

Palavras-chave

Direito sucessório. Liberdade de testamento. Herdeiros Legitimários.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professora permanente do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre, Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Fundadora e Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Fundadora e Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Civil – IBDCivil. Ex Procuradora Federal. Advogada, árbitra, consultora jurídica e parecerista.

Este artigo foi, antes, apresentado à organização do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBD-Civil). Ele consiste em uma ampliação de tese que tenho defendido reiteradamente acerca da insubsistência da proteção obrigatória e sem ressalvas da legítima dos herdeiros necessários.

Resumo

A desconstrução dos institutos jurídicos para averiguar se sua utilidade e função social persistem nos tempos que se sucedem é uma atividade doutrinária importante para a evolução do direito. No caso da legítima, os fundamentos que motivaram sua criação e manutenção na antiguidade e na idade média – principalmente a copropriedade patrimonial entre as pessoas da família, a proteção do primogênito e a preservação do clã –, não fazem mais sentido nos dias de hoje. De igual maneira, os fundamentos modernos que justificariam a permanência da legítima no sistema, notadamente a solidariedade familiar e a função social da propriedade, são interpretadas de forma pouco coerente e, em um exame mais aprofundado, também não se sustentam. Portanto, é preciso que haja a modificação do sistema de sucessão legítima no Brasil, abolindo a reserva da legítima para os herdeiros chamados “necessários”, de modo a manter a ordem de sucessão apenas para a hipótese de ausência de testamento. Assim, a regra deve ser a da liberdade de disposição, de modo que cada pessoa terá ampla liberdade para testar, respeitada a meação, claro, se assim dispuser o regime matrimonial do testador. A exceção a essa regra é a hipótese de existirem herdeiros vulneráveis, devendo-se manter uma certa reserva de legítima em favor deles, se o testador os tiver. Os valores da solidariedade e da função social, que permeiam a constituição; bem como o da socialidade, que norteia o Código Civil, impedem que pessoas em situação de vulnerabilidade fiquem desamparadas quando seria possível ajudá-las.

1. INTRODUÇÃO

As normas jurídicas são pensadas para as pessoas, e não o oposto. O direito é frequentemente definido como uma ciência normativa, ou como uma ciência social aplicada, justamente por isto. O Direito não tem só valor científico, mas tem também valor prático, pois tanto mais valerá quanto maior for sua capacidade de solução de problemas sociais humanos. Desta premissa se retira a incontestável lição hermenêutica de que as necessidades de cada época moldam as normas jurídicas, adequando-as à vida social de cada período. As normas jurídicas devem ser elaboradas e interpretadas “sob medida” para cada época, sem adaptações impensadas – como que num estilo *prêt-à-porter*, poder-se-ia dizer – importadas de outros lugares sem esmerada revisão, ou derivadas de outros tempos sem criteriosa atualização. As normas jurídicas, pois, devem refletir o espírito de cada sociedade em cada tempo, havendo necessidade de estarem em constante evolução e atualização.

Nesse contexto, o papel do jurista envolve possuir um olhar crítico e questionador sobre a legitimidade e adequação de cada norma, no contexto social e histórico em que está inserida. Isso vale com ainda mais força para o Direito de Família e para o Direito das Sucessões. Tendo em vista que são ramos jurídicos que tratam precipuamente de temas existenciais, sua interpretação exige do jurisconsulto uma inteligência ainda mais sociológica, uma mais refinada sensibilidade emocional acerca das interações humanas, uma ausência de preconceitos, um sentimento de moderado tradicionalismo, tudo com a finalidade de bem receber o novo, quando este se mostrar como sendo o melhor caminho.

Isso não poderia ser diferente quando se estuda a legítima e seus destinatários, os herdeiros legitimários. Diversas novas questões afloram, e até mesmo

a permanência do instituto no sistema é posta em xeque, por conta disso. É preciso, pois, verificar seus contornos atuais e a relevância (ou não) de sua manutenção no sistema.

A análise desta eventual relevância da legítima no sistema jurídico atual passa por quatro principais temas de reflexão: (i) quais foram os fatores que outrora justificaram a criação do instituto; (ii) se são fatores ainda legítimos e relevantes nos dias atuais; (iii) quais são os motivos modernos para manter o instituto no sistema hoje; (iv) se esses motivos são suficientes para justificar o uso do instituto.

2. AS RAZÕES PELAS QUAIS A PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA FOI CRIADA SE SUSTENTAM AINDA HOJE DE MODO A JUSTIFICAR A PERMANÊNCIA DESSE INSTITUTO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO?

A proteção da legítima remonta à antiguidade, principalmente às sociedades grega e romana, e havia, naquele tempo, um motivo muito claro para a existência de um sistema de legítima: a proteção das *familiae* e do acervo patrimonial transindividual titularizado por elas. O termo família foi usado, neste momento, no sentido de sociedade entre pessoas, pois o conceito de família de outrora – e os deveres e direitos daí oriundos – era bastante diferente do que hoje se põe para nós.

Na sociedade grega, o direito dos filhos ao patrimônio da família surgia desde o nascimento deles, e não a partir da morte dos pais. Pontes de Miranda explica isso muito bem quando pontua que “os filhos já eram titulares do direito em comum. Telêmaco, ao falar dos bens de Ulisses [pai dele], dizia que eram ‘bens seus’, bem próprios (*Odisseia*, XVI, 128). Está em Plutarco (*Licurgo*, 16) o que se passava no direito espar-

tiata. *Desde o nascimento, a compropriedade era adquirida pelo filho*"¹.

Algo similar valia na Roma antiga. O direito suc-sório dos filhos era iniciado quando eles nasciam, e não quando os pais morriam. Existia uma verdadei-ra copropriedade entre os membros da família. O *pa-ter familiae*, então, não tinha liberdade para dispor da parcela do patrimônio que já era cotitularizada pelos filhos. O único meio de consegui-lo seria por meio da deserdação do filho, de modo que somente então seria possível destinar a respectiva cota para outra pessoa segundo a discricionariiedade do cabeça da família². Anote-se que, inicialmente, a deserdação de um filho era mera liberalidade do pai. Então, na prá-tica, contanto que houvesse deserdação, a liberda-de para testar era muito vasta, já que o pai poderia se valer dessa prerrogativa para excluir herdeiros in-desejados de sua sucessão e, assim, ficar livre para testar como desejasse. Só que posteriormente, no direito romano do império, conquanto o testamento continuasse a ser a principal forma de transmissão *causa mortis*, o testador precisava reservar, obriga-toriamente, da sua herança, aqueles bens necessá-rios ao sustento dos familiares, e só deserdaria o filho se tivesse justa causa para tanto, ou seu testamento seria havido por nulo, o que se postulava por meio da ação chamada *querela inofficiosi testamenti*, fundada na quebra do dever de solidariedade familiar, ainda que na mais primitiva de sua forma, o *dever de pie-dade (officium pietatis)*³.

A Idade Média que se seguiu após a queda do impé-rio romano não alterou substancialmente esse ce-

nário, sobretudo porque os diversos feudos e reinos que surgiram continuaram utilizando as fontes jurídi-cas romanas, seja com intensidade maior (*civil law*) ou menor (*common law*)⁴.

Posteriormente, as legislações codificadas continu-aram a prever a proteção da legítima. O *Code Civil* francês, de 1804, a previu em diversos artigos, sendo os 912 e 913 os principais, segundo os quais a legiti-ma seria de metade, e progrediria de acordo com o número de descendentes deixados⁵.

Nas Ordenações Filipinas, a sucessão legítima esta-va disciplinada nos títulos XCI a XCIV do Livro IV das Ordenações. Segundo as Ordenações, o filho pode-ria elaborar testamento, mas se tivesse os pais vivos, ou outros ascendentes, deveria reservar para eles duas partes da herança⁶. E também assim valia com

4 V. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEI-RA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito, 3. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ultimo capítulo.

5 Transcrevo-os já com as redações atuais, após alteração de 2006:

Article 912 La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succes-sion et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités.

Article 913 Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testa-ment, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. L'enfant qui renonce à la succession n'est compris dans le nombre d'en-fants laissés par le défunt que s'il est représenté ou s'il est tenu au rapport d'une libéralité en application des dispositions de l'article 845.

Conforme FRANCE. Code civil. Paris: [s.n.], 1804 (ano da publi-cação originária). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

6 "e falecendo o filho, ou filha com testamento, e sendo em idade para com direito o poder fazer, quer seja emancipado, quer stê em poder de seu pai (nos casos, em que o filho, que stá sob poder de seu pai, pode fazer testamento), deve necessariamente deixar as duas partes de seus bens à seu pai, ou à sua mãe, se os tiver, e da terça parte poderá ordenar, como lhe aprouver. E isto mesmo haverá lugar no avô e avó, e outros ascendentes, porque,

relação aos descendentes, eis que “não tendo o pai descendentes, nem ascendentes legítimos, poderá dispor de todos os seus bens, como quizer”⁷, o que, a *contrario sensu*, significa dizer que, em havendo des-cendentes, a disposição dos bens será limitada.

Constava na Consolidação das Leis Civas de Teixei-ra de Freitas, a sucessão *ab intestato* era deferida primeiro aos descendentes, na falta deles, aos as-cendentes e, na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau. Na falta de todos, deferir-se-ia ao cônjuge sobrevivente e, em último lugar, ao Estado (art. 959)⁸. Os herdeiros necessários e suas legíti-ma ficaram previstos nos artigos 1.006 a 1.014. O art. 1.006 dizia que “são herdeiros necessários os des-cendentes, e os ascendentes, capazes de succedêr á intestado [...]”⁹. Segundo a Consolidação, “os her-deiros tem direito á duas partes dos bens do testa-dor, que só póde dispôr da sua terça” (art. 1.009), ou seja, a *legítima era de dois terços da herança*. O testa-mento que a violasse seria invalidado: “se o testadôr dispozér de toda a herança, preterindo os herdeiros necessarios, de cuja existência sabia, o testamento

onde houver ascendentes, não herdará o irmão”, cf. PORTUGAL. Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 17 de maio de 2018, vol. IV, p. 936/937.

7 PORTUGAL. Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 17 de maio de 2018, vol. IV, p. 942.

8 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis, vol. II. Ed. fac-sim. Baseada na ed. 1876 - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 15 de maio de 2018, p. 554.

9 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis, vol. II. Ed. fac-sim. Baseada na ed. 1876 - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 15 de maio de 2018, p. 602.

será nullo quanto á instituição; mas serão validos os legados, que couberem na terça” (art. 1.010)¹⁰.

Depois, no projeto de Felício dos Santos, a previsão da limitação da liberdade de testar pela legítima foi mantida, conforme explica Felipe Carvalho em tese especifica sobre o assunto¹¹. E essa proteção foi mantida inclusive com relação à fração qualificada de dois terços. O Projeto de Felício dos Santos defi-nia o que era “legítima” no art. 1.749, dizendo que “le-gítima é a porção dos bens, de que o testador não póde dispor, e que a lei applica aos herdeiros legiti-marios. Paragrapho unico. Esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, ao tempo da sua morte”¹².

Como se sabe, o Código Civil de 1916 possuiu uma fase embrionária direta de pelo menos dezesse-te anos (desde 1899). Nesses anos de muitas dis-cussões, uma das maiores na seara sucessória foi justamente a permanência (ou não) da legítima no sistema sucessório. Hoje, olhando em retrospecto, não causa espécie que essa discussão tenha sur-gido durante a tramitação daquela lei secular, haja vista suas fortes tendências individualistas e patri-monialistas, palavras que ora utilizo sem qualquer conotação crítica. Felipe Carvalho, dedicado histo-ricista, escreve que “a limitação ou não da liberdade de testar pela existência de herdeiros considerados necessários foi o assunto mais polêmico e mais de-

10 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis, vol. II. Ed. fac-sim. Baseada na ed. 1876 - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 15 de maio de 2018, p. 605.

11 CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o direito das sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil brasileiro. Tese (doutorado em direito). Orient.: Giordano Bruno. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Fede-ral de Minas Gerais, 2017, p. 222.

12 SANTOS, Joaquim Felício dos. Projecto do codigo civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1891. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242342>>. Acesso em: 16 de maio de 2018, p. 174.

batido do Código Civil em matéria de Direitos das Sucessões”¹³. Na missão de fortificar a autonomia privada, a legítima – enquanto reserva necessária de bens – quase caiu com o Código Civil de 1916, não fosse a intervenção resoluta do próprio *pater* do Código. Clóvis Beviláqua nos lembra que o fim da proteção da legítima chegou a ser aprovada no Senado, mas foi no final rejeitada na Câmara dos Deputados. Como se sabe, Clóvis era a favor da legítima, pois entendia que o instituto consagrava a *função social da herança*, tendo grande valor como instrumento de perpetuação familiar. O mais importante é que, no fim das contas, o Código Civil de 1916 manteve a proteção da legítima e dos herdeiros necessários, conforme constou da previsão do artigo 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)”¹⁴.

Finalmente, apesar da passagem de quase um século entre um Código e outro, a proteção da legítima mais uma vez prevaleceu e continuou mantida no Código Civil de 2002, no art. 1.845, que determina: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”¹⁵, ao que se soma o

13 CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o direito das sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil brasileiro. Tese (doutorado em direito). Orient.: Giordano Bruno. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017, p. 222.

14 Cf. BRASIL. União. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 [CC/16 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 1916 [ano da publicação originária]. Portal da Legislação do Governo Federal. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument>. Acesso em: 27 out. 2017.

15 BRASIL. União. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [CC/02 – Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Portal da Legislação do Governo Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

art. 1.846, que diz: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”¹⁶.

Como é possível concluir, então – pelo que até aqui se registrou – a proteção da legítima teve origem na própria estrutura patrimonial das famílias na antiguidade. A titularização de patrimônio se dava de forma transindividual, de modo a prevalecer não a individualidade e idiosincrasias da personalidade de cada um dos membros, mas sim os interesses do grupo que compunha a família, dirigida por um chefe, notadamente um homem, que a administrava. Nessa perspectiva, existia entre os membros da família algo muito similar a um condomínio. Embora o patrimônio fosse administrado pelo chefe da família, o direito protegia, em alguns atos, os direitos dos demais membros. Ora, sendo assim, não é de se estranhar o sentimento de posse que os herdeiros poderiam ter com relação aos bens administrados pelos pais: eles não tinham mera expectativa de um dia receberem aqueles bens – na verdade, os bens *teoricamente* já eram deles mesmo! O simples fato de nascer já tornava uma pessoa titular de direitos hereditários, ao invés de esta ocorrência se dar somente a partir da morte do autor da herança. Assim, e partindo dessa premissa, havia todo o sentido em proteger uma parte dos bens do arbítrio do chefe da família, eis que, segundo o direito, ele poderia estar dispondo de bens que simplesmente não seriam dele.

Só que, claro, essa concepção foi ultrapassada há muitos séculos. Hoje o direito hereditário surge somente com a morte da pessoa e – ressalvadas algumas poucas proteções conferidas pela lei – os herdeiros não podem se sentir *donos* do patrimônio daquele que sucederão enquanto ele não tiver falecido. Não obstante, as leis continuaram a repetir a regra da proteção da legítima, muitas das vezes, creio, de forma impensada ou, para dizer de outro modo, ignorando aqueles motivos que justificaram em primeiro lugar a origem do instituto. Hoje, em tempos de individualização do patrimônio de cada pessoa, os

16Ibidem.

motivos que outrora justificaram a legítima não mais persistem no sistema e, em grande medida, essa categoria jurídica foi mantida por mero hábito e tradição, o que não causa grande surpresa pois o direito é, em geral, uma ciência tradicionalista e conservadora, como já se pontuou antes. Aliás, essa foi a mesma conclusão a que chegaram Eroulths Cortiano Jr. e André Luiz Arnt Ramos, em ótimo trabalho, com o qual concordo. Dizem os contemporâneos civilistas que “tem ganhado força o entendimento de que, hoje, não há mais razão pela qual qualquer pessoa deva ter a prerrogativa de syndicar parte do patrimônio de outra em virtude, apenas, de seu nascimento”¹⁷.

Portanto, no caso da *legítima*, os fundamentos que motivaram sua criação e manutenção na antiguidade e na idade média - principalmente a copropriedade patrimonial entre as pessoas da família, a proteção do primogênito e a preservação do clã -, não fazem mais sentido nos dias de hoje.

3. OS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL SERVEM COMO MOTIVOS MODERNOS PARA A PERMANÊNCIA DA PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA NO SISTEMA ATUAL?

A conclusão a que se chegou no item anterior - a de que os motivos que justificaram a criação da proteção da legítima, como forma de limitar a liberdade testamentária, não fazem mais sentido -, não é suficiente, *de per si*, para defender o afastamento desse instituto do direito civil contemporâneo. Isso porque a passagem do tempo trouxe outros fundamentos que, segundo alguns, justificariam a permanência dessa categoria jurídica no sistema. Esses são fundamentos mais modernos, dissociados daqueles vetustos, e defendidos por grandes nomes do con-

17 CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. In: Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, n. 4. Cascavel: NEJUS, 2015, p. 67.

texto privatístico contemporâneo. São, pois, argumentos que merecem o devido respeito e consideração. Trata-se de um rol de alegações no sentido de que, existindo patrimônio, não se poderia deixar à míngua pessoas próximas àquele de cuja a herança se trata. Ademais, a legítima daria uma sensação de continuidade àquela determinada entidade familiar, sentimento esse que seria desejável do ponto de vista dos direitos das sucessões. Esses e outros argumentos similares podem ser reunidos sob duas grandes colunas argumentativas: a *solidariedade familiar em seus reflexos sucessórios* e a *função social da propriedade aplicada ao Direito das sucessões*.

No meu sentir, conquanto estes sejam princípios que realmente incidem sobre os fatos jurídicos sucessórios¹⁸ – tratam-se de premissas verdadeiras, portanto –, sua interpretação no sentido de manter a proteção da legítima se dá de forma pouco coerente e, em um exame mais aprofundado, estabelece uma construção quiçá insubsistente. Assim, a conclusão a que se chega a partir dessas premissas não é adequada. É o que passo a demonstrar.

3.1 Solidariedade e legítima

Com relação à solidariedade familiar, é preciso pontuar, em primeiro lugar, que ela envolve uma relação de deveres e direitos recíproca e bilateral. A solidariedade é uma via de duas mãos. Só que, de fato, nem sempre as relações de solidariedade coincidem com as relações de parentesco, mormente aquelas contempladas no rol de herdeiros necessários. Em outras palavras, embora seja claro que o

18 A solidariedade está positivada constitucionalmente e, portanto, incide sobre todos os ramos do direito brasileiro: “art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”, cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Portal da Legislação do Governo Federal: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

falecido tivesse deveres atrelados à solidariedade com relação aos membros de sua família, é igualmente verdade que ele tinha direitos de solidariedade relacionados a esses membros, sendo que, na prática, não necessariamente esse apoio viria dessas pessoas. Como se sabe, o apoio existencial e/ou patrimonial necessário, a qualquer pessoa, pode vir das fontes mais improváveis, independentemente de parentesco. Então, um herdeiro necessário pode não ter sido, necessariamente, a pessoa mais solidária ao autor da herança, enquanto este viveu. Daí porque, então, pode não fazer sentido reservar uma parte do patrimônio do falecido para este ou aquele herdeiro necessário quando a vontade do autor da herança seria a de que seus bens fossem entregues a terceiro. E sobre isso, poder-se-ia objetar dizendo que – a prevalecer a premissa que ora proponho – o foco sairia da liberdade testamentária do autor da herança e iria para a “prova de quem mais o ajudou e o apoiou em vida”, para fins de comprovação de solidariedade. Isso não procede para o que estou a sustentar. Embora seja uma realidade a de que a solidariedade mais relevante para o agora autor da herança não tenha vindo necessariamente das pessoas tidas como suas herdeiras necessárias, não poderíamos admitir essa possibilidade de “prova da solidariedade”, sob pena de desvirtuarmos o próprio valor que ela contém: uma prestação *desinteressada* de apoio. Então, a decisão acerca do beneficiário da própria herança deveria caber somente ao autor daquela sucessão, pois se aos possíveis beneficiários fosse dada qualquer chance de pleitear para si a herança, como se direito subjetivo ela fosse, haveria a criação de uma situação em que toda a pessoa cujo falecimento se aproxima teria, talvez, próxima de si, verdadeiros corvos disfarçados, ostentadores de gentilezas fingidas, cujos olhares ocultariam os pensamentos não verdadeiros. Poderia acontecer que falsos agradadores e bajuladores esgueirar-se-

-iam e se acotovelariam para fazer provas de uma “solidariedade não solidária”, mas caída, deturpada, que depois lhes serviria para obter proveito econômico abjeto. Então, a preservação da legítima é um imperativo necessário à concretização da solidariedade familiar? Minha resposta, aprioristicamente, é negativa. E a decisão quanto ao endereçamento de seus bens Para depois de sua morte seria uma decisão que deveria caber apenas ao autor da herança e a mais ninguém.

3.2 Função social e legítima

O segundo principal fundamento trata de uma eventual incidência do princípio da função social da propriedade. Segundo a interpretação que pode se dar a este princípio, a continuidade do patrimônio familiar atende a uma função social, pois dá continuidade à família e, possivelmente, proverá os herdeiros com as condições materiais que eles precisam para sobreviver. Penso que as duas afirmações não são completamente verdadeiras. Em primeiro lugar, a propriedade atinge sua função social não porque esta ou aquela pessoa é sua titular, mas sim porque uma atividade socialmente relevante é exercida com aquele bem. Quer dizer, a função social da propriedade é aferida objetivamente; não subjetivamente. Aliás, tanto assim é que o tempo de usucapião é diminuído, em certas hipóteses legais, justamente quando atividades socialmente relevantes são exercidas no imóvel, e isso sem falar na previsão de IPTU progressivo no caso de não atendimento da função social da propriedade. Assim, não se pode afirmar que uma função social estaria atendida única e exclusivamente porque o bem está com um determinado herdeiro necessário, em vez de estar com outra pessoa indicada pelo falecido. Penso que isso poderia ser, quiçá, uma certa inversão da lógica da função social. Então, esse segundo fundamento – da *função social da propriedade* – também não se sustenta lo-

gicamente, pois é perfeitamente possível que um sucessor testamentário faça uso muito mais social do bem que herdou do que o herdeiro necessário faria, de modo que dizer que a existência da legítima *de per se* estimularia a função social da propriedade não é, propriamente, uma afirmação verdadeira.

Em argumento correlato, relacionada com a visão da herança como tendo uma função social em si, Clóvis Beviláqua, defensor declarado da *legítima*, conforme já afirmado anteriormente, sustentava que essa categoria jurídica tutelaria a família contra o arbítrio do indivíduo, “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar”¹⁹. Com todas as vênias ao grande civilista, é necessário ter em mente que as pessoas não têm essa *obrigação* de sustentar seus parentes, salvo aqueles em favor de quem seriam devidos alimentos, como os menores, jovens adultos em formação universitária, idosos, enfermos, carentes etc.²⁰⁻²¹. Então, tal argumentação poderia, no máximo, sustentar-se com relação a esses, e só.

Além disso, há de se considerar que a liberdade de testar privilegia, do lado daquele que testa, o exercício de sua autonomia privada e o respeito à sua vontade com relação às suas situações existenciais e com o destino do patrimônio que com muito custo amealhou durante a vida. Soma-se a isso o fato de que, na prática, a liberdade de testar desenvolve a iniciativa e o desenvolvimento pessoal das pessoas possivelmente beneficiárias, na medida em que a pessoa não terá mais a certeza de que herdará. Hoje, sobretudo em famílias abastadas, a situação

19 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 753.

20 CF/1988: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

21 CC/2002, “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos” e “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”, entre outros.

do herdeiro é terrivelmente cômoda, pois a simples certeza de ocupar a posição de herdeiro necessário pode causar, sob o ponto de vista psicológico de muitos, a falta de incentivo para procurar melhores e maiores oportunidades de organizarem sua estrutura patrimonial própria. Mesmo que inconscientemente, essa situação legítima e possibilita a muitos a prerrogativa de renunciar ao próprio desenvolvimento como uma pessoa produtiva, simplesmente porque sua realidade sucessória não lhe exigiu isso. Ora, sendo assim, é possível concluir que, a partir do momento em que as pessoas não puderem mais ter certeza de que herdarão, haverá um incentivo legal para que cada um busque conseguir se posicionar em atividades que garantam o próprio sustento. *Contrario sensu*, a prevalecer a tese hoje predominante e legalizada, patrocina-se a um verdadeiro desestímulo à necessidade de trabalhar.

Aliás, neste ponto, pode-se perfeitamente afirmar que justamente a ausência da previsão da legítima é que estimula o princípio da *socialidade*. Na medida em que a proteção à parte reservatária em prol dos herdeiros necessários lhes serve como desestímulo ao trabalho, o instituto acaba tendo um efeito *antisocial*, isto é, lesivo ao bem comum da sociedade, pois interessa a todos que as pessoas sejam produtivas e que haja geração de riqueza que, depois, poderá ser utilizada para tirar mais pessoas da pobreza e para proporcionar realização profissional e pessoal aos cidadãos. Logo, se o fim da legítima tem o condão de estimular o trabalho e o aprimoramento profissional, é claro que essa é a opção que mais estimula a função social do direito, em vez da política que lhe é oposta.

O próprio Clóvis Beviláqua chegou a enfrentar esse argumento de que a legítima desestimularia o trabalho e reconheceu que este é o mais relevante contra a tese dele. Aquele doutrinador mesmo assim defendia a legítima, alegando que o direito sucessório não poderia assumir para si essa responsabilidade de

ensinar aos outros o valor do trabalho. Isso é “de berço”, fruto da educação que a família e a escola devem dar para cada um²². Apesar de não se poder negar razão ao grande jurista, é preciso temperar esse entendimento com a realidade brasileira. Na hipótese de a educação familiar e formal não terem cumprido seus papéis, é melhor contar com um possível estimulante ao labor do que ter a legítima garantida de modo a patrocinar o ócio improdutivo.

CONCLUSÃO

Apresentados os prós e os contras da manutenção da *legítima* no sistema jurídico sucessório, e reiterando a posição manifestada anteriormente por mim²³, Flávio Tartuce e Rolf Madaleno²⁴, é tempo de rever a proteção obrigatória da legítima e a vedação, trazida por ela, de disposição integral do patrimônio do falecido por meio de testamento. Da forma como vejo, não há como sustentar que pessoas plenamente capazes e independentes, a quem o falecido já não teria que pagar alimentos, deveria ter qualquer *direito* ao patrimônio que o agora autor da herança ameaçou durante a vida, mormente quando ele expressa que gostaria que esse patrimônio fosse direcionado a outras pessoas.

Esses beneficiários da proteção da legítima não deveriam ter qualquer direito a ela ou, pelo menos, a legítima deveria ser novamente reduzida, talvez para uma proporção de, digamos, 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio do falecido. Até porque, como se sabe, a legítima só deveria assegurar o *mínimo existencial* ou o *patrimônio mínimo* da pessoa huma-

22 BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões, cit., p. 754.

23 Por ocasião do parecer conjunto que escrevi com Flávio Tartuce e José Fernando Simão, a respeito da proposta de projeto de lei de reforma do Direito das Sucessões realizada pelo IBDFam. Também já me manifestei sobre o assunto recentemente na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, que ocorreu entre os dias 27 e 30 de novembro de 2017 na cidade de São Paulo/SP, cujo objetivo foi participar do painel “Família e Sucessões – temas polêmicos e atuais”, abordando o tópico “repensando sobre a função da legítima”.

24 V., por todos, MADALENO, Rolf. O fim da legítima, Revista IBDFam, cit., p. 31-73.

na, na esteira da tese desenvolvida por Luiz Edson Fachin²⁵, não devendo estimular o ócio exagerado por parte dos herdeiros necessários. A legítima precisa deixar de ser, como já afirmava Orlando Gomes com todas as letras, uma verdadeira “*fábrica de vagabundos*”. Nesse sentido, a redução ou mesmo extinção desse direito provavelmente trará maior desenvolvimento social e crescimento econômico para o Brasil, estimulando o trabalho e a vida produtiva, que tanto enobrece o ser humano nos planos pessoal e social.

Há de se pontuar, por fim, que a questão realmente fica mais delicada com relação ao grupo de pessoas vulneráveis, como os herdeiros incapazes, os herdeiros com deficiência e/ou os herdeiros idosos, a quem o falecido, se vivesse, naturalmente teria dever de sustento ou de prestar alimentos. Em casos assim, dever-se-á reservar, para essas pessoas, patrimônio mínimo suficiente para lhes garantir a subsistência digna, devendo ser mantida (tão somente para tais pessoas) uma previsão de legítima.

4. Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito, 3. ed., rev., atual. e ampl.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. Disponível no **Portal da Legislação do Governo Federal**: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

_____. União. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** [CC/02 - Código Civil]. Brasília: Congresso

25 V., por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006

Nacional, 2002 [ano da publicação originária]. Disponível in **Portal da Legislação do Governo Federal**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2017

_____. União. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 [CC/16 - Código Civil]. Brasília: Congresso Nacional, 1916 [ano da publicação originária]. Disponível in **Portal da Legislação do Governo Federal**. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument>. Acesso em: 27 de outubro de 2017

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o direito das sucessões no Brasil**: fragmentos da história do Código Civil brasileiro. Tese (doutorado em direito). Orient.: Giordano Bruno. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017

CORTIANO JR., Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. In: **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**, n. 4. Cascavel: NEJUS, 2015

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006

FRANCE. Code civil. Paris: [s.n.], 1804 (ano da publicação originária). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070721>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

MADALENO, Rolf. O fim da legítima. In: **Revista IBDFam - família e sucessões**, v. 16 (jul/ago). Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, bimestral, p. 31-73.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial, vol. 55: **sucessão em geral e sucessão legítima**. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. Código Philippino, ou, **Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I**. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projecto do código civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1891. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242342>>. Acesso em: 16 de maio de 2018.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**, vol. I. Ed. fac-sim. Baseada na ed. 1876 - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

_____. **Consolidação das leis civis, vol. II**. Ed. fac-sim. Baseada na ed. 1876 - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 15 de maio de 2018.