da dimensão familiar da sucessão em relação a sua dimensão proprietária – somente se perfectibilizaria se estabelecêssemos uma premissa metodológica funcional que possibilitasse a realização de incursões fáticas. E isso representa – e nos parece impossível de assim não ser – a derrocada do primado da unidade da herança, que secularmente funcionou como sustentáculo do direito sucessório no Brasil, dando-se lugar a algo parecido com aquilo que as doutrinas italiana e francesa denominam de sucessão anômala²⁷⁹.

3.3.3. Prevalência dos fatos, das pessoas e do problema concreto: derrogação do primado da unidade da herança e fixação da anomalia como premissa funcional

Nesta seção, finalizaremos a abordagem que contextualiza o que avaliamos ser a melhor elucidação de um direito sucessório constitucionalizado, baseado numa nova leitura que realizamos sobre o direito fundamental à herança e alicerçado num ambiente histórico, social e jurídico que determinou uma humanização da construção e da aplicação do direito, denominado constitucionalização.

Nos dois itens que nos antecederam, como se percebe, constituímos um emaranhado de princípios, de valores e de modos-de-ver que deveriam servir de diretrizes hermenêuticas fundamentais para a determinação do justo e do jurídico numa ou noutra dimensão sucessória. Com esse proceder, todavia, acabamos fomentando um cenário de constante tensão, no plano da abstração, entre uma dimensão proprietária – marcada por ideais de liberdade – e uma dimensão familiar – profundamente arregimentada na perspectiva da solidariedade –, irresolúvel pelos instrumentos teóricos de que dispusemos até então.

Portanto, a proposta desta parte do trabalho – que arremata o próprio capítulo, completa a nossa premissa menor e permite o desenvolvimento pleno de uma concepção remodelada do instituto da legítima – é fixar uma premissa metodológica que nos possibilite prover uma solução plausível para essa tensão abstrata que foi criada, fazendo com que, na materialidade dos acontecimentos, as tomadas de decisão – legislativas, judiciais e mesmo as

²⁷⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 62.

ações individuais – que digam respeito à sucessão e à herança possam ser consideradas lícitas, ou não, e condizentes, ou não, com as premissas principiológicas que fixamos nas linhas antecedentes de nossa pesquisa.

A primeira providência a ser cravada, que entendemos também oriunda da perspectiva pós-moderna da constitucionalização do direito civil, consiste no reconhecimento de uma inutilidade prática na predeterminação normativa do sentido e do alcance específico das ilações encampadas em cada uma das dimensões que formulamos, porque a construção de seu âmbito de proteção apenas se operaria, de maneira verdadeiramente funcional, na concretude dos fatos; dado que apenas nesta concretude é que os fatos, altamente complexos e imprevisíveis no campo das hipóteses, tornam-se mais nítidos e mensuráveis.

O que queremos dizer é que o argumento ideal e racional predominante no discurso do positivismo clássico e do pós-positivismo, afinado com uma hercúlea tentativa de fixação de sentidos concretos às regras e aos princípios de forma apriorística, neles apondo essências abstratas, perde a sua utilidade se não for combinado com elementos da realidade fática; com os meandros de um caso concretamente observado. Porque os valores, as normas e os princípios associados a cada uma daquelas dimensões que expusemos não conseguem exprimir de maneira antecipada, com a precisão desejada, de qual forma eles deveriam ser aplicados para maximizarem a função que deles se espera ser desempenhada na tessitura do mundo real (“the problem of scope”)²⁸⁰.

Além do mais, muito embora reconheçamos uma certa facilidade argumentativa na exposição da ideia de que numa dimensão proprietária imperariam preceitos liberais e numa dimensão familiar imperariam preceitos sociais, a dedução de que a dimensão familiar possuiria algum tipo de tratamento teórico prioritário em relação à dimensão proprietária não se evidencia tão claramente apenas no ambiente da confabulação filosófica, porque há argumentos igualmente cativantes que defenderiam a sobreposição tanto de uma quanto de outra, impedindo-se uma adesão universal e conclusiva sobre a sua maior ou menor importância hipotética (“the ranking problem”)²⁸¹.

Finalmente, também não bastaria dizermos, ingenuamente, que essa dicotomia seria intercedida pela supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas porque incorreríamos nas mesmas vicissitudes teóricas apontadas anteriormente, mas porque esse

²⁸⁰ LIPKIN, Robert Justin. Beyond skepticism foundationalism and the new fuzziness: the role of wide reflective equilibrium in legal theory. *Cornell Law Review*, vol. 75, n. 4, 1990, pp. 811-877. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=3459&context=clr>>. Acesso em 28 nov. 2018.

²⁸¹ Idem.

mesmo princípio, entendido por todos como “supremo”, submete-se ao subjetivismo e às particulares concepções de justiça e de moral, permitindo maiores inclinações tanto para um lado quanto para o outro (“the problem of ultimate values”)²⁸².

Isso é suficiente, então, para assentarmos que nossa base metodológica não pressupõe uma visão perfeita e sistemática do ordenamento jurídico. Ao contrário, presumimos a inevitabilidade do caos no cerco das teorias que procuram explicá-lo harmoniosamente, em especial as que enveredam pelas trilhas mais tecnicistas e essencialistas. Dessa forma, compreendemos que os regramentos normativos que procuram se fazer perfeitos e acabados já no campo das hipóteses produzem resultados altamente distópicos quando cotejados aos acontecimentos verificados no mundo real.

Por essa razão, qualquer metodologia destinada ao acerto do justo no ambiente da bidimensionalidade sucessória, para ser considerada funcional, estimaria pelo preenchimento do sentido de suas normas e de seus princípios preponderantemente a partir de incursões fáticas realizadas pelos protagonistas das tomadas de decisão, os quais incluem, evidentemente, não apenas os legisladores e os juízes, mas as próprias pessoas a quem as normas e os princípios se dirigem, nas ações individuais que compõem o seu dia-a-dia. Isso, inclusive, já havia sido de algum modo sinalizado por nós nas seções anteriores do trabalho.

Sem a possibilidade de análise de fatos concretos, parece-nos imprópria qualquer tentativa de se predizer com exatidão, na friezta do texto da lei, a quantidade (percentual, numérica, etc.) e a qualidade (imobiliária, mobiliária, monetária, etc.) de um determinado patrimônio que, no âmbito da dimensão familiar da herança, por exemplo, representaria uma “quota” suficientemente capaz de afiançar a dignidade de cada um dos familiares economicamente vulneráveis e dependentes do falecido, da mesma forma que não poderíamos pressupor, também no recinto da formalidade normativa, a extensão da liberdade dispositiva do falecido em relação a seus bens e rendimentos por um critério puramente lógico e matemático.

Essa visão que eleva o fato ao patamar de protagonista metodológico tem sido compartilhada e difundida por doutrinadores da envergadura de Pietro Perlingieri²⁸³. Para ele, o “filão formalista” pretende, inadequadamente, reduzir ao mínimo a confrontação dos conceitos e definições legais com os fatos, dizendo-os fenômenos distintos, no propósito de se

²⁸² LIPKIN, Robert Justin. Beyond skepticism foundationalism and the new fuzziness: the role of wide reflective equilibrium in legal theory. *Cornell Law Review*, vol. 75, n. 4, 1990, pp. 811-877. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=3459&context=clr>>. Acesso em 28 nov. 2018.

²⁸³ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.

perseguir uma “unidade” e uma “coerência” do sistema, em prejuízo de um melhor dinamismo social. Na mesma linha, em que pese reconhecê-lo como um “sistema” e de se contrapor a visões, digamos, assistemáticas ou não objetivas do direito, Canaris afirma a pertinência de uma incontornável abertura e mobilidade sistemática, denotativa da “renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas”²⁸⁴.

Segundo Luís Roberto Barroso, trata-se de um modo de lidar com o direito típico dos países do common law, onde o raciocínio jurídico é indutivo, estruturado a partir dos fatos, e não dedutivo, a partir de uma norma hipotética²⁸⁵. Nesse eito, não poderíamos deixar de notar que há uma proximidade tão evidente quanto inescapável entre essa perspectiva contemporânea intimamente observada no âmbito da metodologia do direito civil-constitucional e o argumento de consequência da visão pragmaticista do direito, que determina a preponderância da avaliação dos fatos, empiricamente, em detrimento do essencialismo e do moralismo puramente contemplativo defendido pelas correntes idealistas²⁸⁶.

Mais ainda, não nos permitiríamos deixar de perceber e registrar uma proximidade inescusável entre essas visões e o raciocínio tópico-problemático desenvolvido por Theodor Viehweg²⁸⁷, segundo o qual as soluções juridicamente adequadas são formuladas tendo-se como ponto de partida o problema fático concretamente considerado; e como “método” o uso “de ‘pontos de vista’ (topoi) que possuem poder de convencimento e reconhecimento geral, como as ‘verdades comuns convencionais’, regras e máximas da razão prática, provérbios ou frases de sabedoria popular”²⁸⁸.

A tópica, portanto, seria um “estilo de pensar”²⁸⁹ desenvolvido na estância da retórica e da argumentação que busca uma solução justa lastreada, sobretudo, em opiniões genericamente aceitas e compartilhadas entre os protagonistas de uma disputa sobre certos

²⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 282-282.

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LOPES, George Salomão. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁸⁶ CATÃO, Adualdo de Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: CATÃO, Adualdo de Lima; PEREIRA NETTO, Antônio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade. Filosofia do Direito na Contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades. Curitiba: Juruá, 2014.

²⁸⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008, p. 40.

²⁸⁸ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. Revista Quaestio Iuris. Vol. 9, 2016, pp. 244-271.

²⁸⁹ Idem.

valores e certas premissas, mas que, a despeito dessa pretensa concordância, não garantem um acordo sobre suas aplicações concretas, nem uma certeza pressuposta absolutamente conclusiva sobre quais soluções serão aferidas na concretude de cada caso²⁹⁰.

Os lugares-comuns tópicos alimentam-se da ambiguidade para atingir seus objetivos discursivos e decisórios. Todavia, é precisamente essa inexistência de um rigorismo lógico e essa ausência de apoio em critérios pré-fixados de verdade – ou de “validade” – que conferimos à tópica uma efetividade na superação dos conflitos jurídicos. Porque essa abertura permite aos interessados ordenarem, avaliarem e ponderarem todos os argumentos relevantes destinados à viabilização de uma decisão coerente²⁹¹, sem querer imprimir uma maior relevância à “linguagem especializada do direito” que é compreendida apenas pelos “juristas” ou “letrados da lei”, cada vez mais perdidos em suas teias de classificações, definições e conceitos tão precisos quanto incompreensíveis²⁹².

A ambiguidade, contudo, é compensada pela intuitividade da utilização dessa “técnica” em cada caso apresentado, permitindo-se uma assimilação mais clara, pelos “leigos” e “comuns”, das razões argumentativas utilizadas como premissas de decidir, o que exige, por outro lado, algumas qualidades mentais dos participantes da discussão, como moderação, atenção e a disposição de repensar as suas convicções²⁹³.

Entendemos que seria perfeitamente plausível para a solução de “problemas sucessórios concretos” advindos do preceito da bidimensionalidade a utilização, a título de topois, das conclusões que deduzimos sobre os pressupostos filosóficos da teoria da propriedade de John Locke²⁹⁴. Ademais, axiomas como o “dar a cada um o que é seu” e o “melhor interesse da criança”, por exemplo, facilitariam, retoricamente, a compreensão e a resolução de um problema sucessório associado à existência de uma dimensão proprietária e de uma dimensão familiar da herança.

Quer dizer, quando argumentamos enfaticamente esses lugares-comuns, percebemos intuitivamente que as pessoas são donas de suas propriedades e têm a liberdade de dar a elas o destino que lhes parece mais conveniente, mas possuem, ao mesmo tempo, um dever moral –

²⁹⁰ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad.: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 159-160.

²⁹¹ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 9, 2016, pp. 244-271.

²⁹² LIMA, Pedro Parini Marques de. *A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico*. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2013, p. 136.

²⁹³ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 9, 2016, pp. 244-271.

²⁹⁴ Ver página 55.

e também jurídico – de solidariedade; de observarem, nesse planejamento proprietário, a dignidade dos familiares que delas dependem economicamente para viver de forma íntegra, salubre e confortável.

Essa forma de raciocinar o jurídico pode causar angústia²⁹⁵, perplexidade ou parecer ingênua aos que se acostumaram com o preceito de um direito dogmático ou científico, denotativo de – “fantasmagóricas” (spooks)²⁹⁶ – certezas abstratas plenamente descritíveis pelo uso articulado da razão; como também pode querer suscitar a sempre levantada temática da discricionariedade judicial para informar, em tom pejorativo, que, nessas circunstâncias, o magistrado teria poder para decidir como bem lhe conviesse.

Entretanto, não temos dúvidas de que ela se nos apresenta como a melhor forma de solucionar os problemas concretos levantados num contexto sucessório que envolve questões familiares e existenciais. Porque ela parte de um mundo real; do problema real; e finca-se em “conhecimentos rasteiros”, de senso comum, relativos às necessidades humanas de pessoas tidas por economicamente vulneráveis.

Com efeito, é exatamente isso que acontece no caso dos alimentos, a partir da textura aberta fixada no artigo 1.694, §1º do Código Civil, que dispõe: “§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”²⁹⁷. Trata-se de dispositivo que admite e estimula o emprego de uma discussão de altíssimo teor tópico e retórico, e isso não parece causar maiores consternações (além da própria consternação advinda do conflito em questão), justamente porque a sua concreção sempre pressupõe um ambiente dialético focado num problema concreto; em pessoas concretas; em necessidades e capacidades concretas; em que não se exige qualquer erudição jurídica para sua adequada compreensão (as pessoas costumam “saber” quanto ganham, quanto gastam e quanto seus dependentes precisam para viverem bem).

Cabe-nos, de todo modo, reconhecer a completa impossibilidade de se admitir a solução de um “problema sucessório”, sobretudo os que envolvem questões familiares, de forma puramente ideal, sistemática, normativa; sem que nos seja permitido analisar e apor uma maior importância aos fatos que estão em jogo. E esse raciocínio é suficiente para concluirmos que o método pré-fixado de que se vale o Código Civil para solucionar as

²⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Conferência 6: hermenêutica e argumentação. Curso Hermenêutica Jurídica, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>> Acesso em 4 dez. 2018.

²⁹⁶ STIRNER, Max. The ego and its own. Translation: Steven T. Byington. New York: Benjamin R. Tucker, 1907, p. 75.

²⁹⁷ BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018

questões sucessórias é absolutamente anacrônico e incompatível com a realidade constitucional em que vivemos.

Eis que o referido código – e, de forma geral, o próprio direito sucessório brasileiro – foi idealizado a partir de um primado formalista consubstanciado no “princípio da unidade da herança”, ou “princípio da unidade da sucessão”²⁹⁸, ou mesmo “principio de unidad económica patrimonial”²⁹⁹, que constitui nada mais que um prolongamento post mortem da própria modelagem formal, institucional e patrimonialista imposta à família tradicional; bem assim, um elemento “sistematizador” e “ordenador” do fenômeno sucessório, cunhado numa ideia de “certeza jurídica” – a qual não se confunde, como bem assinala Tércio Sampaio, com a premissa constitucional da “segurança jurídica”³⁰⁰ – sobre repercussões exclusivamente patrimoniais sobrevindas com o evento morte.

Segundo o referido primado, a herança é desenhada na lei para se apresentar como um grande bolo unitário a ser repartido entre os herdeiros por meio de critérios puramente matemáticos, formais e apriorísticos. O processo de inventário e partilha, por seu turno, representa um esforço meramente instrumental e calculista destinado à “identificação” de um plexo normativo sucessório que já “incidiu”, lógica e perfeitamente, por ocasião do falecimento de determinado indivíduo (princípio de saisine).

Assinalava-se, com isso, a inteira pertinência de um procedimento em que pessoas ocupantes de cargos – “classes” – de uma formalidade familiar “se habilitam” no processo a partir de uma “credencial normativa” que lhes outorga legitimidade sucessória para pleitear um “quinhão” patrimonial que, em tese, já seria seu; uma fatia de um bolo que antes, friamente, pertencia apenas à figura do falecido.

Realiza-se um “esboço” representativo de um operação essencialmente aritmética de subtração entre créditos e débitos, paga-se os credores incontinenti e, posteriormente, realiza-se uma operação aritmética de divisão percentual, que necessita preservar milimetricamente a igualdade dos quinhões pertencentes aos herdeiros necessários “de pleno direito”.

São tímidas as ressalvas realizadas frente a esse modelo (como a garantia de direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente), e não é difícil enxergar a altíssima desatenção a aspectos humanos que inevitavelmente permeiam os problemas de natureza sucessória. A

²⁹⁸ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018.)

²⁹⁹ DOMINGO, Rafael. Elementos de derecho romano. In: The global law collection: the basics of law series. Pamplona: Aranzadi/Thomson, 2010, p. 40.

³⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Conferência 6: hermenêutica e argumentação. Curso Hermenêutica Jurídica, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>> Acesso em 4 dez. 2018.

evidente tentação de fechamento e de perfeição desse sistema não permite qualquer tipo de incursão nas especificidades fáticas de cada pessoa envolvida no fenômeno, de cada bem componente do acervo, e nem da relação entres esses bens e a manutenção da dignidade dos familiares dependentes e vulneráveis do falecido.

Observa-se, portanto, uma elevada – e absolutamente indesejada – valorização das definições abstratas do indivíduo, como a tentativa de manutenção da igualdade puramente formal entre os sucessores, a indiferença em relação às necessidades pessoais de cada um e a absoluta neutralidade quanto a natureza dos bens transmitidos, fazendo-se pouco da estatura humana das pessoas envolvidas³⁰¹.

Não por outra razão, esse direito sucessório confere o mesmo tratamento jurídico, por exemplo, a uma sucessão em que o autor da herança possuía 1 milhão de reais depositados em sua conta, três filhos capazes e autossustentáveis financeiramente; e a uma outra em que o falecido possuía apenas um apartamento modesto utilizado para a residência familiar, dois filhos, sendo um capaz e autossustentável e o outro deficiente, economicamente vulnerável e dele dependente.

Por isso que, para conseguirmos concretizar efetivamente a dignidade humana na linha da despatrimonialização familiar que exploramos no primeiro capítulo, é preciso que os institutos sucessórios estejam plenamente focalizados nas qualidades individuais dessas pessoas, o que apenas se viabiliza se considerarmos constitucionalmente derogada a regra que determina o tratamento unitário do fenômeno sucessório, diante de sua despreocupação inconstitucional com as necessidades fáticas dos sucessores e com a natureza ou a origem dos bens transmitidos³⁰².

Quando a sucessão é desenhada dessa forma, priorizando as qualidades individuais das pessoas e a natureza dos bens, dá-se aquilo que as doutrinas francesa e italiana denominam de “sucessão anômala”, designação assim conferida para significar uma exceção à “normalidade”, à “ordenação” ou à nítida “previsibilidade normativa” observada na sucessão ordinária, baseada no princípio unitário³⁰³.

Por meio dela, é recomendável a constituição de diversos “regimes especiais e prioritários” de sucessão, um dos quais sendo aquele que assegura a vinculação de determinados bens ao preenchimento de condições existenciais das pessoas familiarmente vinculadas ao titular do patrimônio, desta feita mensuradas a partir de critérios casuísticos, tão

³⁰¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 62.

³⁰² Idem.

³⁰³ Ibidem, p. 63.

gerais quanto flexíveis, que os individualizaria levando em conta o estado de necessidade, a situação econômica, a duração e a força do vínculo afetivo³⁰⁴, e tornando qualquer regime unitário, no máximo, uma estrutura eminentemente supletiva.

Essa nova forma de enxergar o fenômeno sucessório, contudo, corrói qualquer tentativa de ascender títulos hereditários obrigatórios, ou “necessários”, fundados apenas no grau de parentesco havido entre indivíduos. Bem assim, a desejada anomalia sucessória exige uma indefectível abertura textual da lei, permitindo aos indivíduos, aos juízes e aos tomadores de decisão, de forma geral, concretizar, no mundo em que se vive de verdade, os valores sinalizados como importantes; e aplicar normas constitucionais diretamente no âmbito instrumental da partilha³⁰⁵.

Pois, na quadra atual do direito, uma sucessão somente pode ser constitucionalizada caso fincada na predominância dos fatos, e não na esterilidade das hipóteses. Somente no mundo real é que poderemos verificar se a dimensão familiar irá prevalecer de alguma forma sobre a dimensão proprietária da herança, bem assim em que medida qualitativa e quantitativa ela prevalecerá, sendo por isso impossível dissociar o que se considera ser uma sucessão anômala de um “método” resolutivo que problematiza a sucessão a partir de questionamentos baseados na realidade concreta, como aquele desenvolvido através do pensamento tópico-problemático.

Ser um “herdeiro necessário” pela ocupação do cargo de “descendente, ascendente ou cônjuge” é um fato puramente formal e não necessariamente humano. Mas as necessidades humanas de determinadas pessoas e a vinculação dessas necessidades e dessas pessoas à natureza de determinados bens pertencentes a uma outra pessoa falecida, com a qual se nutria um vínculo familiar substantivo, é algo real que apenas se constata no ambiente factual. Portanto, a constante tensão entre os interesses envolvidos na sucessão não pode ser dimensionada por um modelo legal abstrato e matemático. Não há como dizer que “herdeiros necessários” são uns predeterminados A, B e C para os quais há de ser previamente reservada uma “quota” de X% dos bens pertencentes a um indivíduo falecido.

Essa narrativa quebra completamente o primado da unidade da herança, derogando-o e fazendo sobrepor uma maior utilidade na perspectiva anômala da sucessão, no reconhecimento de que a herança não é um bolo uno e universal; não é uma pizza que se

³⁰⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: sucessão e direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³⁰⁵ NEVARES, Ana Luíza Maia. A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65.

divide em fatias perfeitamente iguais; mas um conjunto de bens e de pessoas que se inter-relacionam humanamente, e que podem submeter-se de forma diferente a um maior ou menor peso desta ou daquela dimensão constitucional da herança.

Com todos os recursos teóricos que constituímos neste capítulo, o caminho para a reformulação da legítima passa a ser altamente intuitivo. Essa providência será tomada no capítulo seguinte, que, além disso, terá a finalidade de demonstrar a evolução desse instituto, a completa destruição constitucional de seu atual modelo e de sinalizar os elementos necessários para reconstruí-la numa pós-modernidade caracterizada pela fragmentariedade³⁰⁶ e por um pluralismo social carente de normas que permitam preenchimento pelas mais infinitas individualidades.

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 75.

4. O INSTITUTO JURÍDICO DA LEGÍTIMA E SUA NECESSÁRIA RELEITURA

Nosso trabalho, até agora, expôs os dilemas atravessados pelo direito sucessório arquitetado no Código Civil, sobretudo as questões que dizem respeito aos aspectos protetivos da família em contraposição à liberdade dispositiva do de cujus, o que nos obrigou a antecipar muitas contradições vivenciadas pela “reserva legitimária” nele estabelecida.

Pudemos deixar claro que, por razões históricas, filosóficas, jusfundamentais, teórico-normativas e metodológicas, não existe uma verdadeira problemática jurídica na manutenção de mecanismos que, fundados no princípio da solidariedade familiar, projetam-se como estruturas de proteção à dignidade dos relativos do falecido e determinam a incidência de restrições à liberdade dispositiva de um patrimônio que a si pertence, no curso de sua vida ou mesmo para além de sua morte. Pelo contrário: o reconhecimento de que há um desdobramento familiar que constitui uma das facetas do próprio direito fundamental à herança recomenda a formação de institutos jurídicos desse jaez.

Todavia, observada a transmutação da definição de família ocorrida na contemporaneidade constitucional, semelhante proteção, para ser considerada válida, precisa estar vinculada ao preenchimento das necessidades concretas de pessoas que, qualificadas como economicamente vulneráveis, possuem alguma relação de dependência com a figura do falecido, derrotando-se qualquer preceito que se propunha a resguardar o “patrimônio familiar” de “voluntarismos efêmeros” do titular, porque esta premissa, como visto nos capítulos anteriores, apagou-se definitivamente na história recente.

Além do mais, também pudemos observar que a premissa da funcionalização, proveniente de uma metodologia de direito civil-constitucional, exige uma textura normativa suficientemente aberta para que as pessoas possam preencher o seu sentido no plano da concretude dos fatos, dado que apenas assim seria possível garantir uma decisão justa aos protagonistas dos “problemas sucessórios”, resguardando-se interesses patrimoniais a quem o patrimônio em si interessa; e interesses extrapatrimoniais aos que vinculam-se a determinados bens por uma medida de necessidade existencial.

Isso é suficiente para assegurarmos, ainda nessa fase embrionária deste terceiro e último capítulo, que, muito embora num primeiro momento o “instituto jurídico da legítima”, tal e qual atualmente modelado no Código Civil³⁰⁷, pareça solucionar com perfeição as

³⁰⁷ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 4 nov. 2018.)

tensões principiológicas instituídas em vista da bidimensionalidade do direito de herança, é justamente essa pretensão de prover soluções aritméticas que configura um dos maiores percalços denotativos de sua incompatibilidade com o sistema constitucional em vigor.

Quer dizer, enquanto que no campo das hipóteses poderíamos nos afeiçoar pela ideia de que há alguma pertinência ou algum senso de justiça no ato de se dividir matemática e taxativamente o patrimônio pertencente a uma pessoa em duas metades idênticas, dizendo-se que uma pode ter qualquer destinação baseada em sua vontade (“parte disponível”) e a outra deve ter uma destinação obrigatória em favor de seus “ascendentes, descendentes e cônjuges” (“legítima”) – metade esta que subdivide-se em fatias quantitativamente equivalentes entre os “herdeiros necessários” da “classe” mais favorecida –, a tentativa de aplicação desse modelo no mundo real provoca um resultado totalmente distorcido e dissociado dos fins constitucionais que conferem-lhe validade e fundamentação. E esse é apenas um dos pontos sobre os quais serão desenvolvidas as problemáticas seguintes.

O presente capítulo, portanto, que finaliza o nosso trabalho, terá como principais objetivos: 1. demonstrar que o instituto jurídico da legítima, tal e qual atualmente modelado no Código Civil, constitui um prolongamento indesejado de um direito sucessório pré-constitucional, tornando-o incompatível com o ordenamento jurídico contemporâneo; e 2. propor o que seria uma legítima remodelada, aberta, condizente com todas as premissas que desenvolvemos no trabalho, mostrando de que forma essa remodelação já poderia ser reivindicada pela sociedade, pelo que podemos afastar, já de antemão, a confabulação cativa de que estaríamos diante de uma temática exclusivamente de lege ferenda.

Essas investigações, contudo, pressupõem a exposição da origem e da evolução da legítima, bem como a exibição de vários modelos de restrição à liberdade de dar e testar atualmente adotados por países da civilização ocidental, um dos quais fixou solução interessantíssima que servirá de referência conceitual às proposições que serão ofertadas como representativas de uma legítima brasileira remodelada.

4.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LEGÍTIMA

A propósito da origem e da evolução da legítima haveria muito sobre o que falar, dado que sua criação correspondeu a uma das vísceras mais paradigmáticas do direito sucessório como um todo, afetando diretamente, ou mesmo por ricochete, a constituição de praticamente todos os outros institutos da sucessão. Entretanto, por uma questão metodológica, nos limitaremos a apresentar os aspectos históricos mais propriamente relacionados à

determinação do montante reservatório e dos herdeiros legitimários, tendo-se como mira a realidade do instituto no Brasil, já que essa é a problemática central que suscitamos em nosso desenvolvimento.

Além do mais, faremos uma abordagem um pouco mais extensa e profunda sobre a evolução da legítima no direito romano, não apenas porque quase todas as nações que a instituíram posteriormente – dentre as quais a brasileira – parecem apenas ter transliterado o produto final de seu desenvolvimento em Roma, mas, principalmente, porque essa abordagem nos sinaliza que um retorno à feição aberta e procedimental que a legítima romana já possuiu em sua quadra original, devidamente compatibilizada com as novas premissas estabelecidas no capítulo anterior, talvez represente o melhor caminho para a formulação de uma “nova legítima” condizente com os anseios de nossa contemporaneidade.

4.1.1. A origem da legítima

Como pudemos antecipar no início do trabalho, a Lei das XII Tábuas foi o ato histórico que inaugurou, ainda que de forma incipiente e não totalmente dissociada da ideia de “patrimonialismo familiar”, a noção de que a propriedade configurava um fenômeno majoritariamente individual, de modo que a disposição de bens, inter vivos ou causa mortis, se vinculava à vontade livremente manifestada pelos cidadãos que se enquadravam como possuidores de capacidade jurídica plena (*sui iuris*)³⁰⁸: “*Uti legassit super pecunia tutelae suae rei, ita jus esto*” (“conforme cada um determinar acerca do seu dinheiro e da responsabilidade pelos seus bens, assim será justo proceder”³⁰⁹).

Pelas diversas indeterminações que a história nos apresenta (pensa-se, sobretudo, que justamente em razão da reminiscência coletiva que sugeria a natureza familiar, e não individual, da propriedade privada), por volta de III a.c. a sociedade romana insurgiu-se contra esse estado de coisas que autorizava o *paterfamilias* a destinar seus bens da forma que melhor lhe apetecia, fomentando-se uma reação social³¹⁰ que instituiu paulatinas restrições à sua anteriormente plena liberdade de dar e de testar, fato que foi determinante para a

³⁰⁸ BERNARD, Fernand. *The first year of roman law*. Trad.: Charles P. Sherman. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 268.

³⁰⁹ SEGURADO E CAMPOS, J.A.. No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o direito grego. In: LEÃO, Delfim F.; ROSSETTI, Livio; FIALHO, Maria do Céu J. Z. (Coords.). *Nomos: direito e sociedade na antiguidade clássica*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, p. 333.

³¹⁰ BERNARD, Fernand. *Op. Cit.*, p. 269.

conformação da legislação de praticamente todos os países que futuramente se submeteram ao supersistema de direito romano-germânico.

Essa reação pode ser didaticamente dividida em três estágios evolutivos.

O primeiro, associado à “teoria da deserdação”, instituiu o preceito de que o pater possuía o dever, essencialmente moral, de formalizar um testamento para nomear herdeiros (*institutio heredis*)³¹¹ e dar destinação a seu patrimônio para além de sua morte, pois considerava-se desonrosa a atitude de se falecer *ab intestato* e informava-se que apenas os cidadãos que faziam testamento poderiam viver tranquilos³¹².

Esse dever, todavia, ficava submetido a uma única limitação fixada pela lei romana: sob pena de ser declarado nulo, impunha-se que o testamento mencionasse formalmente – embora não necessariamente de forma nominal – os *sui heredes*³¹³, nem que tão-só para afastá-los da sucessão (*exheredatio*)³¹⁴.

As razões para o ato de “deserdação”, a princípio, não precisavam ser exteriorizadas, e por força da *Lex Junia Velleia* podia alcançar, caso assim deliberado pelo testador, inclusive os herdeiros nascidos após o seu falecimento, os herdeiros nascidos após a confecção do testamento ou mesmo os que viessem a se transformar em herdeiros após a elaboração do testamento, quando os mesmos não haviam nascido com o título de herdeiro³¹⁵, ratificando-se, assim, o caráter ainda livre e eminentemente individual do conteúdo (e não mais da forma) das disposições patrimoniais *post mortem*.

³¹¹ FORMEY, Jean Henri Samuel; DE COMPAGNE, Alexandre Auguste. *The frederician code: or, a body of law for the dominions of the king of Prussia. founded on reason, and the constitutions of the country.* Edinbugrh: A. Donaldson and J. Reid, 1761, p. 236.

³¹² BIALOSTOTSKY, Sara. *Algunos comentarios a la controvertida querela inofficiosi testamenti.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 103-125. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/12.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

³¹³ Eram *sui heredes* apenas aquelas “pessoas livres” que submetiam-se diretamente ao paterfamilias e que, junto com ele, constituíam um “culto doméstico”. Eles não necessariamente possuíam vínculo consanguíneo direto com o falecido, mas subjugavam-se a sua autoridade incondicional (*patria potestas*), subordinavam-se a seus cuidados (*longa manus*) e com ele viviam em comum, na mesma *domus*. Com efeito, nesse contexto familiar apenas o pater era dotado de capacidade jurídica plena (*sui iuris*), inclusive a de ser titular de propriedades. Ademais, apenas se admitia um único pater para cada família. Dessa forma, qualificavam-se como *sui heredes* os filhos de qualquer natureza (inclusive os adotivos) que subjugavam-se ao *potestas* do pater (excluindo-se, portanto, os filhos emancipados que passaram a ser pater de outra família); os netos e bisnetos que eram filhos e netos de um filho morto; a mulher do falecido e as mulheres dos filhos, netos e bisnetos que ainda subjugavam-se ao pater, e desde que casadas *cum manus* (isto é, quando, por força do casamento, desligaram-se do *potestas* de seus pais). Aos *sui heredes* não cabia a rejeição da herança, que era de aceitação obrigatória. Isso reflete, em Roma, uma maior deferência ao agregado familiar (*parentesco agnático*), baseado na autoridade e na plenitude do paterfamilias, fazendo-se pouco do critério da consanguinidade (*parentesco cognático*), que, apenas tempos depois e até os dias atuais, passou a nortear mais fortemente a cultura sucessória. (OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano.* Canoas: ULBRA, 2000, p. 100)

³¹⁴ RODRÍGUEZ, Carmen López-Rendo. *Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi” en el ius civile.* Oviedo: Universidad de Oviedo, 1991, p. 37.

³¹⁵ BERNARD, Fernand. *The first year of roman law.* Trad.: Charles P. Sherman. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 270.

Essa doutrina foi profundamente alargada no período em que o sistema das XII Tábuas foi adaptado e modificado pelos pretores (*ius pretorianum* ou *ius honorarium*)³¹⁶. Nessa ocasião, legislando positivamente, os pretores passaram consolidar o entendimento de que mesmo os filhos emancipados – os quais, justamente por essa razão, haviam deixado de ser *sui heredes* e passado a constituir famílias na condição de *pater* – precisariam ser expressamente mencionados no testamento do falecido a fim de que fossem efetivamente afastados da sucessão. Ademais, também determinaram que os *sui heredes* de sexo masculino (filhos, netos, bisnetos, etc.) não poderiam ser afastados em termos gerais, senão de forma necessariamente nominal³¹⁷ (*exheredatione nominatim*)³¹⁸.

As limitações desenvolvidas nesse primeiro estágio, como visto, foram dirigidas a uma minoração da liberdade de testar a partir de um aspecto puramente formal, e não suprimiam do testador, pelo menos não de forma direta, a força de que ele dispunha para dar livre destinação a seus bens – bem como a seu “culto doméstico” –, inclusive em favor de pessoas completamente alheias a seu círculo familiar. De todo modo, a absorção dessas máximas pretorianas – que teriam representado algo como as construções jurisprudenciais dos dias de hoje – constituiu apenas o pontapé inicial de um movimento que engendrou uma intensa mudança de paradigmas, e que, ao fim e ao cabo, fez desembocar a legítima tal como posta nas sociedades modernas.

Com efeito, o segundo estágio, que poderíamos dizer ser “intermediário”, pelos idos de I a.c., já impôs restrições consideráveis ao conteúdo dessa liberdade. Esse parece-nos ter sido o marco temporal mais importante no desenvolvimento do instituto da legítima, tendo sido abalizado por uma alta criatividade dos juristas diante de uma alta “incerteza” com que o direito posto (*ius civile*) passara a regulamentar a questão. Para que possamos melhor explorá-lo, contudo, é preciso realizar algumas digressões prévias sobre alguns aspectos essenciais do funcionamento geral da sucessão em Roma nesse período, porque percebemos que isso tem sido tratado de forma imprecisa e superficial por parte considerável da doutrina, resultando em equívocos de percepção a respeito da evolução do instituto.

É extremamente comum encontrarmos na literatura brasileira³¹⁹ a informação de que a liberdade de testar em Roma, antes incondicional por força da Lei das XII Tábuas, tivera sido

³¹⁶ OLIVEIRA, Irineu de Souza. Programa de direito romano. Canoas: ULBRA, 2000, p. 101.

³¹⁷ BERNARD, Fernand. The first year of roman law. Trad.: Charles P. Sherman. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 270.

³¹⁸ COOPER, Thomas. The institutes of justinian. Philadelphia: P. Byrne, 1812, p. 129.

³¹⁹ VELOSO, Zeno. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. In: Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey 1999, pp. 59-79.

abruptamente modificada, pelos idos de 40 a.c., com o advento da Lex Falcidia. Referida lei inseriu uma limitação ao testador determinando que o mesmo apenas poderia instituir “legados” representativos de, no máximo, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do ativo líquido de sua sucessão, reduzindo-se de plano tudo aquilo que ultrapassasse esse quantum³²⁰. O restante – $\frac{1}{4}$ (um quarto) – deveria ser obrigatoriamente destinado aos “herdeiros”, oportunidade em que se introduziu o princípio da intangibilidade no seio da legislação sucessória.

Essa restrição ficou historicamente denominada de quarta falcidia³²¹ ou, muitas vezes, por alguns estudiosos, de “legítima”. Todavia, conquanto seja possível afirmar que esse instituto tenha operado importantes limitações à liberdade patrimonial dispositiva, a história nos revela que, em sua origem, ambas representaram conceitos que não podem ser confundidos, impedindo-se-nos de concluir, como muitos o fazem, que a quarta falcidia teria constituído a própria legítima romana.

Tal se dá, sobretudo, porque a Lex Falcidia não estabeleceu “herdeiros necessários” inderrogáveis pela vontade do testador. Quer dizer, enquanto que se reconheceu a intangibilidade da quarta parte da “herança”, dizendo-a intrinsecamente pertencente aos “herdeiros”, ainda reputava-se plena a liberdade havida pelo pater de nomear quem seriam, de fato, os seus “herdeiros”, inexistindo qualquer empecilho no sentido de que os mesmos fossem pessoas totalmente alienígenas a seu “círculo familiar”, e bastando-se, para tanto, que eles fossem assim nomeados em testamento e que os sui heredes fossem afastados da sucessão por expressa e imotivada menção, como visto mais acima.

Outorgava-se a intangibilidade da quarta falcidia, portanto, como uma proteção dos “herdeiros” apenas em face dos “legatários”. Desse modo, ela poderia ser invocada tanto pelos “herdeiros testamentários”, quando estivessemos diante de uma “sucessão testamentária”, quanto pelos sui heredes, quando o regime sucessório em questão fosse o da “sucessão intestada”. Mas nunca poderia ser procedida pelos sui heredes contra os “herdeiros testamentários”, ou vice-versa, por uma questão bastante elementar: dado que, nessa fase, o direito romano fundava-se no princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* – que proibia que a herança de uma mesma pessoa pudesse ter, ao mesmo tempo, um “pedaço testado” (parte testatus) e a um “pedaço intestado” (parte intestatus)³²², por serem

³²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 284.

³²¹ DOMINGO, Rafael. Elementos de derecho romano. In: The global law collection: the basics of law series. Pamplona: Aranzadi/Thomson, 2010, p. 37

³²² PERELLÓ, Carlos Felipe Amunátegui. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el derecho romano. Revista

regimes absolutamente incompatíveis entre si – seria impossível cogitarmos um “conflito substantivo” entre “herdeiros testamentários” e sui heredes (a não ser algum que visasse discutir a nulidade formal do testamento, mas nunca de seu conteúdo), porque tratavam-se designações hereditárias que não poderiam coexistir simultaneamente.

Os “legatários”, por sua vez, nunca foram considerados propriamente “herdeiros”, e nunca existiu um “regime sucessório legatário”, de modo que não se enxergava qualquer antagonismo jurídico na existência simultânea de ambos, seja frente aos “herdeiros testamentários” ou mesmo aos sui heredes. Não por outra razão, os legados sequer precisavam ser designados em testamento, sendo plenamente válidos aqueles estabelecidos em codicilos³²³. Isso confirma que havia uma profunda distinção não apenas jurídica, mas sobretudo social, entre a figura e a importância do herdeiro, a quem se destinava uma “herança” (“a título universal”), e a do legatário, que recebia “meros legados” (bens individualmente considerados); e indica que a natureza jurídica do “legado”, em Roma, não era inteiramente sucessória.

Os herdeiros eram indivíduos que não recebiam a herança como algo novo (*ex novo*), mas que davam continuidade (*continuatio domini*)³²⁴ ao culto doméstico do paterfamilias, enquanto que os legatários eram apenas pessoas que recebiam bens patrimoniais e, portanto, não eram necessariamente associadas ao culto. Nesse sentido, estes eram de importância infinitamente menor de que aqueles. E como o patrimônio exercia um papel essencial nos misteres do pater, justificou-se a quarta falcidia como um instituto que valorizava a continuidade regular do próprio culto em detrimento da menor importância dos legados, diminuindo-se “tão-somente” a liberdade de “legar”, mas não a de “testar” ou a de “nomear herdeiros”. Afinal, como se daria continuidade ao culto sem que qualquer patrimônio fosse reservado ao herdeiro?

Todavia, o fato de a quarta falcidia não ter correspondido à legítima tal e qual a concebemos não retira a importância decisiva que a mesma desempenhou em sua formatação final. Porque a “matemática da quarta” e a ideia de constituição de uma “reserva patrimonial intangível”, conceitos que foram por ela claramente inaugurados, reverberaram rapidamente na sociedade romana, e inspiraram a formulação das “quartas do direito sucessório

Chilena de Derecho, vol. 32, n. 1, 2005, pp. 193-195. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/html/1770/177021316009/index.html>> Acesso em 10 nov. 2018.

³²³ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 269.

³²⁴ BIALOSTOTSKY, Sara. Algunos comentarios a la controvertida querela inofficiosi testamenti. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 103-125. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/12.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

romano”³²⁵, dentre as quais, justamente, aquela que poderia ter sido, enfim, denominada de legítima³²⁶.

É que a “incongruência”, por assim dizer, trazida pela Lex Falcidia, no sentido de que ela não provia uma proteção realmente efetiva aos sui heredes, acabou acendendo diversas discussões no meio jurídico romano, porque havia quem afirmasse que o propósito verdadeiro dessa lei, verificado de forma tácita ou indireta, tivera sido o de assegurar interesses da prole familiar em detrimento da vontade do pater³²⁷, querendo-se, com isso, “humanizar” o ato testamentário (testamentum humanum)³²⁸.

Ao observarem que tal propósito poderia ser facilmente contornado por atos testamentários válidos que lhe fossem diretamente contrários, os juristas romanos logo se dispuseram a construir um procedimento especial de origem costumeira – portanto, não previsto em lei³²⁹ – fundado na filosofia de que os testamentos que não perfilhavam algum tipo de proteção à prole familiar seriam desumanos ou “inoficiosos” (testamentum inhumanum o inofficiosum)³³⁰, merecendo, só e só por isso, terem sua validade impugnada perante o poder público. Esse procedimento especial de impugnação passou a constituir a aclamada querella inofficiosi testamenti.

A introdução desse instrumento foi fruto da genialidade de juristas práticos e da alta porosidade retórica que qualificava o Tribunal dos Centúviro, repartição a que competia o julgamento das disputas hereditárias em Roma. A elasticidade argumentativa própria desse tribunal, que rompia com a análise fria dos textos legais, e a contemplação da oratória como

³²⁵ Além da quarta falcidia e da quarta legítima, foram desenvolvidas em Roma outras três “quartas”: 1. A quarta pegasiana-trebeliana, que determinava, no contexto de um fideicomisso, a reserva de ¼ do patrimônio em favor do fiduciário, contra o fideicomissário, como forma de estimular a aceitação do encargo imposto por esse instituto, já que antes o fiduciário nada recebia e ficava obrigado à transferência integral do patrimônio; 2. A quarta antoniniana, que obrigava um pater a deixar, em favor de um impúbere ad-rogado que foi por ele emancipado sem motivo legítimo, uma quarta parte do que este teria sido recebido caso não tivesse sido emancipado, tendo igualmente direito à referida quarta se, tendo continuado sob a potestas do ad-rogante, fosse por ele deserdado injustamente; e 3. A “quarta do cônjuge pobre”, pela qual se reconhecia à viúva sem recursos o direito de receber, na sucessão do marido, mesmo havendo herdeiros de ordens mais próximas, uma parte, fixada de acordo com a fortuna dos herdeiros, até o máximo de um quarto. (CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 265 et. 285)

³²⁶ Ibidem, p. 286.

³²⁷ REID JR., Charles J.. The jurisprudence of forced share in the ancient world: from Cicero to Justinian?. Legal Studies Research Paper Series, n. 16-01, 2016, p. 22. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2717624>>. Acesso em 5 dez. 2018.

³²⁸ BUCKLAND, William W.. Roman law and common law. Florida: Libreria del Congresso, 1997, p. 133.

³²⁹ BERNARD, Fernand. Op. Cit., p. 270.

³³⁰ BIALOSTOTSKY, Sara. Algunos comentarios a la controvertida querela inofficiosi testamenti. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 103-125. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/12.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

elemento intrínseco do direito foi um catalizador para a criação e para a aceitação generalizada da querella clássica³³¹.

Por meio dela, pretendia-se presumir que o fato de um indivíduo, após a instituição em testamento de seus herdeiros e/ou legatários, não ter reservado alguma parcela de bens em favor de seus familiares próximos; ter-lhes reservado apenas uma parcela insuficiente; e/ou não ter justificado as razões para a exclusão desses familiares da sucessão; constituiria um indício fortíssimo de que o mesmo não gozava de suas faculdades mentais no momento da feitura (*color insaniae*)³³², por haver atropelado “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)³³³.

Dessa forma, lastreados na queixa de que o testador, por havê-los deserdado ou ainda instituído diminuta porção que atentava contra a piedade e o amor, não estava em seu perfeito juízo, caberia a qualquer *sui heredes* que se julgasse prejudicado impugnar o testamento por meio da querella *inofficiosi testamenti*, rogando que os centúviro o anulassem por essa específica razão³³⁴.

Isso já nos anuncia um ponto negativo dessa querella clássica – justo aquele que nos impede de concluir ter sido ela, terminantemente, a própria legítima romana, senão a sua precursora mais antiga: em vez de modular as disposições testamentárias, de forma a apenas garantir uma parcela suficiente aos familiares preteridos, sua procedência promovia a absoluta anulação do testamento, sob o pretexto da insanidade, determinando-se a submissão do falecido aos preceitos de uma sucessão *ab intestato*.

Por outro lado, ela apresentava dois pontos que eram altamente positivos, tornando-a, em nosso sentir, um mecanismo cuja simplicidade e efetividade, em termos de perseguição do justo, parece nunca ter sido superado até os dias de hoje, e que decorriam da ausência de previsão legal do procedimento: 1. a indeterminação a respeito de quais razões poderiam justificar a exclusão dos familiares da sucessão; e 2. a indeterminação a respeito de qual seria

³³¹ DI PIETRO, Alfredo Gustavo. El monto de la legitima en derecho romano. Comitia CCLVIII. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/comitiacclviii/home/doctrina/trabajos-dr-di-pietro/el-monto-de-la-legitima-en-derecho-romano>> Acesso em 15 dez. 2018.

³³² Idem.

³³³ BIALOSTOTSKY, Sara. Algunos comentarios a la controvertida querela *inofficiosi testamenti*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 103-125. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/12.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

³³⁴ SILVA, Luiz Antônio Vieira da. História interna do direito romano privado até Justiniano. 1 ed. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008, p. 47.

o montante reservatório suficiente para concluir-se que o testador cumpriu com os deveres extrajurídicos que lhe eram impostos.

A abertura, a natureza procedimental e a feição não deferente a qualquer critério lógico pré-fixado impunha a todos os envolvidos uma incursão argumentativa relacionada às peculiaridades fáticas de cada caso concreto, revelando-se uma maior importância de aspectos tópicos do discurso judicial.

Plínio, o jovem, que inicialmente atuava na condição de advocatus e posteriormente passou a exercer a “judicatura” no Tribunal dos Centúviro³³⁵, narra com clareza as diversas celeumas enfrentadas no exercício de seu mister, evidenciando que a discussão dos casos não tangenciava questões próprias de dogmática jurídica, mas sobretudo elementos argumentativos “extrajurídicos” que influenciavam a percepção de justiça dos envolvidos:

Este discurso eu pronunciei em defesa de Attia Viriolla. Uma causa nobre não apenas pela elevada posição da pessoa e a raridade do caso, mas também pelo grande número de juízes. Pois, trata-se de uma mulher de esplêndida posição, casada com um senador pretoriano, que havia sido deserdada por seu pai que tinha por volta de oitenta anos, dez dias depois de que, após ter se apaixonado, impôs a ela uma madrasta. Agora ela reclamava os bens paternos ante as quadro câmaras reunidas.³³⁶

Essa característica é algo que certamente inspira a formulação de uma legítima contemporânea, dada a sua sinergia com as premissas que desenvolvemos nos capítulos anteriores, com a diferença substancial de que os “elementos extrajurídicos” utilizados como pano de fundo argumentativo pelos juristas romanos seriam naturalmente substituídos pelos paradigmas que passaram a caracterizar a família brasileira da atualidade.

Mas essa “incerteza” ínsita ao procedimento também incomodava muitos operadores romanos, dentre os quais o próprio Plínio:

O desfecho do processo foi díspar, pois em duas câmaras vencemos e nas outras duas fomos vencidos. Resultado surpreendente e assombroso, pois na mesma causa, com os mesmo juízes, os mesmos advocatus e ao mesmo tempo, houve uma tamanha disparidade de critérios. Por acaso, o que não parecia que iria acontecer, a madrasta, que havia recebido uma sexta parte dos bens, foi derrotada.³³⁷

É difícil afirmar com absoluta certeza quais foram as razões que seduziram os romanos a subitamente transformarem essa restrição de um preceito antes aberto e fértil à argumentação num instituto puramente matemático, definido por cálculos. O jurisconsulto

³³⁵ SOUZA, Dominique Monge Rodrigues de. Um estudo sobre o tribunal dos centúviro e a legislação testamentária através das cartas de Plínio, o jovem (séculos I-II d.c.). Revista Labirinto, vol. 21, ano XIV, 2014, pp. 117-132. Disponível em: <<http://www.periodicos.unir.br/index.php/LABIRINTO/article/viewFile/1233/1311>> Acesso em 15 dez. 2018.

³³⁶ PLÍNIO, O JOVEM. Cartas. Trad: Julián González Fernández. Madrid: Gredos, 2005, Carta VI 33, 2.

³³⁷ PLÍNIO, O JOVEM. Op. Cit., Carta VI 33, 5-6.

Gaius³³⁸, cujos escritos compõem uma das melhores fontes sobre o assunto, não oferece qualquer justificação a esse respeito, passando ao largo de explicações sobre possíveis movimentos sociais, históricos e filosóficos que poderiam tê-la influenciado³³⁹.

Especulamos que o sobredito incômodo, combinado com o crescimento exponencial da lógica e da matemática em Roma, representaram fatores cruciais para que a querella fosse vertida numa “aritmética tarifária”. O que se sabe com segurança doutrinária, contudo, é que, sem maior criatividade, os *advocatus* e os *centúviro*s simplesmente passaram a utilizar a quarta *falcidia* como um recurso analógico para deduzirem que a *legitima portio* ou *legitima pars* – o montante reservatório que deveria ser obrigatoriamente destacado em favor dos familiares próximos do falecido – representaria uma quarta *pars* do acervo hereditário, fazendo-se consolidar a quarta *legitima pars* no direito romano³⁴⁰.

A partir de então, o procedimento da querella, antes marcado por profundas discussões de natureza ética e filosófica, resumira-se tragicamente à mera aplicação de uma fórmula matemática que objetivava: 1. mensurar o patrimônio líquido do testador na data de sua morte, computando-se os seus créditos e os seus débitos; 2. verificar se as deixas testamentárias – hereditárias e legatárias – ultrapassaram o limite de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do patrimônio líquido do testador, pois que a parcela restante, de pleno direito, pertencia a seus familiares mais próximos (a princípio, descendentes e ascendentes, reciprocamente e sem fazer distinção quanto à natureza agnada e cognada da relação, nem quanto ao gênero; e posteriormente também irmãos, em condições especiais)³⁴¹; 3. a partir dessa constatação literal, determinar se o testamento impugnado era, ou não, *inofficiosum*, o que, em se confirmando, redundava em sua anulação integral. Esse momento irrompe o terceiro e último estágio evolutivo da redução, em Roma, da antes plena liberdade de dar e de testar.

Associado ao que ficou alcunhado de “teoria da reserva” (*théorie de la réserve*)³⁴², a posterior maturação desse estágio consolidou, de uma vez por todas, a *legitima* tal como a concebemos, assim enraizando-a por praticamente toda a civilização europeia e latino-americana dos dias atuais. É que, a despeito da substantiva limitação gerada pela boa

³³⁸ GAIUS. *Institutas*. Trad.: CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. São Paulo: RT, 2004, §2.226.

³³⁹ REID JR., Charles J.. *The jurisprudence of forced share in the ancient world: from Cicero to Justinian?*. Legal Studies Research Paper Series, n. 16-01, 2016, p. 23. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2717624>>. Acesso em 5 dez. 2018.

³⁴⁰ DI PIETRO, Alfredo Gustavo. *El monto de la legitima en derecho romano*. Comitia CCLVIII. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/comitiacclviii/home/doctrina/trabajos-dr-di-pietro/el-monto-de-la-legitima-en-derecho-romano>> Acesso em 15 dez. 2018.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² BERNARD, Fernand. *The first year of roman law*. Trad.: Charles P. Sherman. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. 271-272.

aceitação da querella *inofficiosi testamenti* no estágio anterior, duas questões tornavam-na por vezes uma medida absolutamente ineficaz, e por outras uma medida absurdamente drástica, clamando-se pela intervenção aparadora dos juristas: a) o fato de que ela não operava qualquer limitação ao direito de dar, permitindo-se que o indivíduo realizasse doações inter vivos livremente, não contabilizadas por ocasião de sua morte para efeito de mensuração do patrimônio líquido; e b) o fato de que sua procedência implicava a completa anulação do testamento, e não apenas a redução do excesso dispositivo, conforme anunciamos mais acima.

Com relação à primeira questão, teve-se registrada uma proliferação de situações de resistência civil que visavam esquivar-se do gravame imposto pela querella *inofficiosi testamenti*. O imperador Alexandre Severo (III d.c.), em resposta a consulta que lhe havia sido formulada por Claudio Juliano, prefeito da cidade, averigua um caso e sinaliza o modo correto de solucioná-lo: “Caso conste, caríssimo Juliano, que para impedir a querella *inofficiosi testamenti* a avó consumiu todo seu patrimônio em doações feitas a seu neto, a razão exige que seja revogada a metade de tudo aquilo que se doou.”

Essa perspectiva de que doações “imoderadas” (*inmoderatae*) ou “excessivas” (profundas) realizadas em vida – assim compreendidas como aquelas capazes de “esgotar” o patrimônio do testador³⁴³ – correspondiam a um ato de burla ou de fraude³⁴⁴ à querella clássica motivou a criação de uma nova querella à sua semelhança procedimental, desta feita com o propósito específico de embargar doações em vida e constituições de dotes tidas por exageradas, denominando-a de querella *inofficiosae donationis et dotis*³⁴⁵.

A escarrada identidade de uma primeira vista, contudo, escondia uma admirável inovação: diversamente do que ocorria com impugnação testamentária, a sua sentença de procedência não promovia a anulação integral das doações, senão apenas uma diminuição parcial necessária à conservação de um acervo representativo da legítima pars que pertencia aos querelantes preteridos³⁴⁶.

E esse foi muito possivelmente o gancho do qual se valeram juristas romanos, em momento posterior, para modularem a querella original, numa derradeira tentativa de

³⁴³ DI PIETRO, Alfredo Gustavo. El monto de la legítima en derecho romano. Comitia CCLVIII. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/comitiacclviii/home/doctrina/trabajos-dr-di-pietro/el-monto-de-la-legitima-en-derecho-romano>> Acesso em 15 dez. 2018.

³⁴⁴ COLMENARES MANTILLA, Jorge Alberto. Libertad testamentaria en Roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 233-256. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/16.pdf>> Acesso em 20 dez. 2018.

³⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 274.

³⁴⁶ DI PIETRO, Alfredo Gustavo. Op. Cit..

salvaguardar alguns elementos de vontade que se viam completamente eliminados na hipótese de se constatar a “inoficiosidade” do testamento por agressão à legítima pars, já que isso resultava em sua integral anulação.

Porque se percebia que a ficção da loucura do testador (*color insaniae*) e a presunção de observância dos “elementos extrajurídicos” que embasavam a querella *inofficiosi testamenti* resvalavam numa realidade fática que no mais das vezes as contradizia, e que ratificava que a vontade mesma de um testador que gozava plenamente de suas faculdades mentais – sendo por isso detentor do requisito formal da capacidade testamentária ativa (*testamenti factio* ativa) – teria sido a de deliberadamente não deixar qualquer parcela patrimonial a um, a alguns ou mesmo a qualquer de seus familiares.

Instituiu-se, com isso, já no período pós-clássico de Justiniano, a *actio ad supplendam legitimam*, ou *actio suppletoria*, cujo objetivo era apenas o de reduzir liberalidades para reintegrar, em favor dos herdeiros necessários, o quantum patrimonial que faltava para completar a parcela que corresponderia à quarta legítima pars, subsistindo incólume o conteúdo restante do testamento³⁴⁷, de modo que sua “inoficiosidade” deixava de resultar em sua nulidade, neutralizando-se por completo a utilidade das querellas.

As novelas justinianas, aliás, prestaram-se basicamente a compilar as alterações e consolidar uma legítima cujas premissas de agora em diante se perpetuavam na civilização ocidental de matiz romano-germânico, encerrando um ciclo de importantes transformações ocorridas na liberdade de dar e de testar de forma geral: a) a “herança necessária” é destacada, constituindo uma modalidade própria de sucessão (“legitimária”), distinguindo-se do regime testado (“voluntário”) ou intestado (“legítimo”)³⁴⁸; b) os “herdeiros necessários” (*sui et necessariii heredes*)³⁴⁹ foram taxados e ordenados em “classes”, “graus” e “linhas”, uns mais importantes de que os outros por uma premissa formal fundada no parentesco natural ou sanguíneo (descendentes e ascendentes; filhos, netos, pais, avós, etc.), derogando-se a importância do parentesco agnático; c) as causas de deserdação foram igualmente enumeradas, fechadas e taxadas³⁵⁰; d) a matemática da porção legítima foi complexificada,

³⁴⁷ KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad.: Jose Santa Cruz Teijeiro. 2 ed. Salzburg: Reus S.A., 1982, p. 325.

³⁴⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. O herdeiro legitimário. Texto de conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>> Acesso: em 31 dez. 2018.

³⁴⁹ FORMEY, Jean Henri Samuel; DE COMPAGNE, Alexandre Auguste. *The frederician code: or, a body of law for the dominions of the king of Prussia. founded on reason, and the constitutions of the country*. Edinburgh: A. Donaldson and J. Reid, 1761, p. 267.

³⁵⁰ POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

ainda que fundada na mesma premissa da intangibilidade quantitativa, mas agora tornando-se variável em função da quantidade de herdeiros necessários: acendeu a 1/3 caso houvesse quatro ou menos herdeiros necessários, e tornava-se a metade caso houvesse mais de quatro herdeiros necessários³⁵¹; e e) consolidaram-se outros “institutos acessórios”, como a “antecipação da legítima”, a “colação” e as ações redutoras de liberalidades.

A despeito dos quase dois milênios de intensas transformações sociais, essa expressão fechada, matemática, taxativa e enumerativa da legítima romana foi integralmente incorporada pela codificação de países modernos, ainda permanecendo em vigor na maioria dos que perfilham o modelo de direito romano-germânico.

Alguns desse países, por sua vez, introduziram interessantes alterações, muito embora não as tenham remodelado a um patamar que nos pareceria totalmente condizente com as exigências da contemporaneidade; outros países deixaram de adotar a legítima por bem; e outros mais nunca a tiveram adotada. Essa curiosa coexistência de modelos tão díspares num mundo cada vez mais globalizado, que corre no sentido da universalização de costumes e de direitos, nos induz a evidenciar o panorama atual da liberdade de dar e de testar.

4.1.2. Panorama atual da liberdade de dar e de testar no mundo ocidental

Quando nos debruçamos sobre o panorama geral da liberdade de dar e de testar que vigora nas civilizações de hoje em dia, é inevitável não concluirmos que absolutamente todas aquelas que passaram a prever algum tipo de “legítima” o fizeram por meio de um plágio, provavelmente irrefletido, daquele mecanismo rigoroso que na Roma antiga, sob fortes chuvas e tempestades, custou a se consolidar.

Alguns doutrinadores, como o português Paulo Merêa, defendem que não se deveria exagerar a influência do direito romano nessa formulação, apesar de nele reconhecerem uma certa hegemonia. Afirmam isso no pensamento de que, caso essa influência tivesse sido realmente monopolizadora, as legítimas no mundo, de modo geral, teriam reproduzido a literalidade do modelo justiniano – variável de “1/3 (um terço)-1/2 (metade)” – e teriam sido conceitualmente fundadas no *officium pietatis*, querendo com isso afirmar que esse arquétipo

³⁵¹ COLMENARES MANTILLA, Jorge Alberto. Libertad testamentaria en Roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 233-256. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/16.pdf>> Acesso em 20 dez. 2018.

romano pregaria “a liberdade de testar como regra”³⁵², atribuindo-se à legítima pars apenas uma função flexibilizadora calcada na necessidade alimentar e na garantia de subsistência de familiares próximos³⁵³.

Além disso, dizem que a existência de legítimas representativas de 2/3 ou mais da herança³⁵⁴, associadas a teorizações conceituais baseadas no princípio da copropriedade familiar³⁵⁵, seria uma prova de que a legítima da modernidade também teria sido densamente influenciada pelo direito germânico.

Com efeito, até a invasão visigótica ao Império Romano (séc. VI), o povo germânico desconhecia o que era um “testamento”, o que seria uma “liberdade de testar” e, nesse sentido, muito menos o que seria uma “legítima”, uma “reserva hereditária” ou uma “herança necessária”. Seu direito fundava-se integralmente na hereditariedade familiar, mais propriamente na transmissibilidade obrigatória de toda messe patrimonial aos filhos, porque havia uma máxima consuetudinária subjacente à organização social e religiosa desses povos que determinava que “os herdeiros nascem, não são escolhidos” (“der Erbe wird geboren, nicht erkoren”)³⁵⁶.

A invasão, contudo, provocou no direito germânico uma rápida e profunda romanização, no que passou a reconhecer a figura do testamento na mesma ocasião em que constituiu a denominada “reserva familiar”³⁵⁷. Esse instituto, posteriormente incorporado ao direito francês medieval (réserve), determinava, tanto quanto a legítima romana o fazia, a indisponibilidade testamentária de uma fração patrimonial matemática de 4/5 ou 2/3 (a depender do local³⁵⁸) que se dizia pertencente a um acervo familiar – e não individual – destinado à manutenção do status social e político da família, à fortificação da linhagem sanguínea e a deferência à ancestralidade³⁵⁹.

No direito consuetudinário francês que seguiu (séc. XII), a réserve, de matiz germânico, conviveu institucionalmente com a légitime de droit, que sobre aquela se aplicava subsidiariamente fazendo as vezes de um legítima romana. Porque nessa quadra a mesma

³⁵² MERÊA, Manuel Paulo. Sobre as origens da terça. In: Estudos de Direito Hispânico Medieval, II, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1953, pp. 55-74.

³⁵³ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 81.

³⁵⁴ MERÊA, Manuel Paulo. Op. Cit..

³⁵⁵ MAINAR, Rafael Bernad. De la legítima romana a la reserva familiar germanica. Revista Internacional de Derecho Romano, abr-2015. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5058860.pdf>> Acesso em 31 dez. 2018.

³⁵⁶ HERRERA, Francisco Lopez. Derecho de Sucesiones. 3 ed., Caracas: UCAB, 2003, p. 26.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ MAINAR, Rafael Bernad. Op. Cit.

³⁵⁹ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Op. Cit., pp. 79-81.

pessoa possuía patrimônios distintos submetidos a regimes sucessórios igualmente distintos: os bens herdados dos ancestrais (héritages) e os bens adquiridos de outras formas (commercio, merito aut fortuna). Apenas os primeiros submetiam-se à trava da réserve, mas todos, indistintamente, deviam deferência à légitime de droit (1/2 do que seria a quota intestada individual do sucessor), a qual, entretanto, apenas era aplicada caso a sua mensuração final, consideradas as doações realizadas em vida pelo de cujus, suplantasse o valor a que os sucessores já teriam direito por força da réserve. O que se diz é que, nos idos da Revolução Francesa, houve uma fusão entre os dois institutos³⁶⁰.

Embora seja possível levantar uma série de importantes distinções entre a reserva germânica e a legítima romana – fundadas em discussões sobre uma ou outra ser *pars hereditatis* ou *pars bonorum*, suas naturezas, fundamentos e finalidades teóricas (ver aqui³⁶¹) –, parece-nos que nenhuma delas rompe com a característica normativa que nos permite confirmar o monopólio da cultura jurídica romana na formulação das legítimas – ou reservas – do ocidente moderno: a absorção da matemática como premissa fundamental, particularidade oriunda da “matemática das quartas romanas” que exploramos na subseção anterior, a qual densificou o primado da “unidade patrimonial da herança” como vetor principal do direito sucessório pré-constitucional.

Isto é, quando declaramos que as legítimas que evoluíram até o hoje-em-dia – mesmo aquelas que de algum modo se utilizaram da reserva germânica como inspiração – foram reproduções *tout court* da quarta legítima *pars romana*, nos reportamos ao fato de que, na intenção de fazerem valer preceitos sociais, culturais e religiosos que refreavam a liberdade dispositiva dos indivíduos, todas sucumbiram à lógica, à taxatividade e à formalidade que haviam sido encerradas na consolidação justiniana, ou seja, a ideia de que a legítima é uma “quota” destinada a pessoas taxativamente especificadas (pois a própria reserva germânica, como se viu, surgiu valendo-se dessa mesma premissa matemática, após o direito germânico ser intensamente influenciado pelo direito romano com o advento da conquista visigótica).

A bem da verdade, não há sequer uma nação moderna que, ao prever uma reserva legitimária (“herança necessária”; “*asignaciones forzosas*”; “*réserve héréditaire*”; “*forced heirship*”), o faça por critérios outros que não estes. Todas determinam, de um ou de outro modo: a) a intangibilidade, em vida e para além da morte, de uma dada porção patrimonial

³⁶⁰ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, pp. 79-81.

³⁶¹ MAINAR, Rafael Bernad. De la legitima romana a la reserva familiar germanica. *Revista Internacional de Derecho Romano*, abr-2015. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5058860.pdf>> Acesso em 31 dez. 2018.

determinável por critérios puramente matemáticos; e b) a intangibilidade, em vida e para além da morte, da qualidade de “legitimário”, indivíduo assim designado por critérios de parentesco puramente formais³⁶².

Concluindo esse raciocínio, e como se verá mais adiante, teremos dito que não é propriamente a razão percentual eleita da legítima – se mais ou menos próxima de 100% – que determina se uma cultura jurídica professa uma maior ou menor liberdade de dar e de testar. O ponto ficará mais claro quando averiguarmos, por exemplo, que muito embora proveja uma reserva de 1/2 em favor de legitimários, a Rússia, ainda assim, constituiu um tipo de regramento mais livre de que a Catalunha, onde se determina uma reserva de apenas 1/4. Essas considerações, portanto, nos obrigam a apresentar o panorama atual da liberdade de dar e de testar no mundo ocidental.

Entendemos ser possível dividir o mundo atual em três grandes grupos que assim se reúnem a partir de suas respectivas abordagens sobre a liberdade de dar e de testar: 1. os países do sistema legitimário clássico, que adotam inteiramente as duas premissas informadas acima; 2. os países que instituíram um sistema legitimário híbrido, adotando as premissas acima de maneira parcial e condicionada; e 3. os países que não adotam qualquer sistema legitimário, mas que estabelecem importantes restrições à liberdade dispositiva³⁶³ a partir de arquétipos que não seguem a lógica formal e matemática da legítima clássica.

As legislações dos países que adotam o “sistema legitimário clássico” não conferem reconhecimento, nem mesmo potencial, a uma plena liberdade de dar e de testar na hipótese em que se constata a existência do que denominam de “legitimários”. As liberdades referidas já nascem gravadas com uma indisponibilidade apriorística, pressuposta, porque a eles deve ser obrigatoriamente reservada em vida e destinada na morte uma determinada parcela patrimonial que, inderrogável pela vontade livre do titular, apenas pode ser afastada nas hipóteses taxativamente previstas nas codificações.

Esses países podem ser subdivididos em dois subgrupos.

O primeiro subgrupo é formado pelos que consideram a legítima uma parte integrante do acervo hereditário (*pars hereditatis*), estabelecendo, desse modo, que os “legitimários” seriam co-herdeiros (“herdeiros necessários”); sucedendo o de *cujus* na totalidade de seus

³⁶² LAMARCA I MARQUÉS, Albert. We are not born alone and we do not die alone: protecting intergenerational solidarity and refraining cain-ism through forced heirship. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

³⁶³ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *Boletín JADO*, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>> Acesso em 31 dez. 2018.

direitos e obrigações e de suas relações jurídicas ativas e passivas, tornando-a, na maioria desses casos, um direito real imobiliário. Dessa forma, o conceito atribuí à legítima uma intangibilidade não apenas quantitativa, mas também qualitativa, indicando que o legitimário é condômino da universalidade e, portanto, de cada um dos bens individualmente considerados que compõem o acervo³⁶⁴, convivendo numa situação de solidariedade ativa e passiva com os demais herdeiros até o advento da partilha.

Esses países possuem algumas heterogeneidades entre si que, a esse despeito, não suprimem a homogeneidade que nos autoriza a congregá-los didaticamente num único subgrupo. A maioria delas são pouquíssimamente elucidativas, no sentido de não exprimirem explicações razoavelmente claras sobre os seus motivos-de-ser. Por isso, apenas especulamos que a fixação desses critérios específicos corresponderam a meros arbítrios legislativos encarcerados na consciência da lógica matemática romana³⁶⁵.

O Brasil, por exemplo, estabelece um percentual de afetação coletivo fixo, representativo de 1/2 do acervo. Os percentuais de afetação individuais são variáveis em função da quantidade e da qualidade formal dos herdeiros necessários que concorrem entre si, apenas podendo ser descendentes, ascendentes e/ou cônjuges³⁶⁶. Havendo concorrência apenas entre descendentes, divide-se a herança em porções percentuais iguais. Havendo concorrência de descendentes com cônjuge, a este se garante uma porção individual de, no mínimo, 1/4 da herança, na hipótese de também ser ascendente daqueles (art. 1.832 do Código Civil)³⁶⁷. Caso concorra com ascendentes “de primeiro grau”, ao cônjuge caberá pelo menos 1/3 da herança, majorados para 1/2 caso concorra apenas com um, ou com ascendentes de segundo ou maior grau. (art. 1.837 do Código Civil)³⁶⁸. Descendentes não concorrem com

³⁶⁴ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Revista InDret, Barcelona, 2007, p. 7. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> Acesso em 1 jan. 2019.

³⁶⁵ Não localizamos sequer um registro confiável que nos mostrasse a existência de uma discussão séria não somente sobre os critérios matemáticos empregados pelos legisladores, mas sobretudo pelas razões que fizeram-nos eleger o modelo matemático em si.

³⁶⁶ Por força do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, criou-se uma celeuma, ainda pendente de resolução, sobre o fato de os companheiros terem sido alçados, ou não, à condição de herdeiros necessários. (BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, de 31 ago. 2016. Pg. 4-33. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>> Acesso em 21 mai. 2018.)

³⁶⁷ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 4 nov. 2018.)

³⁶⁸ Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 4 nov. 2018.)

ascendentes, porque, segundo a “ordem de vocação hereditária”, pertencem a uma “classe” mais favorecida. Seguem esse padrão a Grécia, a Finlândia, a Dinamarca, a Suécia, etc.³⁶⁹.

A França, por sua vez, estabelece não apenas uma variação dos percentuais de afetação individuais parecidos com o brasileiro, mas também uma variação do percentual de afetação coletivo. Se o falecido possuía apenas um descendente, a reserva indisponível será de 1/2. Se deixou dois descendentes, a reserva será de 2/3. E se deixou três ou mais descendentes, a reserva será de 3/4. Portugal, Itália, Argentina, Suíça, Bélgica, entre outros, também adotam uma metodologia semelhante.

Já o Chile – assim como outros países de tradição hispânica – estabelece uma tripartição do bolo hereditário: além de ser constituído de uma “parte disponível” que representa 1/4 dos bens, de livre disposição do titular (cuarta de libre disposición), e de uma “legítima estrita” (legítima rigurosa) de 1/2, cuja destinação é pré-fixada pela lei de maneira muito similar aos anteriores, forma-se com o 1/4 restante o que ali se denomina de “mejora” ou “cuarta de mejoras”. Trata-se de porção sobre a qual o de cujus tem um tipo de disposição parcial: por testamento, pode destiná-la “livremente”, sendo que apenas em favor de um ou de alguns dos descendentes já contemplados pela legítima rigurosa, “melhorando” a situação percentual de algum em relação aos demais. Seguem essa lógica Colômbia, Equador, Espanha, Porto Rico, etc.³⁷⁰.

O segundo subgrupo dos países que adotam o sistema legitimário clássico é formado pelos que reconhecem a determinados parentes (“legitimários”) não um direito real ou condominial sobre um bolo universal de relações jurídicas ativas e passivas componentes do acervo hereditário, mas: 1. um direito a uma quota de participação num ativo hereditário líquido (*pars bonorum*)³⁷¹ – mensurável apenas após a liquidação do patrimônio do de cujus – tornando-os apenas co-titulares dessa específica expressão patrimonial ativa (tal como ocorre na Galícia, na Catalunha, em Valência, etc.); ou 2. de um simples direito pessoal de crédito exigível dos herdeiros (*pars valoris*) – mensurável por critérios legalmente instituídos – tornando-os meros credores dos herdeiros (é o caso da Alemanha e da Áustria)³⁷². Não nos cabe, na ocasião, fazer uma distinção entre essas duas situações, que implicam diferentes

³⁶⁹ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín JADO, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>> Acesso em 31 dez. 2018.

³⁷⁰ PAREDES, Manuel Alejandro Barría. Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión. Tese (doutorado) – Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 2013, p. 23.

³⁷¹ DIAS, Cristina M. Araújo. Lições de direito das sucessões. Coimbra: Almedina, 2014, p. 246.

³⁷² FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Op. Cit.

repercussões jurídicas, porque o propósito desse agrupamento é somente demonstrar que a legítima, nesses casos, constitui uma porção patrimonial apenas quantitativamente inviolável.

Ao estabelecer a legítima em favor dos legitimários, por exemplo, o BGB alemão determina que a eles caberá o recebimento de um valor pecuniário correspondente ao que representaria 1/2 do valor líquido que eles teriam direito caso a sucessão fosse intestada. Há, inclusive, a possibilidade de os herdeiros requisitarem o diferimento ou o parcelamento dessa verba, diante de peculiaridades do caso que motivariam e demonstrariam a razoabilidade da medida (como, por exemplo, o fato de que os bens do acervo eram apenas residenciais, ou que a determinação de pagamento à vista comprometeria a sua vida econômica)³⁷³.

Há, ainda, casos curiosos e atípicos como o da Noruega, que, além de utilizar um preceito geral indicando que a “quota coletiva” da legítima corresponderia a 2/3 da herança, adiciona limitações monetárias individuais aos legitimários: sendo descendentes, e a despeito do percentual geral anterior, a eles caberá, a título de legítima individual, uma quota de no mínimo € 25.200 (vinte e cinco mil e duzentos euros) e de no máximo € 126.000 (cento e vinte e seis mil euros)³⁷⁴.

Como se vê, todos esses países que abraçam o sistema legitimário clássico fixam um repertório legal de critérios formais e matemáticos que, em tese, auxiliariam a população e os operadores na apuração quantitativa do “monte legitimário”. O mais comum é o estabelecimento de uma “quota coletiva” fixa (como ocorre no Brasil) ou variável (a exemplo da França), estabelecendo-se parâmetros objetivos para a sua aferição (“base de cálculo”) e determinando-se a sua repartição igualitária, com poucas ressalvas, em favor de todos os legitimários. Há outras que fixam apenas “quotas individuais”, determinando que a legítima de cada legitimário corresponderá a uma expressão percentual daquilo que eles teriam direito se a sucessão fosse intestada, como ocorre na Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Grécia, etc. De modo geral, pois, nesse sistema a quantia da legítima é sempre matematicamente formulada, podendo variar em função do número de legitimários, da importância legal dos legitimários (“classes”, “graus”, “linhas”, etc.) ou de uma combinação de ambos os fatores³⁷⁵.

Ademais, esses países estabelecem “institutos acessórios” que objetivam modular concessões, recompondo matematicamente o acervo ao que seria o seu formato original antes de eventuais liberalidades cometidas pelo de cujus. Perfilham o conceito de “adiantamento de

³⁷³ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín JADO, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>> Acesso em 31 dez. 2018.

³⁷⁴ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Revista InDret, Barcelona, 2007, p. 7. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> Acesso em 1 jan. 2019.

³⁷⁵ Idem.

legítima” para informar que as doações realizadas em vida aos legitimários implicam abatimento antecipado daquilo que lhes caberia por ocasião do falecimento do titular, no valor a ela correspondente. Também fixam o conceito de “colação” para determinar que os legitimários devem listar e informar aos demais tudo aquilo que receberam em vida a esse título para que seu valor seja contabilizado e as legítimas sejam “equalizadas”.

Além disso, consideram ser “inoficiosas” quaisquer doações, inclusive as realizadas em favor de terceiros, que, no ato da liberalidade, tiverem representado concessões quantitativamente maiores daquilo que, em vista das legítimas, os falecidos poderiam ter disposto livremente, ficando, por essa razão, sujeitas às ações anulatórias e às providências redutoras de excessos.

Finalmente, todos esses países definem taxativamente as pessoas que são elegíveis ao recebimento do título de “legitimário”, desta feita a partir de definições puramente formais. A maioria estabelece que são os “descendentes, ascendentes e cônjuges”, mas que uns precedem os outros pela supremacia genealógica de sua “classe” (normalmente os descendentes e os cônjuges possuem maior importância); de seu “grau” (filhos costumam ser mais importantes de que netos; e pais mais de que avós); e de sua “linha” (reta e colateral, sendo a primeira de maior valor; paterna e materna, sem maiores distinções, ao que parece). Alguns países excluem os ascendentes, como a França, e os cônjuges viúvos, como a Espanha³⁷⁶.

Evidencia-se, nesse grupo que perfilha o sistema legitimário clássico, que todos os critérios determinantes para a delimitação da reserva, sem exceção, são pré-fixados pela lei, não se admitindo averiguações ou incursões de fato. Sua estrutura é incompatível com qualquer argumentação fundada em valores ou em princípios, e a situação particular dos legitimários ou do falecido apresenta-se irrelevante para a sua mensuração e para a sua provisão. A autodeterminação e a solidariedade familiar ficam encerradas na ortodoxia de uma lógica e de uma matemática que são indenes a qualquer abertura para o mundo real.

Essa particularidade dificulta-nos dizer qual deles é mais ou menos livre ou solidário, já que todos se baseiam na mesma premissa. Isso porque, como antecipado nas linhas iniciais dessa subseção, uma maior ou menor expressão percentual da legítima não significa necessariamente uma maior ou menor liberdade de dar e de testar; ou uma maior ou menor proteção familiar. Com efeito, mesmo fixando uma porção reservatória que pode representar até 1/2 do acervo, a Rússia e a Lituânia, assim como alguns outros países do leste europeu,

³⁷⁶ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín JADO, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>> Acesso em 31 dez. 2018.

apresentam um modelo de legítima comparativamente mais livre de que o da Catalunha, que a fixa em 1/4 e segue o sistema clássico, e mesmo assim ainda mais protetivo à família do falecido.

Trata-se do que seria o “sistema legitimário híbrido”, o qual, embora ainda se veja aprisionado a critérios puramente matemáticos no que diz respeito à mensuração quantitativa da porção, adicionam um critério qualitativo e aberto à premissa da intangibilidade da qualidade de legitimário: a condição de que, para serem assim considerados, precisam evidenciar, faticamente, estarem atravessando uma situação de necessidade justificativa da concessão de uma reserva obrigatória.

Nesse sentido, o código civil russo, fixando o pressuposto da plena liberdade de testar, restringe-o para estabelecer que tão-só aos filhos menores e incapazes do falecido, aos cônjuges incapazes e aos pais incapazes deve ser reservada uma parcela compulsória (compulsory share) correspondente à metade daquilo que eles teriam direito caso a sucessão fosse aberta de maneira intestada. A Lituânia é ainda menos taxativa e textualmente mais aberta, ao afirmar que a legítima, que também representaria a metade do acervo, será reservada exclusivamente aos pais, filhos e cônjuges que demonstrem a existência de uma relação de “dependência financeira” com o de cujus na data de seu falecimento³⁷⁷.

Não é difícil enxergar uma aproximação muito maior desse modelo híbrido com as circunstâncias próprias que qualificam a família brasileira da contemporaneidade, sobretudo naquele aspecto, extensamente tratado neste trabalho, de que a patrimonialidade deu lugar à solidariedade como elemento primordial de coesão; e de que a dimensão familiar da herança ressoa um semblante eminentemente extrapatrimonial.

Contudo, ele ainda peca pela ausência de flexibilidade com relação aos critérios de mensuração qualitativa e quantitativa da reserva – ainda fundados na friúra da aritmética – e pela taxatividade dos que podem ser qualificados como legitimários – rigorosamente associados ao vestígio de uma formalidade genealógica que não necessariamente representaria o funcionamento socioafetivo de uma determinada composição familiar – não estando, por essas razões e em nosso modo de ver, totalmente compatibilizado com as exigências de nossa contemporaneidade constitucional.

Por último, então, surgem os países que não adotam propriamente qualquer tipo de “sistema legitimário”, pelo menos não se o considerarmos como sendo esse mecanismo

³⁷⁷ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín JADO, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>> Acesso em 31 dez. 2018.

fechado e rigoroso de indisponibilidades e concessões patrimoniais mútuas e obrigatórias fundadas em laços formais de parentesco. Por essa razão, de forma equivocada e por vezes pejorativa, costumam ser categorizados como aqueles que reconhecem uma plena e irrestrita liberdade de testar “em que impera um exacerbado individualismo”³⁷⁸.

As ilações que assim se apresentam normalmente o fazem ora pelo desconhecimento de que todos esses países fixam a precedência das obrigações alimentares como limite objetivo à liberdade de testar, gravando a herança mesmo posteriormente ao falecimento do testador; e ora por tratarem os alimentos como uma obrigação desimportante ou insuficiente aos propósitos que uma reserva hereditária, hipoteticamente, deveria providenciar (“só limitado pelo eventual direito a alimentos”³⁷⁹).

Grande parte é de origem anglo-saxônica (Estados Unidos e Canadá), mas há importantes representantes da América Latina que, por alguma razão, também seguiram esse mesmo preceito: México, Honduras, Guatemala, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá³⁸⁰.

Embora a maioria dos países que não perfilham um sistema legitimário, de fato, estabeleça “apenas” as verbas alimentares como restrição à liberdade dispositiva (e isso já os coloca alguns degraus acima dos países que empregam um sistema legitimário, em termos de compatibilidade com a realidade patrimonial e familiar dos dias atuais), o modelo da Inglaterra – a bem da verdade, ao que consta, criado pela Nova Zelândia no ano de 1899 e depois acompanhada por ela e outros países como Austrália e Singapura³⁸¹ – é um ponto fora da curva no panorama mundial das sucessões, tendo conseguido, em nosso pensar, formular o mecanismo mais apropriado da atualidade para a resolução das tensões principiológicas advindas em vista do falecimento de familiares.

Trata-se de modelo que contradiz frontalmente as alegações bastante reproduzidas de que o direito inglês não restringe a liberdade de testar, uma vez que desde 1938 ela deixou de ser materialmente irrestrita. Isso apenas seria verdadeiro se a liberdade referida fosse considerada em seu viés protocolar, no momento da feitura do testamento, ocasião em que as

³⁷⁸ VELOSO, Zeno. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. In: Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey 1999, pp. 59-79.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Revista InDret, Barcelona, 2007, p. 7. Disponível em: < http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> Acesso em 1 jan. 2019.

³⁸¹ VAQUER ALOY, Antoni; LÓPEZ, Noelia Ibarz. Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal. Revista de Derecho Civil, vol. 4, n. 4, 2017, pp. 211-235. Disponível em: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/273/225>> Acesso em 1 jan. 2019.

disposições testamentárias não ficam restringidas por travas formais apriorísticas que impediriam o testador de registrar disposições sobre determinada parcela de seu patrimônio.

É que o conteúdo substantivo das deixas testamentárias fica sempre submetido ao regramento condicional da Provisions for Family and Dependants Act de 1975, instrumento legal por meio do qual se consolidou no direito inglês o instituto denominado de family provision³⁸².

Com feição muito parecida à da querella romana original – no aspecto que a torna um instituto eminentemente procedimental – a family provision claim é uma construção legislativa autorizativa de que determinadas pessoas possam contestar o conteúdo de um testamento, fundado no fato de que, a par de possuírem alguma relação de necessidade, dependência financeira e proximidade afetiva com o de cujus, não foram contempladas com provisões econômicas razoáveis, daí requisitando ao poder judiciário que as estipule ou as majore em seu favor, modulando as liberalidades testamentárias sem alterar o destino que o falecido deu à parcela patrimonial que eventualmente as exceder.

Embora seja possível assemelharmos institucionalmente a family provision à legítima clássica³⁸³ que vigora no Brasil – se admitíssemos que ambas, em tese, tenderiam a uma finalidade protetiva das relações familiares – o modelo inglês goza de uma estrutura marcadamente distinta que pode ser sintetizada em duas questões principais.

Primeiro, o fato dos critérios que tornam determinada pessoa “elegível” para requisitar uma provisão (eligibility to make a claim) – “legitimidade ativa” – não serem puramente formais ou taxativos, englobando, além dos títulos familiares tradicionais (filhos, cônjuges, pais, etc.), qualquer pessoa que demonstre que, imediatamente antes da morte do de cujus, estava sendo por ele mantida, integral ou mesmo parcialmente (maintenance criterion), permitindo-se concluir que entre eles havia uma forma socioafetiva de reciprocidade e de assistencialismo de natureza familiar (reciprocity in shaping family support). O critério primeiro, portanto, afasta-se da primazia dos laços formais de parentesco, e descamba para uma abertura textual que encerra uma maior importância da comprovação, no mundo real, de uma dependência familiar baseada na convivência e na afetividade (dependency as a basis for eligibility)³⁸⁴.

³⁸² VAQUER ALOY, Antoni; LÓPEZ, Noelia Ibarz. Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal. Revista de Derecho Civil, vol. 4, n. 4, 2017, pp. 211-235. Disponível em: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/273/225>> Acesso em 1 jan. 2019.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. Oñati Socio-legal Series, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

E em segundo lugar, o fato da expressão qualitativa ou quantitativa da porção patrimonial destinada ao requisitante ser dissociada de qualquer lógica matemática pré-fixada, fundando-se em conceitos deliberadamente abertos (“conceitos jurídicos indeterminados”)³⁸⁵ que priorizam a realização de incursões fáticas e o emprego da retórica e da argumentação para a justificação de cada medida (reasonable financial provision, full valuable consideration, “substancial”, “immediatly”, reasonable and financial needs)³⁸⁶. A concessão, ou não, da provisão, bem como sua extensão quantitativa e qualitativa, seria um reflexo das peculiaridades observadas, argumentadas e comprovadas em cada caso concreto, de modo que a justeza seria medida casuisticamente, e não aprioristicamente.

Como o propósito desta subseção foi apenas registrar o panorama mundial da liberdade de dar e de testar, evidenciando os abismos entre os modelos que coexistem num mundo cada vez mais globalizado, deixaremos para nos aprofundar sobre as minúcias do funcionamento de cada qual nas seções subsequentes, já que o propósito de uma será o de demonstrar a destruição constitucional do modelo clássico, por conta de sua excessiva ortodoxia, representativa de um direito sucessório incompatível com as exigências da contemporaneidade; enquanto que o de outra será propor o que seria uma “legítima aberta” inspirada na family provision inglesa, por entendermos que se trata de um modelo mais consentâneo com as premissas que formulamos nos capítulos iniciais deste trabalho.

Apenas adiantamos que a ruptura definitiva ou, no mínimo, a profunda flexibilização do padrão da taxatividade, da matemática e da formalidade (fixed rules)³⁸⁷ parece ser uma tendência dominante na doutrina estrangeira dos países e territórios que ainda se aventuram em segui-lo, entendendo-se inegável que a existência de restrições flexíveis à liberdade de dar e de testar (flexible restraints on freedom of testation)³⁸⁸ satisfariam de modo mais equitativo e racional os anseios da família contemporânea.

³⁸⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

³⁸⁶ DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. Oñati Socio-legal Series, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

³⁸⁷ GLENDON, Mary Ann. Fixed rules and discretion in contemporary family law and succession law. Tulane Law Review, vol. 60, 1986, pp. 1165 e ss. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr60&div=51&id=&page=>>> Acesso em 5 jan. 2019.

³⁸⁸ LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. Harvard Law Review, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

A doutrina brasileira, contudo, anda a passos lentos nesse quesito, pois, ao que parece, ainda teme em distanciar-se do afago psicológico provocado pela “dogmática da certeza”, numa percepção equivocada de que uma proclamada certeza conduziria, ou mesmo se confundiria, com a temática da segurança jurídica³⁸⁹, supondo-se que ela torna o “sistema” mais “seguro”; ou mesmo que sua taxatividade cerrada de fato “funciona” ou produz efeitos desejados no mundo real.

Nadar contra a corrente dessa intuição secular é uma tarefa árdua porque nossa mente acabou se conformando em identificar causalidades lógicas em todos os acontecimentos, tendo, por isso, uma altíssima dificuldade de aceitar o que nos pareceria ser, a uma primeira vista, uma angustiante mistura de aleatoriedade³⁹⁰, de incerteza e de discricionariedade. Mas, pelo justo, contra ela precisamos nadar.

4.2. A LEGÍTIMA BRASILEIRA

Na seção subsequente à presente, enquadraremos de forma direta, dirigida, o instituto jurídico da legítima clássica, especificamente aquele que vigora no Brasil, aos pressupostos históricos, sociojurídicos, filosóficos, jusfundamentais, teórico-normativos e metodológicos que fixamos nos dois primeiros capítulos do trabalho. Pretenderemos registrar sem maiores sutilezas – já que de algum modo antecipamos esse raciocínio durante o desenvolvimento inicial – as razões que fazem-nos concluir que o modelo de legítima adotado no Código Civil não mais goza de compatibilidade com as exigências observadas nas quadras de nossa contemporaneidade constitucional. Esse objetivo pressupõe, em primeiro lugar, a densificação expositiva de sua estrutura normativa (na medida em que é justamente esta estrutura que permite-nos qualificar o instituto como de cariz pré-constitucional), providência que tomaremos a partir de então

4.2.1. Consolidação da legítima brasileira

Na seção anterior, pudemos verificar que, tal e qual a larga maioria dos países da civilização ocidental, a feição normativa da legítima brasileira consistiu numa reprodução mimetizada do modelo de restrição à liberdade de dar e de testar que se desenvolvera no

³⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Conferência 6: hermenêutica e argumentação. Curso Hermenêutica Jurídica, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>> Acesso em 4 dez. 2018.

³⁹⁰ MLODINOW, Leonard. O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas. Trad.: Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 10.

contexto evolutivo do direito romano (embora se possa dizê-lo também influenciado pelo direito germânico, na medida em que este direito também foi fortemente influenciado pelo direito romano, conforme esclarecimentos anteriores). De modo tal, sua estrutura apenas foi sucessivamente copiada, com alterações pouco relevantes, em todos os códigos e ordenações que vigoraram no Brasil, inclusive no vigente Código Civil de 2002.

Nesse particular, os aspectos da legítima portuguesa serviram de liame entre o Brasil de hoje e a Roma antiga. Quando Portugal tornou-se independente, e nela vigia o Código Visigótico, contemplava-se uma reserva de 4/5 aos descendentes. Pelos idos do século XI, a partir da descentralização ocorrida com o renascimento do direito consuetudinário, variações locais passaram a germinar no território português, prevendo-se quotas disponíveis de 3/4, de 1/2 e até mesmo de 1/8³⁹¹.

Em 1448, quando as Ordenações Afonsinas passam a vigorar no Reino de Portugal, reunifica-se a parte disponível para 1/3, sendo de 2/3, portanto, a “legítima”, escolha quantitativa que teria decorrido de uma influência do domínio muçulmano sobre a península ibérica, registrada nos Comunicados de Évora em 1280. Estes determinavam que homens ou mulheres que não tivessem descendentes nem ascendentes no momento da morte poderiam deixar a totalidade de seus bens a quem lhes aprouvesse, mas que, caso sobrevivesse descendência ou ascendência, só poderiam dispor da terça parte³⁹².

Essa formulação foi repetida nas subseqüentes Ordenações Manuelinas e Filipinas, conforme anuncia Luiz Gonçalves da Cunha³⁹³, as quais naturalmente passaram a ser aplicadas ao Brasil, enquanto território português, de forma plena até o advento de sua independência, ocorrida em 1822, e de forma mitigada até 1917, quando passou a vigor o Código Civil de 1916.

Nesse ínterim, modificações foram realizadas por legislações já brasileiras, dentre as quais, forte no Decreto nº 463, de 2 de Setembro de 1847³⁹⁴, a extensão do direito à legítima aos “filhos naturais” dos “nobres”, porque assim já se lhes reconhecia quando filhos de

³⁹¹ PROENÇA, José João Gonçalves de. *Natureza Jurídica da Legítima*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010, p. 13-14.

³⁹² SANTOS, Jorge Silva. *A livre disposição mortis causa nas Ordenações Afonsinas entre a tradição jurídica medievá e a recepção do Direito Romano (contributo para a história do direito das sucessões português medieval)*. In: *Revista de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 3. ed., Lisboa: UL, 2012.

³⁹³ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*, Tomo 9, vol. 2, p. 606-607.

³⁹⁴ BRASIL IMPÉRIO. Decreto nº 463, de 2 de setembro de 1847. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-463-2-setembro-1847-560199-publicacaooriginal-82833-pl.html>>. Acesso em 01 mar. 2019.

“plebeus”. Mas foi apenas em 1907, com a edição do Decreto nº 1.839³⁹⁵, também denominado de Lei Feliciano Penna, que a expressão quantitativa da legítima se consolidou no que seria a metade do patrimônio do de cujus.

As discussões a respeito da pertinência de manutenção, ou não, de uma legítima no sistema jurídico brasileiro, bem assim de qual deveria ser a sua expressão quantitativa e de quem deveriam ser os seus beneficiários, apenas se desenvolveram de modo mais importante durante o trâmite do Projeto do Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua em 1899, questões que são muito bem noticiadas por Carlos Maximiliano³⁹⁶, revelando as preocupações da época.

O projeto previa a manutenção do modelo de legítima das Ordenações, estabelecendo uma liberdade dispositiva limitada a 1/3 da messe patrimonial, constituindo os 2/3 restantes a legítima³⁹⁷, mesmo porque, nessa ocasião, a alteração provocada pela Lei Feliciano Penna ainda não havia ocorrido. Tão logo apresentado o projeto, contudo, a legítima passou a ser objeto de acirrados debates tendentes à sua abolição, querendo-se a instituição de um sistema de plena liberdade de dar e de testar, proposição legislativa que fora aprovada no Senado, mas rejeitada na Câmara dos Deputados³⁹⁸.

Assim, após a apresentação, pelo relator Alfredo Pinto, e aprovação, na Comissão Especial da Câmara, de uma emenda inspirada na modificação introduzida pela Lei Feliciano Penna, sem muita justificação teórica, a porção disponível foi elevada para metade do patrimônio, constituindo-se, com a outra metade, a legítima tal como a concebemos³⁹⁹, cuja redação ficou assim consignada no art. 1.721⁴⁰⁰:

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

Foi precisamente esse modelo que foi reproduzido no Código Civil de 2002, com a única diferença de que neste fez-se inserir como beneficiário, além do ascendente e do

³⁹⁵ BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 01 mar. 2019.

³⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. I, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 343.

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 208.

³⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit..

⁴⁰⁰ BRASIL. Código Civil de 1916. Brasília, 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm>. Acesso em 2 mar. 2019.

descendente, o cônjuge sobrevivente⁴⁰¹. Modificação acanhada que, embora se queira “justa”, apenas aprofundou a deferência prestada ao modelo familiar pré-constitucional; não apenas porque não incluiu expressamente os “companheiros” em seu rol – providência que tem sido “sanada” pelo poder judiciário⁴⁰² – mas porque fixou critérios meramente formais de configuração e aferição familiar, a despeito de sua promulgação ter se dado num ambiente constitucional em que já se observava uma expansão do pluralismo familiar.

Com efeito, ao analisarmos a memória legislativa do Código Civil de 2002⁴⁰³, verifica-se que a redação do projeto original de 1975, no que diz respeito aos aspectos da legítima, manteve-se praticamente intacta. Nesse sentido, sendo ela uma reprodução quase literal daquilo que constava no Código Civil de 1916, podemos afirmar que as controvérsias filosóficas, sociais, culturais e jurídicas surgidas a respeito da existência e da configuração de uma legítima foram “resolvidas” por uma visão política predominante no início do século passado, e foram encarceradas em apenas duas questões: a) definir a pertinência de se adotar uma liberdade testamentária irrestrita (fundada na autonomia da vontade) ou uma liberdade testamentária limitada (fundada na perpetuidade dos laços familiares formais e de sangue), tendo prevalecido a última opção; e b) definir, a partir daí, se a quota disponível seria de 1/3 ou de 1/2, presumindo-se, desse modo, que o modelo vigente de restrição à liberdade de dar e de testar – fechado, matemático e taxativo – seria o único a se cogitar.

Isso significa, já num primeiro relance, que a legítima que hoje se tem posta é fruto de uma perspectiva que não enveredava pelas instâncias, balizas e pressupostos de um direito sucessório constitucionalizado (aqueles que definimos no capítulo segundo), refletindo o raciocínio político e jurídico de juristas do século passado que, adeptos de uma desejada cientificidade do Direito, enxergariam na elasticidade argumentativa proposta por uma metodologia civil-constitucional um total desvirtuamento do jurídico.

Mais que isso: essa legítima é reflexo de uma realidade social e familiar desenvolvida no século XIX. Uma realidade completamente distinta da observada nos dias de hoje. Esses fatos, muito embora não nos autorizem concluir, só por si, seja o modelo vigente de legítima incompatível com a contemporaneidade, são elementos indiciários fortíssimos que suscitam dúvidas e atacam a nossa investigação. Apresentemos, posteriormente, a multicitada legítima.

⁴⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 208.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, de 31 ago. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>> Acesso em 21 mai. 2018.)

⁴⁰³ PASSOS, Edilecine e LIMA, João Alberto Oliveira de. Memória Legislativa do Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242712>>. Acesso em 2 mar. 2019.

4.2.2. Aspectos dogmáticos da legítima brasileira

Se pudéssemos sintetizar, ao custo de sermos reducionistas, o enquadramento do regime sucessório que vigora no Brasil, diríamos que se trata de um sistema de quotas hereditárias pré-fixadas. Em outras palavras, o Código Civil identifica algumas categorias de sujeitos que têm direito a frações ideais preestabelecidas sobre a herança pertencente a uma dada pessoa que faleceu⁴⁰⁴.

A princípio, a sucessão pode se operar por meio de três modalidades distintas:

Caso o de cujus não tenha deixado um testamento válido, serão observados os regramentos da “sucessão legítima”, que determina a distribuição de quotas ideais a determinados parentes do falecido (“herdeiros legítimos”), segundo uma “ordem de vocação” (art. 1.829 e seguintes) fixada a partir de um preceito de hierarquização familiar ou de proximidade formal de cargos familiares.

Caso o de cujus tenha deixado um testamento válido, serão observados os regramentos nele contidos (“sucessão testamentária”), que usualmente obedecem a mesma lógica de fixação de quotas ideais em favor de determinadas pessoas (“herdeiros testamentários”) sobre um todo universal, mesmo porque o próprio código cuida de suprir as omissões do testador, quando o mesmo resolve, deliberadamente ou não, omitir as frações pertencentes a cada um dos herdeiros nomeados (art. 1.904 e seguintes). Também é possível que o testador, em vez de frações, ou simultaneamente a elas, confira bens individualmente considerados (“legados”), cujos beneficiários denominam-se “legatários”.

Sendo possível, todavia, que o testador disponha apenas sobre uma fração parcial de seu todo, ou que conceda legados que não esgotam inteiramente seu patrimônio, permite-se a coexistência dos dois regramentos sucessórios anteriores em uma só sucessão, aplicando-se o primeiro de forma supletiva em relação aos bens que não foram contemplados no testamento, por força do artigo 1.966⁴⁰⁵, providência que não cabia no direito romano, como visto anteriormente⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ ZANABONI, Rossella. Quota di riserva e family provision a confronto: la successione necessaria in una prospettiva di comparazione tra il sistema italiano ed il modello ingles. Tese (doutorado) – Università Degli Studi di Milano, Scuola Di Dottorato In Scienze Giuridiche. Milão, 2013, p. 14.

⁴⁰⁵ Art. 1.966. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴⁰⁶ Ver página 107 (princípio do *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).

Contudo, além dessas duas modalidades, subsiste uma terceira, comumente designada de “sucessão necessária”, como assim o fazem Mauro Antonini⁴⁰⁷, Arnaldo Wald⁴⁰⁸ e Ana Luiza Nevares⁴⁰⁹. Trata-se de preceito que determina a observância obrigatória a um regramento sucessório específico que se apresenta inalterável pela vontade de um testador e/ou de um proprietário. Por essa razão, no estrangeiro é também denominada de “forçada” ou “legitimária”. Forçada, a propósito, apenas para o de cujus, pois que só pode afastá-la por deserdação motivada, mas não para os sucessores, a quem cabe renunciá-la mesmo imotivadamente.

Desse modo, segundo Caio Mário, a sucessão necessária deve ser compreendida como “...um preceito de ordem pública, [que] não pode sofrer contradita em nosso direito”⁴¹⁰. Nesse sentido, a modalidade é representativa de “normas jurídicas cogentes”⁴¹¹, a partir da classificação de Marcos Bernardes de Mello:

(a’) As normas jurídicas cogentes, também denominadas imperativas, são aquelas cuja incidência é incondicional; compostos seus suportes fáticos, incidem infalivelmente, independentemente do querer das pessoas. Não há margem ao poder de autorregramento da vontade, de modo que jamais podem ter sua incidência afastada pela vontade dos figurantes dos negócios jurídicos⁴¹².

As normas que regem os institutos da sucessão necessária, portanto, possuem caráter imperativo e inflexível à vontade do autor da herança. Constituem, por essa razão, preceitos irredutíveis por testamento ou por doação⁴¹³, característica principal que, segundo Inocêncio Galvão Telles⁴¹⁴, confere-lhe autonomia em relação à “sucessão legítima”, na medida em que esta última é regida por normas de caráter supletivo ou, conforme Marcos Mello, “normas não-cogentes dispositivas”, que são “as formuladas para preencher vazios (=omissões) deixados pela vontade quando poderia ser manifestada em outro sentido”⁴¹⁵.

⁴⁰⁷ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 27.

⁴⁰⁸ WALD, Arnaldo. O Novo Direito das Sucessões. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

⁴⁰⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O Princípio da Intangibilidade da Legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 496.

⁴¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 208.

⁴¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76.

⁴¹² MELLO, Marcos Bernardes de. Da fraude à constituição no sistema jurídico nacional. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 52, 2010, pp. 137-174. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/324-sucessao-causa-mortis-e-protECAo-da-empresa>> Acesso em 3 mar. 2019.

⁴¹³ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Op. Cit., p. 47.

⁴¹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: noções fundamentais. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 40.

⁴¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit.

Embora não nos caiba ser conclusivos, da leitura mais acurada de seus escritos é possível afirmar que Pontes de Miranda se referia à “legítima” – enquanto modalidade sucessória e não instituto ou objeto normativo – de “sucessão legítima necessária”, porque, como se verá um pouco mais adiante, os regramentos da “legítima”, embora não idênticos, apropriam-se parcialmente do funcionamento da “sucessão legítima” (intestada) para dar vazão a suas finalidades. Pontes, portanto, dizia ser ela uma subespécie do gênero “sucessão legítima”, que subdividia-se em “necessária” e “não-necessária”⁴¹⁶.

O mesmo Pontes dizia que a “sucessão legítima” – e, assim presumimos, de modo ainda mais especial a sua subespécie “necessária” – possuiria precedência lógica em relação à sucessão testamentária, uma vez que “a própria sucessão legítima, se só o testamento a pode afastar, não há de ser posta depois da sucessão testamentária. O que pode pré-excluir tem de supor que algo exista que possa ser pré-excluído”⁴¹⁷.

O raciocínio evocaria uma deferência do sistema ao modelo sucessório pré-fixado na lei, de sorte que um formato diverso, inclusive um decorrente de vontade pura e simplesmente manifestada, revelaria uma anormalidade extravagante. Isso teria justificado, inclusive, a permuta da ordem redacional⁴¹⁸ dos termos do art. 1.573 do Código de 1916 (Art. 1.573. A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei.⁴¹⁹) para aquele que lhe corresponde no Código de 2002 (Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.⁴²⁰), posição ratificada por Paulo Lôbo, ao afirmar que “A sucessão testamentária, que recebia destinação preferencial da lei, passou a ser secundária...”⁴²¹.

Diferentemente do que se queira imaginar, contudo, o “instituto da legítima” em si não é o único integrante da chamada sucessão necessária. Fora ele tem-se o direito real de habitação e os legados necessários de alimentos⁴²². Antes do advento do Código de 2002, também se falava no usufruto viual, hoje já extinto. A esse despeito, a legítima é certamente seu mais importante e mais controverso representante.

Mas o que é e como funciona a legítima, afinal?

⁴¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsó, 1968, p. 386.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 202.

⁴¹⁸ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 47.

⁴¹⁹ BRASIL. Código Civil de 1916. Brasília, 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm>. Acesso em 2 mar. 2019.

⁴²⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.

⁴²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: sucessões. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

⁴²² ANTONINI, Mauro. Op. Cit., p. 118.

Consolidada que foi no Código Civil de 2002, entendemos ser possível traçar sua estrutura normativa elementar, sugestiva de uma resposta a esse questionamento, a partir de um cotejo entre os seguintes dispositivos⁴²³:

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

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

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Art. 1.857. (...). § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

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

Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

A legítima pode ser definida, conceitualmente, como o instituto jurídico pertencente à modalidade “sucessão necessária” que promove a intangibilidade quantitativa e qualitativa de uma fração percentual de um patrimônio pertencente a um indivíduo, desta feita tão-somente na hipótese em que o mesmo possua vínculos formais com determinadas pessoas designadas na lei (“legitimários” ou, no Brasil, “herdeiros necessários”). Segundo Carlos Maximiliano, a legítima é intangível no sentido de que não pode sofrer redução, na essência ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária⁴²⁴. desta feita qualificando-se, principalmente:

a) pela inderrogabilidade voluntária e imotivada, por ato de última vontade, de um desenho apriorístico que estabelece, em favor de pessoas prévia e formalmente determinadas na lei, a destinação obrigatória de uma fração ideal matemática das deixas patrimoniais de um morto (=intangibilidade quantitativa); bem assim pela proibição de reduzir-se a “qualidade” (=intangibilidade qualitativa) dessa parcela, seja através da clausulação sem justa causa dos bens componentes da legítima (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade), seja por meio da “conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa” (conforme disciplina do art. 1848 do Código Civil), ou seja, também, pela instituição de encargos,

⁴²³ BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.

⁴²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. III, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 24.

condições, fideicomisso, usufruto, habitação, perdão de dívida, ereção de fundação, etc.⁴²⁵, sobre ela, no que seria sua expressão restritiva da liberdade de testar.

b) pela indisponibilidade dessa mesma parcela patrimonial, no que respeita a sua disposição gratuita (=doação), durante a vida de determinado indivíduo, enquanto vivas forem aquelas pessoas formalmente designadas na lei como sendo seus “herdeiros necessários”, cujo descumprimento faz surgir o interesse da “ação de redução”, que, sendo divisível, pode ser movida por qualquer deles, inclusive de modo individual, desta feita para o reestabelecimento apenas da extensão quantitativa de sua respectiva quota⁴²⁶, significando sua expressão restritiva da liberdade de dar.

Esses preceitos conceituais são suficientes para apresentar a sua natureza jurídica, cabendo-nos, então, identificar seus sujeitos, bem como a forma possível de excluí-los, e o seu objeto, demonstrando-se a maneira correta de mensurá-la.

São sujeitos da relação oriunda da legítima, de um lado, um indivíduo proprietário de bens, e do outro os que seriam seus “herdeiros necessários”, a saber, “descendentes, ascendentes e cônjuge”, rol que se diferencia, embora coincida parcialmente em forma (mas não em valor), com os “sucessíveis legítimos” da sucessão intestada, uma vez que esta, além daqueles, também inclui os “companheiros” (RE 878.694/STF), os “colaterais”, o “Município”, o “Distrito Federal” e a “União”, desta feita relativamente aos bens localizados em suas respectivas circunscrições.

Embora todos os “ascendentes” e “descendentes” sejam potenciais “herdeiros necessários”, ambos não coexistem mutuamente, dado que não concorrem entre si (porque a qualidade legitimária de um “exclui” a do outro), o que não acontece com o “cônjuge”, que concorre com ambos. O que queremos dizer é que, apropriando-se parcialmente da “ordem de vocação” aplicável à sucessão legítima, a “legítima” opera tal e qual (art. 1.829 e seguintes do Código de 2002), obviamente até os limites subjetivos especificados no parágrafo anterior (portanto, interrompendo-se a cadeia sucessiva lógica até o artigo 1.838, enquanto a “não-necessária” segue até o artigo 1.844), o que esclarece a nomenclatura utilizada por Pontes de Miranda (“sucessão legítima necessária”).

Nesse sentido, a existência de descendentes sucessíveis, porque pertencentes à primeira classe (Classe I), “exclui” a qualidade legitimária dos “ascendentes”, integrantes da segunda (Classe II). Embora pertencente à terceira classe (Classe III), o cônjuge não tem sua qualidade legitimária excluída em vista da existência dos anteriores, porque concorre com

⁴²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. III, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 24.

⁴²⁶ Ibidem, p. 39.

ambos. Isso significa que: a) possuindo o pretense falecido (I) “descendentes”, (II) “ascendentes” e (III) “cônjuge” simultaneamente vivos, apenas (I) e (III) são considerados “herdeiros necessários”; b) havendo apenas (I) “descendentes” e (II) “ascendentes” vivos, somente (I) são assim considerados; e c) havendo apenas (II) “ascendentes” e (III) “cônjuge” vivos, ambos – (II) e (III) – são assim enquadrados.

Por sua vez, no contexto de cada “classe” há “graus” mais próximos que excluem os mais remotos (art. 1.833 e art. 1.836, §1º). Nessa ficção genealógica, filhos e pais são parentes de primeiro grau (Grau 1); cuja existência exclui netos e avós, que são de segundo (Grau 2); cuja existência exclui bisnetos e bisavós, de terceiro (Grau 3); e assim por diante. Ressalva-se, nesse particular, o “direito de representação”, que apenas se defere na linha reta descendente, e não se transmite para além daquele que fora descendente imediato (“concreto”) de um “herdeiro necessário” pré-morto do de cujus. É dizer: não defere-se aos descendentes dos descendentes do herdeiro pré-morto.

Finalmente, ainda há uma distinção entre “linhas”, que são duas: a linha materna (Linha M) e a linha paterna (Linha P). Uma não possui trato prioritário sobre a outra, mas a distinção importa para os fins do art. 1836, §2º, que determina a distribuição da herança, primeiro, em favor dessas “linhas”, para apenas posteriormente subdividi-la entre seus respectivos componentes. Isso significa, por exemplo, que, tendo o de cujus apenas um avô paterno, mas um avô materno e uma avó materna, o primeiro receberá a metade da parcela cabível aos ascendentes (50% para a “linha paterna”) e os outros dois receberão a fração de 25% cada (50% para a “linha materna”).

Cabem apenas três adendos finais sobre essa questão da definição dos sujeitos das relações legitimárias.

Primeiro, são descendentes e ascendentes todas aquelas pessoas que guardam com um indivíduo uma relação ideal, fincada numa genealogia puramente formal. É fictícia porque não exige correspondência com o mundo real. A relação é provada, basicamente, por apontamentos cartoriais que dão conta dessa situação, ou por declaração, também formal, obtida judicialmente. As relações socioafetivas, portanto, precisam ser previamente cartularizadas para que se confira a alguém um título hereditário legitimário. Por outro lado, tão logo formalizadas, garantem ao portador as prerrogativas que lhes são ínsitas, e que são extensivas, inclusive, a outras pessoas que não necessariamente mantinham com ela qualquer relação de socioafetividade. A exemplo, reconhecida uma filiação socioafetiva entre “pai” e “filho”, e realizadas as anotações formais, o “filho” de que se cuida automaticamente passa a

possuir “avós”, passando os mesmos a constarem nas respectivas cadeias genealógicas, e, portanto, tornando-se potenciais e recíprocos “herdeiros necessários”.

Segundo, o cônjuge nem sempre é herdeiro necessário, e alguns o são apenas em relação a uma parcela específica do acervo hereditário. É que, por opção legal (art. 1.829, I do Código⁴²⁷), a existência de descendentes vivos também exclui a qualidade legitimária dos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, ao passo em que a mitiga quando o cônjuge for casado pelo regime da comunhão parcial, que passa a ser herdeiro necessário apenas em face dos “bens particulares” do de cujus, mas não da parte que comporia os “bens comuns”, da qual é apenas meeiro.

E terceiro: não se sabe, ao certo, se ao companheiro foi estendida a qualidade de herdeiro necessário em razão do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, muito embora seja inequívoca, a partir de então, a sua qualificação como “herdeiro legítimo”. A questão ainda pende de julgamento no STF, aguardando solução dos Embargos de Declaração manejados pelo IBDFAM⁴²⁸. A controvérsia já tem afetado a prática cartorária. O 10º Registro de Imóveis de São Paulo, por exemplo, suscitou dúvida (Processo nº 1018190-58.2018.8.26.0100) objetivando questionar a qualidade de herdeiro necessário do companheiro após o advento da tese firmada pelo STF, alegando que, nessa nova condição, quem estivesse estavelmente unido não poderia dispor de 100% de seu patrimônio por meio de testamento. A dúvida foi solucionada pela magistrada no sentido de se respeitar a vontade do testador, pelo menos até a definição a ser dada pelo STF quando do julgamento dos Embargos mencionados⁴²⁹.

Esses aspectos subjetivos da legítima, embora absolutamente inflexíveis à vontade meramente manifestada do testador, relativizam-se pelas hipóteses taxativamente previstas de “indignidade” e de “deserção” (ou, segundo arguciosa explicação de Mauro Antonini, não necessariamente taxativas, mas “extensíveis por analogia limitada”⁴³⁰), que resultam no efeito

⁴²⁷ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice; NEVARES, Ana Luiza Maia; SOARES, Ronner Botelho. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, de 15 fev. 2018. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Petição%20Embargos.pdf>> Acesso em 4 mar. 2019.

⁴²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença proferida nos autos do procedimento administrativo de suscitação de dúvida de nº 1018190-58.2018.8.26.0100, de 20 abr. 2018. Disponível em <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=14302>>. Acesso em 4 mar. 2019.

⁴³⁰ “Mas, como sustenta José de Oliveira Ascensão, deve ser admitida analogia limitada, para aplicação da sanção a situações em que o mesmo valor protegido pela norma é atingido. O inc. I do art. 1.814, por exemplo,

comum de exclusão da capacidade sucessória passiva e, portanto, de determinada pessoa ser um potencial herdeiro de outra, ainda que do tipo “necessário”.

Diferem, em essência, porque a segunda (“deserdação”) aplica-se exclusivamente aos “herdeiros necessários” e exige a manifestação de vontade nesse sentido em testamento⁴³¹ (já que aos demais, para serem considerados não-herdeiros, bastaria a sua não contemplação em testamento). A primeira (“indignidade”), por sua vez, aplica-se indistintamente a todos os potenciais herdeiros, inclusive aos testamentários, dependendo apenas da ação respectiva e da prova de seu fato ensejador.

O rol dos ilícitos que dão azo à exclusão por indignidade são aqueles do artigo 1.814⁴³², geralmente associados a uma “(...)ingratidão incompatível com a transmissão hereditária”⁴³³, muito embora seja de ciência geral que existam “(...)faltas mais graves e clamorosas do que as decorrentes da letra rigorosa e clara da lei...”⁴³⁴ e que, a esse despeito, não poderiam ser suscitadas como suficientes ao pleito de exclusão, caso se admita a preponderância de um viés mais tecnicista do direito sucessório, como costuma ser predominante.

As causas autorizativas da deserdação são as mesmas daquelas que tipificam o rol da indignidade, sendo acrescidas às do artigo 1.962 (causas adicionais que autorizam ascendentes deserdarem descendentes) e às do artigo 1.963 (causas adicionais que autorizam descendentes deserdarem ascendentes). Percebe-se, nesse sentido, que, por não possuírem causas adicionais, os cônjuges (e também os companheiros, caso se lhes reconheça qualidade legitimária) somente podem ser deserdados relativamente aos fatos ensejadores de indignidade⁴³⁵.

faz referência a homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o de cujus, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, situação que tecnicamente não se confunde com induzimento ou instigação ao suicídio, com latrocínio ou com extorsão mediante sequestro qualificada pela morte, hipóteses em que também há atentado à vida do de cujus ou dos demais sujeitos protegidos. A essas outras situações, por indispensável coerência do sistema, é preciso estender a pena de indignidade” (ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 167.)

⁴³¹ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 169.

⁴³² Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴³³ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013., p. 166.

⁴³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. I, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 88.

⁴³⁵ ANTONINI, Mauro. Op. Cit., p. 170.

A procedência da indignidade implica o tratamento do indigno como se pré-morto fosse (artigo 1.816⁴³⁶), conferindo-se a seus descendentes o direito de representação, com a restrição extensiva aos bens a eles transmitidos no sentido de que o excluído não pode administrá-los ou deles usufruir, tampouco herdá-los em sucessão eventual desses que o representaram. Dada a omissão legislativa, a doutrina habituou-se a estender por analogia estes mesmos efeitos para a deserção, conforme afirma Zeno Veloso⁴³⁷, entendimento do qual diverge Washington de Barros Monteiro, afirmando não se falar em direito de representação dos descendentes nesse caso⁴³⁸.

Alfim, sabendo-se que tanto a indignidade quanto a deserção pressupõem a obtenção de sentença judicial, entende-se, de forma geral, que são legitimados para pleiteá-la qualquer pessoa que, em vista da exclusão, seria por ela direta e “economicamente favorecida”⁴³⁹. Parte da doutrina entende que a legitimidade seria atribuída a qualquer pessoa com “interesse moral” na sucessão⁴⁴⁰, posição que se adequa, parece-nos, à recente alteração promovida no Código Civil de 2002 pela Lei nº 13.532/2017, que expressamente estendeu ao próprio Ministério Público a legitimidade para propor a exclusão, desta feita no caso específico de homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o de cujus ou seus parentes.

Quanto ao aspecto objetivo da legítima, em termos gerais, pode-se dizer que o mesmo corresponde à fração indisponível do patrimônio pertencente ao de cujus, sobre o qual deixa de possuir liberdade dispositiva mesmo durante sua vida. Essa seria a sua expressão “coletiva” (ou “global”), por assim dizer, que representa quantitativamente uma metade, sendo a outra metade a sua “porção disponível”. Bem assim, o termo também faz alusão à fração que, de pleno direito, pertence individualmente a cada um dos “herdeiros necessários”, que significa a sua expressão “individual”, sendo ela variável de acordo com a “quantidade” e com a “qualidade” – sempre formal, vale ressaltar – dos herdeiros envolvidos.

As regras para a definição das frações individuais abstratas são as mesmas da “sucessão legítima”. Aos descendentes cabem quotas rigorosamente iguais, independentemente da natureza da filiação, materializando-se o princípio da igualdade –

⁴³⁶ Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴³⁷ VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 320-321.

⁴³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das Sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 203.

⁴³⁹ HIRONAKA, Giselda. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 152-153.

⁴⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. I, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 82.

puramente formal – entre os filhos. Havendo apenas descendentes sucessíveis, portanto, basta dividir a metade pela quantidade respectiva, obtendo-se a fração individual de cada um. Na concorrência de descendentes com cônjuge, aplica-se o artigo 1.832⁴⁴¹, hipótese em que se divide igualitariamente a herança necessária, garantindo-se ao cônjuge, todavia, um percentual mínimo de 25%, se ele também for ascendente daqueles⁴⁴². E na concorrência de ascendentes com cônjuges, aplica-se aos primeiros, entre si, o regramento especificado mais acima (50% para cada uma das linhas paterna e materna, dividindo-as igualitariamente em seu interior), garantindo-se ao cônjuge a terça parte da herança necessária.

A mensuração da legítima enquanto objeto, de todo modo, pressupõe, além da definição das frações percentuais – sejam elas coletivas ou individuais (“alíquotas”) – o estabelecimento da base sobre a qual irão incidir (“base de cálculo”). O assunto nos parece ter sido extremamente mal formulado no Código Civil, provocando falta de esclarecimento a respeito de como deve ser procedida a sua mensuração. É que fala-se genericamente que a legítima representa a “metade dos bens da herança”, e que todo indivíduo possui um patrimônio formado por uma “porção disponível”, de livre disposição, e uma “porção indisponível” que, apenas em tese, constituiria a própria legítima. Afirma-se também que o indivíduo pode doar, durante sua vida, e dispor, para além de sua morte, aquilo que seria a sua “porção disponível”, e que o excesso dispositivo seria “inoficioso”. A “oficiosidade” da doação, a propósito, mede-se “no momento da liberalidade”⁴⁴³, mas a da disposição testamentária, logicamente, assim é feita apenas por ocasião do óbito.

Essas questões, embora pareçam claras, produzem problemas irresolúveis ou soluções que nos pareceriam bastante heterodoxas, porque a normatividade do Código a respeito da legítima despreza a dinamicidade das transações patrimoniais, que é ínsita à economia de mercado. Trata o de cujus como um proprietário de um retrato patrimonial estático ora considerado no momento em que realiza uma liberalidade e ora no momento de sua morte, sem atentar para o fato de que o acervo é cronologicamente variável durante toda a vida de

⁴⁴¹ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴⁴² A redação é problemática porque não define qual percentual aplicar quando a concorrência se operar tanto com descendentes comuns quanto com descendentes não-comuns do de cujus (“filiação híbrida”). A doutrina tem encontrado soluções interessantes, porém divergentes. Aos propósitos do trabalho, não nos cabe divagar sobre elas. Havendo interesse, consultar artigo didático do Prof. Dr. José Fernando Simão (SIMÃO, José Fernando. Sucessão legítima: a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do de cujus. Disponível em <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_doutorado.htm>. Acesso em 4 mar. 2019.)

⁴⁴³ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

um indivíduo. E isso, muitas vezes, constitui paradoxos lógicos e matemáticos que, por exemplo, transformariam uma “metade legítima” numa fração que não corresponde, de fato, a uma “metade”. Vejamos mais concretamente a seguir.

Em tese, o cálculo do aspecto quantitativo da legítima deve atender ao valor do patrimônio líquido havido pelo de cujus ao tempo de seu falecimento (*relictum*)⁴⁴⁴, que se obtém pela soma do valor dos bens e direitos, daí subtraindo-se o valor das dívidas eventuais e despesas de funeral, para apenas posteriormente ser somado, por meio do procedimento de “colação”, ao valor dos bens que foram objeto de liberalidades realizadas pelo de cujus em vida. Entretanto, nem todas as doações são consideradas para este fim, mas apenas aquelas realizadas “de ascendente a descendente, ou de um cônjuge a outro” e, além do mais, provenientes da “porção indisponível” do patrimônio, e que configuraram, por essa razão, uma antecipação do que lhes caberia por herança (“antecipação de legítima”)⁴⁴⁵. Parece-nos lógico que esse mesmo juízo deve ser realizado quando um indivíduo pretende realizar uma doação, cogitando-se hipoteticamente a sua morte nesse específico momento.

Assim, por meio de uma densa e minuciosa “retrospectiva patrimonial” destinada a “equalizar” as legítimas individuais, contabiliza-se, para fins de sua apuração, a expressão monetária de todas as doações sujeitas a “colação” realizadas em favor dos descendentes e do cônjuge durante toda a vida do de cujus (independentemente dos motivos que as determinaram; ainda que por necessidade, por exemplo). A essa soma retrospectiva atribui-se o nome de *donatum*⁴⁴⁶, forte na combinação dos artigos 1.847, 2.002 e 2.003 do Código, já transcritos mais acima.

O problema é que o Código afirma que há uma “porção disponível” e uma “porção indisponível” que são idealizadas antes da “colação”. As “metades”, portanto, são apuradas antes deste procedimento. Desse modo, a operação de soma do *donatum* ao *relictum* ocorre apenas após a subdivisão deste *relictum* nas duas metades que compõem o acervo hereditário (a “porção disponível” e a “porção indisponível”), ou seja, apenas após a incidência da norma que determina que a legítima corresponde à “metade dos bens da herança”. Quer dizer, em vez de se apurar o ativo, subtrair-se o passivo (obtendo-se o *relictum*), somar-se o *donatum* e dividir-se o resultado em duas metades idênticas, a legislação brasileira determina que apure-

⁴⁴⁴ ZANABONI, Rossella. Quota di riserva e family provision a confronto: la successione necessaria in una prospettiva di comparazione tra il sistema italiano ed il modello ingles. Tese (doutorado) – Università Degli Studi di Milano, Scuola Di Dottorato In Scienze Giuridiche, Milão, 2013, p. 14.

⁴⁴⁵ Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴⁴⁶ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 63.

se o ativo, subtraia-se o passivo, divida-se o resultado por dois e, obtidas as duas metades, some-se o donatum apenas ao valor da “parte indisponível, sem aumentar a disponível”, conforme disciplina do artigo 2.002⁴⁴⁷, resultando-se aí o quantum exato da legítima coletiva, para efeito de determinação e imputação das respectivas legítimas individuais.

Embora a questão possa parecer uma mera alteração na ordem das variáveis de uma fórmula, provoca importantes consequências de ordem prática na mensuração das legítimas individuais e da legítimas coletiva. Também sinaliza um possível desacordo em relação aos interesses dos credores do falecido, que poderiam sentir-se lesados, notadamente quando estiverem diante de acervos hereditários deficitários.

Imagine-se o caso em que A falece deixando um patrimônio líquido de R\$ 100.000,00 (relictum), e dois descendentes (B e C). Em vida, A havia doado R\$ 100.000,00 a B a título de “antecipação” (donatum), deixando também em seu favor, por testamento, toda a “parte disponível” do patrimônio. Embora intuitivamente pudéssemos querer somar os valores e dividi-lo por dois, obtendo-se uma “disponível” de R\$ 100.000,00 e uma “indisponível” de R\$ 100.000,00, fazendo com que B tivesse direito a R\$ 150.000,00 e C a R\$ 50.000,00, a legislação brasileira recomenda que primeiro divida-se o relictum de R\$ 100.000,00 por dois, obtendo-se uma “disponível” de R\$ 50.000,00 e uma “indisponível” de R\$ 50.000,00, somando-se apenas a esta última o donatum de R\$ 100.000,00, obtendo-se uma “legítima coletiva” de R\$ 150.000,00, de modo que a partilha final constaria B como beneficiário de uma fatia de R\$ 125.000,00 e C de R\$ 75.000,00. É de se perceber que, em termos monetários, em vista desse procedimento corretivo, a “metade legítima” passa a representar uma fatia ideal percentualmente maior de que a “metade disponível”, daí o disparate lógico, terminológico e matemático.

Em segundo lugar, ocorre que apenas o relictum responde pelas dívidas, mas não o donatum, que serve apenas aos herdeiros necessários. Tomemos como exemplo o caso hipotético em que José faleceu deixando apenas dois descendentes, João e Maria. Durante sua vida, quando estava no auge de sua capacidade financeira, possuindo um patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,00, fez uma doação em favor de João, a título de antecipação de legítima, de R\$ 500.000,00. Anos depois, contudo, contraiu muitas dívidas, não conseguindo custeá-las, falecendo com um patrimônio líquido negativo (relictum negativo⁴⁴⁸) de -R\$ 250.000,00. À

⁴⁴⁷ Art. 2.002. (...) Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴⁴⁸ SESTA, Michele. Codice delle successioni e donazioni. Vol. I, Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 966.

primeira vista, poderia parecer que, ao ser obrigado a colacionar, o valor do bem antecipado a João responderia pelo passivo, de modo que o ativo remanescente, de R\$ 250.000,00, constituiria o valor da legítima coletiva, a ser igualmente dividido entre João e Maria, na proporção de R\$ 125.000,00 para cada. Entretanto, por constituir um donatum, o valor antecipado não responde pelo passivo. Desse modo, no caso hipotético apresentado, descarta-se o relictum negativo e divide-se o valor do donatum entre João e Maria, cabendo R\$ 250.000,00 para cada um.

Portanto, tem-se que não cabe aos credores exigirem seus créditos sobre os valores objeto de colação, dado que o pagamento das dívidas opera em momento lógico anterior⁴⁴⁹. Por outro lado, mesmo que o relictum seja negativo ou reduzido a zero, devem os donatários trazer as liberalidades recebidas em vida à colação, para que seu valor, ou mesmo o próprio bem, seja partilhado entre os demais herdeiros necessários.

Para finalizarmos esta subseção, apresentaremos sucintamente os meios de proteção da legítima enquanto objeto. Nesse intento, afirma-se que a legítima sofre proteção de seus “institutos acessórios”, tais como a “colação”, cujo funcionamento prático pudemos sintetizar nas linhas acima – pelo que entendemos ser desnecessário reproduzi-los –, bem como as ações anulatórias e/ou as providências redutoras de “disposições testamentárias inoficiosas” e de “doações inoficiosas”.

No que diz respeito às disposições testamentárias inoficiosas, há consenso de que a exorbitância não anula todo o ato testamentário, e de que somente se faz a pedido de quem apresenta lícito interesse, o que inclui os credores do herdeiro preterido, naquilo que for suficiente para a satisfação de seus créditos. Mas parcela da doutrina entende que a disposição da “parte exorbitante”⁴⁵⁰ corresponde a uma disposição anulável⁴⁵¹, outra de que seria uma nulidade relativa⁴⁵² (que seria a “nulidade dependente de alegação”, segundo Marcos Bernardes de Mello⁴⁵³), e outra de que se trata de “mera redução” suficiente para recompor a legítima⁴⁵⁴. De todo modo, a problemática é solucionada pelos mesmos meios, que dependem, naturalmente, da constatação do óbito e do registro do testamento: não envolvendo matéria de

⁴⁴⁹ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 174.

⁴⁵⁰ NONATO, Orozimbo. Estudos sobre Sucessão Testamentária, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 371-372.

⁴⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 350.

⁴⁵² ANTONINI, Mauro. Op. Cit., p. 60.

⁴⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

⁴⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. III, 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 36.

alta indagação e complexidade, pode ser resolvida nos autos do próprio inventário, do contrário exigindo-se ação própria⁴⁵⁵, que naturalmente impede a resolução do inventário quanto à parte controvertida. A redução segue a disciplina dos artigos 1.967 e 1.968 do Código Civil, que estabelece sua ordem preferencial. Em linhas gerais, e desde que não disposto de forma diversa pelo testador, a redução inicia-se pelos quinhões dos herdeiros testamentários, de forma proporcional e igualitária, assim operando até o quanto suficiente à recomposição da legítima. Não sendo suprida suficientemente, a redução atinge os legados, seguindo as mesmas premissas.

Quanto às doações inoficiosas, em vista da redação do artigo 549⁴⁵⁶, considera-se consensual que são nulas naquilo que excederem a “porção disponível”, sendo certo, também, que a higidez do ato se verifica no momento em que se consuma a liberalidade. Não há consenso, todavia, a respeito da natureza dessa nulidade, se absoluta ou relativa. Tércio Sampaio diz se tratar de uma nulidade absoluta porque não haveria se falar em “herança de pessoa viva” (*nulla viventis haereditas*), de modo que apenas com o falecimento se cogitaria impugná-las, tornando-as inconvalescíveis pelo tempo e imprescritíveis as pretensões respectivas; ou, no menos, possuidoras de prazo prescricional de 10 (dez) anos, contados da abertura da sucessão⁴⁵⁷. Ratifica-se o argumento em Pontes de Miranda, que afirma: “[a] pretensão não prescreve, porque o Código Civil, art. 1.176 [atual 549], é regra jurídica de nulidade”⁴⁵⁸; como também em Paulo Lôbo: “a ação deve ser promovida pelos herdeiros necessários contra o doador, a qualquer tempo, após o conhecimento do excesso (...) a pretensão não prescreve, pois a norma é de nulidade”⁴⁵⁹.

Silvio Rodrigues, por outro lado, afirma a submissão da pretensão a prazo prescricional que se conta da conclusão do ato, porque, para ele, a doação inoficiosa é anulável, devendo-se atribuir a mesma reflexão da compra e venda realizada entre ascendente e descendente. Justifica que se deve preferir a segurança jurídica da sociedade aos interesses patrimoniais dos herdeiros do doador, concluindo que:

⁴⁵⁵ NONATO, Orozimbo. Estudos sobre Sucessão Testamentária, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 373.

⁴⁵⁶ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁴⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da doação inoficiosa. Revista Argumentum, vol. 13, n. 3, pp. 593-608, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/506/249>> Acesso em 5 mar. 2019.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XLVI. Rio de Janeiro: Borsó, 1968, p. 324.

⁴⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil: parte especial. Das várias espécies de contratos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334.

De fato, se a doação excessiva tiver por autor homem moço, que só venha a falecer trinta ou quarenta anos mais tarde, seus herdeiros poderão ajuizar a anulatória do negócio quase meio século mais tarde, de modo que a propriedade adquirida pelo donatário estará ameaçada de resolução por todo esse período. Ora, isso constitui um inconveniente, com o qual o ordenamento jurídico não se pode compadecer⁴⁶⁰.

Em casos tais, a legitimidade seria conferida aos herdeiros necessários “presuntivos”⁴⁶¹, isto é, àqueles que, a partir de um exercício intelectual que antecipa a morte do doador para o momento da doação, seriam chamados a suceder na qualidade de legitimários. Por essa razão, Mauro Antonini afirma que tem prevalecido na jurisprudência a posição de que a ação anulatória de doação inoficiosa pode – e deve – ser ajuizada desde então, sob pena de prescrição. Segundo ele, a solução “tem a vantagem de evitar a permanência de incerteza sobre a subsistência de parte da doação por muitos anos”⁴⁶², e essa vantagem “suplanta a perplexidade de se conferir legitimidade ativa a potenciais herdeiros necessários”⁴⁶³, mesmo que, no futuro, possam eles ter seus títulos hereditários desvanecidos.

Mas dentro das diversas “obscuridades” – se pudermos assim defini-las – dos aspectos dogmáticos da legítima brasileira, a que mais nos clama atenção é uma que diz respeito à definição do que seriam os “bens da herança” cuja metade pertence aos herdeiros necessários (artigo 1.846), o momento de sua mensuração e a determinação do que seriam, de fato, a “porção disponível” e a “porção indisponível” desses bens.

Pois dissemos acima que o relictum é um retrato estático do patrimônio líquido titularizado pelo de cujus por ocasião de seu falecimento, ou aquele havido pelo doador no momento em que realiza uma doação, devendo-se apenas dividi-lo em duas metades para identificar as duas porções, ressaltando-se a posterior operação de colação, que obriga a conferência do valor dos bens doados por antecipação de legítima (donatum), alargando a sua expressão monetária. O relictum, nesse sentido, seria concebido como um elemento que se altera, em quantidade e em essência, a depender do tempo de sua aferição. Seria contingente porque condicionado a acontecimentos imprevisíveis na saúde financeira do autor da herança, o que nos permitiria dizer que em cada doação haverá um diferente relictum, que também será naturalmente diferente do relictum mensurado na abertura da sucessão, importando somente o ativo e o passivo apurados nesses específicos momentos, que traduziriam o “critério temporal” de incidência das restrições.

⁴⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, p. 210.

⁴⁶¹ LIGIERA, Wilson Ricardo. O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 166.

⁴⁶² ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, pp. 188-189.

⁴⁶³ Idem.

Desse modo, não deveria ser juridicamente relevante qualquer investigação que visasse determinar a quantidade e a qualidade do patrimônio pertencente ao de cujus em outras ocasiões que não a morte do de cujus e a consumação de uma doação realizada pelo doador. Se fora maior ou menor no passado, se será maior ou menor no futuro, e quais razões propiciaram seu enriquecimento ou seu empobrecimento – inclusive se decorrente de liberalidades por eles realizadas, obviamente se as mesmas observaram o regramento do artigo 549 – são informações que deveriam ser descartáveis para a aferição do relictum e das respectivas porções.

Com efeito, é sabido que aos donatários que recebem doações oriundas da “parte disponível” do patrimônio não se impõe a obrigação de colacionar bens, tampouco determina-se a conferência de seus valores por ocasião do juízo de imputação⁴⁶⁴ ou da partilha. As doações assim enquadradas, portanto, não integram os conceitos de relictum nem de donatum. Também é de ciência geral que o procedimento de colação não se destina à recomposição do formato original do acervo hereditário (embora indireta e parcialmente, sob uma perspectiva prática, possa dessa forma suceder), nem a tornar o bolo legitimário maior, senão apenas a igualar as legítimas individuais dos herdeiros necessários⁴⁶⁵.

Como ressalva, naturalmente, estariam as partes excedentes de cada doação inoficiosa eventualmente feita (justo porque “inoficiosas”). O valor e a substância dos excessos, medidos individualmente em cada ato de doação, seriam somados ao relictum (e não ao donatum), uma vez que, sendo nulas ou anuláveis, contabilizam-se como se nunca tivessem ocorrido, e como se fossem reintegrados ao patrimônio pertencente ao de cujus (ou como se dele nunca tivessem saído).

Dito isto, surge um questionamento importante: o que impediria um proprietário que possui herdeiros necessários de realizar doações sucessivas, a quem lhe aprouver, durante toda a extensão de sua vida, sendo que todas provenientes da “parte disponível” apurada na ocasião da realização de cada uma das liberalidades, e que, ao fim e ao cabo, de um ponto de vista prático, esgotasse completamente o seu patrimônio? Reformulando o problema por outra pergunta: existe algum dever legal que obrigue um proprietário a “colacionar” ou “conferir” o valor de doações eventualmente realizadas no passado que foram provenientes da “parte disponível”, como forma de mensurar o que seria um “patrimônio líquido original” (“relictum

⁴⁶⁴ VIANNA JÚNIOR, Allan. A construção de uma teoria da imputação no direito sucessório brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2017, p. 193.

⁴⁶⁵ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 193.

original”), isto é, um patrimônio “imune” a quaisquer atos de disposição gratuita eventualmente praticados, inclusive em favor de terceiros?

O problema parece passar despercebido pela maior parte da doutrina, que costuma tratar a metade dos “bens da herança” como um conceito autoevidente, de aferição bastante intuitiva, em termos de modo e tempo. Ele existe, no Brasil, sobretudo porque o legislador resolveu estabelecer que a higidez da doação se mede no momento da liberalidade, o que, de modo geral, não ocorre nos demais países que perfilham o sistema legitimário. Essa premissa, associada à redação do artigo 1.847, que enuncia que a legítima é calculada sobre os “bens existentes na abertura da sucessão” (ou, em juízo de antecipação, no ato de doação), subtraídas as dívidas e somados apenas ao valor dos “bens sujeitos à colação” agrava ainda mais a problemática.

Paulo Lôbo, por exemplo, faz a seguinte afirmação a respeito do assunto:

O momento de cada doação para se aferir o limite, somando-se as anteriores [grifo nosso], é fundamental. O direito brasileiro não optou pelo momento da abertura da sucessão para se verificar o excesso da parte disponível ou a legítima dos herdeiros necessários, mas o da liberalidade. O patrimônio sofre flutuações de valor, ao longo do tempo, mercê das vicissitudes por que passa. Se a redução se der posteriormente à data da doação, comprometendo a legítima, a nulidade não será retroativa. Se houve aumento do patrimônio, posteriormente ao momento da doação em excesso, não altera este fato; a nulidade é cabível. Se de nada poderia dispor, no momento da doação, toda ela é nula⁴⁶⁶.

Destacamos a expressão “somando-se as anteriores” utilizada pelo autor porque, dentro desse contexto, ela poderia se revelar imprecisa. Caso a referência às doações seja exclusivamente àquelas “sujeitas à colação”, fruto de “antecipação de legítima”, a afirmação estaria naturalmente consonante com a letra da lei. Porém, caso se pretenda abarcar as demais, mesmos as oriundas da “porção disponível” mensurada em cada ato de doação anteriormente realizado, não haveria como concluirmos no mesmo sentido.

Em Portugal, por outro lado, a “dispensa de colação” é somente uma questão de “imputação” futura, ou seja, de uma determinação de que, aberta a sucessão, a doação realizada nesses termos sairá da “porção disponível”. Mas a mensuração do patrimônio e, portanto, dessa “porção disponível” só ocorre quando aberta a sucessão, considerando todas as liberalidades realizadas pelo de cujus, inclusive as não sujeitas a colação e as realizadas em favor de terceiros⁴⁶⁷, apenas aí verificando-se a sua oficiosidade. O sistema português, portanto, admite expressamente algum tipo de revogação a posteriori de qualquer doação

⁴⁶⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Código Civil: parte especial. Das várias espécies de contratos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334.

⁴⁶⁷ VIANNA JÚNIOR, Allan. A construção de uma teoria da imputação no direito sucessório brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2017, p. 16.

realizada em favor de qualquer pessoa durante a vida do de cujus (como se todas as doações fossem sujeitas a uma condição resolutiva), na hipótese em que esse “exame de disponibilidade patrimonial”, que se realiza apenas com o óbito, revelar que uma, alguma ou todas foram “retroativamente inoficiosas”.

A lógica é quase um convite para que os herdeiros necessários presuntivos estabeleçam um tipo de “conta-corrente” em vista do autor da herança, fiscalizando e anotando pormenorizadamente durante toda a sua vida quaisquer doações eventualmente realizadas, mínimas ou máximas que sejam (inclusive as de pouquíssima monta, as realizadas em contemplação filantrópica, as realizadas por necessidade do donatário, etc.), para, ocorrida sua morte, exigirem um tipo de “prestação de contas retrospectiva”.

É uma metodologia, contudo, que, caso aplicada no Brasil, contrariaria a máxima de que a oficiosidade é medida tão-somente na ocasião da consumação do contrato de doação. Não por menos, ao pretender instituir uma “teoria da imputação” no direito sucessório brasileiro, Allan Vianna Júnior chega exatamente a esta conclusão: a de que aqui, segundo sua análise, na verdade, vigoraria – ou melhor, deveria vigorar – um “duplo sistema de aferição de liberalidades, [que] constrói, por sua vez, um duplo sistema de aferição da legítima, como se essa devesse ser calculada em momentos distintos para ser protegida.”, arrematando que “não se trata, aqui, de calcular duas legítimas diversas, mas sim de uma proteção que se afigurará em dois momentos diversos.”⁴⁶⁸, de modo que se admitiria que uma doação, embora oficiosa no momento da liberalidade, e por isso “válida”, ainda estaria sujeita a um segundo “exame de oficiosidade”, vinculado ao momento da abertura da sucessão, que poderia “reduzi-la”, justificando que essa seria a melhor harmonização entre os artigos 549 (nulidade de doações inoficiosas em vida) e 2.007 do Código Civil (redução de doações inoficiosas após a morte).

Sob um ponto de vista puramente dogmático, todavia, e em sintonia com a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça – que, em caso paradigma, ratificou a tese de que a “inoficiosidade” ou o “excesso” da doação deve ser medida e provada apenas em referência aos bens existentes no momento da liberalidade⁴⁶⁹ – por mais contraintuitivo que possa parecer, entendemos que não se poderia considerar ilícito o procedimento de esgotamento patrimonial por meio de sucessivas doações que observem a disponibilidade patrimonial nos momentos de realização de cada uma delas (ou seja,

⁴⁶⁸ VIANNA JÚNIOR, Allan. A construção de uma teoria da imputação no direito sucessório brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2017, p. 16.

⁴⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 3493 (2006/0023348-1 - 06/06/2013). Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600233481&dt_publicacao=06/06/2013> Acesso em 5 mar. 2019.

dividindo-se em duas partes o relictum apurado no momento e verificando-se que o valor da doação é igual ou menor de que o valor da “porção disponível”). Também não se pode exigir que essas doações sejam conferidas em inventário, nem que sejam objeto de “reduções” ou “anulações” póstumas, já que não transgrediram qualquer regramento legal impositivo quando realizadas. Linha tênue envolveria a alegação de “fraude” ou de “má-fé”, com o objetivo deliberado e predestinado de “maculação” da legítima, sobre o qual não nos cabe digredir.

Há diversas outras celeumas que envolvem a observância dessa visão tecnicista da legítima, mas não cuidaremos de tratá-las porque prolongariam desnecessariamente o trabalho sem agregar a seu objetivo principal. Pois a síntese que realizamos nesta subseção é destinada e totalmente suficiente à demonstração do rigorismo formal com que a legislação, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem e pretendem solucionar os “problemas sucessórios”; o mesmo com que as questões da família tradicional eram tratadas na ambígua modernidade brasileira e, naturalmente, nas quadras jurídicas do direito pré-constitucional.

Registra-se a completa desaderência desse modo de enxergar a legítima com as questões individuais e familiares substanciais que, numa perspectiva constitucionalizada do direito sucessório, deveriam subsidiar a busca por uma solução sucessória justa. Uma solução que, perpassando a dignidade das pessoas que sucedem e são sucedidas, avista e se preocupa com a realidade concretamente vivida por cada uma, argumentada e provada casuisticamente, funcionalizando-se às suas respectivas exigências.

Demonstrou-se a ausência de materialização de uma cogitada interpolação entre o que seria a estrutura e o que seria a função⁴⁷⁰ do instituto da legítima, observando-se que a sua aplicação provoca uma indesejada deferência a um aspecto exclusivamente dogmático e cientificista do direito, contrapondo-se à prevalência metodológica de análise dos fatos e das pessoas envolvidas.

Com efeito, ao termos abarcado os principais aspectos técnicos da legítima, evidenciamos que em lugar algum há espaço para se discutir os acontecimentos do mundo real que são importantes à família contemporânea. Não se fala – nem se deixa falar – em “afetividade”, em “convivência de fato”, em “reciprocidade”, em “capacidade” ou em “necessidade”, mas apenas em “frações ideais”, “percentuais”, “metades”, “porções” e “genealogias formais”, evidenciando uma devoção a uma concepção hermética, taxativa e, sobretudo, matemática das soluções propostas.

Mas a matemática, embora se queira “certa”, não é livre, e muito menos solidária.

⁴⁷⁰ Ver páginas 33 e seguintes, bem como páginas 94 e seguintes.

4.3. A ORTODOXIA DA LEGÍTIMA BRASILEIRA COMO RESQUÍCIO DE UM DIREITO SUCESSÓRIO PRÉ-CONSTITUCIONAL

Los hijos, decia tambien, tienen en el corazon del padre una garantía mayor y más eficaz que todas las leyes positivas posibles y que todos los Códigos de la tierra: el amor que graba Dios en él con caracteres de fuego. ¿Sabeis cómo quieren los padres á los hijos? ¿Qué legislador y qué Gobierno llegará jamás con sus convicciones calculadas y frias á donde llega el amor, la solicitud, la prevision, hasta la adivinación de un padre? Hay padres desnaturalizados, cierto; son injustos alguna vez; pero la excepcion, y excepcion rarísima, no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna.

Don Domingo Ibañes⁴⁷¹

A presente seção do trabalho significará uma síntese conclusiva de todos os assuntos e de todas as questões desenvolvidas ao longo dos dois primeiros capítulos. O raciocínio será enxuto, dado que suas sutilezas e controvérsias já foram mais profundamente colocadas nas seções que lhes são próprias. O objetivo desta seção é demonstrar que, em vista de nossos pressupostos históricos e sociojurídicos (seção 2 e seguintes), filosóficos (seção 3.1), jusfundamentais (seção 3.2), teórico-normativos e metodológicos (seção 3.3 e subseções), o modelo de legítima fixado no Código Civil de 2002, cujo funcionamento normativo pudemos expor na subseção anterior, é absolutamente incompatível com a dinâmica fluida de um direito civil-constitucional. Posteriormente, demonstraremos, também sinteticamente, o efeito esperado que decorreria do reconhecimento dessa sua incompatibilidade para que, na seção seguinte, que finaliza definitivamente o trabalho, seja proposto o modelo que nos pareceria mais adequado à nossa atualidade.

Pois bem. Não é de hoje que críticas à legítima são colocadas em discussão. O assunto é revolvido por circunstâncias múltiplas, como a moralidade predominante da ocasião, o modo de organização familiar da sociedade, os preceitos vigentes sobre a propriedade privada, entre outros. São inumeráveis, portanto, os fatores sociológicos e econômicos que, de tempos em tempos, fazem suscitar esse debate no seio social.

A lógica do discurso crítico à legítima, contudo, costuma manter-se quase sempre maniqueísta: há os que posicionam-se para deprecar a sua extinção e os que pugnam por sua manutenção no sistema. Alguns poucos defendem a sua reforma, mas quase nenhum defere uma solução verdadeiramente consistente com as transformações sociais sofridas pela família

⁴⁷¹ Trata-se de excerto extraído dos anais do “Congresso de Jurisconsultos Aragoneses” (Espanha), ocorrido em 1881, quando discutiam a respeito da Sucessão Testamentária. A obra é de autoria de Joaquin Costa. Para maiores informações, consultar: COSTA, Joaquin. La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses. Madrid: Imprenta de La Revista de Legislacion, 1883, p. 398. Disponível em: <<https://archive.org/details/lalibertadcivil00martgoog/page/n8>> Acesso em 10 mar. 2019.

na contemporaneidade. Nosso intento é seguir o “caminho do meio”, especificando a sua incompatibilidade, que se nos apresenta evidente, mas que não implica, todavia, a sua extinção, senão o seu denso redimensionamento.

Iniciemos, portanto, com a exposição do que nos parece ser a “incompatibilidade histórica e sociojurídica” da legítima brasileira.

4.3.1. Incompatibilidade histórica e sociojurídica

No primeiro capítulo do trabalho, pudemos verificar o modo pelo qual o relacionamento entre propriedade, família e herança se desenvolveu na história da sociedade. Mostramos que, no início, esses fenômenos eram atomizados apenas até um limite familiar (“comunitarismo proprietário familiar”), pois se reconhecia pouco valor no indivíduo “em si”, senão apenas na estrutura familiar de que o mesmo fazia parte. Essa concepção foi introduzida e replicada na sociedade brasileira moderna, quando se consolidou de modo mais importante o pensamento jurídico próprio do Brasil, fato que se apresentou determinante para que o instituto da legítima encontrasse fundamentação e obtivesse “ampla aceitação social”⁴⁷².

Não por menos, Pontes de Miranda justificava a pertinência da manutenção integral da legítima em dois elementos: de um lado, a comunhão matrimonial e familiar da propriedade que se observava (“compropriedade familiar”), e que se sobrepunha mesmo à autoridade paterna, reputada de influência germânica; e de outro, de influência romana, o *officium pietatis*, critério moral que impedia que pais impiedosos deserdassem injustamente seus filhos⁴⁷³. Existe em Pontes, desse modo, uma coesão conceitual com a perspectiva que se tinha da família brasileira moderna (=tradicional), ao concluir que a legítima concilia os “interesses da família” com a liberdade de testar⁴⁷⁴.

Pelas mesmas razões, Clóvis Beviláqua também era intransigente na defesa da legítima. Tal como Pontes, afirmava que o instituto atendia aos “interesses da família”, aduzindo que:

A socialização do direito e o reclamo dos sentimentos ethicos oppõem-se a que se ponha nas mãos do individuo essa arma perigosa da plena liberdade de testar, com a qual o egoismo póde praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem estar domestico e conturbar a base economica da sociedade⁴⁷⁵.

⁴⁷² NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 538.

⁴⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsóí, 1968, p. 213.

⁴⁷⁴ Ver o desenvolvimento dessa temática na seção 2.2.

⁴⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 923.

Como se vê, a arguição de ambos, qualificada por suas percepções sociais do período sociojurídico moderno, assentava-se preponderantemente no eixo da instituição-patrimonialidade familiar. Quer dizer, o atendimento da legítima aos “interesses da família” era uma providência dirigida a uma instituição que transcendia a individualidade e a subjetividade de seus membros, e que se resolveria por critérios de posse e de propriedade; critérios, portanto, eminentemente patrimoniais.

De fato, segundo Ana Luiza Nevares, argumenta-se na atualidade que a legítima é responsável por conciliar a autonomia privada e a proteção da família, constituindo-se no instituto central do direito sucessório brasileiro porque “todo o direito das sucessões gira em torno do princípio da intangibilidade da legítima”⁴⁷⁶. Sinaliza-se, em outras palavras, que a família seria a grandeza que se consideraria protegida pela legítima, porque serviria como contraposição à autonomia de um sujeito proprietário dela integrante, posto que intangível e de ordem pública. Mas será que tal como formulada no Código de 2002, consideradas as nuances da família contemporânea, a legítima atinge minimamente esse objetivo?

Podemos concluir que não. É que, ao termos assentado que a conformação social e jurídica da família alterou-se profundamente na contemporaneidade, tendo sido revogado o seu caráter formal, institucional e patrimonial para dar-se lugar a uma qualificação afetiva, funcional e solidária, semelhantes providências deveriam ter encampado a estrutura dogmática da legítima, transformando-a num instituto normativamente posicionado no eixo da afetividade-solidariedade. Mas a sua estrutura dogmática ainda é uma cópia fiel daquela do Código de 1916, integralmente concebida à luz do “principio de unidad económica patrimonial”⁴⁷⁷, situada no eixo da instituição-patrimonialidade.

Com efeito, a ressignificação familiar – cujo reconhecimento transmudou a essência da família de um preceito de laços formais para uma relação qualificada pela afetividade de fato – implica a invalidação definitiva da caracterização puramente honorífica que é atribuída à figura dos “herdeiros necessários” mencionados no artigo 1.845 (“ascendentes”, “descendentes” e “cônjuge”), porque ela não reflete – pelo menos não necessariamente – a existência de relacionamentos densificados pelo afeto, pela convivência, pelo querer-estar-junto e pela reciprocidade de cuidados, ou seja, um relacionamento que se diria verdadeiramente familiar. Nesse sentido, em termos de protetividade sucessória cogitada por

⁴⁷⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? XI Congresso do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>> Acesso em 5 mar. 2019.

⁴⁷⁷ DOMINGO, Rafael. Elementos de derecho romano. In: The global law collection: the basics of law series. Pamplona: Aranzadi/Thomson, 2010, p. 40.

qualquer instituto assemelhado à legítima, seria preciso compreender esse rol legal como enumerativo, flexível e sujeito à verificação. Como um rol que não apenas pode ser desqualificado por circunstâncias fáticas das mais variadas (e não só pelas circunstâncias taxativas previstas no rol da “indignidade” e da “deserdação”), mas que também deve ser estendido a outros sujeitos que com o sucedido se relacionasse familiarmente, ainda que com ele não compartilhasse laços formais de parentesco (“para além do numerus clausus⁴⁷⁸”).

Por sua vez, a repersonalização – que ensejou o esvaziamento do perfil institucional da família, reposicionando os seus membros, enquanto pessoas que se relacionam em associação familiar, como o centro de destinações jurídicas da entidade – sugere o rompimento definitivo da ortodoxia que se confere à “ordem de vocação hereditária” prevista no artigo 1.829, quando a mesma é apropriada pela legítima para dar vazão às suas finalidades⁴⁷⁹, já que evidenciado o seu cariz meramente institucional (classes, graus, linhas, etc., umas formalmente mais importantes de que as outras). Pois, ao exigir-se a observância dos familiares como pessoas, e não apenas como ocupantes de determinados cargos de uma genealogia hierárquica, sobrelevam-se as suas necessidades individuais em detrimento de uma ordem protocolar. São essas necessidades, associadas ao atingimento das dignidades de cada familiar, que se tornam critérios preponderantes para a fixação de qualquer “ordem de vocação sucessória” que se quisesse cogitar, apenas por assim dizer.

E, alfim, temos a despatrimonialização familiar, cuja síntese conceitual nos informa que, embora não se possa conferir a alguém a prerrogativa de invocar a sua autonomia patrimonial para furtar-se ao cumprimento de preceitos constitucionais sucessórios decorrentes do princípio da solidariedade familiar, ao mesmo tempo e na mesma medida a premissa da coesão familiar não deve querer lhe impor, em favor de seus familiares, o cumprimento de obrigações sucessórias de ordem exclusivamente patrimonial, isto é, de obrigações que não são concretamente dirigidas ao preenchimento de suas dignidades existenciais. Essa leitura, por certo, derroga os dispositivos normativos que preconizam o modo de se calcular a legítima (tanto a legítima “coletiva” quanto as legítimas “individuais”⁴⁸⁰) e os efeitos decorrentes de sua intangibilidade (artigos 1.846, 1.847 e 1.857, e os que dizem respeito às doações e disposições testamentárias “inoficiosas”), dado que nenhum deles pauta-se minimamente em qualquer aspecto de solidarismo.

⁴⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

⁴⁷⁹ Ver página 136.

⁴⁸⁰ Ver página 140 e seguintes.

O que queremos dizer é que, num juízo de compatibilidade histórico-social contemporâneo, a aprovação de um instituto assemelhado à legítima exigiria que a figura de um “sucessor necessário” fosse fundamentalmente determinada pela qualidade afetiva da relação mantida com o sucedido, confirmando-se a sua natureza familiar, e não pela ocupação de um cargo formal e meramente honorífico; que a sua “vocação sucessória” fosse determinada por suas necessidades enquanto pessoa, e não pelo cargo que ocupa numa estrutura supraindividual⁴⁸¹; e que o efeito sucessório derivado dessa qualificação visasse tutelar grandezas extrapatrimoniais, e não proprietárias; deferindo-se, por conclusão, que a legítima, tal como modelada no Código de 2002, goza de um status histórico e sociojurídico incompatível com a nossa atualidade.

4.3.2. Incompatibilidade filosófica

A propósito de sua “incompatibilidade filosófica”, conforme extensa digressão realizada na seção 3.1., optamos por adotar a teoria da propriedade de John Locke como referencial contemplativo, por entendê-la perfeitamente condizente com a nova estrutura social e jurídica de família inaugurada em vista do fenômeno contemporâneo da constitucionalização, a fim de verificarmos qual a medida de justiça de um instituto que se situa numa zona gris de constante tensão entre a propriedade, a família e a herança.

A partir de uma análise das principais obras do pensador, especialmente de seus Dois Tratados sobre o Governo, pudemos tomar como certos determinados pressupostos filosóficos que devem ser utilizados como guias para a determinação da justeza de mecanismos restritivos da liberdade de dar e de testar fundados nas relações familiares, como assim se propõe a legítima.

São eles⁴⁸²: 1. O indivíduo possui uma prerrogativa natural de dar a destinação à sua propriedade da melhor forma que lhe aprouver, por ato expresso ou tácito de vontade, para produção de efeitos durante a sua vida ou para além de sua morte; 2. Esta prerrogativa, contudo, não é ilimitada, porque seus familiares dependentes possuem uma pretensão lúdima e prioritária sobre sua propriedade até o quanto isso se apresentar indispensável a sua subsistência e a seu conforto, podendo-se gravar com indisponibilidade, inclusive, todo o patrimônio existente, caso tal providência se mostre estritamente necessária a esse fim; 3.

⁴⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 978.

⁴⁸² Os pressupostos ora transcritos foram literalmente reproduzidos de nossas conclusões a respeito da teoria da propriedade de John Locke, registradas na página 54.

Para além desta limitação, prevalece a vontade do indivíduo em dar a seus bens a destinação que melhor julgar conveniente, a partir de seus critérios pessoais de ponderação, até mesmo para favorecer este ou aquele filho em detrimento dos demais; 4. Caso não haja expressa disposição, presume-se que a vontade do falecido é deixar a integralidade de seu patrimônio para seus familiares mais próximos, dedução que se funda num prelúdio filosófico da afetividade familiar, devendo-se observar, de todo modo, a limitação distributiva operada na forma do item 2.

A legítima delineada no Código de 2002, a toda evidência, não observa adequadamente esses pressupostos.

Em primeiro lugar, a premissa de que se vale o instituto para estabelecer travas à liberdade dispositiva é a de que a propriedade não pertence apenas a um indivíduo proprietário, mas também a um grupo de pessoas designadas na lei, a ele formalmente vinculadas, cuja mera existência impede a sua plena liberdade de dar e de testar, reduzindo-lhe à “metade”, conforme disciplina do artigo 1.846, tornando-o, tacitamente, um “fiduciário perpétuo” de seus legitimários⁴⁸³. Trata-se, portanto, de preceito que contrafaz já o primeiro pressuposto filosófico indicativo de que o indivíduo possui uma prerrogativa natural de destinar a sua propriedade como entender conveniente, pois que ainda fundada na índole comunitária – e não individual – do direito de propriedade.

Segundo, o modo com que a legítima estabelece as travas à liberdade dispositiva não apenas molesta injustificadamente o direito de propriedade de um indivíduo proprietário, mas, ao mesmo tempo, viola a pretensão lídima e prioritária que os seus familiares dependentes possuem em vista de seu patrimônio, no propósito de tutelarem a sua subsistência e o seu conforto. Tal se dá por duas razões principais:

a) porque o modo de fixação da “legítima coletiva” (artigos 1.846 e 1.847) estabelece uma limitação puramente matemática a essa pretensão, ao provisionar duas “metades” – ou, na verdade, duas “porções”⁴⁸⁴ – sobre o patrimônio, uma das quais pode ter livre destinação, sendo a outra “indisponível”. No plano concreto, todavia, é fato que a “porção indisponível” pode se mostrar absolutamente insuficiente à garantia da dignidade daqueles enquadrados como seus familiares dependentes, que poderiam precisar de uma parcela patrimonial maior, para cujo intento fosse necessário “invadir” a “porção disponível”.

⁴⁸³ GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁴⁸⁴ A ressalva diz respeito ao disparate terminológico sobre o qual nos reportamos nas páginas 140-141.

b) porque o modo de fixação das “legítimas individuais” também estabelece um tecnicismo puramente matemático (artigo 1.829 e seguintes) que faz pouco caso ao fato importantíssimo de que os familiares dependentes não necessariamente correspondem a todos que recebem a titulação de “herdeiros necessários”. Ou seja, ao se determinar a distribuição da “legítima coletiva” entre todos os “herdeiros necessários” por critérios percentuais, no mais das vezes fundados numa premissa de igualdade exclusivamente formal, impede-se que os familiares dependentes sejam contemplados com uma parcela patrimonial maior que a dos demais “herdeiros necessários”, inclusive uma parcela patrimonial que venha a exaurir toda a “legítima coletiva”, caso isso se mostre indispensável, no plano concreto, à tutela de seu conforto e de sua subsistência.

Desse modo, realizando-se um juízo de compatibilidade filosófica edificado na teoria da propriedade de John Locke – reputada como apropriada aos anseios, aos interesses e às necessidades de uma contemporaneidade constitucional –, a aprovação de um instituto assemelhado à legítima exigiria que a premissa inicial do sistema fosse fundada numa plena liberdade de dar e de testar, incondicionado a travas fincadas em laços formais de parentesco, tendo-se na vista a natureza individual (e não familiar) do fenômeno proprietário; mas que, por meio do instituto, fosse garantido aos familiares dependentes do proprietário uma tutela especial sobre esse patrimônio, restritiva de sua liberdade de dar e de testar e derogatória das pretensões de outros herdeiros não prioritários (ou seja, aqueles designados pela vontade expressa – “sucessão testamentária” – ou tácita – “sucessão legítima” – do autor da herança); concluindo-se, por conseguinte, que a legítima, tal como modelada no Código de 2002, por não se adequar a esses pressupostos, padece de evidente incompatibilidade.

4.3.3. Incompatibilidade jusfundamental, teórico-normativa e metodológica

Resta-nos evidenciar aquilo que julgamos consistir a “incompatibilidade jusfundamental, teórico-normativa e metodológica” da legítima brasileira. A abordagem é composta por três considerações distintas, estando a primeira radicada nas definições e conclusões verificadas na seção 3.2.; a segunda naquilo que fora versado na seção 3.3 e nas subseções 3.3.1 e 3.3.2; e a terceira nas alegações da subseção 3.3.3. Como todas estão intrinsecamente interrelacionadas – sendo umas, inclusive, decorrência argumentativa das outras – impõe-se-nos a sua articulação conjunta, obtendo-se uma conclusão coesa e unificada.

Inicialmente, conforme pudemos expor extensamente na seção 3.2., explicamos que o “direito fundamental à herança” está associado a uma estrutura bidimensional que, de maneira simultânea e com a mesma intensidade, promove a proteção tanto das relações familiares (fundada no princípio da solidariedade) quanto das liberdades patrimoniais (fundada no princípio da liberdade dispositiva). Fizemos isso embasados numa leitura particular da doutrina, como a trazida por Judith Martins-Costa⁴⁸⁵, a qual, em nosso modo de ver, lida como foi, possui alta densidade constitucional, harmonizando a conceituação tradicional – que dizia que o direito de herança correspondia apenas a uma extensão post mortem do direito de propriedade – com conceituações mais modernas, como a de Paulo Lôbo, que afirma que o referido direito possuiria uma vazão conceitual que protegeria apenas a “família” do falecido.

Por essa razão, informamos que o direito fundamental à herança possui uma interioridade abstrata conflituosa, porque tutela, ao mesmo tempo, grandezas constitucionais antagônicas pertencentes a uma polivalência de sujeitos: o sujeito proprietário (“pretense falecido” ou de *cujus*) e seu direito à liberdade de dar e de testar; os herdeiros proprietários e seu direito ao recebimento de um patrimônio, assim designado por ato expresso ou tácito de vontade do autor da herança; e os familiares vulneráveis e dependentes do sujeito proprietário, possuidores de um direito à manutenção de sua existência digna, fruível apenas por meio de uma quantidade e qualidade de bens que originalmente a si não pertencem.

Frente a essa reconstrução conceitual do direito fundamental de herança, seguimos a demonstrar, já na seção 3.3., que a bidimensionalidade assim se qualifica porque envolve o resguardo de duas dimensões de princípios: a) uma dimensão proprietária, de caráter patrimonial, que por essa razão deve ser preponderantemente sopesada à luz do princípio da autonomia da vontade; e b) uma dimensão familiar, de natureza extrapatrimonial, que deve ser lida ao anteparo do princípio da solidariedade familiar, isto é, no dever de mútua assistência que se projeta em favor dos que dela necessitam.

Confirmamos na subseção 3.3.3, todavia, que, em busca do justo, numa visão contemporânea e constitucionalizada do direito civil, não há como conciliar essas duas dimensões de modo apriorístico, tampouco por meio de fórmulas matemáticas. A solução de um “problema sucessório” envolvendo essas duas dimensões apenas poderia ser adequadamente fornecida por meio de uma metodologia que adotasse a casuística como premissa funcional, que se propusesse a enxergar os acontecimentos fáticos do mundo real e

⁴⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 697-705.

que autorizasse o emprego da tópica como forma de construção de uma argumentação coerente, justificativa desta ou daquela resolução encontrada. Porque não há como se confirmar aprioristicamente, sem observar a realidade, a existência de uma relação verdadeiramente familiar entre determinadas pessoas; se existe um relacionamento de dependência financeira entre elas; se uma, algumas ou todas podem ser enquadradas como economicamente vulneráveis, e em qual medida se apresenta essa vulnerabilidade; qual a extensão quantitativa e qualitativa de suas necessidades; e qual a capacidade e o modo que o patrimônio pertencente a um sujeito proprietário poderia supri-las em vista de seu falecimento, concreto ou mesmo especulado.

O raciocínio, dessa maneira, significou a compreensão de que um direito sucessório constitucionalizado exige a derrogação do primado da unidade de herança – ou, repita-se, da unidade patrimonial da herança – e a fixação de institutos e regimes sucessórios especiais (“regimes anômalos”) que priorizam as pessoas e o relacionamento existencial dessas pessoas com os bens envolvidos no fenômeno. A unidade, ou seja, a concepção de que a sucessão é um todo universal e puramente patrimonial que se transmite mecanicamente por critérios imparciais (“neutralidade dos critérios”) ficou alocada numa posição supletiva e subsidiária.

Contudo, ao analisarmos a composição dogmática da legítima, a única conclusão possível de se deduzir é a de que o instituto, tal como posto no Código Civil de 2002, distancia-se profundamente dessa narrativa.

Porque vê-se que sua estrutura geral baseia-se integralmente no princípio da unidade. Trata-se de instituto que “concorre” com as outras modalidades sucessórias no intuito de se dividir de forma neutra um patrimônio pertencente a uma pessoa falecida, tanto em seu aspecto subjetivo – no que seriam os elementos indispensáveis à qualificação dos “herdeiros necessários” – quanto em seu aspecto objetivo – relativamente aos mecanismos normativos que permitem identificar quantitativamente e qualitativamente a parcela patrimonial que se destina a cada um dos sucessores necessários.

São “herdeiros necessários”, nesse sentido, as pessoas portadoras dos títulos hereditários especificados na lei (ascendentes, descendentes e cônjuge), mas não aquelas que desenvolveram um relacionamento familiar comprovadamente substantivo, e portanto afetivo, com o sujeito proprietário de cujo patrimônio se trata; e que, ademais, revelam necessidade fática, real, no recebimento de uma dada parcela para a manutenção de sua existência digna. São “herdeiros necessários”, assim, pessoas aprioristicamente definidas num rol legal taxativo, inflexível, mas não pessoas que, num juízo de apreciação de fatos, qualifique-se não apenas como um familiar, mas como um familiar dependente e vulnerável. Esse modo de

qualificação jurídica, quer dizer, de atribuição de uma legitimidade fundada num aspecto densificado por fatos, e não por títulos, exigiria um dispositivo de lei aberto, flexível, que autorizasse o preenchimento de seu sentido num momento lógico a posteriori, mediante resolução de questionamentos tópicos, e não dogmáticos, como: há pessoas que mantêm com o sujeito proprietário relação familiar, fundada na afetividade, na convivência de fato e na reciprocidade de deveres? Essas pessoas dependem financeiramente do sujeito proprietário? Essas pessoas possuem autonomia laborativa, podendo encontrar meios para seu sustento próprio? São pessoas financeiramente autossuficientes? Em que medida dependem dele? Possuem alguma característica que permita considerá-los economicamente vulneráveis? São crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência ou mesmo adultos comprovadamente incapazes de proverem o próprio sustento? Entre outras.

Por seu turno, por esse mesmo prisma, a legítima objetiva expressa apenas fórmulas matemáticas para determinar aprioristicamente a extensão e a qualidade do patrimônio que é por ela tutelado, como pudemos deixar exposto na subseção anterior. A sua determinação resume-se à resolução de uma equação aritmética imune aos fatos, tão logicamente precisa quanto funcionalmente distópica. Não existe abertura textual na lei que autorize a verificação e a comprovação de liames fáticos entre a existência digna de um “herdeiro necessário” e a “quota hereditária” que lhe é impositivamente destinada, ou mesmo que permita justificar a relação entre a natureza dos bens que compõem o acervo hereditário e a manutenção do conforto e da subsistência dele. Não existe um ambiente que permita a realização de uma incursão fática, a fim de se averiguar, por exemplo, se determinada quantia depositada na conta bancária do de cujus é integralmente necessária para o custeio da saúde de um familiar vulnerável que dele dependa essencialmente; se determinado imóvel residencial é utilizado como moradia de um filho que, embora maior, é deficiente, permitindo-se concluir que não possui nem nunca possuirá autonomia financeira nem laborativa; se determinado automóvel é utilizado pelo filho adolescente como meio de transporte para cursar a sua universidade; etc.

Em síntese, o que quisemos arrematar, embasados em variadas divagações doutrinárias, é que, num juízo de compatibilidade jusfundamental, teórico-normativo e metodológico, dada a conformação bidimensional do direito fundamental de herança, que tutela simultaneamente direitos e deveres de índole patrimonial – erigidos no princípio da autonomia da vontade – e extrapatrimonial – associados ao princípio da solidariedade familiar; e sendo a legítima o instituto que por excelência propõe-se a solucionar essa tensão, tem-se que semelhante figura jurídica apenas se revelaria adequada caso sua configuração

normativa fosse aberta, flexível, fundada em conceitos jurídicos indeterminados e receptiva à priorização de fatos e de argumentos em detrimento de tecnicismos formais.

Mas como a legítima estabelecida no Código de 2002 é um instituto rígido, ortodoxo, pouco afeito à realidade e aos fatos importantes que permeiam as relações familiares e as liberdades individuais, devemos dizê-la absolutamente incompatível com as premissas constitucionais e metodológicas ínsitas ao que nos pareceria a melhor leitura de um direito sucessório contemporâneo e constitucionalizado.

4.3.4. Consequência de sua incompatibilidade

A transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos significa a transformação da realidade normativa (...). Estabelecida [...] a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo-jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético, incide – às vezes profundamente – sobre a ordem normativa e vice-versa.⁴⁸⁶

Costuma-se afirmar que há sempre dois padrões de família, e, portanto, dois padrões de sucessão familiar: o ideal, que a lei normativamente procura impor; e o concreto, social, formado no dia-a-dia da sociedade. As tensões diminuem na medida em que as duas esferas se aproximam, ao constatar-se uma coesão entre o positivamente posto e o real. Mas quando a família, enquanto instituição, se desintegra, seu estatuto normativo também caduca, deixando de projetar vigência jurídico-social⁴⁸⁷.

A legítima, enquanto instituto que visa proteger a família, portanto integrante de seu encartado estatutário, é incompatível com as premissas sociojurídicas da contemporaneidade. Seus fundamentos ficaram derogados, porque remontam a uma realidade passada. É inconcebível dizer que ela tutela valores caros aos dias de hoje diante de sua estrutura dogmática envelhecida, fechada, ortodoxa e autoritária, quando o autoritarismo e a ortodoxia já não são mais os elementos caracterizadores da família. Isso ficou evidenciado nas extensas linhas iniciais deste trabalho. Mas o que deve ser feito a partir daí? Quais as consequências dessa verificação?

Alguns defenderiam que o papel do direito, nesses casos, seria o de continuar conformando o comportamento dos que se relacionam familiarmente, exigindo que se adaptem ao padrão estabelecido. Concluiriam, desse modo, que um sujeito proprietário ainda não teria uma prerrogativa de doar mais da metade de seus bens, caso vinculado a herdeiros

⁴⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2.

⁴⁸⁷ RIOS, José Arthur. *Família e sucessão no Brasil e em Portugal nos séculos XIX e XX: tentativa de síntese*. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20(13).pdf)> Acesso em 5 mar. 2019.

necessários, mesmo que estes não possuam qualquer correspondência fática com o que seriam familiares dependentes e vulneráveis. Também concluiriam que um familiar dependente e vulnerável não teria uma pretensão válida a uma parcela maior que a “quota hereditária” que lhe seria destinada por ocasião de uma morte, mesmo que suas necessidades assim se revelassem impositivas. Diriam, pois, que apenas por meio de uma alteração legislativa (de lege ferenda) seria possível cogitar um panorama jurídico diferente.

Com efeito, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona são críticos ao instituto, que incentiva contendas judiciais intermináveis, gerando indolência e cizânia entre parentes, além de malferir o direito constitucional de propriedade. Sugerem que a legítima deveria ser impositiva apenas em favor dos herdeiros menores e incapazes, dado que a contemplação sucessória derivada de vínculos afetivos seria ocupada pela sucessão testamentária. Reconhecem, todavia, a existência normativa da reserva legítimária, devendo ser assim aplicada incontinenti enquanto subsistir no ordenamento⁴⁸⁸.

Nesse sentido, seria muito mais intuitivo que a resposta ao questionamento que fizemos fosse no sentido de que a legítima deveria ser remodelada legislativamente para abarcar os novos pressupostos da contemporaneidade, adaptando-se à realidade por vias menos heterodoxas. Todavia, a melhor concepção que se tem nos dias atuais é a que consente com a interferência direta da sociedade civil e do judiciário nessas questões de semblante existencial, inclusive dando-se por certa a natureza fundamental do direito de herança, a qual, mesmo que de feição bidimensional, aplica-se direta e imediatamente à relações privadas em vista de sua eficácia horizontal, conforme expusemos na seção 3.2.⁴⁸⁹

Disso já decorre a autorização conferida aos indivíduos, de forma geral, para descumprirem peremptoriamente os mandamentos ortodoxos delineados na legítima do Código de 2002. O trato fundamental que se atribui à dimensão proprietária do direito de herança permite que um indivíduo planeje e disponha livremente de sua propriedade, superando-se as travas meramente formais ordenadas pela legítima. Nesse sentido, o indivíduo pode dar e testar mais da metade de seu patrimônio, por doação e/ou por disposição testamentária, ainda que seja vinculado a “herdeiros necessários”, quantos e quais sejam. O ato, se questionado, deve ser chancelado como válido pelo poder judiciário, fundado na noção de que a restrição à liberdade e ao direito de propriedade apenas se justifica

⁴⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 192-193.

⁴⁸⁹ Ver páginas 71-74.

constitucionalmente como meio de proteção integral e especial aos familiares dependentes e vulneráveis⁴⁹⁰.

É nesse sentido que Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves manifestam as suas conclusões. Utilizando-se da noção de derrotabilidade das regras desenvolvida por Thomas de Bustamante, afirmam que a norma determinativa de que metade da herança pertence aos “herdeiros necessários” conteria condições implícitas indicativas da incapacidade desses herdeiros⁴⁹¹. Desse modo, conforme explica Felipe Lima Gomes, quando o doador ou o testador fosse vinculado a pessoas enquadradas como seus “herdeiros necessários”, caberia ao magistrado realizar uma análise casuística a respeito de suas (in)capacidades, executando o que tecnicamente se denomina de interpretação conforme a Constituição: declararia a inconstitucionalidade parcial da norma que estabelece a reserva necessária, afastando os efeitos que, no caso concreto, revelarem-se incompatíveis com a Constituição⁴⁹². Haveria, desse modo, a fixação de uma cláusula de exceção, que garantiria a concessão da legítima apenas quando comprovada a necessidade de algum dos herdeiros necessários.

Seria, em certa medida, uma providência que transformaria a legítima brasileira num modelo assemelhado àquele que vigora em certos países do leste europeu, conforme noticiamos páginas acima, o qual, a despeito de fixar uma legítima mensurável por critérios matemáticos, adiciona um elemento fático, casuístico: a comprovação de efetiva necessidade dos legítimários habilitados⁴⁹³.

Todavia, essa leitura não solucionaria todas as incompatibilidades que foram suscitadas no decorrer deste trabalho. Porque dissemos que a qualificação sucessória contemporânea é uma matéria de fato; que a determinação quantitativa e qualitativa do patrimônio suficiente ao preenchimento das necessidades de um familiar dependente também.

Afirmar a derrotabilidade da legítima frente a um cenário em que nenhum dos “herdeiros necessários” é uma pessoa dependente e vulnerável é plausível, mas a narrativa não promoveria uma solução para um caso em que um familiar nestas condições pleiteasse a integralidade da herança para satisfazer as suas necessidades; ou noutro caso em que o familiar de que se cuida não correspondesse a uma das classes formais previstas no artigo 1.845 (ascendentes, descendentes e cônjuge).

⁴⁹⁰ GOMES, Felipe Lima. O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito. Fortaleza, 2015, p. 117.

⁴⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 315-316.

⁴⁹² GOMES, Felipe Lima. Op. Cit..

⁴⁹³ Ver página 134.

Uma solução definitiva para as incompatibilidades que suscitamos demandaria, como consequência incondicional, a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos responsáveis pela composição dogmática da legítima clássica prevista no Código de 2002⁴⁹⁴, extraindo-os definitivamente do ordenamento, dada a ortodoxia e a disfunção com que pretendem solucionar a tensão existente entre a liberdade dispositiva e a solidariedade familiar. Exceção à extração textual definitiva deve operar em relação ao artigo 549. Este apenas deverá ser relido à luz de preceitos constitucionais, ou interpretado conforme a Constituição, como demonstraremos na subseção final do trabalho.

Embora pareça destrutiva num primeiro olhar, a providência é fértil e receptiva à reconstrução de novos freios à liberdade de dar e de testar perfeitamente compatíveis com nossa contemporaneidade constitucional. Porque, como se verá na seção seguinte, há dispositivos normativos em vigor suficientemente aptos a comportarem o estabelecimento daquilo que cogitamos ser uma “legítima aberta”. Essa perspectiva, associada a uma inspiração conceitual adaptada na protetividade sucessória existente na Inglaterra (introduzida mais acima⁴⁹⁵), propiciaria a fixação de um modelo fundado em “provisões familiares” e em “restrições flexíveis”. Um modelo que prioriza os problemas reais, concretos, incentivando a realização de incursões fáticas e apropriando-se de subsídios tópicos e retóricos em busca de uma solução sucessória justa e razoável aos anseios das famílias do hoje-em-dia.

É sobre esse modelo que passaremos a tratar.

4.4. POR UMA LEGÍTIMA ABERTA: PROVISÕES FAMILIARES, RESTRIÇÕES FLEXÍVEIS E AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DE UM INSTITUTO SUCESSÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR

It must be borne in mind that the absolute and uncontrolled power of testamentary disposition conceded by the law is founded on the assumption that a rational will is a better disposition than any that can be made by the law itself.⁴⁹⁶

Após a demonstração de que os dispositivos conformadores da legítima brasileira são inconstitucionais, dado que incompatíveis com o alicerce histórico, sociojurídico, filosófico, jusfundamental, teórico-normativo e metodológico constitutivo de um direito sucessório constitucionalizado, é preciso reconstruir um instituto verdadeiramente identificado com o

⁴⁹⁴ Ver páginas 122-123.

⁴⁹⁵ Ver página 124.

⁴⁹⁶ COCKBURN, Alexander. Banks v. Goodfellow. LR 11. Disponível em: <<https://www.lexiswebinars.co.uk/legal/hot-topics/vulnerable-clients/supporting-materials/Banks-v-Goodfellow.PDF>> Acesso em 10 mar. 2019.

propósito protetivo da família brasileira contemporânea no intento de se estabelecer freios recíprocos à liberdade patrimonial dispositiva havida por seus membros, uma vez que deixamos nítido que uma dimensão familiar também compõe a interioridade jurídica do direito fundamental à herança, exigindo providências dessa magnitude.

Para atingir esse propósito, nossa abordagem envolverá duas etapas de razão: primeiramente, apresentaremos a definição de “provisões familiares” inspirados no funcionamento da family provision inglesa, que servirá de base conceitual para o estabelecimento do viés restritivo contemporâneo da liberdade de dar e de testar, valendo-nos de sua estrutura para fixar propositivamente o conceito das “restrições flexíveis”; posteriormente, apropriando-nos desse embasamento descritivo, demonstraremos que o direito brasileiro contemporâneo já contempla uma estrutura dogmática e doutrinária que satisfaz suficientemente esse anseio reconstrutivo, apta a instituir aquilo que poderia ser conceitualmente denominado de “legítima aberta”.

4.4.1. Razões iniciais

A doutrina dos países que adotam o sistema legitimário nunca foi completamente cedida ao fascínio provocado pela legítima clássica. Nem mesmo a do Brasil. O instituto sempre costumou evocar discussões entusiasmadas, já que sua ortodoxia foi bastante discutida por estudiosos, independentemente de suas matrizes ideológicas.

Frédéric Le Play⁴⁹⁷, por exemplo, sociólogo apologético à manutenção de uma estrutura tradicional de família na sociedade, deferente ao decálogo judaico-cristão e dominada pela autoridade paterna do chefe de família⁴⁹⁸ afirmava, paradoxalmente, que ela deveria ser extinta para dar lugar a uma “ilimitada liberdade de testar”, única metodologia sucessória que impediria a “fragmentação da propriedade” por meio de um “acidente sucessório”⁴⁹⁹ que seria por ela provocado, pois que determinava a distribuição obrigatória e igualitária dos quinhões hereditários, acabando por esmigalhar a própria concepção de família (família-patrimônio) que lhe parecia cara à “estabilidade social”.

⁴⁹⁷ LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La réforme sociale*. Paris: Secrétariat de La Société D'Économie Sociale, 1895, p. 648.

⁴⁹⁸ KARADY, Victor. Os sociólogos antes de 1950. *Revista Política & Sociedade*, vol. 17, n. 38, pp. 62-93, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2018v17n38p62>> Acesso em 5 mar. 2019.

⁴⁹⁹ RIOS, José Arthur. *Família e sucessão no Brasil e em Portugal nos séculos XIX e XX: tentativa de síntese*. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20(13).pdf)> Acesso em 5 mar. 2019.

Le Play dizia que a legítima era um dos elementos sociais que propiciavam a formação de um tipo de família em vista da qual guardava forte repreensão moral: a famille instable (família instável)⁵⁰⁰. “Instável” porque arrastada a um excesso de individualismo de seus membros, os quais, “insaciáveis por desejos de novidade”, tomariam para si as parcelas patrimoniais que invididualmente lhes caberiam, dando a elas um destino não centralizado numa única estrutura familiar; porque, com isso, eles ficariam indenes a uma deferência que se pretendia fosse prestada a uma superestrutura familiar metafísica, transcendente às suas subjetividades; porque essas pessoas “somente” se reuniram em torno de um lugar passageiro, dado que o “ninho paterno” se desfaria – ou se faria novo – a cada geração, na medida em que os filhos o “abandonariam” tão pronto pudessem bastar-se patrimonialmente a si mesmos, constituindo as suas respectivas famílias. Uma família, pois, formada por “adultos emancipados” que se aumentaria com o nascimento de filhos, que se reduziria pelas saídas sucessivas das novas gerações e que se dissolveria, ao final, sem deixar rastro algum⁵⁰¹.

Importa-nos pouco averiguar se a legítima teve um papel social determinante para a nutrição desse individualismo e, daí sendo, para a pulverização da institucionalidade-patrimonialidade familiar, pois isso demandaria um denso desenvolvimento sociológico. Seria curioso, todavia, observar que o efeito social provocado pelo instituto, ao longo da história moderna, poderia ter sido precisamente o oposto daquele que era seu objetivo original: justamente o de coagir uma eternização familiar nos entornos da propriedade, incitando a perpetuidade da família-patrimônio através do tempo⁵⁰². Pois o que realmente nos importa, por ora, é somente averiguar que houve mesmo o desvanecimento deste comunitarismo e, portanto, o desvanecimento do alicerce original de uma legítima ortodoxa.

Percebemos que ela não se encaixa à liquidez da família de hoje em dia, qualidade que decorre do semblante fático, afetivo, funcional e informal de suas respectivas relações. Vive-se na época da união estável, do divórcio, da socioafetividade, da multiparentalidade, do poliamor, das famílias reconstituídas e monoparentais, hetero ou homoafetivas; das famílias sem filhos, das famílias formadas apenas por irmãos, avós e netos, e mesmo das famílias “unipessoais”. Na época em que passou a importar pouco a rigidez moral de outrora, e a importar muito os impulsos que determinam as razões pelas quais determinadas pessoas

⁵⁰⁰ LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. *La réforme sociale*. Paris: Secrétariat de La Societé D'Économie Sociale, 1895, p. 648.

⁵⁰¹ MONERRIS, José Ignacio Garrigós. *Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play (1806-1882): Biografía intelectual, metodología e investigaciones sociológicas*. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 2001, p. 315.

⁵⁰² OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 51.

resolvem conviver, cuidar uns dos outros, dar assistência e, se solidarizar mutuamente⁵⁰³. Solidariedade familiar, a propósito, submetida a uma celeuma semântica que nesse momento precisa ser sanada, já que o termo parece servir de fundamento tanto para justificar a manutenção da feição matemática e apriorística da legítima como para refutá-la.

É que há uma corrente doutrinária que entende que essa solidariedade tutela, além de questões fundadas na necessidade, aquilo que corresponderia a uma “justa expectativa” dos sucessores de não serem “excluídos imotivadamente” da sucessão, nem de terem “seu direito hereditário reduzido aquém do mínimo fixado na lei”⁵⁰⁴. Seria traduzida numa “solidariedade econômica” desvinculada das necessidades reais e concretas dos familiares, o que significaria que a legítima, mesmo com sua feição neutra, refletiria uma função promocional dirigida à proteção de suas personalidades⁵⁰⁵, encampando interesses mesmo de pessoas adultas e economicamente autossuficientes. Seria um modo, também, de garantir eventuais vicissitudes que, inexistentes por ocasião da abertura da sucessão, poderiam surgir futuramente por crises financeiras⁵⁰⁶.

Nessa linha, ao apresentar as justificativas pelas quais a legítima, enquanto instituto, deveria subsistir tal como delineada no Código de 2002, Ana Luiza Nevares afirma que “a legítima é um expediente que fortalece a unidade da família”, de modo que a mesma não poderia ser pautada tão somente na dualidade da autonomia e da vulnerabilidade, devendo, igualmente, cuidar “do vínculo que une os referidos membros da família”⁵⁰⁷. Desse modo, seria suficiente, mantendo-se o modelo de quotas indisponíveis a priori, realizar alterações que pudessem prever exceções fundadas nas qualidades dos sucessores, destinadas a recompensar seus méritos, a penalizar seus deméritos e a socorrer suas graves dificuldades⁵⁰⁸. É nesse espírito que se motivam projetos de reforma do Direito das Sucessões como o recentemente proposto pelo IBDFAM⁵⁰⁹, o qual, dentre outras questões, pretende permitir que

⁵⁰³ VIEIRA, Henrique et al. A nova tradicional família brasileira. Mamilos, 22 fev. 2019. Podcast (127 min.) Disponível em <<https://www.b9.com.br/104106/mamilos-185-a-nova-tradicional-familia-brasileira/>>. Acesso em 5 abr. 2019.

⁵⁰⁴ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 42.

⁵⁰⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? XI Congresso do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>> Acesso em 5 mar. 2019.

⁵⁰⁶ CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria, Rivista di Diritto Civile, ano LVII, n. 5. Padova: Cedam, 2011, p. 502.

⁵⁰⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Op. Cit..

⁵⁰⁸ CINQUE, Maddalena. Op. Cit., p. 503.

⁵⁰⁹ DELGADO, Mário Luiz; NEVARES, Ana Luiza Maia; AGUIRRE, João Brandão; TARTUCE, Flávio. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões, 2018. Disponível em <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf> Acesso em 6 jan. 2019.

o testador possa destinar um quarto da legítima para favorecer ascendentes, descendentes, cônjuges e companheiros deficientes, tendo sido possivelmente inspirado no novo e recentemente promulgado Código Civil argentino, possuidor de semelhante previsão (mejora a favor de heredero con discapacidad)⁵¹⁰.

Admitir essa linha de raciocínio, contudo, seria insistir na veneração de um “patrimonialismo familiar” de outrora; de um critério de aglutinação que determinava que os familiares conservariam um vínculo, ou melhor, uma pretensão patrimonial lúdima e recíproca apenas em razão da verificação de laços formais de parentesco. Seria empregar a tão elevada solidariedade para justificar pretensões exclusivamente patrimoniais em favor de meros portadores de títulos hereditários; pretensões que independeriam de suas necessidades enquanto pessoas, já que estas são dirigidas ao atingimento de dignidades, e não de interesses exclusivamente financeiros. É certo, portanto, que esse entendimento não se afasta do eixo familiar institucional e patrimonial, tornando-a igualmente incompatível com os preceitos da atualidade.

Desse modo, não há como endossar a narrativa dessa parte importante da doutrina civilista que, reconhecendo a necessidade de se revisitar a legítima a partir dos fundamentos contemporâneos da família, pretende manter a sua expressão matemática, realizando apenas alguns retoques formais. Pois é justamente essa ortodoxia que impede a resolução da tensão “autonomia da vontade x solidariedade familiar” pelo farol dos pressupostos constitucionais atuais.

Projetos tais como o proposto pelo IBDFAM, embora bem intencionados, distanciam-se fundamentalmente desse novo paradigma por não se descolarem dessa intuição fechada, uma vez que, a esse exemplo, não se demonstra haver qualquer relação funcional entre a concessão da quarta parte ideal de uma herança e a manutenção concreta, palpável, da dignidade de um familiar deficiente, tratando-se de preceito não densificado pelas peculiaridades observadas em cada fenômeno sucessório.

Defendemos, então, que há uma leitura consistente, já explorada, que nos permite concluir que a solidariedade familiar constitucionalmente deferida, e que fundamenta os institutos constitutivos de uma sucessão “necessária”, tem uma relação muito próxima, quase

⁵¹⁰ Artículo 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad: El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. (ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.)

idêntica, com o dever alimentar. Portanto, quando se fala, nesse contexto sucessório presente, em “solidariedade econômica”, em “colaboração entre os membros”⁵¹¹ ou mesmo em “patrimônio familiar”, quer-se aludir, conforme elucida Capelo de Sousa, a um fundamento que visa a “a proteção da família nuclear, num princípio de entreatajuda e solidariedade (aliás em correspondência com particulares e prioritários deveres de alimentos – cfr. arts. 2009º e 2010º)”, ou seja, a um conceito que objetiva “garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento da sua personalidade”⁵¹². Nesse sentido, por ser nela edificada, a sucessão necessária contemporânea (bem assim, aquilo que faria as vezes de uma legítima contemporânea) não pode significar a tutela de um “interesse superior da família” (ou de uma “unidade da família”, tal como referido por Nevares), pois os interesses familiares, na atualidade, concretizam-se como pretensões tipicamente individuais⁵¹³, essencialmente dignificadoras de subjetividades, não de anteparo institucional.

Por isso, cabe ao direito sucessório contemporâneo comportar-se de forma complacente, passiva, de uma maneira minimamente interventiva em relação a tudo que não diga respeito à manutenção da dignidade singular dos familiares. Averiguando como esse mundo funciona e como essas pessoas se relacionam, cabe a ele estipular previsões destinadas à suas tutelas individuais, esmaecendo qualquer outro regramento que queira apenas disciplinar um formato de família ideal.

Ora, se a ordem formal, a institucionalidade e a patrimonialidade não mais ressoam como premissas subjacentes à família de hoje em dia, como seria plausível cogitar que elas ainda fossem utilizadas como os fundamentos cardinais de um instituto de proteção familiar? Se a família popular da contemporaneidade é “instável”, como diria Le Play, baseada no afeto, na convivência de fato, nos cuidados recíprocos e no querer-estar-junto, o modo de protegê-la sucessoriamente nunca poderia disso se distanciar. As leis sucessórias devem necessariamente ater-se a esse paradigma pós-moderno, o que implica, dentre outras questões, a superação da taxatividade e da precisão dogmática que caracterizam a legítima brasileira, dando-se lugar a um instituto aberto, flexível e receptivo aos infinitos formatos familiares que se revelam socialmente.

Isso envolveria a reconstrução de “balizas legitimárias” originais. Entendemos, todavia, ser absolutamente possível a apropriação de balizas já utilizadas pelo modelo sucessório protetivo das relações familiares vigente na Inglaterra, na Austrália, na Nova

⁵¹¹ WALD, Arnaldo. O Novo Direito das Sucessões. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 198-199.

⁵¹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 153.

⁵¹³ BIANCA, Massimo. Diritto civile: la famiglia e le successioni, 4 ed. Milão: Giuffrè, 2005, pp. 669-670.

Zelândia e em Singapura, dado que, bem conduzidas às peculiaridades do Brasil, ajustam-se aos anseios metodológicos que definiriam uma legítima contemporânea. Trata-se do conceito de family provision ou, aportuguesando-o, de “provisões familiares”, cujas principais características – ou, por ora, as características mais adequadas à reconstrução de um novo paradigma legitimário brasileiro – serão esboçadas adiante.

4.4.2. Provisões familiares e restrições flexíveis

The difficulty, of course, is to discover a system sufficiently elastic to enable a testator to disinherit his undeserving family, while yet preventing an unjust father or an unfaithful husband from leaving his dependants penniless.⁵¹⁴

Se fôssemos chamados a definir o princípio geral em torno do qual o sistema sucessório inglês gravita, diríamos que de uma ampla liberdade testamentária. A doutrina inglesa costuma informar que o indivíduo possui o direito de dar à sua propriedade, para além de sua morte, a destinação que melhor satisfaz os seus desejos particulares (testamentary freedom)⁵¹⁵, o que engloba o direito de ser “caprichoso” – ou “excêntrico” – em suas disposições (testator’s right to be capricious⁵¹⁶), preceito que determina acatamento, inclusive, a projeções testamentárias um tanto pitorescas, quiçá dignas de paródias cinematográficas, como a utilização de todo o acervo para a promoção de cuidados a um animal doméstico⁵¹⁷.

A liberdade testamentária é ampla pois não se submete a qualquer tipo de trava legal apriorística. Ao formalizar seu testamento, o indivíduo não precisa indagar se possui vínculos formais com determinadas pessoas, nem será impedido de registrar uma disposição que delibera a destinação da integralidade de seu patrimônio em favor de quem quer que seja. Porque não existe o conceito de reserva hereditária ou de legítima, nem propriamente de deserdação, se analisarmos ser suficiente uma simples disposição neste ou naquele sentido para afastar da sucessão aqueles que seriam considerados seus “herdeiros legítimos”. A bem da verdade, estes são apenas “sucessores intestados” (mas não “necessários”), ou seja, pessoas

⁵¹⁴ KEETON, G.; GOWER, L.. Freedom of testation in english law. Iowa Law Review, vol. 20, n. 2, 1935, pp. 326-340..

⁵¹⁵ WILLIAMS, W.J.; SHERRIN, C.H; BARLOW, Francis. Williams on Wills. Londres: LexisNexis, 2008, p. 8.

⁵¹⁶ SPENCE, George. The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery. Londres: V. and R. Stevens and G. S. Norton, 1849, p. 544.

⁵¹⁷ GALLARDO, Aurelio Barrio. Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

submetidas a um regramento supletivo estabelecido em lei que se funda na presunção de vontade do falecido, por ter ele eleito não formalizar um testamento para regulamentar as suas deixas.

Embora ampla, a liberdade conferida ao testador não é ilimitada ou absoluta. Também não se atribui essas características ao desenho normativo que supletivamente rege a sucessão de uma pessoa intestada. Em ambos os casos, a disciplina definitiva das deixas fica submetida ao regimento modulatório da Provisions for Family and Dependants Act de 1975⁵¹⁸, instrumento legal por meio do qual se consolidou no direito inglês a family provision⁵¹⁹. Trata-se de instituto que muito se assemelha à querella romana original, sobre a qual nos reportamos páginas acima, no sentido de possuir uma feição procedimental e de não se prender à lógica matemática e a critérios muito bem definidos que, tal como a legítima clássica, permitiriam aferir de maneira antecipada, sem análise de fatos, as pessoas que são por ele tuteladas, bem como a extensão do patrimônio que deve ser a elas deferida.

É um mecanismo muito particular que se propõe a solucionar pragmaticamente a tensão existente entre o primado da liberdade testamentária e a promoção dos deveres assistenciais decorrentes das relações familiares qualificadas pela dependência financeira (enforcement of support obligations)⁵²⁰. Por meio dele, garante-se a completude de um direito de se testar livremente – inclusive o direito de não se elaborar um testamento – mas, ao mesmo tempo, confere-se aos dependentes do falecido a prerrogativa especial de pleitearem judicialmente a “reforma” da sucessão, caso não tenham nada recebido ou tenham recebido uma parcela iníqua, insuficiente para se lhes garantir aquilo que seriam “provisões razoáveis” (reasonable provision)⁵²¹. O regimento, por essa razão, é costumeiramente denominado de “lei da manutenção familiar” (family maintenance legislation), na medida em que as provisões são deferidas a partir da necessidade de quem as pleiteia, e não da existência de um vínculo formal de parentesco com o falecido.

Salienta-se, já de então, uma característica importantíssima: a operação “corretiva” das provisões familiares não faz distinção a respeito da modalidade a que a sucessão do falecido

⁵¹⁸ REINO UNIDO. Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Londres: The National Archives, 1975. Disponível em < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵¹⁹ VAQUER ALOY, Antoni; LÓPEZ, Noelia Ibarz. Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal. Revista de Derecho Civil, vol. 4, n. 4, 2017, pp. 211-235. Disponível em: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/273/225>> Acesso em 1 jan. 2019.

⁵²⁰ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. Cornell International Law Journal, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵²¹ TYLER, E.L.G. Tyler's family provision. 3 ed. Londres: LexisNexis, 1998, p. 8.

foi submetida. Para retificar os resultados sucessórios considerados “injustos”, estende-se os seus efeitos tanto à esfera da “sucessão testamentária” (“testada”) quanto da “sucessão legítima” (“intestada”). Diferentemente do que ocorre no sistema legitimário clássico, portanto, a protetividade concedida à família no âmbito da sucessão inglesa goza de um tratamento favorável e prioritário, porque não coincide e nem “concorre” com outras modalidades sucessórias. Pela mesma razão, contudo, ela passa a ser compreendida como uma providência excepcional, sempre justificada, e não como uma regra geral⁵²².

Os textos legais que regem a family provision são redigidos sem se aterem a uma pretensa causalidade lógica, a um método dedutivo ou a um critério normativo subsuntivo, não sendo destinadas a produzirem um resultado previamente correto⁵²³, mas sim a propiciarem a construção de um resultado adequado às especificidades de cada caso, encomendado e adaptado aos interesses individuais e às necessidades reais do requisitante⁵²⁴. As normas não especificam previamente no que consiste essa prestação, seu sentido ou sua extensão. Assim, em vez de se garantir uma provisão “automática e infalível” que constituiria um direito a priori, a própria existência do direito a essa provisão, a sua quantificação e a sua individualização são determinadas a posteriori a cargo de um juiz⁵²⁵, no contexto deliberativo e investigativo da family provision claim (“pleito de provisões familiares”), procedimento judicial que se desdobra do instituto. De modo tal que a casuística e a flexibilidade⁵²⁶ passam a ser as marcas mais proeminentes do sistema, resultando, por outro lado, num elevado grau de discricionariedade.

Essa qualidade, todavia, não lhe retira efetividade, seja porque a reclamação se desenrola num ambiente plural, aberto, permeado por linguagem pouco técnica e, por isso, propício à compreensão de todos os envolvidos (e não apenas dos “letrados da lei”); seja pelo fato de que ela estimula a resolução extrajudicial mediante negociação realizada entre os herdeiros (“legítimos” ou “testamentários”) e os “familiares dependentes”, sob conduto de uma figura similar ao inventariante (personal representative), considerando o mérito do pleito, os interesses do espólio e os custos que seriam reduzidos pelo não processamento

⁵²² GRAY, Anthony. Family provision applications: a critique. *Australian Law Journal*, vol. 91, n. 9, 2017, pp. 750-768. Disponível em: <<https://eprints.usq.edu.au/33121/>> Acesso em 15 mar. 2019.

⁵²³ MARTYN, J. R; CADDICK, N. *Williams, Mortimer & Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*. London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 869.

⁵²⁴ MACDONALD, W.D.. *Fraud on the widow's share*. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 291.

⁵²⁵ MARTYN, J. R; CADDICK, N. *Op. Cit.*, p. 858.

⁵²⁶ MACDONALD, W.D.. *Op. Cit.*.

judicial do pedido. Estima-se que na Austrália, por exemplo, 75% (setenta e cinco por cento) dos casos (family provision disputes) são solucionados extrajudicialmente⁵²⁷.

O formato também não parece instigar a litigiosidade porque, cientes de que não podem deixar os familiares que deles dependem ao desamparo (ou que assim fazendo arcarão com o risco de ter modulada a sua disposição de última vontade), os próprios autores de heranças acabam acomodando-os financeiramente, seja pela via testamentária ou por doações realizadas durante a vida⁵²⁸; ao passo em que os familiares compreendem que o pleito não corresponde a uma persecução puramente patrimonial, não tutelando interesses de riqueza, senão suas necessidades existenciais. Não por outra razão, em toda a extensão territorial da Inglaterra contabiliza-se anualmente a judicialização de 20 a 80 casos⁵²⁹, enquanto que na Austrália a litigiosidade opera em apenas 1 caso a cada 100.000 habitantes⁵³⁰, números extremamente módicos se comparados à realidade judiciária brasileira: apenas nas duas varas especializadas de sucessões de Maceió/AL, por exemplo, cidade relativamente pequena para os padrões continentais do Brasil, são mensalmente distribuídos de 20 a 50 novos casos relativos à sucessão hereditária⁵³¹.

Em termos gerais, afirma-se que os “problemas sucessórios” desse sistema são resolvidos por meio de um “teste de razoabilidade” ou de um “balanceamento” (balancing test), em vista do qual, sopesadas e avaliadas objetivamente as circunstâncias da sucessão e a relação concretamente mantida entre o falecido e o familiar dependente, conduz-se ao convencimento de que este foi deixado sem um adequado suporte financeiro, emitindo-se uma “ordem de manutenção”⁵³² dirigida ao acervo hereditário, a fim de que suas forças assumam o encargo de proverem a sua apropriada manutenção, tanto quanto era assumida – ou pelo menos deveria ter sido – durante a vida do de cujus. Por outro lado, a sucessão não é reparada, mantendo-se íntegra as disposições de última vontade, se o falecido não sustentava de fato

⁵²⁷ CHANGE FAMILY PROVISION ACT. Statistics. Disponível em: <<http://www.changeftp.com.au/statistics>> Acesso em 10 mar. 2019.

⁵²⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? XI Congresso do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>> Acesso em 5 mar. 2019.

⁵²⁹ REINO UNIDO. Intestacy and family provision claims on death. Londres: The National Archives. Disponível em <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵³⁰ CHANGE FAMILY PROVISION ACT. Statistics. Disponível em: <<http://www.changeftp.com.au/statistics>> Acesso em 10 mar. 2019.

⁵³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Aberta. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?> Acesso em 10 mar. 2019.

⁵³² GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

e/ou não possuía dever de sustento relativamente à pessoa do requerente; bem assim, na hipótese em que demonstrada a plena capacidade deste sustentar-se pessoalmente⁵³³.

Quatro questões são determinantes no contexto do deferimento de um pleito fundado na family provision. A primeira diz respeito ao prazo de propositura, sobre o qual não nos cabe falar com maior extensão, dada a sua menor importância para os fins do trabalho. Basta dizer que a notificação sobre a intenção de se mover uma ação dessa natureza precisa ser remetida, pelo interessado, dentro de seis meses a partir da data da morte, mesmo período em que se recomenda não seja a herança repartida pelo “inventariante”, pois que, tendo assim procedido, este responsabiliza-se pessoalmente em face de um eventual familiar dependente que resolva promovê-la⁵³⁴.

As três outras parecem-nos mais relevantes porque constituem fases de sopesamento cuja metodologia traduz perfeitamente os anseios de um direito sucessório constitucionalizado: contrapondo-se à ortodoxia com a qual a legítima clássica estabelece a definição das pessoas legitimárias (“ascendentes”, “descendentes” e “cônjuge”) e a expressão quantitativa e qualitativa da parcela patrimonial (“metade dos bens da herança”), a forma de se verificar a legitimidade para a requisição de uma provisão (eligibility to make a claim), o quantum representativo de sua razoabilidade (reasonable financial provision)⁵³⁵ e o modo de satisfazê-la (periodical payments, lump sum awards, property transfers ou property sales)⁵³⁶ escoram-se em conceitos deliberadamente abertos (“conceitos jurídicos indeterminados”)⁵³⁷, não sugestivos de fórmulas pré-fixadas (there are no fixed rights of inheritance)⁵³⁸, o que garante, em termos metodológicos, uma discussão altamente receptiva à tópica e à retórica, bem como uma maior preocupação com os fatos e com as situações concretas que são colocadas em apreciação.

⁵³³ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵³⁴ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP*, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵³⁵ DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵³⁶ SCHAUL-YODER, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 8, n. 1, 1985, pp. 205-236. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1417&context=iclr>> Acesso em 15 mar. 2019.

⁵³⁷ GALLARDO, Aurelio Barrio. *Op. Cit.*

⁵³⁸ BORKOWSKI, A. *Textbook on Succession*. Oxford: University Press, 2002, p. 253.

Ou seja, a concessão de uma provisão familiar demanda, primeiramente, a realização de um juízo para determinar se o requisitante reúne as condições fáticas necessárias para ser considerado um “familiar dependente”; em segundo lugar, pondera-se se ele foi, ou não, contemplado pelo falecido com adequadas provisões, assim enquadradas por balizas tópicas de valoração e quantificação; finalmente, determina-se a quantidade, a qualidade e o modo de satisfação da obrigação a ser imposta ao acervo, caso confirmado, no juízo anterior, que as provisões haviam sido, de fato, inadequadas.

O rol formal das pessoas portadoras de elegibilidade para reclamar (eligibility to make a claim), não encarado como taxativo, é, grosso modo⁵³⁹, o seguinte: a) cônjuge ou companheiro sobrevivente; b) ex-cônjuge ou ex-companheiro que não tenham estabelecido nova relação; c) um filho do de cujus; 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 cujus, estivesse sendo por ele mantida, total ou mesmo parcialmente.

Uma leitura desavisada desse rol poderia resultar numa equivocada compreensão de que ele ainda se prenderia a um ideário de família tradicional, obcecado pelo casamento e pelo parentesco formal. Entretanto, a noção de “dependência” inserida no último item fornece uma abertura textual suficientemente ampla que reflete uma concepção verdadeiramente contemporânea das relações familiares, emanada da importância atribuída à conduta de fato das pessoas que assim se relacionam, ao modo como se comportam umas com as outras e ao que pode ser considerado devido, em termos de projeção sucessória, em razão da conservação desse tipo de relacionamento⁵⁴⁰.

Nesse sentido, embora não textualmente mencionados, pais e irmãos também são elegíveis a solicitar uma provisão. Também o são pessoas que coabitam e que não necessariamente mantenham entre si, ostensivamente, o que nos pareceria um formato mais rígido ou ortodoxo de família: adultos economicamente dependentes (adult children), com deficiência ou não, encaixam-se tranquilamente nesse perfil; netos criados por avós, “amigos” que compartilham residência como se familiares fossem e pessoas inseridas em

⁵³⁹ Os termos utilizados pela legislação inglesa não são exatamente esses, mas são a eles que corresponderiam as categorias de pessoas existentes no Brasil. Para informações mais precisas, consultar: REINO UNIDO. Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Londres: The National Archives, 1975. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵⁴⁰ DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

relacionamentos homoafetivos e poliamorosos. Mais ainda: relações paralelas, simultâneas e poligâmicas também encontram o devido amparo no domínio protetivo da family provision⁵⁴¹.

Isso nos leva a assumir que, nesse sistema, o critério definitivo para se enquadrar determinada pessoa como “familiar”, longe de se basear numa posição por ela ocupada dentro de um conceito de família estruturada, fundamenta-se na verificação empírica indutora de que entre ela e o falecido havia um “comportamento familiar” (familial behavior), assim objetivamente aferido a partir de suas práticas compartilhadas de vida, que evidenciariam um princípio comportamental cravado na reciprocidade de afetos e de cuidados (principle of reciprocity)⁵⁴². Isso a faria divergente, nesse sentido, de um tipo de relação, ou acordo, que seria puramente econômico, comercial ou mesmo filantrópico, revelando, por exemplo, a distinção existente entre o trato altruísta, afetivo, de um companheiro “do lar” e a estatura profissional de um empregado doméstico ou de um cuidador remunerado.

Essa perspectiva também afasta a importância das relações de parentesco meramente formais ou biológicas, o que se confirma, por exemplo, no caso *Re Jennings*⁵⁴³, em que um adulto de cinquenta anos pleiteava uma family provision de seu falecido pai. O fato é que desde seus quatro anos o requerente havia sido criado e sustentado apenas por sua mãe e por seu padrasto, com quem a mãe havia se unido em segundo casamento, tendo durante sua vida mantido com seu pai biológico pouco ou nenhum contato. Este pai biológico, por testamento, havia destinado a integralidade de sua herança à caridade, disposição que foi mantida íntegra em razão de não ter sido possível concluir pela existência de uma relação de natureza verdadeiramente familiar, real, afetiva, entre ambos.

Por sua vez, “dependente” seria aquele submetido a uma relação financeira assimétrica (asymmetrical dependence) demonstrativa de que, em termos econômicos, essa pessoa recebia mais do falecido de que aportava em seu favor. Mas não só isso. A chave do conceito é a comprovação de uma manutenção (maintenance criterion), de um sustento pessoal, ou melhor, de uma contribuição substancial (substantial contribution) por parte do de cujus, em dinheiro ou em outras vantagens e comodidades (e.g. fornecer moradia), que eram dirigidas às necessidades razoáveis dessa pessoa (reasonable needs)⁵⁴⁴. O termo, portanto, não se vincula intrinsecamente às pessoas com deficiência, menores de idade, adolescentes ou idosos,

⁵⁴¹ CLARKSON, C.M.V.; HILL, Jonathan. *The conflict of laws*. 4 ed. Oxford: University Press, 2011, pp. 405-406.

⁵⁴² FINCH, J.. *Family obligations and social change*. Cambridge: Polity Press, 1989, p. 240.

⁵⁴³ *Re Jennings*, [1994] Ch 286.

⁵⁴⁴ DOUGLAS, Gillian. *Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales*. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

embora as englobe com maior intuitividade, dado ser mais provável que seus sustentos estivessem, de fato, sendo providos pelo falecido. Mas, também por isso, não se exclui de sua abrangência pessoas maiores de idade, apenas em razão de sua maioridade. Pode suceder que o falecido estivesse sustentando financeiramente um filho maior e capaz que, a esse despeito, por exemplo, encontrava-se em processo de formação acadêmica, tendo a sua capacidade de gerar renda (*earning capacity*) seriamente comprometida; ou uma pessoa maior que, por razões psíquicas, mentais ou mesmo sociais, ainda que não tecnicamente enquadrada como “incapaz”, fosse inapta a manter-se por si só.

Por outro lado, caso a incursão fática demonstre que essas pessoas possuem condições financeiras de se manterem por si mesmas, entende-se que elas não possuem legitimidade para pleitear as provisões. Pessoas jovens, adultas, não portadoras de quaisquer transtornos, que trabalhem ou que sejam potencialmente aptas ao trabalho e, portanto, capazes de gerarem renda para o sustento próprio, quase sempre terão indeferido qualquer pleito fundado na *family provision*⁵⁴⁵. Pedidos formulados por pessoas nessas condições, embora não impliquem indeferimento de plano, serão sempre examinados com elevado grau de prudência e “desconfiança”⁵⁴⁶. Porque a modulação da liberdade testamentária do falecido não se justifica quando a intenção demonstrada pelo requerente distancia-se de suas necessidades existenciais, uma vez que a *family provision* não é compreendida como um aparelho público de bem-estar social (*maintenance legislation is not a public welfare device*). Não se assemelha a uma previdência, embora possa produzir um efeito incidental de aliviar apertos financeiros sobrevividos com a morte de um familiar⁵⁴⁷.

Para ilustrar melhor esse cenário, cite-se o caso de relevo denominado *Re Coventry*⁵⁴⁸. Em seu contexto, um senhor separado de fato (mas não divorciado) havia falecido sem deixar testamento, opção que, segundo o regramento da sucessão intestada que vigorava na época, determinava que seu patrimônio seria integralmente destinado à sua ex-mulher, que há muito já não mais convivia com ele. O ex-casal possuía apenas um filho em comum que contava com quarenta e seis anos de idade, e que viveu com o falecido nos dezenove anos que precederam a sua morte, auxiliando-o em diversas questões administrativas do dia-a-dia,

⁵⁴⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP*, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁴⁶ KERRIDGE, R.. Freedom of testation in England and Wales. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coords.). *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*. Londres: Europa Law Publishing, 2011, pp. 129-153.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 293.

⁵⁴⁸ *Re Coventry*, [1979] 3 W.L.R. 802.

provendo cuidado, afeto e compartilhando as contas de casa. Esse filho não era dependente de seu pai, possuindo emprego fixo e remuneração suficiente para sustentar-se e para prover o sustento de sua ex-esposa e de seu filho menor, dado que há pouco dela havia se divorciado. Com o falecimento, a herança foi integralmente destinada à ex-mulher do de cujus, mãe do requerente, o que o motivou a ingressar com uma reclamação, alegando passar por dificuldades financeiras em razão de seu divórcio recente⁵⁴⁹. As circunstâncias concretas, todavia, evidenciaram que o filho do falecido era capaz de manter-se dignamente a si mesmo, como também à sua ex-esposa e a seu filho menor, indeferindo-se o seu pedido por entender que não seria razoável a um filho adulto e financeiramente independente querer perturbar, sem justificativa plausível, a liberdade patrimonial de seu pai⁵⁵⁰.

Ressalta-se, desse modo, que são duas as razões principais que, arguidas, discutidas e faticamente comprovadas, ascendem determinada pessoa à categoria de “familiar dependente” detentor de legitimidade (eligible) para pleitear uma provisão: a essencialidade da natureza verdadeiramente familiar do relacionamento – o caráter fático, a intensidade e a qualidade, sendo as nomenclaturas formais de família praticamente descartáveis⁵⁵¹ – e a centralidade das dificuldades de um custeio de vida autônomo pelo indivíduo em questão, que vinham sendo amortizadas ou integralmente preenchidas pelo falecido durante sua vida em razão do reconhecimento de uma obrigação moral – não profissional, não contratual, não negocial – por ele assumida de forma voluntária ou mesmo impositiva (assumption of responsibility)⁵⁵².

As outras duas importantes questões que seguem à constatação dessa legitimidade decorrem de uma mesma problemática: definir, no caso concreto, o que seriam “provisões razoáveis” (reasonable provision). Pois apenas assim é possível dizer se o requisitante as recebeu – por testamento, pelo desenho intestado ou mesmo por meio de doações realizadas em vida – e de que modo a “ordem de manutenção” deve ser emitida contra o acervo hereditário – se é que qualquer ordem deve mesmo ser emitida – caso não as tenha recebido.

⁵⁴⁹ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵⁵⁰ SCHAUL-YODER, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 8, n. 1, 1985, pp. 205-236. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1417&context=iclr>> Acesso em 15 mar. 2019.

⁵⁵¹ MACDONALD, W.D.. *Fraud on the widow's share*. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 291.

⁵⁵² DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

Os critérios de valoração e quantificação utilizados para parametrizar as provisões são elencados topicamente, ou seja, como máximas triviais, genéricas, simples ao entendimento mesmo daqueles que são pouco esclarecidos ou recém introduzidos ao direito. São eles⁵⁵³: a) Os recursos financeiros (inclusive os potenciais, fundados na capacidade de geração de renda) e as necessidades financeiras (obrigações, compromissos e responsabilidades) que o dependente possui ou poderá possuir num futuro previsível, bem assim, os recursos financeiros e as necessidades financeiras havidas por qualquer outro dependente do falecido, como também pelas outras pessoas beneficiárias da herança (herdeiros testamentários, herdeiros legítimos, legatários, etc.); b) As obrigações e/ou responsabilidades havidas pelo falecido frente ao dependente requerente, bem como frente aos outros dependentes, e às demais pessoas beneficiárias da herança; c) O tamanho do acervo e a natureza dos bens que o compõem; d) As eventuais debilidades físicas e mentais do dependente requerente, bem como dos outros dependentes e das demais pessoas beneficiárias da herança; e) A idade do dependente requerente e a duração do relacionamento mantido com o falecido; f) As contribuições de vida realizadas pelo dependente requerente em favor do falecido, inclusive as que dizem respeito aos cuidados pessoais, com o lar e com a família do falecido; g) O período de tempo e as bases quantitativas e qualitativas com as quais a relação de dependência se desenvolveu; h) A medida e a natureza da responsabilidade assumida pelo falecido frente ao dependente (se o assumiu, por exemplo, como filho, como amante, como companheiro, etc.); i) A existência, ou não, de outras pessoas ou instituições que se obrigam à manutenção do dependente requerente, e em qual base quantitativa e qualitativa ela se dá (se dessa relação, por exemplo, o requerente consegue, ou não, manter-se adequadamente); j) 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.

De redação propositalmente ambígua, é justamente tal característica que lhe confere efetividade pragmática. Não existe um elemento apriorístico que possa informar se um critério é mais ou menos importante de que o outro. Nem mesmo qual é o significado preciso de cada um. Porque eles apenas adquirem um sentido autêntico à luz de um caso concretamente observado.

As passagens incitam os envolvidos a encontrarem uma solução adequada a partir de um objetivo comum: definir, no problema sucessório que se coloca, aquilo que representaria

⁵⁵³ As informações foram concatenadas a partir das listagens especificadas na legislação inglesa, e não correspondem precisamente aos termos ali utilizados. Para mais informações, verificar: REINO UNIDO. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. Londres: The National Archives, 1975. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em 10 mar. 2019.

uma “provisão razoável”. A compreensão dessa razoabilidade, dada a sua conformação aberta e flexível, admite a produção de resultados deliberadamente imprecisos. Não existe – nem se exige – certeza, mas apenas adequação. Porque o razoável não é um “ponto”, mas uma “área” (not a single point but an area)⁵⁵⁴. Quer-se com isso dizer que cada caso concreto possui um intervalo próprio de razoabilidade; um espectro variável, alocado numa zona cinzenta, com limites quantitativos e qualitativos não muito bem definidos. A determinação do razoável 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 (it cannot be done by calculation or computation)⁵⁵⁵.

Qualquer provisão que se considere situada abaixo desse intervalo autoriza a modulação da liberdade testamentária, sendo que apenas até um tanto que se permita recompor o marco da razoabilidade, tornando justa a sucessão e garantindo-se, ao mesmo tempo, uma mínima intervenção no plano de distribuição patrimonial deliberado pelo de cujus⁵⁵⁶. Mesmo porque, como já assentado, o procedimento não se presta, de modo algum, a reescrever esse plano. Também não se destina a compensar “desigualdades” nem a operar uma “justiça redistributiva” a partir de um critério patrimonializado de família, embasado no que seria uma antiquada igualdade formal ([it is not] to recast the testator’s will or to redress inequalities or fancied injustice)⁵⁵⁷.

Com efeito, a diretriz geral do sistema é tomada pelo que seria, por definição, o “padrão de manutenção”⁵⁵⁸ (maintenance standard)⁵⁵⁹ que qualificava a relação de

⁵⁵⁴ ALBERY, Michael. The Inheritance (Family Provision) Act, 1938. Londres: Sweet & Maxwell, 1950, p. 8.

⁵⁵⁵ LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. Harvard Law Review, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁵⁶ MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow’s share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 292.

⁵⁵⁷ LAUFER, Joseph. Op. Cit..

⁵⁵⁸ É importante mencionar que, particularmente em relação aos cônjuges e “companheiros” sobreviventes, aplica-se um padrão diverso do “padrão da manutenção”, denominado “padrão do cônjuge sobrevivente” (surviving spouse standard). Desde 1975, por meio deste padrão, os viúvos passaram a ter um tratamento jurídico mais privilegiado frente aos demais dependentes, que lhes garantisse não apenas uma “manutenção adequada”, mas, para além dela, um tipo de “conforto extra” que levasse em conta fatores como as “desvantagens patrimoniais” oriundas do relacionamento, o fato de o cônjuge ter de alguma forma incrementado o patrimônio do de cujus e o reconhecimento de que, entre os cônjuges, existe um compartilhamento patrimonial (principle of fair sharing of assets). Isso apenas adquire relevo na Inglaterra porque o seu sistema, curiosamente, não prevê regimes matrimoniais de bens, como ocorre no Brasil. A family provision claim movida por um cônjuge, portanto, propicia um juízo que mistura necessidades existenciais e questões puramente patrimoniais. A incorporação desse juízo não seria interessante à releitura proposta no trabalho, pois entendemos que as questões patrimoniais do matrimônio e das uniões civis no Brasil são perfeitamente resolvidas pela flexibilidade existente na eleição do “regimes matrimonial de bens”, o que nos faz concluir que, pelo menos nesse aspecto em particular, o sistema brasileiro encontra-se um passo à frente do sistema inglês. (ROSS, S.. Inheritance act claims: law and practice. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 119)

dependência e de reciprocidade existente entre o falecido e seu familiar. Uma disposição razoável, nesses termos, não significa uma mera provisão que atenda às mínimas necessidades de vida do dependente. Não se trata apenas de prover a sua subsistência no limite de seu mínimo vital (“above the breadline”). O padrão referido sugere a intenção de se perpetuar, ou de se alongar o quanto possível for, o *modus vivendi* proporcionado pelo falecido e usufruído pelo familiar dependente (secure continuity in a dependent’s support), transformando-se a herança num “provedor artificial” (“artificial father”)⁵⁶⁰ responsável por seu futuro bem-estar e qualidade de vida (welfare, education and advancement of life)⁵⁶¹.

Ou melhor: visa-se propiciar-lhe um nível de vida digno – ou “apropriado” (an appropriated standard of living) – de acordo com suas específicas necessidades financeiras, com sua (in)capacidade de gerar renda, com um juízo objetivo a respeito de suas vindouras despesas educacionais, de saúde, de moradia e de lazer, e com o padrão experimentado enquanto vivo era o falecido⁵⁶². Mas não deixando de se atentar, em igual medida, para a capacidade financeira e para a liberdade dispositiva deste; para as forças econômicas da herança que foi deixada e para o fato de haver, ou não, outros dependentes que precisam ser protegidos, assim como herdeiros proprietários que também precisam ter seus interesses patrimoniais tutelados⁵⁶³.

Como resultado dessa concepção, é certo dizer que uma das principais características desse modelo sucessório é a de que a expressão quantitativa da liberdade testamentária aumenta ou diminui de acordo com o tamanho da herança. Quanto maior a herança, percentualmente menor será a parcela destinada aos dependentes e maior a liberdade dispositiva do falecido, e vice-versa⁵⁶⁴.

Para essa averiguação, toma-se como relevante toda a amplitude de elementos financeiros relacionados ao falecido, ao dependente requisitante e aos demais beneficiários da

⁵⁵⁹ KERRIDGE, R.. Freedom of testation in England and Wales. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coords.). *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*. Londres: Europa Law Publishing, 2011, pp. 129-153.

⁵⁶⁰ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

⁵⁶¹ CRETNEY, S.M.. Reform of intestacy: the best we can do?. *Law Quarterly Review*, vol. 111, 1995, p. 77.

⁵⁶² HIGH, Elizabeth Travis. Op. Cit..

⁵⁶³ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP*, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁶⁴ LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

herança. Consideram-se as necessidades e os recursos de todos (financial needs and resources): o dinheiro depositado em conta e os débitos já constituídos ou a constituir; as receitas e as despesas correntes, tanto presentes como esperadas num futuro imediato; móveis, imóveis, ações de companhias, investimentos, aplicações e previdências eventualmente existentes e até indenizações pessoais a receber. Os rendimentos a examinar são igualmente variados: pensões, frutos decorrentes de negócios e aplicações, salários provenientes de empregos, etc. Bem assim, devem ser avaliados as obrigações, as responsabilidades e os passivos correntes e já constituídos ou a constituir⁵⁶⁵.

Também leva-se em conta a capacidade de geração de renda dos envolvidos (earning capacity), presente e futura, o que inevitavelmente perpassa as suas circunstâncias pessoais, como o fato de ser, ou não, portador de alguma moléstia que influencia negativamente a sua aptidão para o trabalho ou que incrementa as suas necessidades financeiras. Embora relevantes, essas questões podem não ser decisivas se ficar concretamente comprovado que as incapacidades e as inaptidões não influenciam de forma determinante a independência econômica da pessoa em questão⁵⁶⁶.

Diante dessa abertura para o mundo real, a irrazoabilidade das provisões parecem óbvias em alguns casos. Em outros, exige-se uma maior sensatez e uma maior parcimônia para constatá-la. Deixar um filho recém-nascido sem qualquer perspectiva de assistência material futura configura um evidente disparate a ser modulado pela reclamação, pois se concebe facilmente a sua legitimidade e a sua necessidade. Mas as nuances fáticas e financeiras de um relacionamento extraconjugal podem não ser tão claras, demandando um maior aprofundamento e uma maior argumentação.

Como antecipado linhas acima, esse “teste de razoabilidade” serve a dois propósitos centrais: primeiramente, convém para determinar se provisões razoáveis foram, ou não, realizadas em favor do dependente requerente, mesmo porque é bem possível, e até mesmo esperado, que o próprio falecido tenha efetivado doações em vida ou estipulado disposições testamentárias para essa finalidade; ou mesmo que a sucessão, caso ocorrida de forma intestada, tenha preenchido suficientemente esse objetivo.

Em segundo lugar, a partir da confirmação de que não houve provisões ou de que elas foram inadequadas ou insuficientes, o teste é utilizado para determinar o modo de satisfação

⁵⁶⁵ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁶⁶ Idem.

da obrigação, bem como sua extensão quantitativa e qualitativa, que será assumida pelas forças da herança deixada. Aqui, novamente, observa-se uma alta flexibilidade do modelo: a “ordem de manutenção” pode assumir formas tão diversas quanto diversas se apresentam as necessidades do dependente requerente, a capacidade do acervo de satisfazê-las e as circunstâncias concretas que sinalizam ser esta ou aquela a melhor medida para acomodar os interesses de todos os envolvidos no problema.

Nesse passo, pode ser determinado, em favor do dependente, o pagamento de uma pensão (periodical payments), o pagamento de uma quantia fixa em dinheiro (lump sum awards), a transferência de uma propriedade (property transfers) ou mesmo a alienação a terceiros de determinados bens para fazer frente a quaisquer obrigações (property sales)⁵⁶⁷. É possível que seja conferido ao dependente o uso gratuito de uma propriedade para fins de moradia (homestead allowance) ou mesmo a utilização gratuita de outros bens para viabilizar geração de renda (family allowance)⁵⁶⁸. Cabe, inclusive, o estabelecimento de uma miscelânea de obrigações envolvendo um pouco de cada um desses modos de satisfação, justificando-se a providência nas circunstâncias específicas de cada caso.

O estabelecimento de pensões (periodical payments), a serem assumidas a cargo da herança, normalmente envolve a fixação de um valor específico (e.g. R\$ 1.500,00/mês)⁵⁶⁹, e podem ser estipuladas por prazo determinado (até completar determinada idade, por exemplo) ou por prazo indeterminado, com isso podendo ser eventualmente diminuídas, majoradas, suspensas e/ou reestabelecidas⁵⁷⁰, fator de flexibilidade que também se aplica à utilização gratuita de bens. Esse molde pode se apresentar como a melhor solução para a manutenção continuada de um dependente, seja porque a administração de um ativo não ficará a seu cargo (protegendo-o contra gastos descuidados ou empreendimentos imprudentes, o que se mostra particularmente importante às pessoas que não possuem trato com negócios), seja pelo fato de que o atingimento do termo, ou o eventual falecimento do dependente, importará a reversão

⁵⁶⁷ SCHAUL-YODER, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. Boston College International and Comparative Law Review, vol. 8, n. 1, 1985, pp. 205-236. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1417&context=iclr>> Acesso em 15 mar. 2019.

⁵⁶⁸ MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow's share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 30-31.

⁵⁶⁹ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁷⁰ IWObI, Andrew. Essential succession. 2 ed. Londres: Cavendish Publishing, 2001, p. 190.

integral do ativo aos beneficiários originais da sucessão, balanceando de forma justa as intenções patrimoniais e as obrigações familiares do falecido⁵⁷¹.

Mas, ocasionalmente, a emissão de ordem de pagamento de uma quantia fixa em dinheiro (*lump sum*), a determinação de transferência definitiva de uma propriedade (*property transfers*) – e.g. uma casa para moradia, de um imóvel ou de um negócio gerador de renda, inclusive a ser alugado ou administrado por terceiros em favor do dependente (*settlement of property*)⁵⁷² – ou mesmo a sua alienação a terceiros (*property sales*), pode se mostrar uma solução mais vantajosa. São exemplos quando o falecido deixa uma herança módica, consubstanciada apenas numa determinada quantia depositada em banco, que se mostra integralmente necessária ao atendimento das necessidades de um dependente; quando o dependente possui necessidades especiais de tratamento médico⁵⁷³, que exige o pagamento de certas quantias de grande vulto sem uma periodicidade determinada; ou então quando ele possui dívidas acumuladas relativas à sua subsistência (e.g. aluguel). Essas questões evidenciam ser admissível, em determinados casos, o esgotamento integral da herança para fazer frente às necessidades particulares de um dependente⁵⁷⁴.

É o que se vê no caso *Millward v. Shenton* (1972), em que uma mulher havia destinado toda a sua herança à caridade, deixando um filho com severa incapacidade à míngua dos serviços públicos de assistência social. Suas disposições foram moduladas em vista de reclamação por este apresentada, pelo que se determinou a concessão de uma *family provision* ao filho incapaz que representou 11/12 de toda a herança líquida⁵⁷⁵.

Por seu turno, no caso *Malone v. Harrison* (1979) uma amante pleiteou provisões fundadas na relação que havia sido mantida com um homem casado, bem sucedido em seus negócios, e que havia, por testamento, deixado bens apenas à sua esposa, a seu enteado e a seu irmão, sem realizar provisões em seu favor. As provas e as narrativas apontadas na reclamação por ela movida revelaram que o relacionamento não se resumia a um capricho sexual; que eles viajavam habitualmente como casal; que ele havia solicitado que a mesma deixasse de trabalhar e que vivesse às suas custas, registrando-a como funcionária “fantasma”

⁵⁷¹ LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁷² IWObI, Andrew. *Essential succession*. 2 ed. Londres: Cavendish Publishing, 2001, p. 191.

⁵⁷³ LAUFER, Joseph. Op. Cit.

⁵⁷⁴ GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata* – UNLP, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

⁵⁷⁵ IWObI, Andrew. Op. Cit., p. 185.

em uma de suas empresas. Havia trocas de cartas que permitiram concluir que o relacionamento era de longa data. Essas e outras particularidades, inclusive a solidez econômica do acervo, a medida financeira de dependência e qualidade de vida proporcionada pelo falecido à amante, o relacionamento do falecido com os envolvidos e o fato de que não seria interessante manter um liame obrigacional entre os sobreviventes, porque estranhos entre si, fizeram convencer que a melhor solução seria destacar uma parcela única (lump sum) representativa de 4% (quatro por cento) da herança, desta feita apenas da parte que o falecido havia destinado a seu irmão (40% da herança, sendo que sua parcela era formada apenas por ações havidas pelo falecido na bolsa de valores), mantendo-se íntegra a parte da esposa e do enteado (60%), porque isso acomodaria de modo razoável esta sucessão em vista de suas peculiaridades, nela intervindo sem afetar sensivelmente os beneficiários ou o padrão de distribuição patrimonial escolhido pelo falecido, em respeito a sua liberdade testamentária⁵⁷⁶.

E em outro caso recentemente solucionado pela Suprema Corte Inglesa, denominado *Ilott v. Mitson* (2017), a filha única, já adulta e capaz, contestava a vontade de sua mãe, quando esta testou a integralidade de sua herança (representativa de £ 486.000,00) a três entidades cuidadoras de animais, sem nada provisionar em seu favor. Sua intenção era amealhar uma quantia suficiente para adquirir a casa em que morava e uma parcela adicional para complementar a renda que possuía (alegando que a mesma era insuficiente para prover a sua subsistência digna), formulando sua pretensão financeira em torno de £ 164.000,00. Embora tenha conseguido demonstrar a sua legitimidade para pleitear e tenha provado que sua mãe não havia provisionado razoavelmente em seu favor, o juízo de primeiro grau entendeu que para a sua manutenção e conforto seria suficiente uma family provision a ser paga em parcela única de £ 50.000,00, o que, apesar de ter sido alterado pelo Tribunal de Apelação, foi reestabelecido pela Suprema Corte. Ao assim proceder, a Corte ratificou que a finalidade primordial da provisão é a manutenção do requerente, termo que, embora considerado vago, não se presta a contemplar tudo aquilo que o requerente “deseja possuir” ou que fosse “desejável que ele possuísse”, mas apenas aquilo que é necessário e suficiente para atender às suas despesas diárias de vida (It cannot extend to any or everything which it would be desirable for the claimant to have. It must import provision to meet the everyday expenses of living), referindo-se, portanto, ao fato de que, nas circunstâncias apresentadas, adquirir a propriedade da sua residência não seria uma prioridade, já que isso não afetava a sua moradia,

⁵⁷⁶ SCHAUL-YODER, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. Boston College International and Comparative Law Review, vol. 8, n. 1, 1985, pp. 205-236. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1417&context=iclr>> Acesso em 15 mar. 2019.

que é a grandeza principal a se tutelar, e que estava sendo adequadamente provida, além de sua alimentação, de seu conforto e de outras necessidades ordinárias de manutenção⁵⁷⁷.

Como visto até então, as principais questões sucessórias relativas às provisões familiares giram em torno da concretude do evento morte, o que poderia nos induzir a acreditar que o modelo apenas promove restrições à liberdade de testar, mantendo incólume a liberdade dispositiva que um indivíduo possui enquanto vivo (liberdade de dar). Entretanto, o sistema também institui restrição importante a este direito: determina que o teste de razoabilidade pode estender-se para afetar a higidez das doações realizadas pelo de cujus nos seis anos que antecederam a sua morte, modulando-as apenas até o limite indispensável à satisfação das necessidades de um familiar dependente afetado pela liberalidade, desde que provado que esta, como realizada, teve o propósito premeditado de esquivar-se de uma reclamação fundada nos moldes da family provision⁵⁷⁸, e que contou com a participação de um donatário que compartilhava das mesmas intenções fraudulentas, o que se nos apresenta como um recurso jurídico associado ao já conhecido conceito de boa-fé (“if he did not receive it in good faith”)⁵⁷⁹.

Não se trata, necessariamente, de anular a íntegra da doação, embora seja possível cogitá-la se um juízo de adequação assim fizer convencer. Porque o objetivo não é atacar a validade do ato de doação em si, mas conformar razoavelmente os seus efeitos a ponto de torná-los congruentes com uma obrigação de suporte financeiro que já era atribuída ao doador no momento da efetivação da liberalidade, objetivando-se a não evasão, presente e futura, de sua responsabilidade para com seus dependentes (anti-evasion provisions)⁵⁸⁰, constituindo um acertado aporte de “restrições flexíveis” (flexible restraints)⁵⁸¹ à liberdade de dar.

Diante das peculiaridades do caso, por exemplo, é possível impor-se ao donatário a obrigação de contribuir ou de complementar com a manutenção adequada de um familiar dependente em vista de quem o doador, então falecido, não realizou razoáveis provisões, obrigação esta evidentemente arregimentada nas forças financeiras da doação ora tratada. Ou, também, determinar-se a anulação da doação e a recomposição dos bens doados ao acervo,

⁵⁷⁷ ILOTT V MITSON: Supreme Court overturns decision in daughter’s Inheritance Act claim. Burges-Salmon. Londres, 20 mar. 2017. Disponível em <<https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/ilott-v-mitson-supreme-court-decision-in-inheritance-act-claim/>>. Acesso em 20 mar. 2019.

⁵⁷⁸ IWOBI, Andrew. Essential succession. 2 ed. Londres: Cavendish Publishing, 2001, p. 194.

⁵⁷⁹ MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow’s share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 298.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 299.

⁵⁸¹ LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. Harvard Law Review, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

caso as especificades demonstrem a indispensabilidade desse proceder para a promoção da manutenção do dependente em questão.

Isso é conjecturado levando-se em conta critérios de valoração e quantificação análogos ao juízo da family provision testamentária, desta feita especificamente dirigidos ao ato de doação. A irrazoabilidade da liberalidade é analisada em referência às circunstâncias prevalecentes no momento da transferência. Caso a doação seja considerada inadequada, deve-se determinar a extensão quantitativa e qualitativa da “contribuição” a ser realizada pelo donatário em favor do familiar que dependia do doador falecido, considerando todos os elementos fáticos importantes à obtenção de equilíbrio, sopesando-se os efeitos prejudiciais que a eventual modulação provocará na vida do donatário⁵⁸², e, inclusive, dentre outras questões, o fato de o donatário ainda possuir, ou não, o bem doado, ou de ainda gozar, ou não, dos proveitos econômicos oriundos dessa doação.

Há, todavia, uma particularidade que precisaria ser refletida a fim de se garantir a máxima efetividade do modelo, ao admitirmos-lo como fonte de inspiração a nosso anseio reconstrutivo: o fato de que a admissibilidade das reclamações ainda permanece vinculada à concretude do falecimento. Isto é, embora seja possível modular doações realizadas em vida, para a providência ser assim tomada pressupõe-se que o indivíduo provedor tenha falecido sem deixar provisões razoáveis, mas não autoriza-se que, durante sua vida, a atitude modulatória seja efetivada. Isso é relevante, na prática, em razão da limitação temporal incidir apenas nos seis anos anteriores ao falecimento, tornando inflexíveis as doações mais antigas. Significa que um indivíduo pode doar todo seu patrimônio sem reservar parte ou renda suficiente a seus dependentes, o que será integralmente mantido caso não faleça nos seis anos que seguirem a essa liberalidade.

Esse “furo” não passa despercebido aos estudiosos desse sistema. Já motivou discussões antigas que planejavam permitir que o teste de razoabilidade não fosse submetido a um limite temporal e pudesse atingir toda a vida do de cujus, contemplando disposição semelhante que existia em projeto de lei de sucessões de Israel⁵⁸³, quando esse Estado ainda se organizava institucionalmente. Contudo, costumam dizer que uma emenda legislativa nesse sentido seria problemática porque não pareceria haver um método prático que, modulando doações incautas, causasse menos anomalias e injustiças de quantas seriam sanadas (a

⁵⁸² MACDONALD, W.D.. *Fraud on the widow's share*. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 300.

⁵⁸³ RADZYNER, Amihai. *Inheritance from Uncle Sam: the American influence on Israeli succession law*. *Comparative Legal History*, vol. 4, n. 1, 2016, pp. 19-50. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/2049677X.2016.1176352>>. Acesso em 30 mar. 2019.

practicable method of avoiding dispositions made to defeat claims without causing as many anomalies and injustices as are cured)⁵⁸⁴.

Entendemos que a questão deve sempre girar em torno da manutenção do dependente. Como pudemos analisar na seção 3.2.⁵⁸⁵, o direito fundamental à herança não pressupõe, necessariamente, a concretude da morte. Porque, ainda que mire neste evento e tenha nele seu ponto eficaz mais proeminente, por meio dele são tuteladas determinadas situações que, mesmo em vida, apresentam-se indispensáveis para uma vazão futura, planejada com foco no falecimento de alguém. É oportuno, portanto, o estabelecimento de restrições e de proteções não apenas a partir de uma retrospectiva realizada no momento da morte, mas também em cada ato de doação realizado durante toda a extensão da vida de uma pessoa que se obriga à manutenção digna de outra, se as circunstâncias fáticas decisivas no momento da liberalidade insinuarem esquiva, imediata ou premeditada, do dever familiar de manutenção.

Mutatis mutandis, o que pudemos evidenciar nesta subseção foi a elevada funcionalidade do modelo inglês de protetividade sucessória das relações familiares, capaz de promover a assistência digna de pessoas que assim se relacionam a partir de preceitos compatíveis com a realidade “instável” da família contemporânea. Pois mostramos que sua atenção volta-se aos fatos, ao relacionamento concreto – e não abstrato – entre pessoas e às necessidades existenciais e individuais dos envolvidos, descurando-se de abarcar pretensões tradicionais e negando a promoção de uma defesa formal, institucional e patrimonializada das entidades familiares. Demonstramos, pois, que sua preocupação central não se funda na transmissão de um patrimônio em si, mas na funcionalização de uma messe proprietária, enxergando-a, em primeiro lugar, como um meio de preenchimento existencial de pessoas que dela dependem essencialmente para sobreviver com dignidade.

Essa legislação preserva a liberdade dispositiva, em seu viés testamentário e donatário, ao mesmo tempo em que atende às necessidades dos dependentes sobreviventes. Harmoniza equitativamente a premissa da autonomia da vontade ao preceito da solidariedade familiar⁵⁸⁶, atendendo esses dois objetivos constitucionais a um só tempo, com o mesmo grau de intensidade e de um modo apropriado às peculiaridades fáticas de cada família e de cada relação humana de cariz familiar.

⁵⁸⁴ WEBB, Clifton. Letter from 14th april 1953. In: MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow's share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 297.

⁵⁸⁵ Ver pág. 64 e seguintes.

⁵⁸⁶ HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. Cornell International Law Journal, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

Em que pese fosse possível estabelecer um paralelo institucional entre a family provision e a legítima clássica⁵⁸⁷ que vigora no Brasil, na presunção de que ambas promoveriam algum tipo de proteção às relações familiares, o modelo inglês, porque aberto, fático e flexível, dilacera a institucionalidade familiar em que se funda o modelo brasileiro de repartição por quotas ideais, patrimoniais e apriorísticas, resguardando os interesses individuais⁵⁸⁸ – e não institucionais ou “coletivos” – dos familiares que necessitam de amparo, por isso adequando-se perfeitamente aos pressupostos da contemporaneidade que pudemos expor em toda extensão do trabalho.

4.4.3. Perspectivas contemporâneas de um instituto sucessório de natureza alimentar

Num primeiro momento, a incorporação de um modelo de proteção familiar sucessória semelhante ao inglês poderia parecer uma providência disruptiva. Poderiam afirmar, em tom pejorativo, que seu semblante é muito discricionário, muito subjetivo, aberrativo demais para lidar com a máxima da perfeição e da certeza de um direito que se pretende científico; de um direito atormentado pela precisão de conceitos e de definições, como por vezes se quer apresentar o brasileiro.

Mas e se disséssemos que o Brasil já se encontra profundamente habituado com essa metodologia e que não teria muitas dificuldades de adaptação, senão as dificuldades próprias de qualquer novidade jurídico-metodológica? Melhor: e se disséssemos que o direito brasileiro já conta com um arcabouço dogmático receptivo a esse espírito reconstrutivo de uma “legítima aberta”, o qual, em vista do reconhecimento de que a legítima clássica apresenta-se-nos mesmo inconstitucional, autorizaria a imediata aplicação de preceitos tais sem a necessidade de maiores intervenções legislativas?

O objetivo desta subseção, fecho definitivo do trabalho, é justamente mostrar em passos ligeiros que esse modelo encontra resguardo em dispositivos vigentes do Código Civil, também reluzindo em consistentes entendimentos doutrinários brasileiros a respeito de aspectos contemporâneos da herança, da propriedade e da família. Queremos evidenciar, nesse intento, que os recursos jurídicos que já se encontram atualmente à disposição do ordenamento brasileiro são suficientes para suprirem as lacunas provocadas pela declaração

⁵⁸⁷ VAQUER ALOY, Antoni; LÓPEZ, Noelia Ibarz. Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal. *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, n. 4, 2017, pp. 211-235. Disponível em: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/273/225>> Acesso em 1 jan. 2019.

⁵⁸⁸ MACDONALD, W.D.. *Fraud on the widow's share*. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 291.

de inconstitucionalidade da legítima clássica. Faremos isso a partir do desenvolvimento de duas proposições interrelacionadas: a) a concepção de um patrimônio mínimo, associando-a à normatividade do artigo 548 e conjugando-a a uma nova abordagem do artigo 549, ambos do Código Civil; e b) a compreensão contemporânea do que seriam os “legados necessários de alimentos”, fulcrada numa interpretação expansiva do artigo 1.700 desse mesmo diploma legal. Sigamos a averiguá-las.

“O mínimo a assegurar-se”⁵⁸⁹ é termo cunhado por Luiz Edson Fachin em sua obra “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”. Nela, o autor ancora a gênese jurídica de um “patrimônio mínimo” como elemento que “fomenta a percepção axiológica da pessoa, adequada a direcionar, nos contornos dessa modernidade tardia, uma visão compreensiva e de reconstrução”⁵⁹⁰. A dignidade da pessoa, logo, é aclamada como elemento central de sua tese, fincando-a na ideia do que seria a “intuição do justo”.

O conceito desenvolve-se para apontar que a abstração proprietária de um indivíduo é menos importante de que uma pessoa humanamente considerada. Menos importante, aliás, de que a pessoa do próprio indivíduo em questão. Pois sua titularidade proprietária deixa de ser considerada um fim em si mesmo, relativizando-se para que a sua pessoa seja protegida inclusive de suas próprias vontades. Algo que a princípio poderia soar paradoxal, mas que reflete uma razão-de-ser perfeitamente consistente com o paradigma de um direito civil constitucional. Consistente, precisa-se também dizer, com as premissas filosóficas do liberalismo lockiano, embora Fachin – tanto quanto a maioria dos civilistas-constitucionalistas – sempre procure esquivar-se de conjecturadas similitudes com os movimentos liberais clássicos.

De todo modo, é nessa interação que Fachin justifica a plena pertinência da redação do artigo 548 do Código Civil: “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”⁵⁹¹. O texto encampa propósitos evidentemente humanos, e sua larga abertura textual fertiliza a constituição jurídica de um “patrimônio mínimo” indisponível pela vontade de seu titular. Um “patrimônio” que se subentende suficiente não apenas a uma sobrevivida, mas à garantia de sua subsistência digna, compatível – ou pelo menos referível – às condições de vida que experimentava no ato de

⁵⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 271.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 272.

⁵⁹¹ BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.

liberalidade. Pois “mínimo” ou “subsistência” são expressões evocativas de uma sustentação que “não quantifica e sim qualifica o objeto”⁵⁹².

Com efeito, como a tutela é humana, e não patrimonial⁵⁹³, importa pouco observar as características exclusivamente financeiras do ato de doação ou do sujeito doador. Não se pretende saber se ele é um “pródigo” no sentido tradicional do termo, que conclama uma tendência ao esvaziamento patrimonial. Pouco importa se o patrimônio foi mesmo dilapidado, quedando-se o doador sem qualquer propriedade, muito menos se isso o empobreceu financeiramente, na hipótese de o ato não ter afetado, concretamente, a dignidade material de sua pessoa. Por essa razão, “reserva de parte” e “renda suficiente” devem ser compreendidos como termos instrumentais, não submetidos a uma lógica fechada. Devem ser lidos expansivamente como uma proibição de o doador despir-se dos meios necessários à sua subsistência digna⁵⁹⁴. Ou, na expressão de Pontes de Miranda, termos constitutivos de uma reserva legal contraposta à “doação exauriente dos meios de subsistência”⁵⁹⁵.

Essa leitura afasta o pretexto de discussões sobre a viabilidade jurídica de “doações universais”; se elas poderiam, ou não, ser realizadas; se poderiam ser realizadas apenas com “reserva de usufruto”, etc., porque são análises ainda presas, parece-nos, a um juízo indesejavelmente formalista. Pois o que se pretende reservar, propriamente, não é uma extensão apriorística de um patrimônio, mas a subsistência digna, confortável, concreta, da pessoa que doou, o que pode suscitar, ou não, a indisponibilidade sobre uma parte de um bem em particular. Desse modo, observa-se que tão-somente a casuística determinará se um doador, ao ter realizado uma doação, afetou materialmente a sua subsistência, ensejando a aplicação da norma de que se cuida. Bem assim, apenas essa verificação nos dirá qual é a “parte” inquinada de nulidade, mesmo porque referida nulidade, por óbvio, apenas incidirá num “tanto e quanto” indispensável à recomposição dos meios necessários à manutenção de sua subsistência digna, não destinando-se a afetar a validade integral do ato, o que também se infere à luz do princípio da irrevogabilidade⁵⁹⁶ ou da conservação dos negócios jurídicos.

Ademais, o juízo que se faz é previdente, pois a preocupação não é propriamente com o hoje, com o agora, mas sobretudo com o futuro do doador. Busca-se protegê-lo de suas imprecavções a partir de um raciocínio pautado numa verossímil previsibilidade. É, por isso,

⁵⁹² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 271.

⁵⁹³ Ibidem, p. 96.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 98.

⁵⁹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XLVI. Rio de Janeiro: Borsóí, 1968, p. 244.

⁵⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit., p. 108.

uma análise circunstancial, aberta e tópica, que exige um aprofundamento argumentativo sobre questões tão amplas quanto diversas, como, por exemplo, a idade do doador e sua (in)aptidão para a geração de renda. É em sentido similar que pensa José Maria de Carvalho Santos:

O intuito da lei, fácil é perceber, não é outro senão evitar que o doador, no futuro, venha a sofrer as consequências da sua liberalidade exagerada. Por isso mesmo, não dispõe para o presente, mas prevê o futuro, querendo evitar o mal que de ordinário acontece na época em que a pessoa não mais pode produzir, sendo obrigado ao repouso por imposição da natureza. Daí a consequência: é preciso que o doador fique com os meios de subsistência, que se conservem até o fim de sua vida, a não ser se ocorrerem situações imprevistas, das quais o legislador não poderia, por isso mesmo, cogitar.⁵⁹⁷

Como a providência exige uma análise ampla e sempre fática, é impossível não enxergarmos uma identidade quase indistinguível entre o conteúdo funcional dessa norma e os meandros das restrições flexíveis à liberdade de dar concatenadas pelo modelo sucessório inglês, que aplica os critérios de valoração da family provision especificamente aos atos de doação. Há entre ambas, contudo, uma diferença aparente: a norma brasileira não faz uma referência textual à proteção dos familiares do doador, tanto que a análise de Fachin parece ser dirigida apenas à proteção da figura do indivíduo que doa.

Concluir desse modo, no entanto, seria incondizente com uma leitura mais densa de sua obra. O próprio Fachin, por vezes, lança mão de provocações que nos permitem compreender a transcendência dessa protetividade também aos familiares do doador (“...quicã encontre sua razão de ser na proteção de sua pessoa e de seus familiares”⁵⁹⁸). O que queremos dizer é que a melhor interpretação dessa norma afirma que a restrição à liberdade de doar envolve uma ponderação que afere a subsistência não apenas do próprio doador, mas de todos os familiares que dele dependem essencialmente para sobreviver. O patrimônio mínimo, ou a “reserva de subsistência”, é um conceito que se alastra para proteger todos aqueles que se interrelacionam e cujas dignidades, para serem mantidas, impõem a indisponibilidade de determinados meios de subsistência, ainda que pertencentes a apenas uma delas. Pois não seria plausível que a norma se destinasse a tutelar o doador, e não, da mesma forma, as pessoas que se qualificam como seus dependentes.

Essa interpretação parece óbvia e intuitiva. Marcos Catalan, por exemplo, ao refletir sobre a necessidade de reformulação do direito sucessório brasileiro, embora siga uma direção divergente sobre as perspectivas gerais da sucessão (enxerga na herança, também, um viés de

⁵⁹⁷ SANTOS, José Maria de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 392.

⁵⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

redistribuição das riquezas e de justiça social), afirma que qualquer proposta de ruptura nesse campo exige “a manutenção do patrimônio mínimo como elemento comum”. Assim o faz apropriando-se da narrativa de Fachin sobre a teoria do “patrimônio mínimo”, mas não para informar uma proteção à pessoa de um doador, e sim para dizer que é preciso garantir aos “filhos menores ou que ainda estão estudando, e de outros entes que por si só não possuam aptidão para o trabalho” acesso “à saúde, educação, alimentação, moradia, acesso à cultura”⁵⁹⁹, evocando uma manifesta similaridade com a figura do “familiar dependente” aduzida pelo modelo inglês.

Tércio Sampaio, ao tratar sobre hermenêutica, provavelmente diria, nesse caso, que estaríamos diante de um problema da teoria linguística relativa ao que seria uma “elocução” e uma “ilocução”, informando que a descrição literal dos textos não necessariamente sugere o seu sentido integral. Indicaria que a mensagem normativa, embora expressamente apenas se refira à pessoa do doador, implicitamente também inclui seus familiares dependentes em seu âmbito de proteção. A explicação de Tércio sobre a questão é esclarecedora:

Um rapaz está saindo de casa e a mãe diz: “está chovendo!”. O que que ela quis dizer? “Está chovendo” é uma expressão descritiva. Olhe pela janela e você vai ver: “está chovendo”. Mas antes de sair o filho pega o guarda-chuva. Ela não disse “pegue o guarda-chuva!”. Mas nós podemos dizer que, na dimensão da locução “está chovendo”, que é uma pura descrição, está escondida uma “ilocução” (“pegue o guarda-chuva!”). (...) O que se percebe é que, na comunicação humana, nós lidamos com essas situações. Todas locuções tem um lado ilocutivo, como nesse exemplo. Portanto, no universo das normas poderíamos dizer que isso, em termos da cultura da argumentação, não é muito diferente...⁶⁰⁰

Embora suficiente a essa compreensão, uma leitura isolada do artigo poderia ser percebida pelos exegéticos como um malabarismo retórico. Rapidamente invocariam o aforismo do *in claris cessat interpretatio* ou *in claris non fit interpretatio*⁶⁰¹, defendendo que, por ser clara a remissão textual apenas ao doador, ampliar a proteção a seus dependentes seria manipular o sentido original dessa norma. Daí que, para integrar de maneira ainda mais firme nosso entendimento, cabe-nos expor uma nova abordagem do subsequente artigo 549 do Código Civil: “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.”

Tradicionalmente, a “parte” que o doador não poderia dispor em testamento corresponderia à concepção taxativa da “legítima” clássica, isto é, à “metade dos bens da

⁵⁹⁹ CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 44, p. 135-147, out./dez. 2010.

⁶⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Conferência 6: hermenêutica e argumentação. Curso Hermenêutica Jurídica, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>> Acesso em 4 dez. 2018.

⁶⁰¹ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la. Revista de Informação Legislativa, vol. 37, n. 146, pp. 185-194, abr. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/589>. Acesso em 5 abr. 2019.

herança”, num juízo que anteciparia a morte do doador para o momento da liberalidade⁶⁰². O reconhecimento da inconstitucionalidade dessa legítima fechada, todavia, não elimina a normatividade do artigo 549, mas apenas recomenda a sua (re)interpretação conforme para reforçar que essa “parte”, indisponível pela vontade do doador, diz respeito à “reserva de subsistência” fulcrada na concepção de um “patrimônio mínimo”, especificamente destinada à garantia da dignidade das pessoas que se relacionam familiarmente.

Compreende-se, nessa medida, que a ninguém é dado o poder de dispor de seus bens sem antes constituir uma “reserva” apta a garantir a subsistência digna não apenas de si próprio, mas também das pessoas que dele dependem fundamentalmente, tendo-se sempre o cuidado de compreender, como visto anteriormente, que a “reserva” ora tratada não diz respeito a uma extensão patrimonial apriorística; que não corresponde a bens específicos ou previamente indicados, mas refere-se a um contexto, ou melhor, a um juízo previdente – aberto e tópico – sugestivo de que a liberalidade em questão não pode afetar a manutenção, presente e futura, dos dependentes do doador. Se considerarmos essa interpretação plenamente plausível, podemos assentar a ideia de que a interpolação hermenêutica existente entre o artigo 548 e essa nova abordagem do artigo 549 crava definitivamente o vetor normativo das restrições contemporâneas à liberdade de dar de um direito sucessório brasileiro constitucionalizado, autorizando-se o emprego de recursos metodológicos similares aos utilizados no âmbito da family provision inglesa.

Por sua vez, é prudente conceber o prolongamento dessa proteção para além da morte de um indivíduo, quando a disciplina de seu patrimônio estaria, em tese, exclusivamente submetida aos contornos patrimoniais do Código Civil (da sucessão testamentária, da sucessão legítima ou de uma mistura de ambos). É preciso divisar, portanto, um preceito normativo que expanda essa perspectiva da “reserva de subsistência” para o momento específico em que a morte se materializa.

Entendemos que uma leitura apropriada do artigo 1.700 do Código Civil comportaria perfeitamente essa ambição: “Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.”. Trata-se de dispositivo que insere no ordenamento brasileiro, segundo elucidativa nomenclatura empregada por Mauro Antonini, aquilo que seria o “legado necessário de alimentos”⁶⁰³, instituto que, ao lado da inconstitucional legítima clássica e do direito real de habitação, comporia a espécie da

⁶⁰² Ver página 140 e seguintes.

⁶⁰³ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 118.

“sucessão necessária”, ou seja, o campo sucessório que estabelece normas cogentes, de ordem pública, inalteráveis pela vontade de um testador⁶⁰⁴. A denominação decorre de um paralelo estabelecido com o “legado testamentário de alimentos”, cuja previsão reside explicitamente no artigo 1.920 do Código⁶⁰⁵, deste diferenciando-se, essencialmente, por ter configuração ex lege (“legado ex lege”), derivada diretamente da lei, não podendo ser afastada pelo autor da herança, nem por seus herdeiros testamentários ou legítimos⁶⁰⁶.

A percepção de que os legados necessários de alimentos devem constituir o novo viés brasileiro restritivo da liberdade de testar apenas seria oportuna se estabelecida – como estabelecida está – a expansividade hermenêutica própria do ambiente constitucional da pós-modernidade, desapegada que é de preciosismos terminológicos e mais preocupada com a função promocional do direito e de seus institutos. Seria preciso admitir como ponto de partida funcional a ausência de certas amarras dogmáticas que, desabitadas com a abertura textual ínsita à redação do artigo 1.700, procurariam meios de cerrá-la a tradicionalismos conceituais já não mais condizentes com a nossa atualidade.

A primeira amarra a ser superada, fruto de uma concepção reacionária dessas obrigações, corresponde à interpretação restritiva sugestiva de que, por terem os alimentos “caráter personalíssimo”, seria inviável reconhecer a sua transmissibilidade aos herdeiros do devedor para além daquilo que, na data do óbito, ainda não tivesse sido constituído a título de dívida vencida⁶⁰⁷. Essa leitura neutralizaria completamente os fins autênticos da norma, que se desdobram – parece-nos evidente – numa almejada projeção post mortem dos efeitos dignificadores propiciados pela obrigação alimentar, compreensão que revela um maior afinamento com o primado da solidariedade familiar, que é um dos esteios do direito fundamental à herança.

Mesmo porque, embora se cogite, sob uma aparência formal, que, com a morte, a obrigação passa a ser assumida pelos herdeiros do falecido, é o patrimônio deixado pelo de cujus, limitado às suas forças, que por ela se responsabiliza economicamente. Não se transmite aos herdeiros o caráter personalíssimo da obrigação, pois ela é apenas projetada sucessoriamente num patrimônio que antes já pertencia ao de cujus. Portanto, reportando-nos ao argumento de que, em vista de uma redação lacônica como a que se coloca, prepondera o

⁶⁰⁴ Ver página 131 e seguintes.

⁶⁰⁵ Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor. (BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 2 mar. 2019.)

⁶⁰⁶ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 123.

⁶⁰⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 386.

entendimento que maximiza as funções da norma, admitimos, no caso, a transmissibilidade ampla e obrigatória de toda e qualquer obrigação de natureza alimentar que, ao tempo da abertura da sucessão, subsistia em relação ao falecido.

A segunda amarra que precisa ser superada diz respeito aos aspectos objetivos aos quais a obrigação alimentar estaria conformada. Pois há doutrinadores, como Fábio Ulhoa Coelho, que, também afirmando o “caráter personalíssimo” dessa obrigação, tentam colocar a “herança” dos “herdeiros” como limite frontal ao pagamento de alimentos nesse ambiente sucessório, alegando que qualquer redução por ela sofrida constituiria providência violadora do direito fundamental à herança⁶⁰⁸. Nesse espírito, surgem entendimentos no sentido de que a obrigação alimentar incidiria apenas até o limite dos frutos eventualmente produzidos pela herança deixada, denotando-se que a inexistência de frutos implicaria, *pari passu*, a inexistência de obrigação alimentar a se adimplir. Isso afastaria a pertinência de se cogitar alienações de bens para a ela fazer face⁶⁰⁹, ou mesmo outras providências úteis a um fim alimentar, como o usufruto a certo termo.

Essa compreensão é equivocada porque trata a obrigação alimentar sucessoriamente transmitida, isto é, o legado necessário de alimentos, como se fosse algo fora do contexto da herança. Como se fosse algo que não integraria o seu próprio conteúdo. É um entendimento ainda não emancipado do tradicional primado da unidade, que na herança enxergaria uma grandeza indivisa e puramente patrimonial. No entanto, a natureza assistencial do legado alimentício de modo algum exclui o fato de que ele é também herança. É herança na medida em que se refere a uma atribuição transmitida *causa mortis*, influenciando, regulando e modulando as obrigações, as relações, a vontade e a propriedade do falecido⁶¹⁰. Assim, esse direito conferido ao alimentando é sucessório, e, nas palavras de Mauro Antonini:

(...) constitui legado *ex lege*, ou seja, é herança igualmente, na acepção ampla do termo, incluindo herança e legado. O crédito de alimentos não é, portanto, algo externo à herança. A redução de quinhões de herdeiros, para atendimento de legados *ex lege*, é aspecto inerente à transformação pela qual vem passando o sistema sucessório...⁶¹¹

Com esse entendimento, ratifica-se a premissa largamente estabelecida em nosso trabalho no sentido de que o direito fundamental à herança possui uma interioridade bidimensional, projetando uma proteção simultânea a situações patrimoniais (proprietárias) –

⁶⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 208.

⁶⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 595.

⁶¹⁰ BIANCA, Massimo. Diritto civile: la famiglia e le successioni, 4 ed. Milão: Giuffrè, 2005, pp. 233-234.

⁶¹¹ ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 122.

gozadas por “herdeiros” e pelo próprio autor da herança – e extrapatrimoniais (familiares) – titularizadas pelos familiares vulneráveis, dependentes da pessoa que faleceu⁶¹².

Assimilado esse preceito, sendo que ainda divagando sobre os aspectos objetivos dessa obrigação, deve-se tomar por certo o argumento de que não há outro limite razoável a se contrapor a esses legados senão o que seriam, vagamente, as “forças da herança”⁶¹³. É premissa sintonizada com o dispositivo que, calcado em juízo de equidade, fornece os parâmetros considerados para o arbitramento dos alimentos: “Art. 1.694. (...) § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”⁶¹⁴. Por envolver um raciocínio amplo, é plausível permitir, se o caso concreto revelar a sua indispensabilidade, o esgotamento do acervo hereditário para fazê-los cumprir. É desejável, entretanto, que seja buscado, tanto quanto possível for, a preservação da substância da vontade do falecido, o que envolve uma análise ampla, atenta às especificidades de cada herdeiro e de cada alimentando. De todo modo, apenas as circunstâncias específicas de cada sucessão poderão determinar a necessidade de semelhante providência, buscando-se sempre garantir uma equipolência e a maximização das “forças da herança” a partir do trinômio da necessidade-possibilidade-razoabilidade.

Presume-se, assim, que aos legados necessários de alimentos é conferido tratamento prioritário, e não concorrente, em relação às demais espécies sucessórias – tanto quanto se faz em relação à family provision inglesa. A tese é reforçada pelas perspectivas de Rolf Madaleno⁶¹⁵ e de Sérgio Gischkow Pereira⁶¹⁶, os quais anunciam, em suma, que as prestações alimentares sucessoriamente transmitidas devem preferir as demais estipulações sucessórias de natureza patrimonial, observando-se essa primazia inclusive quando confrontadas com as quotas dos “herdeiros necessários” (embora essa confrontação não nos sirva, vez que já partimos do pressuposto da inconstitucionalidade da legítima clássica). Qualquer provisão, todavia, sempre envolverá um cotejo das circunstâncias pessoais dos envolvidos (herdeiros e alimentandos), inclusive se há, ou não, outros parentes obrigados à manutenção dos alimentandos, e se estes já foram, ou não, contemplados com disposições hereditárias suficientes para suprir as suas necessidades de subsistência, demandando-se prudência e ponderação.

⁶¹² Ver página 57 e seguintes.

⁶¹³ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81.

⁶¹⁴ BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018

⁶¹⁵ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 647.

⁶¹⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A Transmissão da Obrigação Alimentar. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes Temas da Atualidade: alimentos no novo Código Civil – aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269.

As últimas amarras a serem superadas, muito mais de que as duas que nos antecederam, exigiriam uma renúncia plena aos truísmos do direito pré-constitucional; um abandono definitivo à ideia de que, no direito, há uma “natureza das coisas”⁶¹⁷ a ser preservada, que estaria sendo manipulada por discursos progressistas antinaturais. Exigiriam, acima de tudo, um amadurecimento da sociedade e um cada vez maior afastamento do Estado sobre o modo como as pessoas resolvem se relacionar.

Uma, talvez mais branda, embora não menos heterodoxa, diz respeito à amplitude dos modos de satisfação dos legados necessários de alimentos. É que a cultura jurídica brasileira, de forma geral, trataria como sinônimos a obrigação alimentar e a pensão alimentícia, lógica que, a princípio, também deveria ser conduzida ao ambiente sucessório que ora se analisa. Ou seja, pareceria mais intuitivo que a obrigação de prestar alimentos, antes assumida em vida pelo falecido – e ainda que durante essa vida a obrigação estivesse sendo cumprida de modos diversos (com o fornecimento de moradia e com as prestações não muito bem definidas que qualificam o sustento de pessoas que convivem familiarmente, por exemplo) – fosse sempre convertida numa “contribuição periódica”⁶¹⁸ pecuniária, numa obrigação de pagar quantia certa em prestações mensais, a ser assumida pelos herdeiros ou pelo acervo hereditário, de modo geral.

A regra do pensionamento, como forma de satisfação de deveres assistenciais derivados das relações familiares, funda-se não apenas no que poderíamos dizer ser uma genuína “tradição” jurídica⁶¹⁹, mas também no pressuposto de que a “possibilidade”, variável que integra o trinômio do juízo de equidade alimentar, “deve ser aferida com base nos rendimentos do alimentante, e não nos seus bens, de modo que não comprometa a manutenção do seu próprio padrão de vida”⁶²⁰.

Entretanto, apesar de ser comum pensar que outras formas de custeio seriam sempre comprometedoras da manutenção das condições de vida tanto do alimentando quanto do alimentante, isso nem sempre é verdade. Também não é verdade que a melhor forma de prover os alimentos seja sempre por meio de pensão. Por vezes, o fornecimento da posse de

⁶¹⁷ SIMÃO, José Fernando. Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes. *Revista Consultor Jurídico*. 21 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/nao-existe-dever-prestar-alimentos-entre-concubinos>>. Acesso em 15 abr. 2019.

⁶¹⁸ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 15, n. 1, jan-abr/2010, pp. 158-173. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 15 abr. 2019.

⁶²⁰ COSTA, Cora Cristina Ramos Barros; LOBO, Fabíola Albuquerque. A atual pertinência dos alimentos compensatórios no Brasil. *Revista Civilística*, ano 6, n. 1, 2017. 21 mai. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Costa-e-Lobo-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019.

um imóvel para fins de moradia (alimentos in natura), por exemplo, pode suprir de modo mais satisfatório as necessidades do alimentando, no mesmo passo em que encerra uma solução financeiramente mais vantajosa para o alimentante.

A razão de que a prestação pode se dar de maneiras outras que não o pensionamento deve ser compreendida ainda mais incontidamente quando nos referimos aos legados necessários de alimentos. Com efeito, os modos de prestá-los devem ser tão diversos quanto diversas forem as especificidades de cada sucessão, as necessidades do alimentando e os interesses dos demais envolvidos no fenômeno. Essa amplitude de raciocínio é cabível, sobretudo, porque o juízo de ponderação exercido na ocasião leva em consideração as “forças da herança” deixada pelo de cujus, não mais havendo que se falar em padrão a se manter do alimentante, vez que falecido está. Portanto, no específico caso das obrigações alimentares sucessoriamente transmitidas pode-se – e deve-se – considerar os aspectos quantitativos e qualitativos dos bens que compõem as deixas. Mais ainda: deve-se permitir, à luz das peculiaridades do caso, que o adimplemento da obrigação possa operar, por exemplo, em parcelas únicas; através do usufruto de determinados bens; ou mesmo através da transferência definitiva da propriedade de bens móveis e imóveis. As possibilidades não poderiam ser encerradas em lista.

Esse entendimento flexível, expansivo, a respeito de modos diversos de satisfação dos alimentos já tem tido espaço de discussão no Brasil nos entornos dos “alimentos compensatórios”⁶²¹, valendo-se de analogia captada dos “alimentos reparatórios”. Em que pese sejam ditos de natureza distinta (“indenizatória”, e não propriamente alimentar), o raciocínio prático utilizado pelos tribunais brasileiros para fixá-los é muito parecido com esse que se cogita para os legados necessários de alimentos, sendo praticamente o mesmo que caracteriza a family provision inglesa (referimo-nos ao modo de satisfação, quando se admite o seu pagamento em parcelas únicas, e não aos critérios de valoração e quantificação).

Dizer que é possível determinar o pagamento de legados de alimentos em parcela única, em transferência de propriedades ou mesmo por meio de concessão obrigatória da posse de determinados bens (como já se opera em relação a cônjuges, relativamente ao direito real de habitação) não é o mesmo que dizer que elas representam as melhores soluções em todos os casos. A bem da verdade, arriscaríamos afirmar que a pensão ainda se apresenta como a resolução mais adequada para a quase íntegra dos problemas sucessórios dessa

⁶²¹ COSTA, Cora Cristina Ramos Barros; LOBO, Fabíola Albuquerque. A atual pertinência dos alimentos compensatórios no Brasil. Revista Civilística, ano 6, n. 1, 2017. 21 mai. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Costa-e-Lobo-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019.

natureza. Trata-se apenas de abrir um horizonte para que a ponderação exercida a partir do trinômio alimentar (necessidade-possibilidade-razoabilidade) seja plenamente funcional com o advento da morte de algum familiar, atenta à realidade concreta de um problema que se coloca, retirando-se a limitação tradicional do pensionamento quando o caso concreto evidenciar que há outras soluções mais justas e favoráveis a todos os protagonistas de uma dada sucessão.

Com isso dito, passamos a estabelecer a última amarra a ser superada para que, ao fim e ao cabo, possamos concluir por uma quase plena identificação dos legados necessários de alimentos com a *family provision* inglesa, permitindo-se a incorporação de vários recursos metodológicos utilizados por esse já amadurecido sistema. Certamente, esta é a mais conturbada das amarras até então desenvolvidas, e a mais passível de resistências. Referimo-nos à magnitude de categorias de pessoas que possuiriam legitimidade para pleitear esses legados, se considerarmos a redação do artigo 1.694, remetido pelo 1.700, que faz referência aos “parentes, cônjuges e companheiros”.

Diante da leitura que realizamos a propósito do funcionamento das relações familiares contemporâneas, não haveria como ultimarmos a nossa reflexão de forma diversa senão no sentido de reconhecer a ausência de taxatividade nesses termos, admitindo a sua elasticidade para abarcar todas as pessoas que com o falecido nutriam o que socialmente se reputa, nos dias de hoje, como sendo um verdadeiro “comportamento familiar”, anotando-se, por certo, a preponderância jurídica do “parentesco socioafetivo”, tipo de relação que transborda os limites formais da genealogia e da ancestralidade.

É dizer: parentes, para os propósitos protetivos ministrados pelos legados necessários de alimentos, são aquelas pessoas que, no momento do falecimento do *de cuius*, com ele conservavam relação fática densificada pela reciprocidade de afetos e de cuidados (observada em sua intensidade e em sua qualidade de fato), tendo-se pouca relevância a sua especificação formal (ou seja, a “linha”, a “classe” ou o “grau” que o relacionamento entre elas mantido eventualmente pudesse reportar).

Superadas essas quatro principais amarras dogmáticas, e aproveitando-se da redação aberta do artigo 1.700 do Código Civil, tem-se um ambiente fértil e receptivo à compreensão do “legado necessário de alimentos” como instituto verdadeiramente protetivo das relações familiares contemporâneas, na medida em que reconhecido como preceito normativo que maximiza, no ambiente sucessório, ao mesmo tempo e com a mesma intensidade, os princípios da solidariedade familiar e da liberdade dispositiva.

Desse modo, a interpolação hermenêutica dos artigos 548, 549 e 1.700, também fulcrada nos preceitos da “reserva de subsistência” e na teoria do “patrimônio mínimo” desenvolvida por Fachin, tornam-se os recursos jurídicos que propiciam a reconstrução constitucional imediata de uma legítima contemporânea, sem a necessidade de maiores intervenções legislativas.

Finalizamos, assim, para dizer que, embora fosse altamente desejável a realização de uma profunda alteração no Código Civil, ou até a inauguração de um microssistemático Estatuto das Sucessões, o ordenamento brasileiro já dispõe de uma solução plausível para a formatação de uma “legítima aberta” que seria preenchedora de lacunas decorrentes do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas constitutivas da legítima clássica. Um instituto funcional e flexível baseado em mecanismos restritivos da liberdade de dar e de testar plenamente compatíveis com os anseios plurais, imprevisíveis e “instáveis” das famílias brasileiras da pós-modernidade.

5. CONCLUSÃO

Fosse possível sintetizar o objetivo original a que se propôs a investigação, dele daríamos sinal a partir da formulação de duas questões primordiais: a primeira consistiria em examinar se o instituto da legítima clássica, tal como posto no Código Civil de 2002, seria, ou não, compatível com a contemporaneidade constitucional que se atravessa; a segunda, a ser deduzida na hipótese em que obtida uma negativa à suspeita anterior, em averiguar se ainda pareceria razoável, à luz de preceitos caros ao ambiente sociojurídico da pós-modernidade, conceber limitações à liberdade patrimonial dispositiva que fossem fundadas em relações familiares, bem assim de que modo se cogitaria uma alternativa que pudesse conciliar adequadamente esses novos pressupostos.

As indagações solicitaram uma densificação histórica sobre os meandros do relacionamento mantido entre a propriedade, a família e a herança. A esse propósito, pudemos constatar que originalmente não havia como estabelecer diferenciações precisas entre uma coisa e outra. Eram termos que convergiam para um mesmo fenômeno. Propriedade era família, que era herança, e vice-versa. Apenas a uma certa altura da história é que houve uma bifurcação mais evidente, quando se noticiara um certo reconhecimento de que a propriedade se tornara um fenômeno majoritariamente individual, compreensão posteriormente amplificada pelos preceitos filosóficos liberais já da era moderna.

A esse despeito, observamos que não apenas no Brasil, mas na larga maioria dos países componentes do mundo ocidental, subsistiu uma reminiscência social, e também jurídica, de que a propriedade seria ainda presa a um “comunitarismo familiar” de outrora. O Brasil moderno, ambíguo, galgava o reconhecimento de liberdades individuais, mas ainda se prendia a uma atomização proprietária que alcançava um sentido apenas familiar, e não individual. A “família” era um signo de reconhecimento moral que demandava deferência, de modo que as vontades individuais de seus integrantes eram a partir disso justificadamente refreadas, porque secundárias. O “patrimônio da família” era o elemento aglutinador das relações familiares, e ele não pertencia propriamente a nenhum dos membros individualmente considerados, mas à superestrutura familiar, concebida por cargos de importâncias formais predefinidas pela lei. A herança se deferia de modo a projetar para o futuro esse formato ideal de família patrimônio-instituição, daí a pertinência da estrutura do direito sucessório que vigia, delineadora de um modelo de transmissão hereditária familiar profundamente patrimonializado e calcado nos valores tradicionais.

No entanto, vimos que o Brasil contemporâneo rompeu definitivamente com esse paradigma. Não há como dizer exatamente por qual razão, mas a família aos poucos deixou de ressoar esse sentido estruturado, hierarquizado e patrimonializado. Houve um intercâmbio sadio entre a sociedade civil e os juristas, catalizado pela promulgação da Constituição de 1988, que passou a compreender e a juridicizar a família como afeto, reciprocidade, cuidado e convivência, e não mais como forma ou biologia. As relações familiares passam a ter uma função, e a instituição familiar, considerada em si mesma, é legalmente pulverizada. O “patrimônio da família” dá lugar à solidariedade recíproca como elemento dignificador das relações familiares.

Isso significa que a métrica da justiça familiar passa a resvalar apenas na manutenção digna das pessoas que assim faticamente se interrelacionam. As liberdades de um são mitigadas para favorecer o preenchimento da dignidade individual de seus relativos, mas é apenas para tal finalidade que a restrição às liberdades passa a poder se justificar. Nessa via, não se entende lícita a invocação da autonomia patrimonial para esquivar-se do cumprimento de deveres constitucionais derivados da solidariedade familiar, mas também não é mais possível, sob o pretexto da coesão familiar, reclamar-se o cumprimento de direitos puramente patrimoniais que até há pouco se originavam involutariamente apenas em vista do compartilhamento de laços familiares.

Vivemos na era da família “instável” e não autoritária. Das relações familiares socioafetivas, descompromissadas com a forma, líquidas, abotoadas por vínculos rarefeitos. Umam esvaem-se tão rapidamente quanto se formam. Outras duram uma eternidade de mais de uma vida. Há famílias em que netos são criados por avós, outras que se formatam pela coabitação de irmãos adultos ou mesmo de amigos, apenas por assim dizer. Há relacionamentos homoafetivos, poliamorosos e multiparentais. Há famílias simultâneas, reconstituídas e paralelas. Há casais, trisais, quadrisais, com ou sem filhos. Há até famílias “unipessoais”. Há filhos adultos que permanecem convivendo com pais idosos, cuidando e provendo afeto, e por vezes dependendo igualmente de seus proventos. A dependência, aliás, é ponto fulcral para a protetividade da família contemporânea.

Mas o direito sucessório que ainda teima em se dizer vigente ficou ao largo dessa manifesta (r)evolução. Ainda restou estruturado nos pilares quase místicos da família tradicional brasileira. Uma ambivalência quase esquizofrênica que ficou assim estampada: enquanto de um lado nos deparamos com relações familiares de todas as ordens, imprevisíveis por sua facticidade plural, mas inexoravelmente tuteladas pelo direito, de outro cogita-se só e só aquele modelo de sucessão ultrapassado, rigoroso, que historicamente regeu a família de

tempos atrás, ainda tratando-a como um antro de projeções patrimoniais. Um modelo destruído, ao admitirmos a interferência do mundo real na formulação do direito, como é o caso.

Cuidamos, assim, de realinhar as bases daquilo que estava evidentemente desordenado. Propusemos a reconstituição das balizas de sustentação de um direito sucessório, compatibilizando-o com os dias de hoje. Para esse intento, estabelecemos pressupostos filosóficos, jusfundamentais, teórico-normativos e metodológicos, além de termos também empregado, implicitamente, todo apanhado histórico e sociojurídico que já havíamos desenvolvido desde o início. Esse foi nosso norte propedêutico para a construção de um direito sucessório constitucionalizado.

A teoria da propriedade de John Locke serviu de referencial filosófico, por entendê-la congruente com o cenário que desenhamos da contemporaneidade constitucional. Chegamos à conclusão de que o justo, no que diz respeito à relação entre propriedade, família e herança, é reconhecer que o indivíduo possui uma prerrogativa natural de destinar os seus bens, em vida ou para além dela, conforme melhor julgar conveniente, uma vez atendido o dever natural de prover a subsistência e o conforto, também prospectivo, de seus familiares dependentes. É dever prioritário, apto a esgotar um patrimônio existente, caso se evidencie a sua necessidade concreta para tal fim.

Posteriormente, enxergamos a necessidade de indicar uma acurada compreensão a respeito do direito fundamental à herança. É direito de fundamentalidade “nova”, se considerarmos que apenas com a promulgação da Constituição de 1988 é que teve espaço na letra constitucional. Novidade esta, todavia, geradora de inúmeras incompreensões. Muitos o entenderiam intuitivamente como um direito que os filhos teriam, de modo geral, de serem herdeiros de seus pais, ou seja, um “direito de herdar” posto numa perspectiva patrimonial. Essa visão, contudo, foi rapidamente falseada. Mostramos que as divagações originais a seu respeito tenderiam a compreendê-lo como uma projeção post mortem do direito individual de propriedade. Um escudo contra eventuais arbitrariedades estatais que objetivassem a tomada de patrimônio com o advento da morte de alguém. Outras digressões informaram que se trataria, de fato, de uma concessão patrimonial obrigatória a familiares, mas observada apenas no ambiente da concretude da morte. Mostramos que a compreensão isolada de cada uma dessas perspectivas era imprópria para a melhor leitura desse direito nos dias de hoje. Dissemos, com isso, que o direito fundamental à herança é bidimensional em sua estrutura e polivalente em seus sujeitos. Protege o patrimônio a quem o patrimônio interessa, e a família

naquilo que a família se propõe constitucionalmente a proteger. Pois propriedade e família já não mais significam uma coisa só.

A compreensão precisou ser aprofundada, e seguimos a demonstrar que o primado da proteção proprietária é patrimonial, guiado pelo princípio da autonomia da vontade; mas o da proteção familiar é extrapatrimonial, associado ao princípio da solidariedade familiar. Assim, o direito fundamental à herança, com sua interioridade bidimensional, já nasce tenso. Pior: por envolver diferentes dimensões de direitos e de valores, a tensão não consegue ser solucionada por regras preconcebidas, por fórmulas lógico-matemáticas próprias da dogmática tradicional. Não há como definir, num problema sucessório que se coloca, a sobreposição de uma dimensão sobre a outra sem que se admita a realização de incursões de fato. Apenas o caso concreto conseguirá nos dizer se a solidariedade familiar deverá prevalecer sobre a autonomia da vontade, e vice-versa. Também só ele é que evidenciará a extensão, a intensidade e o modo-de-ser dessa prevalência. Esse era o gancho necessário para estabelecermos a metodologia coerente de um direito sucessório constitucionalizado. Devendo ser um método aberto, flexível, adepto à casuística e pouco afeito ao rigorismo de regras, o “modo de pensar” tópico-problemático provou-se adequado ao cumprimento desse papel.

Havia uma fortaleza de pressupostos suficientes para colocarmos em xeque, de forma dirigida, o instituto jurídico da legítima. Antes, porém, mostramos como ele evoluiu no curso da história para alcançar esse semblante ortodoxo. Foi curioso notar que sua origem, na Roma antiga, havia sido altamente flexível, embora parametrizada em “elementos extrajurídicos” diferentes dos que imperam nos dias de hoje. Mas na mesma Roma, depois de muito tempo e após sucessivas intervenções, resumiu-se a uma fórmula rigorosa, após o que não mais se desgarrou da matemática. Quase todos os países ocidentais que resolveram adotar algum sistema de contrapeso à plena liberdade de dar e de testar, a partir daí, mimetizaram o modelo romano. Mostramos que há diferenças importantes entre as nações que hoje em dia adotam o sistema legitimário clássico, mas nenhuma que desafia a hegemonia da matemática. Há, entretanto, os que seguem um sistema misto. Há outros que não seguem qualquer desses sistemas, o que não significa que preguem uma absoluta e ilimitada liberdade dispositiva. Foi nesse desenrolar da pesquisa que nos deparamos com o modelo inglês da *family provision*. Sua altíssima funcionalidade e flexibilidade sinalizaram para uma possível compatibilidade com os ares contemporâneos do Brasil. Parecia-nos um tipo de “legítima aberta”.

Precisávamos, antes de enfrentar a questão, enquadrar a legítima clássica. Destrinchamos a sua estrutura dogmática. Mostramos as suas sinuosidades. Evidenciamos que

seu funcionamento não é tão simples como se quer apresentar. É cheio de vicissitudes e de problemas de ordem teórica, mas sobretudo prática. De todo modo, deixamos claro que ela não possui sinergia com a visão contemporânea de um direito sucessório constitucionalizado. Não se compatibiliza com os pressupostos históricos e sociojurídicos que desenvolvemos no início. Não assimila os pressupostos filosóficos da teoria lockiana, que já havíamos dito plenamente ajustados à pós-modernidade. Não se acomoda à perspectiva que se tem do direito fundamental à herança, da autonomia da vontade e da solidariedade familiar, muito menos à metodologia que melhor conciliaria o relacionamento desses preceitos na contemporaneidade. Dissemos, em vista disso, que a legítima clássica é inconstitucional.

Mas a finalidade que se pudera imaginar por ela desempenhada no contexto do direito brasileiro não o é. É compatível, e desejável, que o ordenamento disponha de mecanismos que freiem a liberdade dispositiva no intento de se tutelar as relações familiares. Mostramos que a legítima clássica não consegue empreender esse objetivo de maneira apropriada, mas o modelo inglês, mudando o que deve ser mudado, sim. Passamos a apresentá-lo, e seu passo a passo foi suficiente para concluirmos que se trata de um sistema atual: é mutável, flexível, aberto. Baseia-se em fatos, na tópic, na prova e na argumentação. Volta-se ao preenchimento das necessidades reais dos familiares, propiciando a utilização de um juízo que, para cada caso, evidenciará uma solução mais justa. Uma solução que, a seu modo, compatibiliza a liberdade do falecido em dispor de seus bens e o atendimento ao dever de sustento, provedor de dignidade, que ele possuía em relação a seus familiares. Familiares, a propósito, que não são definidos aprioristicamente. A família é um fato, e esse sistema atende a essa premissa. Valoriza o comportamento familiar e as especificidades de sua relações. Importa saber o modo que o falecido se relacionava, faticamente, com determinadas pessoas, a quem, pelo justo, deve ser conferida uma proteção que se projeta em sua herança. Uma proteção suficiente para a garantia de sua subsistência digna. Uma proteção que pode consumir todo o patrimônio deixado, se isso parecer necessário. Ou uma proteção que, embora razoável, fosse considerada módica se comparada ao valor das deixas. Apenas os fatos irão dizer.

Poderia parecer muito heterodoxa a adoção, pelo Brasil, de um sistema tão flexível assim. Mas janelas são abertas quando admitida uma compreensão sensata, inclusiva, do que seriam os “legados necessários de alimentos”, previstos no artigo 1.700 do Código Civil. Mais ainda quando, à luz dos artigos 548 e 549 do mesmo diploma, concebe-se a noção de um “patrimônio mínimo”, ou de uma “reserva de subsistência”, que assume uma feição maleável, não submissa a preconcepções apriorísticas, destinadas apenas a se contrapor a atos e

providências exaurientes dos meios de subsistência digna de uma pessoa e dos familiares que dela dependem essencialmente.

A existência de restrições flexíveis à liberdade de dar e de testar, metodologicamente pautadas na prevalência das incursões de fato e na empatia ao raciocínio tópico-problemático, justifica-se muito mais nos dias de hoje que um regramento de cariz dogmático, estanque, que determina a indisponibilidade em vida de uma parcela patrimonial predeterminada por fórmulas matemáticas, e sua posterior transmissão, indivisa e neutra, a pessoas que com o falecido compartilhavam laços meramente formais de parentesco.

É preciso, mais do que nunca, “atemperar la rigidez de la legítima”⁶²², domesticar os seus anseios autoritários e dá-la a conhecer aos pormenores do mundo real.

⁶²² GALLARDO, Aurelio Barrio. Atemperar la rigidez de la legítima Revista Aranzadi Civil-Mercantil, n. 3, 2007, pp. 2711-2738. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558117>>. Acesso em 20 abr. 2019.

REFERÊNCIAS

ALBERY, Michael. The Inheritance (Family Provision) Act, 1938. Londres: Sweet & Maxwell, 1950.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código civil comentado: direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de **Família**. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2009.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. Família patriarcal e nuclear: conceito, características e transformações. Revista da Pós-Graduação em História da UFG/UCG, 2009. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais. Curitiba: Juruá, 2014.

ANTONINI, Mauro. Sucessão necessária. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. O herdeiro legitimário. Texto de conferência proferida em 6.12.1996 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João Antônio Lopes Cardoso, promovida pela Ordem dos Advogados do Porto, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>> Acesso: em 31 dez. 2018.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, vol. 1, n. 4, 1999. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714> Acesso em 5 nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Espírito de Compromisso do Direito das Sucessões Perante as Exigências Individualistas de Autonomia da Vontade e as Supra-Individualistas da Família. Herdeiro e Legatário. Revistas USP, São Paulo, 16 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67469/70079>>;

BARBA, Vincenzo; D'ORTA, Carlo. Private autonomy and testament's content in the inheritance right. The fall of traditional beliefs in the italian legal system. In: TEPEDINO,

Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019., pp. 47-58.

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserção? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFam, 2018, pp. 297-668.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LOPES, George Salomão. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A liberdade de ser: morte, vida e escolhas existenciais. 9º Ciclo de Conferências da Academia Brasileira de Letras, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=px0L23zvdFE>> Acesso em 12 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista diálogo jurídico, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n. 6, set. 2001;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em 12 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal. Voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário de nº 878.694/MG, de 31 ago. 2016. Pg. 4-33. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>> Acesso em 21 mai. 2018.

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

BAUMAN, Zygmunt. A Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERNARD, Fernand. The first year of roman law. Trad.: Charles P. Sherman. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. 8 ed. Atualizada por Isaías Beviláqua. São Paulo: Freitas Bastos S.A., 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. 5. ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BIALOSTOTSKY, Sara. Algunos comentarios a la controvertida querela inofficiosi testamenti. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México, 2006, pp. 103-125. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/12.pdf>> Acesso em 5 dez. 2018.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia e le successioni*, 4 ed. Milão: Giuffrè, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier Editora, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. *Direito das Sucessões e a Proteção Dos Vulneráveis Econômicos*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

BORKOWSKI, A. *Textbook on Succession*. Oxford: University Press, 2002.

BOTELHO, Tarcísio Rodrigues. *A família na obra de Frédéric Le Play*. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 45, n. 3, 2002, pp. 513-544. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000300007> Acesso em 5 mar. 2019.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *Autonomia Privada nas Relações do Direito de Família*.

BRANDÃO, Tanya Maria Pires. *Um pouco da história da história da família no nordeste*. *Clio: Revista de Pesquisa Histórica*, vol. 1, n. 25, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaclio/article/download/24699/19974> >. Acesso em 12 out. 2018.

BRASIL. *Anteprojeto constitucional*. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

BRASIL. *Anteprojeto de constituição*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em 5 nov.

BRASIL. *Bases de Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Brasília, 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm>. Acesso em 12 out. 2018

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#art2044>. Acesso em 17 out. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 01 mar. 2019.

BRASIL IMPÉRIO. Decreto nº 463, de 2 de Setembro de 1847. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-463-2-setembro-1847-560199-publicac-aoriginal-82833-pl.html>>. Acesso em 01 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 3493 (2006/0023348-1 - 06/06/2013). Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600233481&dt_publicacao=06/06/2013> Acesso em 5 mar. 2019.

BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo?. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor. (Coords.). Da dogmática à efetividade do direito civil. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BUCKLAND, William W.. Roman law and common law. Florida: Libreria del Congresso, 1997.

CABRAL, Camila Buarque; FRANCO, Karina Barbosa. Instituto da filiação e a constituição federal: transformações e perspectivas diante da multiparentalidade. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). Transformações no Direito Privado nos 30 Anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito de família e das sucessões. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J.. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia Privada do Testador e Direito à Legítima: Estudo Crítico e Propositivo. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 44, p. 135-147, out./dez. 2010.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; PEREIRA NETTO, Antônio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade. Filosofia do Direito na Contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades. Curitiba: Juruá, 2014.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lockner à proibição do retrocesso social. Revista Jurídica da Presidência vol. 16, n. 109, Brasília, jun/set 2014, pp. 467-492. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/20/11> Acesso em 8 nov. 2018.

CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Virtualbooks, 2003.

CHANGE FAMILY PROVISION ACT. Statistics. Disponível em: <http://www.changeffa.com.au/statistics> Acesso em 10 mar. 2019.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

CINQUE, Maddalena. Sulle sorti della successione necessaria, Rivista di Diritto Civile, ano LVII, n. 5. Padova: Cedam, 2011.

CLARKSON, C.M.V.; HILL, Jonathan. The conflict of laws. 4 ed. Oxford: University Press, 2011.

COCKBURN, Alexander. Banks v. Goodfellow. LR 11. Disponível em: <https://www.lexiswebinars.co.uk/legal/hot-topics/vulnerable-clients/supporting-materials/Banks-v-Goodfellow.PDF> Acesso em 10 mar. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLMENARES MANTILLA, Jorge Alberto. Libertad testamentaria en Roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 233-256. Disponível em: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/16.pdf>> Acesso em 20 dez. 2018..

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Aberta. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/> Acesso em 10 mar. 2019.

COOPER, Thomas. The institutes of justinian. Philadelphia: P. Byrne, 1812.

CORREIA JUNIOR, José Barros. A Função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2013

CORREIA JUNIOR, José Barros. Alienação parental: “acertos” e “desacertos” sob a ótica jurídica. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES; Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: sucessão e direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros; LOBO, Fabíola Albuquerque. A atual pertinência dos alimentos compensatórios no Brasil. Revista Civilística, ano 6, n. 1, 2017. 21 mai. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Costa-e-Lobo-civilistica-com-a.6.n.1.2017.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019.

COSTA, Joaquin. La libertad civil y el congreso de juriconsultos aragoneses. Madrid: Imprenta de La Revista de Legislacion, 1883, p. 398. Disponível em: <<https://archive.org/details/lalibertadcivil00martgoog/page/n8>> Acesso em 10 mar. 2019.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A Cidade Antiga. Trad.: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRETNEY, S.M.. Reform of intestacy: the best we can do?. Law Quarterly Review, vol. 111, 1995.

CUNHA, Euclides da. Os sertões. São Paulo: Três, 1984. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000091.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

DA MATTA, Roberto. A família como valor: considerações não-familiares sobre a família à brasileira. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, p. 125.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 221-246.

DELGADO, Mário Luiz; NEVARES, Ana Luiza Maia; AGUIRRE, João Brandão; TARTUCE, Flávio. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões, 2018. Disponível em <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf> Acesso em 6 jan. 2019.

DI PIETRO, Alfredo Gustavo. El monto de la legitima en derecho romano. Comitia CCLVIII. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/comitiacclviii/home/doctrina/trabajos-dr-di-pietro/el-monto-de-la-legitima-en-derecho-romano>> Acesso em 15 dez. 2018.

DIAS, Cristina M. Araújo. Lições de direito das sucessões. Coimbra: Almedina, 2014.

DIAS, Maria Berenice. Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFam, 2018, pp. 297-311.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_530\)10__principio_da_proporcionalidade_para_alem_da_coisa_julgada.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_530)10__principio_da_proporcionalidade_para_alem_da_coisa_julgada.pdf)> Acesso em 24 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOMINGO, Rafael. Elementos de derecho romano. In: The global law collection: the basics of law series. Pamplona: Aranzadi/Thomson, 2010.

DOUGLAS, Gillian. Family provision and family practices - the discretionary regime of the inheritance act of England and Wales. Oñati Socio-legal Series, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Acertos e Desacertos do Processo de Constitucionalização dos Direitos: Uma Reflexão sobre os Perigos da Ubiquidade Constitucional no Direito Civil Brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/autor/marcos-ehrhhardt>>;

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9925>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; LACERDA, Danilo Moura. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, V. 6, N. 1, 2018.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da Autonomia da Vontade como Expressão do Direito Fundamental de Liberdade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FAMÍLIA Bolsonaro multiplica patrimônio após entrar na política, diz jornal. Correio Braziliense. Brasília, 08 jan. 2018. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/01/08/interna_politica,651956/familia-bolsonaro-multiplica-patrimonio-apos-entrar-na-politica-diz-j.shtml>. Acesso em 12 jun. 2018.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín JADO, Bilbao, ano 8, n. 19, mai-2010, pp. 17-80. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533> > Acesso em 31 dez. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Conferência 6: hermenêutica e argumentação. Curso Hermenêutica Jurídica, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>> Acesso em 4 dez. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da doação inoficiosa. *Revista Argumentum*, vol. 13, n. 3, pp. 593-608, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/506/249>> Acesso em 5 mar. 2019.

FERREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Desfiliação – a autonomia privada como fundamento para a desconstituição do vínculo paterno-filial. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FINCH, J.. *Family obligations and social change*. Cambridge: Polity Press, 1989.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TREMARIN JUNIOR, Valter. Reflexões sobre holding familiar no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 413-433.

FORMEY, Jean Henri Samuel; DE COMPAGNE, Alexandre Auguste. *The frederician code: or, a body of law for the dominions of the king of Prussia. founded on reason, and the constitutions of the country*. Edinbugh: A. Donaldson and J. Reid, 1761.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O mito do estado liberal brasileiro. *Direito do Estado*, n. 44, 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro>>. Acesso em 12 out. 2018.

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

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. O direito real de habitação e a sua possível relativização no direito sucessório brasileiro: primeiras reflexões. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 8. a. 3. p. 225-271, jul-set. 2016.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAIUS. *Institutas*. Trad.: CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. São Paulo: RT, 2004.

GALLARDO, Aurelio Barrio. Atemperar la rigidez de la legítima *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3, 2007, pp. 2711-2738. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558117>> Acesso em 20 abr. 2019.

GALLARDO, Aurelio Barrio. La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata – UNLP*, ano 15, n. 48, 2018, pp. 103-124. Disponível em: <<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5090>> Acesso em 5 jan. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. Revista IBDFAM. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

GAUTHIER, David P.. The role of inheritance in Locke's political theory. The Canadian Journal of Economics and Political Science, vol. 31, n. 1, 1966, pp. 38-45. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/139947>>. Acesso em 08 out. 2018.

GLAUSSER, Wayne. Three approaches to Locke and the slave trade. Journal of the History of Ideas, vol. 51, n. 2, abr-jun/1990, pp. 199-216. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2709512>>. Acesso em 08 out. 2018.

GLENDON, Mary Ann. Fixed rules and discretion in contemporary family law and succession law. Tulane Law Review, vol. 60, 1986, pp. 1165 e ss. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr60&div=51&id=&page=>>> Acesso em 5 jan. 2019.

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

GOMES, Orlando. Direito de família. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. Sucessões. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAY, Anthony. Family provision applications: a critique. Australian Law Journal, vol. 91, n. 9, 2017, pp. 750-768. Disponível em: <<https://eprints.usq.edu.au/33121/>> Acesso em 15 mar. 2019.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Constituição: fundamentos de sua imprescindibilidade para a preservação dos direitos de Liberdade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 72(18)97-150, jul/set 2010.

HERBERT, Gary B.. John Locke: natural rights and natural duties. Annual Review of Law and Ethics, vol. 4, 1996, pp. 591-613. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/43593573>>. Acesso em 22 out. 2018.

HERRERA. Francisco Lopez. Derecho de Sucesiones. 3 ed., Caracas: UCAB, 2003.

HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. Cornell International Law Journal, vol. 17, n. 2, 1984, pp. 321-355. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1140&context=cilj>>. Acesso em 10 mar. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro: estado da arte, depois de 2015. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha;

HIRONAKA, Giselda. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBSAWN, Eric John Ernest. A era das revoluções. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

ILOTT V MITSON: Supreme Court overturns decision in daughter's Inheritance Act claim. Burges-Salmon. Londres, 20 mar. 2017. Disponível em <<https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/ilott-v-mitson-supreme-court-decision-in-inheritance-act-claim/>>. Acesso em 20 mar. 2019

IVO, Gabriel. Exposição oral realizada em seminário avaliativo ocorrido no dia 20/07/2018. Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas, 2018.

IWOBI, Andrew. Essential succession. 2 ed. Londres: Cavendish Publishing, 2001.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad.: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

KARADY, Victor. Os sociólogos antes de 1950. Revista Política & Sociedade, vol. 17, n. 38, pp. 62-93, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2018v17n38p62>> Acesso em 5 mar. 2019.

KASER, Max. Derecho romano privado. Trad.: Jose Santa Cruz Teijeiro. 2 ed. Salzburg: Reus S.A., 1982.

KEETON, G.; GOWER, L.. Freedom of testation in english law. Iowa Law Review, vol. 20, n. 2, 1935.

KENDRICK, Leslie. The lockeans rights of bequest and inheritance. Legal Theory, vol. 17, n. 2, 2011, pp. 145-169. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267>>. Acesso em 08 out. 2018.

KERRIDGE, R.. Freedom of testation in England and Wales. In: ANDERSON, Miriam; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coords.). The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives. Londres: Europa Law Publishing, 2011, pp. 129-153.

KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. Revista Quaestio Iuris, vol. 9, 2016, pp. 244-271.

JORGE, Vladimyr Lombardo. John Locke: lei e propriedade. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (orgs.). Curso de ciência política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LAFITTE, 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. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

LAMARCA I MARQUÉS, Albert. We are not born alone and we do not die alone: protecting intergenerational solidarity and refraining cain-ism through forced heirship. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, n. 2, 2014, pp. 264-282. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/32>> Acesso em 5 jan. 2019.

LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 2, 1955, pp. 277-314. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1337868>>. Acesso em 5 jan. 2019.

LE PLAY, Pierre-Guillaume-Frédéric. La réforme sociale. Paris: Secrétariat de La Societé D'Économie Sociale, 1895.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito das sucessões. São Paulo: RT, 2004, v. 6.

LÉVI-STRAUSS, Claude. As estruturas elementares de parentesco. Petrópolis: Vozes, 1982.

LIGIERA, Wilson Ricardo. O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

LIMA, Diego Papini Teixeira; MALLMANN, Querino. Sucessão causa mortis e proteção da empresa. *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, ano 7, vol. 12, n. 3, out. 2018, pp. 282-297. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/324-sucessao-causa-mortis-e-protecao-da-empresa>> Acesso em 15 nov. 2018.

LIMA, Pedro Parini Marques de. A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2013.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. Exposição oral realizada em aula proferida no dia 06/02/2018. Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas, 2018.

LIPKIN, Robert Justin. Beyond skepticism foundationalism and the new fuziness: the role of wide reflective equilibrium in legal theory. *Cornell Law Review*, vol. 75, n. 4, 1990, pp. 811-877. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=3459&context=clr>>. Acesso em 28 nov. 2018.

LOBO, Fabíola Albuquerque. A responsabilidade dos pais e a proteção da pessoa dos filhos. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES; Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Orgs.). *Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 12 jun. 2018

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autorregramento da vontade - um insight criativo de Pontes de Miranda. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3748, 5 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25357>>. Acesso em: 12 dez. 2016;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: parte especial. Das várias espécies de contratos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *RIL*, a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 477. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRO, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFam, 2000, p. 250.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

LOCKE, John. *Some thoughts concerning education*. London: Cambridge University Press, 1889.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. La garantía institucional de la herencia. *Revista Derecho Privado y Constitución*, n. 3, mai/ago 1994, pp. 29-62.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow's share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960.

MACHADO, Lia Zanotta. Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil. Revista Interface: Comunicação, Saúde e Educação, vol. 5, n. 8, 2001. Disponível em: <<http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie291empdf.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAINAR, Rafael Bernad. De la legitima romana a la reserva familiar germanica. Revista Internacional de Derecho Romano, abr-2015. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5058860.pdf>> Acesso em 31 dez. 2018.

MALTHUS, Thomas. An essay on the principle of population. Disponível em: <<https://wnorton.com/college/history/america-essential-learning/docs/TMalthus-Population-1798.pdf>>. Acesso em 08 out. 2018.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>;

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5º, XXX – É garantido o direito de herança. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 697-705.

MARTYN, J. R.; CADDICK, N. Williams, Mortimer & Sunnucks on Executors, Administrators and Probate. London: Sweet & Maxwell, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São válidas as disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial? Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 16, abr./jun. 2018, Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/239>> Acesso em 15 nov. 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. Os alimentos entre dogmática e efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA; Vitor. (Coords.). Da dogmática à efetividade do direito civil. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

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

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la. Revista de Informação Legislativa, vol. 37, n. 146, pp. 185-194, abr. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/589>. Acesso em 5 abr. 2019.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Colaçoão pelo valor do benefício: uma análise funcional*. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Da fraude à constituição no sistema jurídico nacional*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, n. 52, 2010, pp. 137-174. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/324-sucessao-causa-mortis-e-protecao-da-empresa>> Acesso em 3 mar. 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*, vol. 1. 11 ed. São Paulo: Ática, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

MERÊA, Manuel Paulo. *Sobre as origens da terça*. In: *Estudos de Direito Hispânico Medieval, II*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis, 1953, pp. 55-74.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LV. Rio de Janeiro: Borsói, 1968.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI. Rio de Janeiro: Borsói, 1968.

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

MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. Trad.: Donald Stewart Jr. 3.1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONERRIS, José Ignacio Garrigós. *Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play (1806-1882): Biografia intelectual, metodologia e investigaciones sociológicas*. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Sucessões*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 204, out-dez/2014, pp. 269-285. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em 08 out. 2018.

MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Trad.: Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad.: Catarian Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada – o princípio da autonomia privada na pós-modernidade*. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? XI Congresso do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família, 2018*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uLYZJVql-FQ>> Acesso em 5 mar. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *O Princípio da Intangibilidade da Legítima*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (coordenadora) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coords.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

O'DAY, Rosemary. *The family and family relationships, 1500-1900*. Londres: Macmillan, 1994.

OLIVA, Milena Donato. *Trusts*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 367-381.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Elementos de direito das sucessões: exposição doutrinária do livro IV da parte especial do Código Civil*. Rio de Janeiro: Typog. Do Jornal do Commercio, 1929.

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

OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano*. Canoas: ULBRA, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2018.

PASSOS, Edilecine e LIMA, João Alberto Oliveira de. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242712>>. Acesso em 2 mar. 2019.

PAREDES, Manuel Alejandro Barría. *Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión*. Tese (doutorado) – Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Rumo ao Ceticismo*. São Paulo: UNESP, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice; NEVARES, Ana Luiza Maia; SOARES, Ronner Botelho. *Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, de 15 fev. 2018*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Petição%20Embargos.pdf>> Acesso em 4 mar. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PFEFFER, Jacqueline L.. *The family in John Locke's political thought*. *Polity*, vol. 33, n. 4, 2001, pp. 593-618. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3235518>>. Acesso em 08 out. 2018.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A Transmissão da Obrigação Alimentar*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: alimentos no novo Código Civil – aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Prefácio*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELLÓ, Carlos Felipe Amunátegui. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el derecho romano*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, n. 1, 2005, pp. 193-195. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/html/1770/177021316009/index.html>> Acesso em 10 nov. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. La funzione sociale del diritto successorio. Rassegna di diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp 131-147.

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

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETRINI, João Carlos. Mudanças Sociais e Mudanças Familiares. In: Petrini, João Carlos; Cavalcanti, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005.

PETRINI, João Carlos. Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão. Bauru: EDUSC, 2003.

PIÑEIRO, Théo Lobarinhas. Os projetos liberais no Brasil império. Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, vol. 2 no.4, maio/2010, p. 130-152. Disponível em <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v2n4a62010.pdf>. Acesso em 08 out. 2018.

PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil: Tome Troisième. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1913.

PLATÃO. As leis (incluindo epinomis). 2 ed. São Paulo: Edipro, 2010.

PLÍNIO, O JOVEM. Cartas. Trad: Julián González Fernández. Madrid: Gredos, 2005.

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

PROENÇA, José João Gonçalves de. Natureza Jurídica da Legítima. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001;

RADZYNER, Amihai. Inheritance from Uncle Sam: the American influence on Israeli succession law. Comparative Legal History, vol. 4, n. 1, 2016, pp. 19-50. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/2049677X.2016.1176352>>. Acesso em 30 mar. 2019.

RAMOS, André Luiz Arnt; ALTHEIM, Roberto. Colaço Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, V. 6, N. 1, 2018

RAMOS, André Luiz Arnt, CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. REJUS-UNIVEL, n. 4, p. 41-73, maio 2015.

RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. RBDC, v. 11, p. 17-35, jan./maio 2017.

Re Jennings, [1994] Ch 286.

REID JR., Charles J.. The jurisprudence of forced share in the ancient world: from Cicero to Justinian?. Legal Studies Research Paper Series, n. 16-01, 2016, p. 23. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2717624>>. Acesso em 5 dez. 2018.

REINO UNIDO. Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Londres: The National Archives, 1975. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em 10 mar. 2019.

REINO UNIDO. Intestacy and family provision claims on death. Londres: The National Archives. Disponível em <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/inheritance-trustees-power-bill/supporting_documents/intestacyfamilyprovisionclaimsia.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

RIOS, José Arthur. Família e sucessão no Brasil e em Portugal nos séculos XIX e XX: tentativa de síntese. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/03/revista3%20(13).pdf)> Acesso em 5 mar. 2019.

RODOTÁ, Stefano. Dal Soggetto alla persona. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva.

RODRÍGUEZ, Carmen López-Rendo. Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi” en el ius civile. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1991.

ROSS, S.. Inheritance act claims: law and practice. Londres: Sweet & Maxwell, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ, vol. 13, n. 2, pp. 77-91, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>> Acesso em 24 nov. 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional dos contratos, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski.; PINHEIRO, R. F. O direito de família na constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões. In: CONRADO, M. M.; PINHEIRO, R. F. (Coords.). Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009;

SALU, Renata Ramos. Efetivação do direito à herança. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

SALVADORI, Francesca Cristina. Riflessioni per un progetto di riforma della disciplina italiana delle successioni. Rivista Ricerche Giuridiche, Veneza, 2013, pp. 417-424.

SANDEL, Michael J.. Lecture 7: this land is your land. Harvard's University Justice with Michael Sandel. Disponível em: <<http://justiceharvard.org/lecture-7-this-land-is-your-land/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

SANTOS, Jorge Silva. A livre disposição mortis causa nas Ordenações Afonsinas entre a tradição jurídica medieva e a recepção do Direito Romano (contributo para a história do direito das sucessões português medieval). In: Revista de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 3. ed., Lisboa: UL, 2012.

SANTOS, José Maria de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença proferida nos autos do procedimento administrativo de suscitação de dúvida de nº 1018190-58.2018.8.26.0100, de 20 abr. 2018. Disponível em <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=14302>>. Acesso em 4 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUL-YODER, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. Boston College International and Comparative Law Review, vol. 8, n. 1, 1985, pp. 205-236. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1417&context=iclr>> Acesso em 15 mar. 2019.

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

SCOTTISH LAW COMMISSION, Discussion paper on succession, n. 136, 2007.

SEGURADO E CAMPOS, J.A.. No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o direito grego. In: LEÃO, Delfim F.; ROSSETTI, Livio; FIALHO, Maria do Céu J. Z. (Coords.). Nomos: direito e sociedade na antiguidade clássica. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004

SESTA, Michele. Codice delle successioni e donazioni. Vol. I, Milão: Giuffrè Editore, 2011.

SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In: TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. (coordenadora) Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Luiz Antônio Vieira da. História interna do direito romano privado até Justiniano. 1 ed. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008.

SILVA NETO, Sertório de Amorim e. O que é um paradigma?. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, vol. 45, n. 2, 2011, pp. 345-354. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/viewFile/2178-4582.2011v45n2p345/22356>>. Acesso em 08 out. 2018.

SIMÃO, José Fernando. Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes. Revista Consultor Jurídico. 21 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/nao-existe-dever-prestar-alimentos-entre-concubinos>>. Acesso em 15 abr. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Sucessão legítima: a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do de cujus. Disponível em <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_doutorado.htm>. Acesso em 4 mar. 2019.

SIMMONS, A. John. Inalienable rights and Locke's treatises. Philosophy & Public Affairs, vol. 12, n. 3, 1983, pp. 175-204. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2265297>>. Acesso em 08 out. 2018.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Família, afeto e sucessão. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2007.

SMITH, Plínio Junqueira. Bayle e o ceticismo antigo. Kriterion: Revista de Filosofia, Volume 48, Número 115, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2007000100015#nt1>. Acesso em 08 out. 2018.

SONNEKUS, J. C. Freedom of testation and the ageing testator. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative. Edimburgo: Edimburgh University Press, 2007.

SOUZA, Dominique Monge Rodrigues de. Um estudo sobre o tribunal dos centúviro e a legislação testamentária através das cartas de Plínio, o jovem (séculos I-II d.c.). Revista Labirinto, vol. 21, ano XIV, 2014, pp. 117-132. Disponível em: <<http://www.periodicos.unir.br/index.php/LABIRINTO/article/viewFile/1233/1311>> Acesso em 15 dez. 2018.

SOUZA, Roberta Menezes. Casa-grande e Senzala e o patriarcado: um diálogo crítico com a teoria feminista. Revista Emancipação, vol. 14, n. 1, 2014, pp. 61-72. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em 12 out. 2018.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileira. Revista da EMERJ, vol. 7, n. 26, 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

SPENCE, George. The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery. Londres: V. and R. Stevens and G. S. Norton, 1849.

SPÍNOLA, Pedro de Figueirêdo. *Ética, Família, Afeto e Direito: o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade*. Dissertação (Mestrado). Salvador: Universidade Católica de Salvador, 2017.

SREENIVASAN, Gopal. *The limits of lockean rights in property*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 162. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2653749>>. Acesso em 08 out. 2018.

STIRNER, Max. *The ego and its own*. Translation: Steven T. Byington. New York: Benjamin R. Tucker, 1907.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 15, n. 1, jan-abr/2010, pp. 158-173. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em 15 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Leite (coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson. (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 3-24.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 23-40.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-30.

TEPEDINO, Gustavo. *A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades*. *Revista Consultor Jurídico*. 11 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em 12 out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, vol.7, Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial.

TEPEDINO, Maria Celina Bondin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; LEWICKI, Bruno. O código civil e o direito civil constitucional;. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 13, Rio de Janeiro:, jan/mar, 2003.

TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. Anais do XII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, 2000. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/1041/1006>>. Acesso em 12 out. 2018.

TYLER, E.L.G. Tyler's family provision. 3 ed. Londres: LexisNexis, 1998.

VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR; Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. Florianópolis: Conpedi, 2016, pp. 96-115. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15iia5qe/1xsQK7P82S2UCN2o.pdf>>. Acesso em 22 out. 2018.

VAQUER ALOY, Antoni; LÓPEZ, Noelia Ibarz. Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal. *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, n. 4, 2017, pp. 211-235. Disponível em: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/273/225>> Acesso em 1 jan. 2019.

VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Revista InDret*, Barcelona, 2007, p. 7. Disponível em: < http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf> Acesso em 1 jan. 2019.

VEIGA, Melissa Ourives. A Possibilidade de Flexibilização da Legítima no Direito Sucessório à Luz da Técnica da Derrotabilidade das Normas. Dissertação (mestrado) – Centro Universitário 7 de Setembro. Fortaleza, 2017.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELOSO, Zeno. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. In: *Repensando o Direito de Família*, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey 1999, pp. 59-79.

VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.

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

VIANNA JÚNIOR, Allan. A construção de uma teoria da imputação no direito sucessório brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2017.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

VIEIRA, Henrique et al. A nova tradicional família brasileira. Mamilos, 22 fev. 2019. Podcast (127 min.) Disponível em <<https://www.b9.com.br/104106/mamilos-185-a-nova-tradicional-familia-brasileira/>>. Acesso em 5 abr. 2019.

VILELA, Francy José Ferreira. O liberalismo político de John Locke. Revista Pandora Brasil, n. 60, 2014. Disponível em: <http://revistapandorabrasil.com/revista_pandora/politica_60/francy.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

VILLAS BÔAS, Gláucia. Casa grande e terra grande, sertões e senzala: duas interpretações do Brasil. Revista Iberoamericana, vol. 4, n. 13, 2004, pp. 23-37. Disponível em: <<https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/641>>. Acesso em 12 out. 2018.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Belo Horizonte: Imprensa, 1980.

WALD, Arnoldo. O Novo Direito das Sucessões. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

WALDRON, Jeremy. Locke's account of inheritance and bequest. Journal of the History of Philosophy, vol. 19, n. 1, 1981, pp. 39-51. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/227267/summary>>. Acesso em 08 out. 2018.

WEBB, Clifton. Letter from 14th april 1953. In: MACDONALD, W.D.. Fraud on the widow's share. Michigan: University of Michigan Law School, 1960, p. 297.

WILLIAMS, W.J.; SHERRIN, C.H; BARLOW, Francis. Williams on Wills. 9 ed. Londres: LexisNexis, 2008.

ZANABONI, Rossella. Quota di riserva e family provision a confronto: la successione necessaria in una prospettiva di comparazione tra il sistema italiano ed il modello ingles. Tese (doutorado) – Università Degli Studi di Milano, Scuola Di Dottorato In Scienze Giuridiche. Milão, 2013.