



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA

ERIKA RODRIGUES MACHADO COSTA

**A INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA E OS HERDEIROS NECESSÁRIOS:
PROTEÇÃO FAMILIAR OU PATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES?**

Salvador
2022

ERIKA RODRIGUES MACHADO COSTA

**A INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA E OS HERDEIROS NECESSÁRIOS:
PROTEÇÃO FAMILIAR OU PATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador
2022

UCSAL. Sistema de Bibliotecas

C837 Costa, Erika Rodrigues Machado

A intangibilidade da legítima e os herdeiros necessários: proteção familiar ou patrimonialização das relações / Erika Rodrigues Machado Costa. – Salvador, 2022.

106 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Família contemporânea 2. Herdeiros necessários 3. Vulnerabilidade 4. Reserva legítima 5. Liberdade de testar I. Barbosa, Camilo de Lelis Colani – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. III. Título.

CDU 316.356.2:347.65

TERMO DE APROVAÇÃO


ERIKA RODRIGUES MACHADO COSTA

**“A INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA E OS HERDEIROS NECESSÁRIOS:
PROTEÇÃO FAMILIAR OU PATRIMONIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES?”**

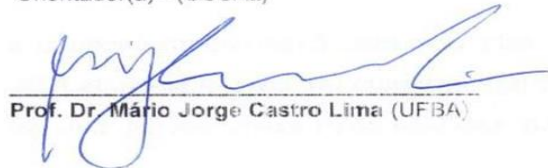
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Familia na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 11 de abril de 2022.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Prof. Dr. Mário Jorge Castro Lima (UFBA)



Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo (UCSAL)

RESUMO

O objeto da presente dissertação tem o intuito de verificar se a reserva forçada da herança atualmente cumpre com a função social de proteção a família, levando em consideração os novos valores e modalidades de família, trazidos pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, se fez necessário estudar a origem do direito das sucessões, a origem histórica da legítima, bem como sua evolução na legislação brasileira até seu estágio atual. Com isto verificou-se que o instituto da herança forçada não conseguiu se adequar aos anseios das novas modalidades de família, caindo, assim, por terra o seu principal objetivo que é o de proteger a família. Ao final, mostrou-se que a flexibilização ou supressão do instituto da legítima não seria inconstitucional. A partir disso, no intuito de suprir as demandas familiares da atualidade, bem como para melhor aplicar os princípios constitucionais, propôs-se que a reserva forçada da herança fosse utilizada especificamente para proteger pessoas vulneráveis.

Palavras-chave: 1. Família contemporânea; 2. Herdeiros necessários; 3. Reserva legítima; 4. Vulnerabilidade; 5. Liberdade de testar

ABSTRACT

The object of this dissertation is to verify if the forced reserve of inheritance currently fulfills the social function of protecting the family, taking into account the new values and family modalities, brought by the Federal Constitution of 1988. necessary to study the origin of inheritance law, the historical origin of the legitimate, as well as its evolution in the Brazilian legislation until its current stage. With this, it was found that the institute of forced inheritance failed to adapt to the aspirations of the new family modalities, thus falling to the ground its main objective, which is to protect the family. In the end, it was shown that the flexibilization or suppression of the legitimate institute would not be unconstitutional. From this, in order to meet the current family demands, as well as to better apply constitutional principles, it was proposed that the forced reserve of inheritance be used specifically to protect vulnerable people.

Keywords: 1 Contemporary Family; 2 Necessary Heirs; 3 Forced Inheritance; 4 Vulnerability; 5 Freedom to Test.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	7
2.1 A origem histórica da Legítima.....	10
2.1.1 Antigo Egito.....	12
2.1.2 Direito da Babilônia:O Código de Hamurabi.....	13
2.1.3 Direito Romano.....	16
2.1.4 Direito Feudal.....	21
2.2 A evolução histórica da legítima no Direito Sucessório Brasileiro.....	24
2.2.1 Ordenações Filipinas.....	25
2.2.2 Código Civil de 1916.....	27
2.2.3 Código Civil de 2002.....	30
3 A LEGÍTIMA.....	33
3.1 Vocação hereditária.....	36
3.2 Indignidade e deserdação.....	39
3.3 A figura dos herdeiros necessários como detentores de proteção.....	45
3.4 A justificativa para existência da legítima no Brasil e argumentos favoráveis.....	49
3.5 Argumentos contra a manutenção da porção legítima no Brasil.....	54
4 COMPARAÇÃO DA LEGÍTIMA BRASILEIRA COM OUTROS PAÍSES.....	61
4.1 Direito Argentino.....	62
4.2 Direito Inglês.....	67
4.3 Direito Chinês.....	75
5 A LEGÍTIMA E O DESCOMPASSO COM A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	82
5.1 A legítima, a sociedade atual e o olhar constitucional.....	82
5.2 Novas entidades familiares e as implicações com a porção legítima.....	86
5.3 A vulnerabilidade como questão constitucional.....	90
5.4 Da tendência da burla à legítima.....	94
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS	102
ANEXO	105

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu no intuito de verificar se a sucessão legítima brasileira e os limites à autonomia da vontade do autor da herança permitem a aplicação dos princípios constitucionais de proteção familiar, direito de propriedade e o valor moral da afetividade, no contexto social da família contemporânea brasileira.

Tal questionamento é o objeto de estudo do presente trabalho, que tem como escopo geral mostrar a inadequação da reserva forçada da herança em seus moldes legislativos atuais, na sociedade brasileira do século XXI. Quanto aos objetivos específicos, buscar-se-á verificar se os valores sociais e de solidariedade familiar estão, de fato, melhor contemplados pela legítima; comparar o modelo do Direito Sucessório brasileiro com outros países e sugerir mudanças no ordenamento jurídico pátrio; verificar se a função social da propriedade, com o engessamento através da legítima, consegue ser plenamente aplicada; verificar qual a repercussão dos novos arranjos familiares no direito das sucessões; explicar qual é o fundamento para aplicação da legítima no Brasil; mostrar os pontos negativos da sua aplicabilidade na sociedade do século XXI; verificar se a proteção da família através da legítima consegue contemplar as necessidades da família contemporânea, que atualmente é plural e visa o enaltecimento de seus indivíduos; verificar se o princípio da intangibilidade da legítima é coerente com a sociedade atual; verificar se a forma mais eficaz de proteger a família é resguardar metade do patrimônio àqueles que a lei considera abstratamente e presumivelmente mais próximos ao falecido, sem que seja observada a necessidade real de cada indivíduo; verificar se os vulneráveis são protegidos pela legítima.

Vale ressaltar que este trabalho não possui, em nenhuma hipótese, a finalidade de extinguir o direito de herança, pelo contrário, buscar-se-á sugerir mudanças formais para lhe conferir maior eficácia quando cotejado com a aplicação dos princípios da proteção familiar, afetividade e função social da propriedade.

Frisa-se que foi adotado o método de revisão bibliográfica para a elaboração do presente trabalho. O presente estudo será iniciado com a demonstração da origem do Direito Sucessório em geral. Após isso, será analisada a origem histórica do instituto da legítima, e sua aplicabilidade no Antigo Egito, Direito da Babilônia, Direito Romano e Direito Feudal. Terminada a análise histórica em geral, passar-se-á para

evolução da legítima no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Reais até a norma sucessória atual.

Ultrapassada a fase histórica do trabalho, será estudada como a legítima é tratada na norma sucessória brasileira e suas características. Depois, será analisada como a ordem de vocação hereditária funciona, e será demonstrado o motivo da escolha de seus membros. O mesmo acontecerá com os herdeiros necessários. Será demonstrado, também, as hipóteses em que os herdeiros poderão ser excluídos da sucessão.

Após isso, serão verificados os fundamentos e motivos da existência da herança forçada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as críticas que tal instituto recebe, fazendo-se uma análise se sua existência cumpre com seu fundamento de origem.

Passada tal fase, no intuito de se fazer uma comparação entre países que possuem legislação sucessória diferente do Brasil, serão analisados o Direito Sucessório da Argentina, que possui a reserva forçada da herança, todavia, traz mecanismos de proteção aos vulneráveis, e Inglaterra e China, que são países em que proporcionam grande autonomia de testar, e ainda assim, protegem os indivíduos vulneráveis.

Após isso, será feita análise da legítima sob o viés constitucional, para verificar se sua aplicabilidade é compatível com os novos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, bem como verificar quais foram as implicações no Direito Sucessório com as novas modalidades de família trazidas pela Carta Magna.

Por fim, será verificado se as pessoas tidas como vulneráveis, que devem receber proteção de acordo com a Constituição, de acordo com a tutela das vulnerabilidades, são de fato protegidos pela reserva forçada da herança. Verificar-se-á, por fim, se a existência da legítima estimula o cometimento de atos fraudulentos, tanto pelo autor da herança, quanto pelos herdeiros necessários.

2 ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO

Antes de tecer comentários acerca da origem do direito das sucessões, é mister trazer o entendimento da etimologia da palavra “sucessão”, que segundo lição de Clóvis Bevilacqua,

Em sentido geral e vulgar é a sequência de fenômenos ou fatos, em que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. Na tecnologia jurídica, significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa para outra¹.

Já a sucessão hereditária, se trata da transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa por decorrência do evento morte, consubstanciada em heranças, testamentos, legados, codicilos, etc. Segundo Giselda Hironaka², suceder significa, primordialmente, “tomar o lugar de”, revelando o fato de que um sujeito toma o lugar de outrem que faleceu, adquirindo, por isso, o patrimônio do qual o falecido era titular, enquanto vivo.

Para Ambroise Colin e Henri Capitant³, a definição de sucessão é:

La succession est la transmission à une ou plusieurs personnes vivantes du patrimoine laissé par une personne décédée. Le patrimoine ainsi transmis est désigné par les mots de succession (pris ici, ou le voit, dans un nouveau sens), héritage ou hérédilé. Il comprend tous les droits que le défunt exerçait de son vivant à l'exception seulement de ceux qui, par leur nature, ou en vertu d'une disposition de la loi, sont tellement inhérents à la personne qu'ils échappent à toute transmission⁴.

Não obstante o contexto histórico da transmissibilidade do patrimônio por sucessão remontar ao surgimento das sociedades baseadas no capitalismo, a partir do reconhecimento natural da propriedade privada, não se faz dispensável discorrer, ainda que de forma sucinta, a respeito das sociedades primitivas, para fins elucidativos da origem do Direito Sucessório.

Em sociedades primitivas tribais não existia a propriedade privada; sequer os vínculos familiares eram levados em consideração quando da transmissão - ou

1 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 55.

2 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 330.

3 COLIN Ambroise e CAPITANT, Henri, **Droit Civil Français**. Librairie Dalloz. Paris. 1936. p. 386

4 “A sucessão é a transmissão a uma ou mais pessoas vivas da herança deixada por uma pessoa falecida. O patrimônio assim transmitido é designado pelas palavras de sucessão (tomada aqui, ou vê-lo, em um novo sentido), herança ou hereditário. Inclui todos os direitos que o falecido exerceu durante a sua vida, com a única exceção daqueles que, pela sua natureza ou por força de uma disposição da lei, são tão inerentes à pessoa que escapam a qualquer transmissão.” Tradução livre do autor.

melhor, da mudança de responsabilidade pela posse de bens- de um indivíduo pertencente à tribo para os demais. Conceitualmente não havia que se falar em transmissão, afinal, se não existia proprietário particular, por consequência lógica, não havia objeto a transmitir - todos os bens eram de propriedade coletiva da tribo⁵.

Naqueles tempos a própria tribo era considerada como sujeito de direito, sendo, portanto, o único proprietário de todos os bens. Além disso, por decorrência da ficção genérica e não humana de tribo, não existia a sucessão por morte, afinal algo não humano é insuscetível de sofrer do evento morte. Logo, todo o patrimônio permanecia sendo de propriedade da tribo. Tal situação é trazida por Clóvis Beviláqua⁶,

Os povos primitivos desconheciam o direito sucessório no sentido moderno da expressão. Vivendo os grupos familiares em comunhão de bens, todos os membros desses grupos eram proprietários comunistas, pais e filhos, ascendentes, descendentes e afins.

Como os grupos familiares viviam em comunhão de bens, cada membro da família era parte do patrimônio comum. Ao chefe da tribo cabia a administração do conjunto de bens e a tomada de decisões político-administrativas. Cabe ressaltar que a sucessão, nos tempos primitivos, não se dava necessariamente com a morte do líder, mas também pela perda de confiança da comunidade. Pode-se inferir que a titularidade da propriedade permanecia inalterada, já que havia mera mudança na administração. Com o falecimento do chefe do grupo, a posse e a propriedade permaneciam intactas, e só havia mudança do administrador da fortuna doméstica⁷.

A partir de casamentos realizados entre indivíduos pertencentes a grupos sociais distintos entre si, os filhos passaram a herdar o conjunto de bens, no intuito de dar continuidade ao culto familiar, bem como proteger a propriedade no âmbito desse seio, sendo as regras de sucessão diferentes a depender da perspectiva cultural de onde se vivia⁸.

Não obstante o instinto de conservação da propriedade no seio familiar para os fins de lhe assegurar a continuidade, foi a partir do natural processo histórico de reconhecimento do direito à propriedade privada, que fez surgir a necessidade de se dar continuidade às relações jurídicas realizadas pelo *de cuius* quando em vida. Pode-

5 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 12

6 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000, p. 107

7 IBIDEM, p. 65.

8 MADALENO, op. cit., p. 12

se dizer que tal fato implicou a criação do direito das sucessões, que está historicamente ligado à continuação do culto familiar que, desde os tempos remotos, advém da ideia de proteção da propriedade no seio da família.

Para Gillisen⁹, a história do direito das sucessões inscreve-se na evolução entre dois tipos de sociedades. Nas arcaicas ou feudais, a sucessão se dava, exclusivamente *ab intestato* (sem testamento), e era determinada pelas regras costumeiras ou mesmo embora excepcionalmente, legais. Nas sociedades individualistas, a vontade do testador era respeitada; as regras legais (ou, excepcionalmente costumeiras) da devolução sucessória eram apenas supletivas da vontade do *de cuius* (falecido).

Nas sociedades em que o Estado controla o direito de propriedade do cidadão e existe desinteresse na preservação da família, o direito das sucessões quase não tem razão para existir. A título exemplificativo, em Cuba, apesar de existir um capítulo de Direito Sucessório contido no Código Civil¹⁰, no art. 466 até 547.1, pode-se inferir que sua existência é meramente formal, haja vista que a tendência é a de o patrimônio do indivíduo ser transferido para o Estado.

Como já dito, por muitos séculos os direitos patrimoniais não se compartilhavam, pertenciam à sociedade familiar. Historicamente, a sucessão, em regra, se operou na linha masculina, sob a justificativa de que a filha não podia dar seguimento ao culto familiar, pois, ao casar-se, adotaria a religião do marido, consoante demonstrado na obra *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges.

Nas antigas famílias gregas e romanas, a sociedade acreditava na continuidade da vida após a morte, por esse motivo, o defunto era enterrado com seus pertences pessoais caso precisasse utilizá-los no pós-morte e periodicamente eram ofertados alimentos em sua sepultura. Com isso, os falecidos eram considerados seres sagrados, e criou-se o hábito do culto ao fogo doméstico na casa de cada falecido, que representava os ancestrais da família¹¹.

Sendo assim, pode-se observar que a origem do Direito Sucessório primitivo teve enorme influência da religião, haja vista que foi a partir da cultuação doméstica

9 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 674

10 Disponível em: <https://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/codigo-civil/> Acesso em: 18 set.2021

11 COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Tradução: 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros. p. 61.

aos antepassados que ensejou a ideia de transmissão do acervo hereditário ao filho primogênito, que sequer poderia se eximir de recebê-lo, tratando-se de um poder-dever.

Em suma, conforme aduz Giselda Hironaka¹², sem morte, não há transmissão; sem transmissão, não há herdeiros; sem herdeiros, não há sucessão. Esses são os pressupostos imprescindíveis à sucessão *causa mortis*.

Antes de adentrar no objeto do presente trabalho acerca da sucessão legítima, é necessário trazer um apanhado da evolução histórica do Direito das Sucessões para que se possa compreender a existência do instituto da legítima e sua aplicabilidade prática até o presente momento no Direito brasileiro.

2.1 - Origem Histórica da Legítima

Em que pese haver indícios da existência da sucessão legítima no Antigo Egito e no Direito da Babilônia, como será detalhado nos tópicos subsequentes, a origem histórica da legítima só foi consolidada e aceita pela doutrina por meio do Direito Romano, em período anterior à Lei das XII Tábuas, de acordo com Fustel de Coulanges¹³.

Historicamente, a origem da sucessão legítima surgiu da obrigatoriedade de perpetuar o culto doméstico familiar, haja vista que, quando o *pater* falecia, automaticamente seu filho primogênito deveria dar continuidade ao culto e herdar suas posses, sendo vedada a recusa. Por decorrência dessa obrigação cultural, na hipótese de o *pater* não possuir filhos, e com a finalidade de evitar o risco de não perpetuar o culto familiar por não ter um sucedido, o sucessor fazia um testamento que previa a adoção de um filho, fazendo surgir, dessa maneira, a sucessão testamentária.

Para Gillissen¹⁴, nas sociedades arcaicas em que a solidariedade familiar constituía a base da organização social, não se admitia que um ato de vontade

12 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 355.

13 COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Tradução: 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros. p. 61.

14 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 673

individual subtraísse algo do patrimônio familiar, e, como consequência disso, não existia a figura do testamento nesse tipo de sociedade.

Conforme explanado por Coulanges, o direito romano antigo, utilizava a espécie sucessória da sucessão legítima, pois, a totalidade do patrimônio do chefe da família obrigatoriamente deveria ir para seu filho, que era o responsável pela continuação do culto familiar.

Vale ressaltar que o filho não herdava pela vontade do pai, mas, por uma obrigatoriedade imposta pelos deuses e pelos homens à continuação do culto familiar, que, por conseguinte, acarretava a transmissão de todo patrimônio do *de cuius* para o continuador do culto familiar.

Conforme Rolf Madaleno¹⁵, caso o *pater familiae* não quisesse deixar seus bens aos seus filhos e netos, estava obrigado a deserdá-los em seu testamento, valendo-se de termos sacramentais e, se o herdeiro fosse injustamente privado da sua herança, tinha o direito de anular o testamento por meio da querela *inofficiosi testamenti*. Todavia, a deserdação deveria ser por uma justa causa e o testamento ser submetido ao Colégio Centumviral, composto por 105 homens, que representavam o povo romano e eram responsáveis por avaliar a inoficiosidade do testamento.

Parte da doutrina entende que a origem da sucessão legítima se deu inicialmente no direito germânico. Na cultura dos povos antigos - na região que se chama Alemanha atualmente - não havia culto aos antepassados, mas existia uma expectativa sucessória dos filhos sobre os bens deixados pelo ascendente, e em um primeiro momento, não existia a figura da sucessão testamentária¹⁶.

Além do prisma religioso, outro fator que contribuiu para a instituição da legítima no direito romano foi a sua utilização pelas instituições da república romana como meio de se restringir os abusos de poder cometidos pelo *pater familiae* na administração dos bens, cuja propriedade pertencia à coletividade familiar; não eram incomuns os casos em que o patriarca exorbitava do poder de administração, agindo como se dono fosse e liquidando todo o patrimônio ao revés da família que, em sua grande maioria, era formada por pródigos¹⁷.

15 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 272

16 Ibidem, p. 267

17 Ibidem, p. 342

Em suma, a legítima poderia ser considerada como um dever sucessório do *pater* para com sua família, que em contraprestação deveria perpetuar o culto familiar louvando seus antepassados através de oferendas e orações, para que o fogo sagrado familiar nunca acabasse.

No direito pátrio, ao longo de sua evolução, o percentual da reserva legítima obrigatória sofreu algumas alterações, tendo em vista que, inicialmente, nas Ordenações Reais, era à razão de dois terços, sendo posteriormente modificada para cinquenta por cento, o que se perdura até hoje no *códex* (código) atual.

Nos tópicos seguintes, discorrer-se-á sobre a sucessão legítima e sua aplicação no Antigo Egito, na Babilônia, em Roma Antiga e no período feudal ao longo da história antiga, para fins de contextualização

2.1.1 - Antigo Egito

Em que pese não ter existido no antigo direito egípcio muitos registros codificados, tampouco pela sua escassez doutrinária, foi possível encontrar sua essência a partir de achados contratuais, testamentários, decisões judiciais e atos administrativos encontrados até o presente momento. Segundo John Gillisen¹⁸, a história do Egito é dividida em três períodos: antigo império (XXVIII – XXIII séc. a.C), médio império (primeiro quarto do II milênio a.C) e novo império (séc. XVI-XI a.C).

No Antigo Egito, as leis eram escritas; também havia a figura do juiz, que era responsável por fiscalizá-las e solucionar conflitos. Aquele período foi marcado pela ascensão dos direitos individualistas, em contraste à supremacia das normas coletivas, em cujo predomínio ocorria anteriormente.

No antigo império¹⁹, o direito das sucessões foi marcado tanto pela liberdade plena de testar, consubstanciado na figura do testamento como ato de disposição de última vontade, sendo revogável até a morte do testador, como pelas ausências do direito da primogenitura e do privilégio de masculinidade. Nessa época existiam poucas leis esparsas que tratavam do assunto.

18 GILLISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 53.

19 Ibidem, p. 55

No período do antigo Egito, os cônjuges tinham os mesmos direitos e deveres; à mulher era conferida autonomia na disposição do patrimônio e a monogamia era a regra. A seguir, a descrição de como era a família à época, por Gillisen²⁰:

A célula social por excelência é a família em sentido restrito: pai, mãe e filhos menores. Marido e mulher são colocados em pé de igualdade: não há qualquer autoridade marital, nem tutela da mulher. As mulheres, mesmo casadas, podem dispor de seu patrimônio próprio, por doação e por testamento. Não há sinais de harém; o casamento é monogâmico, à exceção do rei.

Além disso, vale ressaltar que o critério de emancipação dos filhos era etário, ou seja, ao atingir determinada idade; noutro giro, na sociedade romana, os filhos eram emancipados apenas com a autorização do pai.

No que diz respeito à partilha no Egito Antigo, Clóvis Bevilaqua²¹ afirma que a herança era distribuída por estirpes, em partes iguais, sendo o filho primogênito o encarregado de efetuar-la, herdando os filhos naturais em concorrência com os legítimos.

A partir da introdução do feudalismo no Egito, no período do Antigo Império (XXVIII-XXIII – séc. Antes de Cristo), observou-se que o direito das sucessões começou a sofrer mudanças, através do reforço do poder paternal e marital, introdução do direito de primogenitura e privilégio de masculinidade.

Com a chegada do médio (II milênio antes de cristo) e novo império (XVI – XI antes de Cristo), o direito, mais uma vez, volta a ser individualista e, conseqüentemente, no direito das sucessões, retorna a igualdade entre filhos e filhas, bem como a liberdade de testar.

2.1.2. - Direito da Babilônia: o Código de Hamurabi

Descoberto pela era moderna apenas no ano de 1902 por Jacques de Morgan, o Código criado por Hamurabi, rei da Babilônia, gravado em pedra, foi esculpido por volta de 1772 a.C. e permanece intacto atualmente no Museu do Louvre, em Paris. Foram também encontradas inúmeras tábuas de argila com a reprodução do referido Código.

20 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p.55

21 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 128

O Código demonstrou ser um sistema jurídico desenvolvido para época com ênfase no âmbito do direito privado. Ele continha 282 regras em 3.600 linhas de texto que tratavam, de maneira diversificada, sobre os atos da vida civil como relações patrimoniais e familiares, obrigações, crimes etc., que podem didaticamente ser chamadas de artigos²².

Conforme entendimento de José Sacadura Rocha, o Código de Hamurabi também ficou conhecido pelas penalidades, que são tidas como severas, a exemplo da pena de morte, da empalação e da crucificação. Ele se baseava na ideia de que a reparação pelo dano decorrente da infração devia seguir o princípio de “uma vida por outra vida”, que levou o nome de Lei de Talião (*Lex Talionis*), denominação emprestada do Direito bíblico Hebreu, mais comumente conhecida como “olho por olho, dente por dente”²³.

Não obstante, é importante chamar atenção para o fato de que as codificações à época do Código de Hamurabi representavam apenas um apanhado de casos concretos no intuito de organizar a sociedade, diferentemente do que é visto na modernidade, com códigos específicos para cada área do direito.

Segundo Henrique Abel²⁴, o objetivo do Código de Hamurabi era trazer justiça para as relações sociais, e tentar equilibrar as desigualdades sociais.

No período do Código de Hamurabi, a família era um sistema monogâmico e patriarcal não obstante fosse admitido o concubinato; a mulher detinha personalidade jurídica e ocorria a transferência do dote para propriedade da mulher após o casamento, sendo-lhe conferida liberdade na gestão de seus bens, consoante será demonstrado a seguir.

O direito das sucessões foi tratado no capítulo X nomeado de “Matrimônio e família, delitos contra a ordem da família. Contribuições e doações nupciais”. Fazendo uma comparação com o direito brasileiro atual, é possível tecer algumas considerações a partir da análise de alguns dos artigos do código de Hamurabi.

A partir da leitura do artigo 150^o pode observar-se a possível existência da figura do testamento e a ausência do direito da primogenitura, pois foi constatada a

22 ABEL, Henrique. **História do direito** / Henrique Abel, Marjorie de Almeida Araujo, Débora Cristina Holenbach Grivot; revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.p. 22

23 ROCHA, José Manuel de Sacadura **História do direito no Ocidente: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade.** – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

24 Ibidem, p. 22

figura de um ato escrito (testamento) sem se notar a obrigatoriedade da mãe em deixar herança para o filho primogênito, mas sim escolher seu preferido:

150º -Se alguém dá à mulher campo, horto, casa e bens e **lhe deixa um ato escrito**, depois da morte do marido, seus filhos não deverão levantar contestação: a **mãe pode legar o que lhe foi deixado a um de seus filhos que ela prefira, nem deverá dar coisa alguma aos irmãos**. (grifos nossos)
25

A doação em vida de um pai para apenas um dos filhos tinha que ser cumprida em virtude da autonomia da vontade:

165º -Se alguém **doa ao filho predileto** campo, horto e casa e lavra sobre isso um ato, se mais tarde o pai morre e os irmãos dividem, **eles deverão entregar-lhe a doação do pai e ele poderá tomá-la**; fora disso se deverão dividir entre si os bens paternos. (grifos nossos)²⁶

179º -Se uma mulher consagrada ou uma meretriz, às **quais seu pai fez um donativo e lavrou um ato e acrescentou que elas poderiam alienar a quem lhes aprouvesse o seu patrimônio e lhes deixou livre disposição**; se depois o pai morre, então elas podem legar sua sucessão a quem lhe aprouver. Os seus irmãos não podem levantar nenhuma ação. (grifos nossos)²⁷

Além disso, possivelmente existia o instituto da sucessão legítima apenas em alguns casos, pois o art.162 demonstra que, após a morte da mãe, os donativos pertenceriam aos seus filhos:

162º -Se alguém toma uma mulher e ela lhe dá filhos, se depois essa mulher morre, seu pai não deverá intentar ação sobre seu donativo; **este pertence aos filhos**. (grifos nossos)²⁸

Com isso, observa-se que o Código de Hamurabi, apesar de ser apenas uma norma de conduta com escopo de organizar a sociedade, criado por volta de 1772 a.C., trouxe embasamento ao que seria hoje considerado vanguardista, a exemplo da não utilização do princípio da primogenitura e uma aparente autonomia de vontade para testar seus bens *post mortem*, além de, provavelmente, ser o primeiro código a trazer o instituto da sucessão legítima de maneira flexibilizada, pois não era utilizado em todos os casos.

25 Disponível em:

http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/C%C3%93DIGO%20DE%20H AMURABI.pdf Acesso em: 05 abr.2021.

26 Ibidem

27 Ibidem.

28 Ibidem

2.1.3 Direito Romano

É cediço que o Direito Romano foi uma das bases do direito brasileiro. Além disso, tem suma importância no âmbito do Direito das Sucessões, como será exposto a seguir.

Segundo Gillissen²⁹, a história do direito romano possui vinte e dois séculos, com início no século VII a.C. até o VI d.C., no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV no Império Bizantino. No ocidente, o direito romano renasceu a partir do século XII e sua influência permanece considerável até os dias de hoje.

Em virtude de a evolução do direito romano ter sido mais tardia que a do direito egípcio, é possível inferir, conforme visto nos tópicos anteriores, que a origem das formas de sucessão foi anterior à Lei das XII Tábuas. Todavia, os doutrinadores sucessionistas encontraram a base e a evolução do direito sucessório a partir do Direito Romano³⁰.

Didaticamente, a história do direito romano é dividida em quatro períodos: a Realeza (753-510 a.C.); a República (510-27 a.C.); o Alto Império ou Principado (27 a.C.-284) e o Baixo Império ou Dominato (284-565).

Antes de tratar especificamente sobre o Direito das Sucessões em Roma, é importante mencionar o panorama da família romana na antiguidade, que segundo Henrique Abel³¹:

pode ser compreendido como o conjunto de pessoas e de bens submetidos a uma mesma *potestas* (poder), exercida única e exclusivamente por um homem, o *pater familias*. Esse poder incide sobre pessoas e bens e, por isso, dá uma noção patrimonial da família, quase que como uma propriedade. Por isso, a família romana não pode ser compreendida apenas como um grupo de pessoas, muito menos só do mesmo sangue, é muito maior, pois tem caráter patrimonial. Para ligar essas pessoas ao poder do *pater*, os romanos tinham dois tipos de parentesco. O primeiro era o parentesco por agnação, isto é, o parentesco civil, jurídico, determinado pela lei. Esse parentesco se adquiria pelo nascimento de justas núpcias, pela adoção e pelo casamento com manus. Era um parentesco patrilinear, quer dizer, era transmitido somente pelos homens, ou seja, as mulheres recebiam, mas não transmitiam esse vínculo. O segundo parentesco era aquele estabelecido por cognação, isto é, o parentesco sanguíneo. Não importando o tipo de parentesco, os romanos criaram regras para contagem, definindo linhas e graus.

29 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 80

30 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 80

31 ABEL, Henrique. **História do direito** / Henrique Abel, Marjorie de Almeida Araújo, Débora Cristina Holenbach Grivot; revisão técnica: Gustavo da Silva Santana. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.p. 78

Na Roma Antiga, o Direito Sucessório estava intrinsecamente ligado ao direito de propriedade e às antigas crenças religiosas familiares. A propriedade era estabelecida para cumprir o culto hereditário, pois não era possível que ela se extinguisse após o falecimento de alguém. A regra da herança era se conformar com o culto. Após a morte do homem, o culto deveria continuar para perpetuar a religião da família e a hereditariedade³².

Como o culto configurava um vínculo entre as gerações, ao herdeiro era incumbido o ônus de dar continuidade ao culto familiar, mediante realização de rituais para o falecido e seus antepassados, que eram considerados os deuses da família.

Ao herdeiro era vedada a recusa da herança, bem como o possível ônus decorrente de dívidas contraídas pelo falecido quando em vida e dos altos custos para a realização dos rituais sagrados.

Nas residências das antigas famílias romanas costumava existir um santuário no intuito de manter o fogo sagrado sempre aceso para louvar os ancestrais. Cada núcleo familiar tinha seu próprio fogo, que não poderia ser compartilhado. Pode-se inferir que a exclusividade do fogo sagrado teria sido uma das origens da ideia de propriedade privada.

Os ancestrais, também chamados de “deuses lares”, conforme entendimento de Giselda Hironaka³³, eram tidos como deificação dos antepassados já falecidos, que seriam adorados pelos descendentes. Essa concepção garantia uma espécie de identidade comum e eterna a todos os integrantes dessa complexa família romana.

Como mencionado, o culto familiar e a propriedade estavam umbilicalmente associados, de modo que era defeso a aquisição da propriedade de maneira separada do culto, conforme ensinamento de Fustel de Coulanges³⁴,

Duas coisas estão estritamente unidas, tanto nas crenças como nas leis dos antigos: o culto da família e a propriedade. Por isso, esta era uma regra sem exceção, tanto no direito grego quanto no romano: **não se podia adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade.** (grifos nossos)

Ultrapassada a lógica de não se poder adquirir propriedade sem culto e vice versa, é importante ressaltar que a legislação do antigo direito romano era baseada

32 COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Tradução: 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros. p. 61)

33 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 110/111.

34 COULANGES, op.cit., p. 61.

nas crenças e na religião, sem se considerar o valor afetivo, o que muitas vezes gerava situações jurídicas desiguais para cada membro da família.

Com isso, pode-se dizer que a origem da sucessão legítima no direito romano surgiu da obrigatoriedade de continuar o culto doméstico, haja vista que, quando o *pater* falecia, automaticamente, ao filho primogênito era incumbido o ônus obrigatório de dar continuidade ao culto familiar, bem como herdar suas posses.

No entanto, a obrigatoriedade de perpetuar o culto familiar também deu origem à sucessão testamentária, já que quando o *pater* não possuía filhos, ele fazia um testamento designando seu sucessor para continuar seu culto familiar.

Em um determinado período do antigo direito romano, o pai tinha absoluta liberdade de dispor de seus bens quando decorrente do evento morte, todavia, caso não deixasse testamento, deveria seguir uma ordem de vocação hereditária.

Segundo Gillisen³⁵, o antigo direito romano menciona três ordens de herdeiros: os *sui heredes*, que são todos os que se encontram sob a *potestas* do defunto; o *agnatus proximus*, que era utilizado na falta do *heredes sui*; e os *gentiles*, grupo familiar em sentido lato, que não são sucessíveis senão na falta das duas primeiras opções.

Muitas das vertentes que fundamentam o direito das sucessões no Brasil foram importadas do antigo direito romano. O princípio da hereditariedade, por exemplo, materializado na ideia de que o filho é a continuação natural e obrigatória do culto, e, conseqüentemente, herdeiro dos bens, é aplicado no ordenamento jurídico pátrio.

Ao contrário do que se pode pensar, o vetor que enseja a hereditariedade não é baseado na autonomia da vontade do pai, mas sim da crença e da religião, conforme ensinamento de Coulanges:

Assim é que surgiu a regra da hereditariedade; ela não é o resultado de uma simples convenção feita entre os homens; ela deriva de suas crenças, de sua religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de pleno direito — *ipso jure heres existit* — diz o juriconsulto. É um herdeiro necessário: *heres necessarius*. Não tem que aceitar ou recusar a herança. A continuação da propriedade, como a do culto, é para ele obrigação e direito. Quer queira quer não, a herança lhe cabe, seja qual for, mesmo com suas obrigações e dívidas. O benefício de inventário e

35 GILLISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p.674.

o benefício de desistência não são admitidos para o filho no direito grego, e não foram introduzidos senão muito tarde no direito romano.³⁶

Naquele tempo, apenas o filho homem tinha o direito de herdar do pai, em virtude de a regra aplicável ao culto ser a de transmissão de varão para varão. A filha mulher não era apta a perpetuar a religião paterna, pois, ao casar-se, passava automaticamente a adotar a religião familiar de seu cônjuge, renunciando, por isso, à sua religião de origem.

A religião proibia a filha de herdar do pai; ela sequer podia dar continuidade aos banquetes fúnebres, sob pena dos sacrifícios serem oferecidos aos antepassados de seu marido. Caso o pai resolvesse deixar algum bem para filha, a propriedade seria separada do culto, o que não era permitido³⁷.

Com essa limitação sucessória, podia acontecer de um homem falecer sem deixar filhos homens. Com isso, foi estabelecido pela Lei das Doze Tábuas, que se um homem morresse sem herdeiro próprio, a sucessão pertenceria ao agnado mais próximo. Com isso, um sobrinho herdava do *patruus*, ou seja, irmão de seu pai, porém, não herdava do *avunculus*, que era o irmão de sua mãe³⁸.

No que diz respeito à ordem de vocação hereditária na Lei das Doze Tábuas, de acordo com Clóvis Bevilacqua³⁹,

Pelo código decemviral das doze tábuas, a sucessão legítima era deferida, primeiramente, aos que ao tempo da morte do *de cuius* se achavam sob o seu pátrio poder, inclusive a mulher, que herdava *loco filiae*. A esta primeira ordem de sucessíveis, dava-se o nome de *heredes sui et necessarii*, porque tinham de aderir à herança, *sive veçint sive nolint*. Só mais tarde que o pretor lhes concedeu o benefício da abstenção. Em segundo lugar, eram chamados os *agnados*, preferindo os mais próximos aos mais remotos; em terceiro, corriam os *gentiles*, também dada a precedência aos mais próximos.

Caso o autor da herança deixasse filha única, a herança era deferida ao herdeiro mais próximo, que era obrigado a casar-se com a filha sobrevivente. Caso a filha já fosse casada, estava, automaticamente, excluída da herança de seu pai, em virtude de pertencer ao culto familiar de seu cônjuge.

36 COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Tradução: 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros. p. 62.

37 Ibidem, p. 62

38 Ibidem, p. 67

39 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 131.

Com o passar do tempo, os romanos começaram a permitir o repasse dos bens do falecido às filhas mulheres, como, por exemplo, o casamento da filha com um irmão, desde que unilateral por parte de pai. Caso o referido irmão fosse casado, deveria se divorciar para oportunizar o recebimento de bens pela irmã. Além disso, o autor da herança poderia adotar um filho, também através de testamento, para que se casasse com sua filha.

Até o referido momento histórico, ou seja, antes da Lei das Doze Tábuas, não existia nenhuma legislação que proibisse ou permitisse a figura do testamento. Apenas era observada a figura do herdeiro necessário, ou seja, uma possível inexistência de autonomia sucessória por meio de testamento.

Não obstante, após o conhecimento da referida legislação, a figura do testamento possuía natureza altamente formal. Em vida, o autor do testamento deveria revelar seu segredo e ser submetido à aprovação de uma autoridade soberana, ou seja, do povo reunido por cúrias, sob a presidência de um pontífice⁴⁰.

Conforme dito anteriormente, a prática do testamento não era habitual, devido à forma solene, feito diante da assembleia popular, todavia, segundo John Gilissen, a sucessão testamentária acabou se tornando mais utilizada que a sucessão *ab intestado* no Direito Romano.

De acordo com Henrique Abel⁴¹, no Direito Romano, a sucessão *causa mortis* poderia ser de duas maneiras: testamentária (ato de disposição de última vontade) ou *ab intestato* (sem o testamento) e então, neste caso, a lei supriria a vontade do *de cuius* (o falecido), indicando quem ocuparia o lugar de herdeiro.

Conforme entendimento de Clóvis Bevilacqua⁴², o início do Direito Sucessório romano foi marcado pela disjunção exclusiva entre a sucessão testamentária e legítima - ou se optava pela legítima, ou pela testamentária. A sucessão legítima tinha a copropriedade existente na família como premissa.

Segundo Conrado Paulino da Rosa⁴³, originalmente no Direito Romano, não havia qualquer restrição patrimonial por decorrência da consagrada e absoluta liberdade testamentária, típica do exercício da autonomia privada como expressão do

40 Ibidem, p. 70.

41 ABEL, Henrique. **História do direito** / Henrique Abel, Marjorie de Almeida Araujo, Débora Cristina Hohenbach Grivot; revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.p. 84

42 BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 63/64.

43 ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e partilha** – 3 ed. rev. Atualizada e ampliada – Salvador: Editora Juspodivum, 2021, p. 49

individualismo romano. Tempos depois, no entanto, o instituto da legítima sofreu limitações à livre disposição dos bens, por meio de obrigações morais no plano jurídico: o dever moral de assistência e auxílio econômico entre os membros de uma família.

Com relação a capacidade sucessória no direito romano, Rolf Madaleno⁴⁴ afirma que eram comuns as discriminações sociais e pessoais, e, ao tempo da Roma Antiga, tanto os estrangeiros, como os hereges ou apóstatas, os escravos, os criminosos da lesa-majestade, os filhos espúrios, os exilados e deportados não tinham capacidade sucessória, tampouco os peregrinos e as pessoas jurídicas. No Direito Romano de Justiniano, também não podiam herdar os judeus, os casados sem filhos, os solteiros e as viúvas que casassem antes do luto, afora as pessoas incertas e os nascituros.

Com esse breve resumo⁴⁵, pode-se inferir que o Direito Sucessório romano trouxe como base a instituição da figura do herdeiro, a designação da ordem da vocação hereditária (no Direito Primitivo, a antiga família baseada na agnação excluiu da herança legítima os filhos emancipados e as mulheres casadas sem a *manus*).

2.1.4 Direito Feudal

O Direito Feudal, também conhecido como o direito da baixa idade média, foi de suma importância para o Direito das Sucessões. Era regido pelo direito consuetudinário – o costume regia a devolução sucessória. Alguns princípios gerais foram por ele trazidos: direito da primogenitura, direito do mais novo, privilégio da masculinidade e representação sucessória⁴⁶.

O direito ou princípio da primogenitura, utilizado também pelo Direito Romano, Hindu, Hebraico e Babilônico, se traduzia na garantia ao filho mais velho de ficar com a totalidade ou, ao menos, a maior parte dos bens do falecido. Na Europa ocidental,

44 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 167

45 ABEL, Henrique. **História do direito** / Henrique Abel, Marjorie de Almeida Araujo, Débora Cristina Hohenbach Grivot; revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.p. 84.

46 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p.680.

os feudos tornaram-se hereditários entre os séculos IX e X, e sua indivisibilidade hereditária se tornou regra para atender aos interesses do senhor.⁴⁷.

O fundamento da aplicação do princípio da primogenitura era o de evitar a divisão dos feudos; com isso, o patrimônio era transmitido ao primeiro filho homem para garantir a integralidade do patrimônio familiar. Para Gilissen, o princípio da primogenitura foi aplicado não apenas entre os filhos dos vassallos, mas também, na sua falta, entre as filhas e os colaterais do mesmo grau,

no entanto, a primogenitura das filhas e dos colaterais desapareceu frequentemente nos finais da Idade Média, enquanto que o dos filhos se manteve. O direito de primogenitura não se aplicava, em geral, senão aos bens feudais, tendo-se estendido pouco a outros bens: por vezes bens alodiais, ainda mais raramente aos censos⁴⁸.

Além do direito de primogenitura, no direito feudal foi utilizado o direito do mais novo, também conhecido como sistema de juniorato, que consistia na garantia do filho mais novo ficar com uma parte maior, ou melhor da herança, do que a de seus irmãos mais velhos. Todavia, vale ressaltar, que tal sistema não foi muito difundido⁴⁹.

Em igualdade com o antigo direito romano, no direito feudal existiu, por um breve período, o princípio da masculinidade, que consistia na impossibilidade da mulher em receber a sucessão feudal. Também trouxe como princípio geral, a representação sucessória, em que um herdeiro de grau mais afastado era chamado a receber a parte que teria sido de sua mãe ou pai, pré-falecidos, em concurso com herdeiros mais próximos do que ele, instituto que é utilizado no Brasil atualmente⁵⁰.

Segundo Rodrigo Palma⁵¹, o Direito Feudal era caracterizado pelo contrato entre um senhor e um vassallo, em que este se obrigava ao dever de fidelidade ao seu senhor, fornecer-lhe ajuda, especialmente militar, e participar dos conselhos e cortes do senhor. Em contrapartida, aquele se obrigava a proteger, bem como reconhecer o domínio do vassallo sobre uma determinada parcela territorial, que se tornaria correntemente hereditária, por volta do século X.

47 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p. 682

48 Ibidem, p. 682.

49 Ibidem, p. 683

50 Ibidem, p. 686

51 PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. 257

Conforme Rolf Madaleno⁵², na Idade Média, o feudalismo introduziu o costume de que os súditos do senhor não podiam transmitir seus bens sem a anuência direta do dono, como decorrência de uma concepção de soberania sobre a propriedade e, portanto, a transmissão de bens de raiz ou propriedade feudal exigia a investidura do poder real, sendo introduzida a *saisine*, que seria a primitiva concessão da posse pelo senhor feudal, que cobrava tributos por esses direitos dos vassallos, que também lhe juravam fidelidade e serviços.

Segundo Clóvis Bevilacqua⁵³, a *saisine* do direito francês foi introduzida para subtrair a propriedade às exigências feudais. Como os senhores feudais eram os donos de todas as terras, ao morrer, os herdeiros dos vassallos obrigatoriamente tinham que pagar um tributo aos senhores, pois estes eram considerados eternos donos.

Para Giselda Hironaka⁵⁴, o princípio de *saisine* teve sua origem em uma situação peculiar da história francesa, referente à necessidade de subtrair a propriedade do vassallo morto das exigências dos senhores feudais, em uma época em que estes eram donos de todas as terras, submetidas à sua autoridade. Parte dessas propriedades, contudo, eram exploradas pelos vassallos e, quando eles morriam, elas eram devolvidas ao senhor feudal. Mediante uma contribuição que os herdeiros pagassem àquele, poderiam, então, recebê-las de volta. Diante dessa injustiça, foi criada a ficção jurídica da *saisine*.

A partir da análise do direito feudal é possível observar que ele serviu como fonte de inspiração para o Direito Sucessório luso-brasileiro, que adotou a utilização do *droit de saisine*. Por essa razão, desde o período das Ordenações Reais até o *códex* atual, quando do decesso de uma pessoa, em razão da referida ficção jurídica, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros, para que se evite o *res nullis* (coisa de ninguém).

Vencida a análise histórica do Direito das Sucessões nas sociedades que mais contribuíram em forma de inspiração ao diploma normativo brasileiro, apresentar-se-á a mutação histórica do instituto da legítima na legislação pátria.

52 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.13

53 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 64/65.

54 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 317.

2.2. A evolução histórica da legítima no Direito Sucessório Brasileiro

O Direito Sucessório no Brasil recebeu influência da legislação portuguesa, em virtude da colonização e adoção de suas codificações por um longo período. Além disso, sofreu inspiração do direito romano, a exemplo da adoção da sucessão legítima desde o período das Ordenações.

Em relação à influência do direito romano durante o período das Ordenações, é importante mencionar a “Lei da Boa Razão”, que, literalmente, buscava aplicar a legislação romana em detrimento da legislação portuguesa, quando esta não atendia a boa razão; a curiosa lei, traduzida na acepção de que seu corpo normativo continha princípios axiomáticos - intrínsecos e inalteráveis -, carregados de ética e sob a premissa de que o direito natural e divino se constituíam de regras morais e civis entre o cristianismo, deveria mesmo ser a vigente e eficaz quando esses valores não fossem observados⁵⁵.

Por essa razão, a legislação romana continuou sendo utilizada no período das ordenações quando a legislação lusófona não atendia a denominada “*boa razão*”, já explicada.

O Brasil permaneceu, ainda após a independência, por um longo período, utilizando a legislação lusófona, como será visto a seguir.

2.2.1 Ordenações Filipinas

Durante todo o período em que o Brasil foi colônia de Portugal, não possuiu ordenamento jurídico próprio. No âmbito do Direito Civil, somente em 1917, a partir da vigência do primeiro Código Civil do Brasil, surgiu o primeiro diploma normativo pátrio.

Segundo José Maciel⁵⁶, o sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil – Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado

55 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**: lições introdutórias. Editora Max Limonad. São Paulo. 2000. p. 270.

56 MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Manual de história do direito** / José Fabio Rodrigues Maciel, Renan Aguiar. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 204.

do domínio Castelhana. As Ordenações Reais vigoraram em Portugal entre os séculos XV e XVII.

Conforme entendimento de Rodrigo Freitas Palma⁵⁷ são as Ordenações Filipinas que possuem extrema importância na construção do Direito Civil Brasileiro. A codificação foi nomeada para homenagear o Rei da Espanha e Portugal do período de 1578-1606, Filipe III, publicadas no Brasil através de alvará em 11 de janeiro de 1603.

No período de hiato entre a independência do Brasil Colônia e a promulgação do primeiro código civil brasileiro, no intuito de evitar anomia, foi promulgada a Lei de 20 de outubro de 1823, que estabeleceu a vigência das Ordenações Filipinas no Brasil em conjunto com legislações esparsas enquanto não se organizasse um novo código, mesmo após sua revogação em Portugal em 1867⁵⁸:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Considerado o diploma legislativo de maior vigência em Portugal, as Ordenações Filipinas também tiveram ampla vigência do Brasil, especificamente seu livro IV, que tratava do Direito Civil e Comercial; mesmo após sua independência, as Ordenações Filipinas vigoraram até 1º de janeiro de 1917, termo *dies a quo* da vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3071) com o fim de conservar o sistema legislativo vigente.

As Ordenações Filipinas vigoraram em concorrência com algumas legislações esparsas, a exemplo da Consolidação das Leis Civis de 1858, redigida por Teixeira de Freitas, a qual exerceu, na prática, o papel de Código Civil do Brasil até a promulgação do *codex* de 1916.

57 PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. 377

58 Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html Acesso em: 03 set. 2021.

No tocante ao direito das sucessões, as Ordenações Filipinas recepcionaram o Livro IV, assim como a Consolidação das Leis Civis, no Título III, chamado “Da Herança”, que contemplava os artigos 959 até 1267. Em relação a reserva da legítima, a cota disponível era à razão de dois terços para descendentes e ascendentes. A seguir, o que descreve o título LXXXII do Livro IV⁵⁹:

E dispondo o pai, ou mai em seu testamento de todos os seus bens e fazenda não fazendo menção de seu filho legítimo, sabendo que o tinha, ou deserdando-o não declarando a causa legítima, porque o desherda, tal testamento he per Direito nenhum, e de nenhum vigor, quando a instituição, ou desherdação nelle feita; mas os legados conteúdos no dito testamento, serão em todo o caso firmes e valiosos em quanto abranger a terça do Testador, assi e tão cumpridamente, como se o testamento fosse bom e valioso per Direito.

É importante chamar atenção para o fato de que as Ordenações Filipinas seguiram a ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Visigótico que, segundo Orlando Gomes⁶⁰, até 1907, possuía a seguinte ordem, sucessivamente: 1 – descendentes; 2 – ascendentes; 3 – colaterais até o décimo grau; 4 – cônjuge sobrevivente; 5 – Fisco.

Não obstante, o Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, conhecido como Lei Feliciano Pena, alterou substancialmente o direito das sucessões brasileiro, pois, colocou o cônjuge sobrevivente na terceira classe da ordem de vocação hereditária, então ocupada pelos colaterais, e reduziu a sucessão destes até o 6º grau, que anteriormente ia até o 10º grau. Assim dispunha o teor da referida legislação⁶¹:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas. Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal. Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legitima, prescreva-lhes a incommunicabilidade,

59 Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p911.htm> Acesso em: 03 set. 2021.

60 GOMES, Orlando. **Sucessões** – 17. ed. [revista e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 03.

61 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html> Acesso em: 03 set. 2021.

atribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.

Além disso, a Lei Feliciano Pena modificou o instituto da legítima, estabelecendo que o montante da parte disponível da herança seria a metade para descendentes e ascendentes, percentual em vigor até o presente momento, além de ter estabelecido a sucessão do fisco, deferindo-a à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, conforme o domicílio do *de cujus*.

Após a vigência das Ordenações Reais, veio o primeiro Código Civil Brasileiro, conhecido como Código de 1916, que será tratado a seguir.

2.2.2 Código Civil de 1916

Em que pese Teixeira de Freitas ter elaborado o Esboço do Código Civil, foi Clóvis Beviláqua quem elaborou o projeto original do *codex* de 1916, no ano de 1899. O projeto original previa quatro importantes alterações em relação ao Direito Sucessório:

a) Eliminam-se quaesquer distincções entre os descendentes legitimos e os naturaes reconhecidos. E, como a reciprocidade é principio basilar em materia de succesão hereditaria, com a mesma egualdade são tractados os ascendentes naturaes, sendo desconhecidas para o *Projecto* as relações de filiação espuria. b) O conjunge superstiite foi deslocado da cauda da serie hereditaria, para lhe dar uma situação mais adequada á sua posição na familia. c) A vocação hereditaria não vae além do sexto gráo. d) Regula-se a succesão do adoptivo, ponto obscuro no direito patrio.⁶²

Dentre as importantes propostas de modificação do Direito Sucessório, anteriormente legislado nas Ordenações Filipinas, estavam a eliminação de qualquer distinção entre descendentes legítimos e filhos naturais reconhecidos, a elevação do cônjuge ao *status* de herdeiro necessário em concorrência com os ascendentes, a regulação da sucessão do filho adotivo; além disso, a vocação hereditária só consideraria o parentesco até o sexto grau.

Segue um trecho do projeto original, que previa a porção legítima à razão de dois terços aos descendentes, ascendentes e ao cônjuge:

62 BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro**. Livraria Francisco Alves. 1906. p. 151.

Art. (o 1.884, alterado). « O testador que tiver descendente, ascendente ou conjuge successível não pode dispôr de mais de **um terço de seus bens**; os **dois terços** restantes pertencem de direito ao **descendente, ao ascendente e ao conjuge**, segundo o disposto no capitulo II, titulo II deste livro. » O Dr, Lacerda votou contra a inclusão do conjuge como herdeiro necessario, e também o Dr. Olegario, resalvando este ultimo a hypothese do art. 1. 774⁶³. (grifos nossos);

Com efeito, após a promulgação do código, o direito das sucessões ficou corporificado na Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 nos artigos 1572 até 1807, e foi mantida a ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei Feliciano Pena, atribuindo a condição de herdeiros necessários apenas os descendentes e ascendentes; e a porção legítima de metade dos bens, conforme o art. 1721 do referido código:

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente successível, 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).

Contudo, as importantes modificações previstas no projeto de elaboração do código não foram abarcadas no Código promulgado, e a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1603 do Código Civil de 1916, no que se refere a sucessão dos colaterais, sofreu algumas alterações, haja vista que, inicialmente, constava apenas o parentesco até o segundo grau. Após algum tempo sofreu alteração abarcando os de terceiro grau, e por fim, foi ampliado para colaterais com parentesco de até quarto grau, como é disposto no Código Civil atual.

Aos herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, era aplicada a mesma regra da sucessão intestada na ordem de vocação hereditária, de modo sucessivo, ou seja, o parente mais próximo era chamado a herdar, consequentemente excluindo os mais distantes, salvo direito de representação.

Não obstante, os membros da ordem de vocação hereditária eram diferenciados em virtude de sua natureza, fato que era costume da época. Por exemplo, o descendente, a depender da natureza jurídica da filiação, possuía privilégios em relação aos outros. O filho ilegítimo e o adotado, não possuíam os mesmos privilégios do filho legítimo. À época, apenas os filhos legítimos sucediam com partes iguais.

63 BEVILAQUA, Clóvis. **Trabalhos relativos à sua elaboração**. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1917. p. 603.

Com isso, os filhos de fora da família nuclear, que consistia no pai provedor, mãe do lar e filhos provenientes do casamento, eram discriminados e prejudicados. O filho adotado, de acordo com o art. 1605 do Código Civil de 1916⁶⁴, caso viesse a concorrer com o filho legítimo, apenas poderia receber metade da herança cabível ao legítimo, *verbis*:

Art. 1.605. 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 a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento.

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

Tal diferenciação foi expurgada do mundo jurídico com a promulgação da Constituição Federal de 88, que proibiu a diferença e discriminação entre filhos, além de ter sido objeto de atualização no âmbito do direito de família.

Basicamente, o Código Civil de 1916 convencionou sobre a possibilidade de utilização da sucessão legítima e testamentária simultaneamente, bem como a respeito da licitude em relação à disposição de metade dos bens; caso não existissem herdeiros necessários, poder-se-ia dispor da integralidade, havendo, nessa situação, portanto, ampla liberdade de testar. Além disso, era facultada a possibilidade de gravar cláusulas restritivas aos bens.

A sucessão no *codex* de 1916, de acordo com seu art. 1573, se dava por disposição de última vontade - sucessão testamentária -, ou em virtude de lei - sucessão legítima -, seguindo os mesmos moldes das Ordenações Filipinas.

Para Gustavo Andrade, somente em 1916 foi editado o Código Civil brasileiro como expressão da ideologia liberal e das aspirações da burguesia. E com o advento do Estado social no país, o que veio a acontecer por intermédio da Constituição de 1934, a codificação liberal entra em crise. Isto porque o Código Civil não mais respondia às demandas sociais e aos padrões de solidariedade então criados⁶⁵.

Em suma, o Código Civil de 1916 trouxe as hipóteses de concorrência do filho ilegítimo, o direito real de habitação, o usufruto vidual para os companheiros o alcance

64 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 17 set. 2022

65 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.71.

de parentes colaterais até o quarto grau, além da proibição de designação discriminatória entre filhos.

2.2.3 Código Civil de 2002

A Lei nº 10.406 de 2002 revogou o Código Civil de 1916 e instituiu o Código Civil vigente. O referido diploma não trouxe tanta inovação no âmbito do Direito Sucessório em relação ao código anterior. Sua base permaneceu praticamente igual, com exceção da posição sucessória do cônjuge, conforme será visto.

O Código Civil de 2002, começou a ser elaborado em 1969⁶⁶ e iniciou sua tramitação no Congresso Nacional em 1975, todavia, seu texto final só foi aprovado em 15/08/2001. Por essa razão, o Código Civil de 2002 tem sua aplicabilidade adequada para a sociedade do século XX, mas é duvidosa em relação à sociedade do século XXI.

Em virtude de o Código Civil de 2002 não ter sido moldado de acordo com as necessidades e anseios da sociedade contemporânea do século XXI, o capítulo referente ao direito das sucessões reflete o descompasso com preceitos constitucionais, o que leva o Supremo Tribunal Federal (STF) a ser frequentemente acionado para dirimir demandas decorrentes de lacunas legislativas, conforme será explanado ao longo do presente trabalho.

O presente código continuou adotando o sistema sucessório chamado de sistema de divisão necessária, que permite a utilização de dois tipos de sucessão ao simultaneamente, quais sejam: a sucessão testamentária e a sucessão legítima, sem que exista hierarquia entre elas.

Não obstante, em virtude da quebra de paradigma no âmbito do direito da família a partir da promulgação da Constituição cidadã, bem como da cada vez mais frequente mutação social, pode-se dizer que o direito das sucessões no *codex* de 2002 não acompanhou sua modernização.

A título de exemplo, o código implementou a concorrência do cônjuge e companheiro com os ascendentes, descendentes e colaterais do *de cuius*, bem como

⁶⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/> Acesso em: 23 nov.2021

o direito real de habitação em favor do cônjuge e companheiro, independentemente do regime de bens, além de ter incluído o cônjuge no rol de herdeiros necessários.

Com isso, o *codex* atual, delegou o título de herdeiro necessário ao descendente, ascendente e o cônjuge, conforme redação do art. 1845. Consequentemente, a eles é atribuído cinquenta por cento do acervo hereditário do *de cuius* a título de legítima.

Existe uma complexa discussão doutrinária quanto a qualificação do companheiro como herdeiro necessário. Originariamente, a sucessão do companheiro era ditada de acordo com o art. 1790 do código de 2002, todavia, após o julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em sede de repercussão geral, com a tese de que não poderia haver hierarquização entre as famílias do casamento e da união estável, e para que não fosse afrontado o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carga Magna, o referido artigo foi declarado inconstitucional.

Ocorre que, antes do trânsito em julgado do RE 878.694/MG, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e a ADFAS opuseram embargos de declaração, em virtude de tese de repercussão geral apenas ter se referido ao art. 1829 do código civil, o que não esgota a disciplina sucessória do cônjuge e ainda restaria dúvidas se o companheiro seria considerado herdeiro necessário nos termos do art. 1845 do código civil. Em resposta, o STF, por unanimidade, rejeitou ambos os embargos com a justificativa de que a repercussão geral dizia respeito apenas da aplicabilidade do art. 1829 do Código Civil às uniões estáveis⁶⁷.

Por essa razão, até o presente momento, não existe lei, ou interpretação advinda do STF, que considere o companheiro como herdeiro necessário, além da jurisprudência pátria não ter sido discutida de forma clara.

Não obstante, é mister tecer comentários acerca do Projeto de Lei nº 3799 de 2019⁶⁸, atualmente aguardando delegação de relator, que tem como escopo alterar o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre

67 XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 247/248.

68 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline> Acesso em: 23 fev. 2022.

a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. As modificações mais importantes seriam: a) a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários; b) o direito real de habitação para o cônjuge, companheiro, descendentes incapazes ou com deficiência e aos ascendentes vulneráveis que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte; e c) a possibilidade de testar um quarto da legítima para descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro com vulnerabilidade.

De acordo com Giselda Hironaka⁶⁹, assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela, e este é, sem dúvida, um lembrete para o quanto o Código Civil é um belíssimo retrato da vida dos particulares.

Superada a fase histórica do presente trabalho, deve-se agora adentrar nos pormenores acerca da sucessão legítima.

69 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

3 A LEGÍTIMA

Como visto anteriormente, a sucessão legítima é uma das espécies do gênero Direito Sucessório, prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Reais, sendo originada do antigo direito romano e tendo a proteção da família como premissa subjacente. No Direito Brasileiro, ela é exposta no título II, capítulo I, do Código Civil de 2002.

As fontes do Direito Sucessório na legislação brasileira são a lei e o testamento, visto que, conforme já explanado, o direito brasileiro admite duas espécies sucessórias: a legítima e a testamentária. Por conseguinte, o art. 1786 previsto no Código Civil vigente, dispõe que a sucessão poderá ocorrer por previsão legal ou pela autonomia da vontade do *de cujus*.

Sendo assim, é possível inferir que o legislador, ao optar pelas duas espécies de sucessão, prestigiou tanto a autonomia da vontade do autor da herança como também a proteção familiar, não havendo que se falar em hierarquia entre as referidas sucessões, pois ambas podem coexistir.

Ao estabelecer a sucessão legítima como um dos sistemas sucessórios no ordenamento pátrio, o Poder Legislativo presumiu um grau de afetividade entre o autor da herança e os membros da ordem de vocação hereditária, visto que o herdeiro mais próximo em grau de parentesco precede o mais distante.

De acordo com Clóvis Bevilacqua⁷⁰, a sucessão legítima é a deferida por determinação da lei, em atenção ao vínculo familiar ou, na falta deste, ao vínculo político, existente entre a pessoa do sucedendo e a do sucessor.

É sabido que, por decorrência do evento morte, automaticamente abre-se a sucessão e, de acordo com o *droit de saisine*, transmite-se, desde logo, a posse e a propriedade da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. É importante lembrar que a herança nada mais é do que todo o patrimônio deixado pelo falecido, integrando o ativo e o passivo. Sendo assim, aberta a sucessão, as relações jurídicas estabelecidas pelo falecido quando em vida são transferidas imediatamente aos herdeiros.

70 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 103.

A sucessão legítima, também conhecida como sucessão por lei, deverá ser utilizada nas seguintes hipóteses: a) quando o *de cuius* não deixar testamento; b) quando tiver herdeiros necessários; c) quando na existência de testamento, a totalidade dos bens do *de cuius* não tiver contido no mesmo; d) quando houver caducidade em alguma disposição do testamento; e e) quando o testamento for nulo.

Sendo assim, quando alguém falece sem deixar testamento (*ab intestato*), a sucessão deverá ocorrer de acordo com a previsão legal, ou seja, a partilha deverá seguir os moldes definidos pelo legislador, e a herança será entregue para os membros da ordem de vocação hereditária.

Conforme ensinamento de Francisco Cahali ⁷¹, existem dois critérios importantes na sucessão legítima: o da convocação e o da divisão. Em relação àquele, a partir das regras previstas no Código Civil, são indicadas as pessoas a receber a herança, de acordo com o seu vínculo familiar com o falecido, possuindo ou não a mesma relação (todos filhos, ou filhos concorrendo com o cônjuge ou companheiro viúvo, por exemplo). Paralelamente, existe o critério de divisão, pelo qual a lei determina o montante do quinhão a ser destinado a cada herdeiro convocado.

Em suma, a legítima nada mais é do que a reserva obrigatória de metade do patrimônio do autor da herança para os herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge. Ao longo do tempo, tal instituto sofreu pequenas mudanças reduzindo, por exemplo, o alcance do grau em relação aos parentes colaterais e incluindo o cônjuge na ordem de vocação hereditária.

Há discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do instituto da legítima que é aplicada no Brasil, sendo possível classificá-la, respectivamente, como *pars valoris*; *pars hereditatis*; *pars bonorum*; e *pars valoris bonorum*. A primeira delas mencionada é caracterizada como sendo uma dívida do espólio para com o herdeiro necessário, ou seja, o legitimário não seria um herdeiro, mas um credor dos herdeiros, e o pagamento deste crédito poderia ser feito em bens ou em dinheiro, e sem a necessidade pertencer ao espólio. A segunda, pelo direito do herdeiro a um quinhão hereditário representado por bens que compõem o acervo deixado pelo falecido. A terceira, pelo direito a uma quota dos bens hereditários líquidos, mas sem responder

71 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. 3.ed.rev.atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

pelas dívidas do espólio, como sucede no legado. Por fim, a quarta, caracteriza a legítima como sendo um crédito contra o espólio, autorizando, inclusive o seu pagamento em dinheiro, embora esse crédito seja garantido pelos bens da herança⁷².

Não obstante a doutrina seja silente sobre o assunto, em virtude do teor do art. 2019⁷³ do Código Civil pode-se deduzir que a natureza jurídica da legítima no Brasil seria a de *pars valoris bonorum*, uma vez que, o referido artigo admite a possibilidade de a porção indisponível pertencente aos herdeiros necessários ser paga com bens ou em dinheiro, inclusive, extra-hereditário.

Se a doutrina formasse consenso a respeito da classificação quanto à natureza jurídica do instituto da legítima como sendo *pars valoris*, seria possível garantir maior proteção à premissa subjacente da continuidade operacional atribuída às sociedades empresariais e sem prejudicar o direito conferido aos herdeiros necessários, ao permitir, por exemplo, que esses detentores da porção legítima recebessem, quando factível, em pecúnia seu respectivo quinhão, de modo a garantir maior efetividade à determinação constitucional de atendimento à função social da propriedade por parte das empresas privadas.

Em que pese ser obrigatória a reserva da legítima para os herdeiros necessários, existem as hipóteses de exclusão da herança por cometimento de atos de indignidade e deserdação previstos no art. 1814, 1961 e 1962 do Código Civil.

Para Rolf Madaleno⁷⁴, a reserva da legítima tem o propósito de assegurar que os herdeiros necessários recebam pelo menos metade dos bens deixados em herança pelo sucedido, visto que a legítima está fundada em uma reserva patrimonial de cunho familiar, pressupondo que a riqueza de uma pessoa é justamente construída pelo esforço do conjunto familiar, ou seja, que a família coopera para a geração da riqueza; sendo assim, é justo que os bens permaneçam no seio da família.

72 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 369.

73 Art. 2.019. Os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos. § 1º Não se fará a venda judicial se o cônjuge sobrevivente ou um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado o bem, repondo aos outros, em dinheiro, a diferença, após avaliação atualizada. § 2º Se a adjudicação for requerida por mais de um herdeiro, observar-se-á o processo da licitação.

74 MADALENO. Op. cit., p. 269

Por fim, cabe mais uma vez lembrar que, caso o autor da herança não deixe testamento, ela será deferida seguindo a ordem de vocação hereditária, que será explanada a seguir.

3.1 Vocação hereditária

Conforme entendimento de Rolf Madaleno⁷⁵, o termo vocação, *vocatio* em latim, surge do verbo *vocare*, que significa chamar, e no Direito Sucessório tem o sentido de chamar todos os possíveis herdeiros no momento exato da morte do autor da herança, seja pela vontade por ele expressada por meio de testamento ou em decorrência do texto contido em lei.

Para Clóvis Beviláqua⁷⁶, a vocação hereditária resulta tanto da disposição da lei como da vontade humana. No primeiro caso, há a sucessão legítima; no segundo, a testamentária ou contratual. Existem duas modalidades de sucessão quanto ao objeto sobre o qual recai a transmissão: a título universal e a título singular.

A sequência de chamada que rege a sucessão legal é denominada ordem de vocação hereditária, a qual estabelece a relação preferencial quanto à classe dos herdeiros; segundo Caio Mário da Silva Pereira⁷⁷, a ordem de vocação hereditária se traduz na distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as duas ideias de grau e de ordem

De acordo com o pensamento de Giselda Hironaka⁷⁸, o poder de designar herdeiros encontra, na maioria das vezes, restrições, sejam elas legais ou consuetudinárias, tendo havido épocas em que tais limitações foram de ordem absoluta, mormente em decorrência de motivos de ordem religiosa. A referida autora trouxe também a máxima latina *amor primum descendit, deinde ascendit*:

Permanece, pois, absolutamente inabalável a afirmativa, segundo a qual *amor primum descendit, deinde ascendit* – o amor primeiro desce, depois sobe – fórmula latina usada para exprimir a preocupação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em

75 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.99

76 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 63.

77 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões** – vol. VI/ Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira – 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 73.

78 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 355

relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor, quiçá sobrevivente à sua morte. Também por razão idêntica, a lei determina que a chamada para herdar apenas alcance os ascendentes na hipótese de não haver descendentes de qualquer classe, eis que são os sucessores de segunda chamada.⁷⁹

Por essa razão, entende-se que o pressuposto ensejador da ordem de vocação hereditária é a presunção de afeto que o *de cujus* teria com seus parentes, de modo que o membro mais próximo a suceder seria o considerado mais querido pelo *de cujus*.

Segundo Bevilacqua⁸⁰, chama-se ordem da sucessão - ordem em que é feita a vocação hereditária da lei -, a distribuição dos sucessíveis em classes, as quais umas preferem às outras, na adição da herança.

A ordem de vocação hereditária é composta pelas pessoas a suceder o *de cujus*, inclusive na sucessão legítima. Em relação aos tipos, existem os herdeiros legítimos, necessários, facultativos, testamentários e legatários. De acordo com o art. 1829 do Código Civil, os herdeiros legítimos, que são estipulados por lei, são os descendentes, os ascendentes, o cônjuge/companheiro e os colaterais até o 4º grau.

Os herdeiros necessários, contidos na classe dos herdeiros legítimos, são aqueles que possuem a reserva da legítima, ou seja, a eles é assegurada - salvo na hipótese de prática de atos de indignidade ou deserdação - a destinação de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio deixado pelo autor da herança. De acordo com o art. 1845 do Código Civil, eles são compostos pelos descendentes, ascendentes e o cônjuge.

Os herdeiros facultativos, também pertencentes à classe dos herdeiros legítimos, são formados pelo companheiro e pelos colaterais até 4º grau - irmãos, tios e sobrinhos, por exemplo. Ao contrário dos herdeiros necessários, os facultativos podem ser excluídos da herança, por meio de testamento.

Já os herdeiros testamentários e legatários são aqueles que recebem a herança de acordo com a autonomia da vontade do autor, seja por meio de testamento ou de legado.

79 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 359.

80 BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 127

Em caso de inexistência de herdeiros necessários e de testamento, a titularidade do acervo patrimonial do *de cuius* será designada aos membros da ordem de vocação hereditária, apresentados no artigo 1829 do Código Civil de 2002, sucessivamente - o herdeiro mais próximo, precede o mais distante.

O art.1829⁸¹ do Código Civil de 2002, preceitua que a sucessão obedecerá a seguinte ordem: a) descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, exceto nos casos de casamento sob o regime de comunhão universal de bens e no regime de comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares; b) ascendentes, em concorrência com o cônjuge; c) cônjuge sobrevivente e d) aos colaterais.

De acordo com os artigos 1798⁸² e 1799⁸³ Código Civil de 2002, os herdeiros legitimados a suceder são as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, desde que nasçam com vida; através da sucessão testamentária poderão suceder as pessoas nascidas depois da morte do autor da herança, mediante técnicas de reprodução assistida, além das pessoas jurídicas, inclusive fundações, sendo vedada a sucessão direta para animais e em favor de coisas inanimadas.

A proposta de modificação da atual ordem de vocação hereditária foi suscitada através do Projeto de Lei nº 3799 de 2019⁸⁴, a qual consiste na inclusão dos companheiros aos incisos I, II e III do art. 1829⁸⁵, além de ter estipulado que a

81 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.

82 Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

83 Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

84 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline> Acesso em: 23 fev.2022.

85 Art. 1.829. I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente; III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente; IV - aos colaterais. Parágrafo único. A concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, prevista nos incisos I e II do caput deste artigo, incidirá apenas sobre os seguintes bens, independentemente do regime patrimonial adotado: I - os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento ou união estável, ainda que só em nome de um dos cônjuges ou companheiros; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges ou companheiros; IV - as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge ou companheiro, produzidos na constância do casamento ou união estável; V - os

concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro ocorrerá apenas sobre os bens elencados nos incisos I até V do parágrafo único, independentemente do regime de bens.

Dessarte a vedação à não exclusão dos herdeiros legítimos e testamentários da herança, excepcionalmente, existem situações nas quais ela pode ocorrer, como será exposto a seguir.

3.2 – Indignidade e deserdação

Conforme mencionado anteriormente, existem situações em que, por razões de ordem ética e moral, implicam na exclusão dos herdeiros legítimos e testamentários da sucessão. As hipóteses às quais ensejam tal fato são decorrentes de cometimento de atos de indignidade e de deserdação; tratam-se de perda de direito de natureza punitiva.

Rolf Madaleno afirma que a indignidade é oriunda da deserdação, já que, conforme o autor, no Direito Romano, ao instituto da deserdação foi acrescido, posteriormente, o da indignidade, sendo esta pronunciada em juízo depois da morte do sucedido, quando as circunstâncias não lhe haviam permitido deserdar o herdeiro culpado⁸⁶.

Tais hipóteses, não obstante possuam a finalidade comum sancionatória, seja por agir em desconformidade com a moralidade, seja pela prática de condutas tipificadas na legislação penal contra o autor da herança ou contra as pessoas do seu círculo familiar mais próximo, possuem suas diferenças e peculiaridades.

O Código Civil trata dos institutos de indignidade e de deserdação em capítulos distintos; aquele, contido no capítulo referente às normas de sucessão em geral; este, no bojo da sucessão testamentária. A indignidade atinge os herdeiros legítimos e testamentários, enquanto a deserdação atinge apenas os herdeiros necessários.

Em regra, todas as pessoas podem suceder. Por outro lado, excepcionalmente, quaisquer das espécies de herdeiros - legítimos, necessários, facultativos, testamentários e legatários - serão excluídos da sucessão por indignidade caso

frutos e produtos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge ou companheiro, percebidos na constância do casamento ou união estável, ou pendentes ao tempo da abertura da sucessão.” (NR)

86 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 169.

praticuem alguma das hipóteses taxativamente previstas no Livro V, Título I, Capítulo V do Código Civil de 2002, entre os artigos 1814 e 1818⁸⁷.

O fundamento da exclusão do herdeiro por indignidade é o exercício da autonomia da vontade do autor da herança no intuito de prevenir ou reprimir um ato ilícito. Por essa razão, a indignidade é considerada uma sanção civil, ou seja, possui caráter punitivo, sem prejuízo de sanções penais cabíveis; porém, não poderá ser aplicada além das pessoas declaradas como indignas.

Em virtude de a exclusão, seja por indignidade ou por deserdação, gerar a consequência da morte civil por ficção jurídica, e a penalidade não ultrapassar a pessoa do indigno ou deserdado, seus descendentes serão convocados a receber o quinhão em nome do excluído pelo direito de representação. Vale ressaltar, que o direito de representação só existe na sucessão legítima, e não na testamentária.

Conforme mencionado, as três hipóteses de exclusão por motivo de indignidade formam um rol taxativo - *numerus clausus*. Em todas, tanto o herdeiro quanto o legatário podem ser caracterizados como indignos de receber a herança, nos termos do art. 1814 do Código Civil de 2002.

Serão excluídos da sucessão por indignidade os herdeiros ou legatários: a) que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa

87 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. **Art. 1.815.** A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença. § 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão. § 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário. **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. **Art. 1.817.** São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos. Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles. **Art. 1.818.** Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

deste, contra o autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; c) e os que por violência, ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A exclusão do herdeiro por realização de ato indigno, se dará mediante sentença da ação declaratória de indignidade, no prazo de quatro anos, contados da abertura da sucessão, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 1815 do Código Civil.

É sabido que, em circunstâncias ordinárias, os herdeiros necessários não podem ser excluídos da sucessão, em razão da reserva forçada da legítima. Além da exclusão por indignidade, os herdeiros necessários poderão ser excluídos através do instituto da deserdação, que apenas aceita a exclusão dos referidos herdeiros.

A deserdação, prevista no Livro V, Título III, Capítulo X do Código Civil de 2002, em seus artigos 1961 até 1965⁸⁸, exclui o herdeiro necessário da herança quando o *de cujus* manifesta essa vontade por meio de testamento, através da expressa declaração da causa que motivou a privar o herdeiro da sucessão. É importante ressaltar que todas as hipóteses de indignidade são também consideradas causas de deserdação.

Além das causas de indignidade, caracterizam a deserdação tanto do descendente pelo ascendente como do ascendente pelo descendente, de acordo com o art. 1962 e 1963 do Código Civil: a) ofensa física; b) injúria grave; c) relações ilícitas com a madrasta ou padrasto ou com a mulher com companheira do filho ou neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta e d) desamparo dos pais, filhos ou netos em alienação mental ou grave enfermidade.

⁸⁸ **Art. 1.961.** Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. **Art. 1.962.** Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. **Art. 1.963.** Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. **Art. 1.964.** Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento. **Art. 1.965.** Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

Pode-se extrair, a partir da leitura dos artigos 1962 e 1963, que as causas de indignidade e deserdação são arraigadas de senso de moralidade, todavia, estão em crescente descompasso com a sociedade contemporânea, a exemplo da hipótese de exclusão por relações ilícitas com a madrasta/padrasto, que inclusive é objeto de mudança no Projeto de Lei nº 3799 de 2019⁸⁹, que propõe a substituição da referida causa pelo abandono afetivo voluntário do ascendente pelo descendente, ou do filho ou neto.

Apesar de o legislador não colacionar o cônjuge, detentor do título de herdeiro necessário, ao rol previsto nos artigos 1962 e 1963, o art. 1961 afirma que os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. Por isso, o cônjuge também poderá ser submetido a deserdação.

A simples declaração de vontade de deserdar o descendente, ascendente ou cônjuge, através do testamento, contendo expressamente as hipóteses previstas nos artigos 1963 e 1814 do Código Civil, não bastam. Para que os herdeiros necessários sejam excluídos da herança através da deserdação, quando da abertura do testamento, deverá ser ingressada ação declaratória de deserdação, que tem a finalidade de comprovar a veracidade da causa. Com isso, os outros herdeiros, necessários e testamentários, bem como ao Ministério Público, têm legitimidade ativa para ingressar com a referida ação, sob pena de tornar sem efeito o pedido do autor da herança.

O Código Civil de 2002, conforme já foi dito, começou a ser elaborado em 1969⁹⁰ e, por isso, sua carga histórico-social foi baseada na referida época. Além disso, ao cotejar as hipóteses de exclusão da herança por indignidade e por deserdação previstas no Código Civil de 1916 com as do Código Civil de 2002, conclui-se que o legislador se limitou a repetir e pouco inovar.

Com isso, o livro referente ao direito das sucessões, especificamente no rol taxativo das hipóteses de deserdação e de indignidade, não condiz com a realidade histórico-social do século XXI; tampouco acompanha a tendência legislativa alienígena, como a da Argentina, com o seu recentíssimo Código Civil promulgado em

89 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline> Acesso em: 22 fev.2022.

90 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/> Acesso em: 23 nov. 2021.

2015, que elenca um rol de deserdação e indignidade mais amplo e compatível com a sociedade moderna, conforme será visto adiante.

A título de exemplo, o art. 2281⁹¹ do Código Civil Argentino integrou ao rol dos indignos aqueles que tenham maltratado ou ofendido gravemente o ofendido, ou a sua memória; os parentes ou o cônjuge que não tenham ofertado ao autor da herança os alimentos devidos, ou que não o tenham colocado em um estabelecimento de saúde adequado em caso de incapacidade; o pai que não reconheceu voluntariamente o sucedido como filho durante a sua menoridade, e o pai ou a mãe que tenham perdido a responsabilidade parental por ordem judicial.

Conforme será explanado à frente, a sociedade do século XXI, com base em preceitos morais e constitucionais, é fundada no afeto e no dever de solidariedade. Por essa razão existe a reserva da legítima.

Desafia a coerência da lógica aristotélica o fato de não haver previsão legal de exclusão por indignidade ou por deserdação para os casos em que os herdeiros praticam abandono afetivo ou material. Ora, se os membros da ordem de vocação hereditária foram escolhidos por parte do legislador sob o critério da presunção de afeto, então os herdeiros deveriam poder ser excluídos da sucessão por indignidade ou por deserdação ao menos pelo abandono afetivo ou material.

Não é crível (e nem moral) o recebimento da herança por um herdeiro que abandonou afetivamente (e/ou financeiramente) o autor da herança ao longo de sua vida, como no caso de um pai que não pagou alimentos e se negou a reconhecer a

91 Art.2281. Os seguintes são indignos de sucesso: a) os autores, cúmplices ou participantes em um crime fraudulento contra a pessoa, honra, integridade sexual, liberdade ou propriedade do falecido, ou de seus descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro ou irmãos. Esta causa de indignidade não está coberta pela extinção da ação penal ou da pena; b) os que maltrataram gravemente o falecido ou ofenderam gravemente a sua memória; c) Aqueles que acusaram ou denunciaram o autor por crime punível com pena de prisão ou reclusão, salvo que a vítima do crime seja o acusador, seu cônjuge ou companheiro, seu descendente, ascendente ou irmão, ou tenha agido em cumprimento de uma lei dever; d) Os que omitem a reclamação da morte enganosa do falecido, no prazo de um mês a contar da ocorrência, salvo se antes desse prazo a justiça proceder por outra reclamação ou *ex officio*. Esta causa de indignidade não se estende aos incapacitados ou com capacidade restrita, nem aos descendentes, ascendentes, cônjuge e irmãos do assassino ou de seu cúmplice; e) parentes ou cônjuge que não tenham prestado ao falecido os alimentos devidos, ou não os tenham recolhido em estabelecimento adequado se este não pudesse cuidar de si; f) o pai extraconjugual que não reconheceu voluntariamente o falecido na sua idade menor; g) o pai ou a mãe do falecido privado da responsabilidade parental; h) Aqueles que induziram ou restringiram a vontade do falecido para conceder ou deixar de fazê-lo, ou modificá-la, bem como aqueles que falsificam, alteram, subtraem, ocultam ou substituem o testamento; i) Os que tenham incorrido nas demais causas de ingratidão que permitem a revogação dos donativos. Em todas as alegadas declarações, basta a prova de que o ato infracional é imputável a pessoa indigna, sem que haja necessidade de condenação criminal.” Tradução livre. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf acesso em 20/09/2021. Acesso em: 05 out.2021.

paternidade de seu filho; uma mãe que foi abandonada pelo seu filho durante a velhice, ou até mesmo um cônjuge que ao longo do relacionamento sofreu violência física ou moral.

Não obstante o antiquado rol das hipóteses de deserdação, a movimentação legislativa, como sempre, é tímida; afinal, não há como um ser humano provido de razoável cognição pensar que o número de 513 deputados, com os mais variados interesses, poderia resultar em uma lei eficiente e eficaz.

Uma das poucas mudanças sugeridas no âmbito da indignidade e deserdação, foi o Projeto de Lei nº 3145/2015⁹², que tem como objetivo acrescentar ao rol dos excluídos por deserdação, previstos nos incisos dos artigos 1962 e 1963, a hipótese de abandono do autor da herança em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres.

Além disso, o Projeto de Lei nº 3799 de 2019⁹³, que prevê mudanças no Livro referente ao Direito das Sucessões no Código Civil, sugeriu alterações nos artigos 1962 e 1963⁹⁴, acrescentando, no inciso I, a ofensa à integridade física ou psicológica e modificando o inciso III, para elencar o desamparo material e abandono efetivo voluntário do filho ou neto, ou ascendente pelo descendente ao rol de deserdação.

No âmbito jurisprudencial, a recentíssima decisão, proferida no REsp 1.938.948/PR⁹⁵, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 15/02/2022, despertou esperança na doutrina, ao admitir a possibilidade de excluir herdeiro em virtude da prática de ato infracional análogo ao homicídio, doloso e consumado, contra os pais, à luz da regra do art. 1814, I do CC/2002, o que não seria possível com a simples interpretação literal do referido artigo.

Além dos institutos da indignidade e da deserdação apresentarem o antiquado rol de hipóteses de exclusão da sucessão, a ocorrência de seus efeitos depende de

92 Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0xahswffv2rx0107gc7lmk98mp38975518.node0?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015 Acesso em: 15 fev.2022.

93 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline) Acesso em: 22 fev.2022.

94 **Art. 1.962.** I - ofensa à integridade física ou psicológica; III – desamparo material e abandono afetivo voluntário do ascendente pelo descendente.” (NR) “**Art. 1.963.** I - ofensa à integridade física ou psicológica; III – desamparo material e abandono afetivo voluntário do filho ou neto.” (NR)

95 Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101519743&dt_publicacao=18/02/2022 Acesso em: 22 fev. 2022.

todo um procedimento burocrático de ação ordinária declaratória, o que dificulta sua aplicabilidade. Sobre o tema, discorre Antônio Coelho Rodrigues:

Objeta-se que temos o direito de deserdação; mas deserdação como? Com a declaração dos motivos pelo testador, e a sua prova, em juízo contencioso, quando esses motivos são tão graves e indecentes, que o lembrá-los deve doer muito a qualquer pai de moralidade medíocre o escrevê-los, no seu último ato da cena da vida, deve parecer um impossível moral, e o exigir-lhe uma superlativa pouca vergonha do legislador⁹⁶.

Não obstante a existência das exceções acima discutidas, em regra, é vedada a exclusão dos herdeiros necessários, os quais foram eleitos pelo legislador sob o critério da presunção de afeto. A seguir, será analisada a proteção a eles conferida.

3.3 – A figura dos herdeiros necessários como detentores de proteção

Os herdeiros necessários são os protagonistas que detêm o lugar mais privilegiado no Direito Sucessório brasileiro. São considerados como tais, de acordo com o art. 1845⁹⁷ do Código Civil de 2002, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Em virtude da lei, conforme art. 1846⁹⁸ do CC, pertence a eles, de pleno direito, a metade dos bens da herança, referente a chamada porção legítima ou parte indisponível.

Quanto ao companheiro, como já exposto anteriormente, até o presente momento, não existe lei, ou interpretação advinda do STF, que considere o companheiro como herdeiro necessário. Além disso, pode-se dizer que a jurisprudência pátria não vem sendo discutida de forma clara.

Conta Rolf Madaleno⁹⁹ que, no Direito Romano, a legítima dos herdeiros necessários era baseada na ideia do *officium pietatis* –ofício de piedade, constituída pelo dever alimentar, porquanto um chefe de família não teria direito de despojar de todos os seus bens a quem ele tenha dado à vida ou àqueles a quem ainda a deve, salvo por motivo de justa causa. Observa-se ponto semelhante no direito atual pátrio,

96 RODRIGUES, Antônio Coelho, 1846-1912. **A república na América do Sul, ou, Um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos** / Antônio Coelho Rodrigues. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2016. p. 80.

97 Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

98 Art. 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

99 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71.

haja vista que o herdeiro necessário apenas poderá ser excluído da sucessão em virtude de atos indignos ou deserdatórios.

Conforme já explanado, a transmissão da herança decorre da lei e da autonomia da vontade do autor da herança. Em caso de inexistência de testamento, existindo ou não herdeiros necessários, os sucessores serão aqueles declarados na ordem de vocação hereditária.

Os herdeiros necessários foram elencados pelo legislador tomando por base a presunção de que o descendente, o ascendente e o cônjuge seriam as pessoas com as quais o autor da herança teria maior laço afetivo e, por isso, para as quais iria gostar de destinar seu patrimônio; os herdeiros necessários foram, então, escolhidos pelo legislador pela mera presunção de afeto com familiares.

O critério utilizado pelo legislador, citado no parágrafo anterior, para escolher quem seriam os herdeiros necessários foi construído a partir de princípios biológicos, psicológicos, éticos e econômicos, tendentes à continuidade da família e preservação da propriedade patrimonial em benefício da família, remontando, ainda, aos tempos da co-propriedade familiar do direito romano¹⁰⁰.

Além disso, Rolf Madaleno¹⁰¹ aduz que o fundamento da legítima dos herdeiros necessários é de ordem familiar, no intuito de evitar desigualdades e conflitos entre os descendentes. Com isso, afirma que, por terem os herdeiros necessários supostamente cooperado para a formação da riqueza gerada no seio da família, não seria justo que sua totalidade fosse destinada a terceiros. Por essa razão, o instituto da legítima incorreria em um dever moral que impõe um limite à liberdade absoluta do testador, cuja finalidade seria atender aos interesses da família e em favor dos filhos.

Vale, porém, ressaltar que, com a natural evolução da sociedade, o vínculo filial deixou de se ater apenas ao aspecto biológico ou civil, já que, por exemplo, o valor moral da afetividade, cada vez mais entranhado no Direito de Família, permitiu que o chamado filho socioafetivo integrasse ao rol dos herdeiros necessários como descendente, uma vez que a Constituição Federal proibiu qualquer tipo de discriminação entre os filhos, através do princípio da igualdade de filiação.

O mesmo raciocínio vale para os pais, que também poderão receber tal título através do vínculo socioafetivo com o autor da herança, e assim também poderão

100 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 280.

101 Ibidem, p. 274

integrar ao rol dos herdeiros necessários como ascendente. Contudo, caso o autor da herança não reconheça a socioafetividade em vida, através do registro cartorário, para que o descendente ou ascendente socioafetivo consigam ingressar no rol de herdeiros necessários, deverão propor a ação de reconhecimento de filiação pós morte, procedimento burocrático e dispendioso, que também poderá gerar intriga com os outros herdeiros necessários.

O cônjuge, que no Código Civil de 1916 era considerado um mero herdeiro facultativo ocupante da terceira classe da ordem de vocação hereditária, passou a integrar o rol dos herdeiros necessários. Não obstante o cônjuge já ser protegido por conta da meação, instituto do direito de família que reparte igualmente os bens dos consortes de acordo com o regime de bens escolhido ou pacto antenupcial, adquiriu o direito de concorrência com a promulgação do Código Civil de 2002, sob a justificativa de proteção à vulnerabilidade patrimonial, principalmente quando mulher, visto que detém expectativa de vida maior que a do homem.

No entanto, em virtude da crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como da igualdade entre os membros da família, além de, na maioria das vezes, os cônjuges serem independentes financeiramente uns dos outros, o Projeto de Lei nº 3799 de 2019¹⁰², o qual prevê reformas no Direito das Sucessões, retirou, no art. 1850¹⁰³, o cônjuge do rol de herdeiros necessários, enquadrando-o como herdeiro facultativo. Todavia, caso seja comprovada a insuficiência de recursos, ao cônjuge será conferido direito à constituição de capital.

No direito estrangeiro, especificamente no Direito Inglês, em que pese inexistir a reserva forçada da herança, as pessoas próximas e que, porventura, dependiam financeiramente do *de cuius*, e que não possam se sustentar, quando não contempladas em testamento, poderão requerer uma provisão financeira, temporária

102 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline> Acesso em: 22 fev.2022.

103 Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar. § 1º O cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito a constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência. § 2º O capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, são inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação. § 3º Não terá direito ao capital ou a renda de que tratam os §§ 1º e 2º aquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserdação.” (NR)

ou permanente. Desse modo, não só a solidariedade é preservada, mas também a autonomia do falecido.

Ao comparar o que foi dito no parágrafo anterior com a destinação compulsória aos herdeiros necessários trazida pelo legislador pátrio resta a seguinte ponderação: a reserva da porção legítima aos herdeiros necessários é fundada na proteção da família. Todavia, a destinação de patrimônio para descendentes, ascendentes e cônjuge, personagens presumidamente dotados de maior afeto com o autor da herança seria realmente uma forma eficaz de proteger a família?

Se assim o fosse, em tese, as famílias estrangeiras, residentes em países regidos pela *common law*, estariam totalmente desprotegidos, justamente em virtude de não existir a reserva legítima. A despeito disso, o índice de litigiosidade nas famílias estrangeiras é muito menor do que nos países adotantes da reserva forçada.

Se um dos fundamentos ensejadores da imposição da reserva legítima em favor dos herdeiros necessários é a proteção da família, e o critério utilizado para escolhê-los ser a presunção de afeto que o *de cuius* teria com os descendentes, ascendentes e cônjuge, e em virtude da família contemporânea se encontrar bastante diferente do modelo de família previsto no Código Civil de 1916, além do fato da Constituição Federal ter trazido em ascensão o valor moral da afetividade, então nada mais adequado seria se o autor da herança tivesse liberdade para escolher seus herdeiros necessários, ainda que não fossem descendentes, ascendentes ou cônjuge.

Poder-se-ia cogitar a possibilidade de se estabelecer uma lista de herdeiros necessários, desde que exemplificativa - *numerus apertus* - devendo, no caso concreto, haver comprovação de necessidade econômica por parte do candidato à sucessão, a exemplo de parentes ou pessoas que dependiam em vida do falecido em virtude de alguma vulnerabilidade, condição física ou psicológica, por exemplo.

A existência do herdeiro necessário limita, ainda, a transmissão de bens por meio de doação, quer entre pessoas alheias ao rol de herdeiros necessários, quer aos ascendentes e descendentes, o que implicaria no adiantamento da legítima¹⁰⁴.

Concluída a ponderação suscitada acima, poder-se-á analisar quanto à pertinência, ou não, da reserva forçada no Direito Brasileiro - instituto da legítima conforme será visto a seguir.

104 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês** – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 56.

3.4 – A justificativa para existência da legítima no Brasil e argumentos favoráveis

No direito brasileiro, a legítima é pautada tanto pelo ofício de piedade (*officium pietatis*), ou seja, pela afeição presumida do autor da herança para com os herdeiros necessários quanto pelo dever de amparo à família. Essas são as premissas que, combinadas com o valor moral da afetividade, da assistência social, do direito de alimentos, do direito fundamental de solidariedade familiar e da proteção integral à família, fundamentam a destinação forçada de metade do patrimônio do autor da herança para os ascendentes, descendentes e cônjuge.

Para Rolf Madaleno, o Direito Sucessório à legítima está inteiramente estruturado no dever de solidariedade entre os membros de uma família e que em seu olhar sucessório, com viés constitucional, é justamente o escopo do direito à sucessão, que guarda esta função de proteção integral da pessoa humana, no art. 1º, inc. III, da Carta Federal e, nessa perspectiva, vista como um princípio da solidariedade que guardam os familiares diante apenas da sua proximidade parental ou afetiva, consagrando uma sucessão obrigatória mínima e que assegura uma porção de herança para estes herdeiros necessários¹⁰⁵.

Para o referido autor, o patrimônio de uma pessoa não é apenas resultado do seu trabalho individual, mas também fruto da colaboração do cônjuge, companheiro e filhos, que mesmo que não tenham ajudado diretamente na aquisição dos bens, ajudaram com o afeto e solidariedade, o que torna a herança uma justa recompensa pelo esforço conjunto em família¹⁰⁶.

Em decorrência da premissa de proteção familiar, justificar-se-ia o aspecto da intangibilidade atribuído ao instituto da legítima aplicado no Brasil, uma vez que o patrimônio obrigatoriamente não sairia do seio familiar, o que se faria presumir uma proteção financeira aos descendentes, ascendentes e cônjuge.

Com o propósito de consagrar a proteção familiar e a autonomia da vontade do *de cuius*, o legislador estabeleceu as hipóteses de sucessão legítima e de sucessão testamentária, respectivamente, como espécies do gênero Direito Sucessório, as

105 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 344

106 Ibidem, p. 350.

quais podem ser utilizadas simultaneamente, desde que respeitada a reserva legítima caso existam herdeiros necessários.

A legítima atende ao princípio da continuidade biológica, cuja finalidade é a proteção familiar, materializada pela continuação patrimonial, e cujo argumento é o de que todos os irmãos são naturalmente iguais, portanto, caso ao progenitor fosse garantida a liberdade de testar exclusivamente a um dos filhos, haveria quebra dessa igualdade¹⁰⁷.

Segundo Caio Mario Pereira da Silva¹⁰⁸, a sucessão legítima é pautada por quatro ordens e influências: histórica, familiar, individual e social. Historicamente, a legítima esteve constantemente presente em todos os povos da antiguidade. Por ser um fator de coesão e de unidade familiar, assegurando, portanto, a continuidade patrimonial, denota-se a influência familiar da sucessão legítima.

A influência individual justifica-se pela presumida afeição, pois os herdeiros são chamados a suceder em uma supostamente afetiva ordem de gradação. Por fim, se não existirem sucessíveis ou esgotada a relação dos que o são, e ao considerar que é no ambiente social que o indivíduo constrói seu patrimônio, a ordem de sucessão legal prevê que se devolva a herança ao Estado, notando-se, assim, a influência social sobre a sucessão legítima.

Não obstante o fator de coesão e unidade familiar demonstrarem a influência familiar, muitos são os homéricos e litigiosos processos de inventário observados na prática forense por discordância na divisão dos bens quando de sua partilha, gerando, por isso, ardentes conflitos familiares ao ponto de implodir a relação de afeto.

De fato, a reserva legítima fez parte da sociedade dos povos antigos, como pode ser visto no antigo Direito Romano. Porém, no tocante a influência individual, a referida presunção de afeto demonstrada pelo legislador através da escolha do ascendente, descendente e cônjuge como herdeiros necessários, demonstra-se ser um argumento frágil, pois as relações sociais e afetivas são extremamente complexas, flutuantes, mutáveis e líquidas.

107 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 355.

108 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões – vol. VI/ Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira – 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71.

Para Clóvis Beviláqua¹⁰⁹, a legítima se apoia em três elementos: individual, familiar e social. O elemento individual seria o sentimento de afeição e a submissão da autonomia aos interesses da família; o familiar se justifica por ter sido na família que foi facilitado ao homem a aquisição de bens; por fim, o elemento social, que é onde o indivíduo desenvolve as múltiplas formas de sua atividade em consonância como modo de ser do grupo político a que pertence, e com o qual se sente solidário em muitas relações da vida.

O referido autor alega que a consolidação da família, o desenvolvimento moral do indivíduo e o acréscimo da riqueza social encontram na sucessão legítima um poderoso fator; vislumbra a ideia de que eliminá-la seria lançar perturbação na engrenagem sobre que repousam as construções sociais, concluindo que a moral e a política interrogam à psicologia para conhecer os meios mais eficazes de promover-lhe o aperfeiçoamento¹¹⁰, demonstrando-se ser defensor desse instituto.

Beviláqua entendia que a sucessão legítima significava fomento dos sentimentos de pundonor e dignidade, por meio do cumprimento do dever de trabalhar pelo bem-estar da família; para o autor, a partir do sentimento de solidariedade entre os membros, a sucessão legítima é um fator de consolidação da sociedade doméstica, além de ser escola de moral prática e propulsor econômico¹¹¹.

É importante lembrar que no contexto histórico-social vivido por Clóvis Beviláqua, pautado pelo patriarcado e pela baixa expectativa de vida, as mulheres não tinham acesso ao mercado de trabalho e os filhos muitas vezes eram influenciados a dar continuidade aos negócios de seus pais, com o intuito de seguir a tradição familiar. Por isso a justificativa de proteção da família.

Atualmente, com a inclusão das mulheres no mercado de trabalho, aumento da expectativa de vida e facilidade de aquisição de conhecimento profissionalizante devido a evolução da tecnologia, os membros das famílias muitas vezes já possuem independência financeira para prover seu sustento quando do falecimento de seus pais, o que fragiliza o argumento da proteção da família.

109 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 105/106.

110 Ibidem, p. 104.

111 Ibidem, p. 107.

A evolução da sociedade contemporânea acarretou na pluralidade das modalidades de famílias, o que fragiliza o argumento de que o autor da herança presumidamente gostaria de prestigiar seu ascendente, descendente e cônjuge.

O autor da herança, muitas vezes, ao longo de sua vida, desenvolve laços afetivos exclusivamente com pessoas que não compartilham dos mesmos laços genéticos dele, sem nutrir, portanto, qualquer relação afetiva com seus familiares consanguíneos. Nessas situações, devido ao instituto da legítima, ocorrem relações estritamente patrimoniais com os herdeiros necessários, os quais apenas requerem seu crédito hereditário, visto que nunca mantiveram vínculo afetivo com o falecido.

Para Conrado Paulino¹¹², o fundamento da sucessão legítima repousa relevância na família, mais especificamente a denominada família nuclear, que são os pais e os filhos. Conforme já discutido, a evolução da sociedade contemporânea foi responsável por mitigar os efeitos ocasionados pela retrógrada definição de influência individual, visto que dela decorre a presunção de afeto em relação a três indivíduos - descendente, ascendente e cônjuge. A partir desse pressuposto, pode-se indagar acerca da representatividade que a família nuclear alcança para abarcar o retrato da sociedade moderna.

Já para Roxana Barbosa¹¹³, a manutenção da legítima no atual ordenamento jurídico brasileiro tem sido justificada pela relatividade do direito de propriedade, pela solidariedade e afetividade familiar e pelo afastamento da possibilidade de exercício de egoísmo por parte do testador. A limitação da autonomia privada é justificada pelos referidos argumentos.

Mais um dos argumentos de defesa da legítima é a de que certos parentes, em uma comunidade familiar extensa, como sucedia nas famílias brasileiras do passado, o descendente herdeiro com o falecimento do autor da herança recebia a quota que lhe pertencia por haver participado da comunidade familiar e por haver de maneira direta ou indireta ajudado a construir o acervo hereditário, e assim quando o pai falecia deixava para os filhos o acervo a que todos era comum¹¹⁴.

112 ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e partilha** – 3 ed. rev. Atual. e ampl – Salvador: Editora Juspodivum, 2021, p.48.

113 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. p. 87.

114 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 606.

Com isso, as raízes da sucessão legítima foram construídas sob o alicerce da preocupação social com a unidade e a solidariedade familiar, além de a lei e a moral assegurarem a preferência do Direito Sucessório no afeto presumido e na permanência da riqueza do *de cuius* com os descendentes, ascendentes e cônjuge¹¹⁵. Sobre o tema, discorre Rolf Madaleno:

São herdeiros necessários aqueles a quem a lei (CC, art. 1845) reserva nos bens do defunto uma porção da qual não podem ser privados, sem justa causa de deserdação, anotando Carlos Maximiliano ter a sucessão legítima raízes construídas sobre a preocupação social com a unidade e a solidariedade familiar, pois quem põe no mundo um ente, está obrigado a velar pelo seu futuro, pela sua felicidade, sendo, portanto, justo que um filho seja herdeiro necessário do pai, enquanto o neto reclama o que deve caber ao seu progenitor. Completa Carlos Maximiliano arguindo que a lei e a moral asseguram a preferência do direito sucessório no afeto e na riqueza dos descendentes com seus antepassados, também existindo afeto em relação aos colaterais, nem que tivesse surgido durante a infância, e que tampouco deixa de inspirar afeto o cônjuge, que foi um companheiro dedicado nos bons e nos maus tempos, colaborador na formação da fortuna [...] ¹¹⁶.

Conforme Daniela Teixeira¹¹⁷, a existência da legítima se justifica apenas pela continuação do patrimônio na família, sem que haja um questionamento sobre a real necessidade de os herdeiros serem com ela favorecidos, nem sobre o caráter instrumental da família no desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

É necessário lembrar que à sucessão legítima na legislação brasileira é reservada obrigatoriamente cinquenta por cento da herança para os herdeiros necessários, que são os ascendentes, descendentes e cônjuges (a questão do companheiro ainda apresenta inúmeras divergências).

Não é demais recordar que, a reserva legítima no período das Ordenações Filipinas já foi à razão de dois terços, e o Projeto Original do Código Civil, em seu art. 1884¹¹⁸ do projeto original do Código Civil de 1916, elaborado com a participação de

115 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 606

116 Ibidem, p. 606

117 TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.)

Arquitetura do planejamento sucessório. 2. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 164.

118 Art. (o 1.884, alterado). « O testador que tiver descendente, ascendente ou conjuge successivel não pode dispôr de mais de um terço de seus bens; os dois terços restantes pertencem de direito ao descendente, ao ascendente e ao conjuge, segundo o disposto no capítulo II, título II deste livro. » O Dr. Lacerda votou contra a inclusão do conjuge como herdeiro necessario, e também o Dr. Olegario, resalvando este último a hypothese do art. 1. 774. (grifos nossos);

Clóvis Beviláqua no ano de 1899; teve a intenção de utilizar a mesma porcentagem, todavia, com sua promulgação, a reserva obrigatória permaneceu a metade.

Com isso, observa-se que as justificativas para utilização da herança forçada no direito brasileiro se traduzem na proteção da família nuclear, no dever de solidariedade, na presunção de afeto e na permanência da riqueza do autor da herança com os herdeiros necessários. Entretanto, o cumprimento da herança forçada muitas vezes gera distorção no contexto histórico-social contemporâneo, por conta da evolução dos moldes de família no Brasil, como será visto a seguir.

3.5 – Argumentos contra a manutenção da porção legítima no Brasil

Como dito anteriormente, a sucessão legítima tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde o período das Ordenações Reais e perdura até o atual Código Civil de 2002. O instituto da legítima, oriundo do direito romano, é utilizado em ampla escala nos países adotantes do sistema *Civil Law*, limitando a autonomia da vontade.

É importante lembrar que a justificativa da adoção da reserva forçada no Direito Brasileiro é a proteção da família. Contudo, a família utilizada como modelo nas codificações pretéritas, e até mesmo na atual, é aquela hierarquizada, patrimonial, patriarcal, constituída a partir do casamento e com o desejo de gerar uma prole biológica.

Montesquieu trazia a máxima de que a lei natural ordena aos pais sustentarem os descendentes, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. Para ele a divisão de bens propriamente dita, bem como as leis sobre essa divisão e as posteriores sucessões daquele que recebeu a divisão, só podem ter sido regulamentados pela sociedade, e por conseguinte, pelas leis políticas ou civis¹¹⁹.

Além da herança forçada ser criticada por autores clássicos estrangeiros, no Brasil, a aplicação da sucessão legítima recebe críticas desde antes da promulgação do Código Civil de 1916. Os juristas como Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Caio Mario da Silva e Antônio Coelho Rodrigues foram os grandes alavancadores das discussões sobre a legítima, uns contra e outros a favor de sua utilização.

119 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. **O espírito das Leis**/ Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 505.

Um dos grandes críticos sobre a existência da herança forçada no Brasil, Antônio Coelho Rodrigues¹²⁰, afirmou que a legítima era contrária à economia política, ao direito e à moral, além de ser injusta e antieconômica. Seu grande debate em desfavor da legítima é concebido pela ideia de que a herança necessária predispõe o herdeiro para a preguiça, gerando a invalidez dos válidos, e para o luxo, que é o delírio da riqueza.

Ele a classificou como antieconômica por entender que o beneficiário da herança, por não ter a necessidade de trabalhar em virtude da sua expectativa de direito, teria todas as razões para ser preguiçoso e pródigo e nenhuma para ser laborioso e econômico, justamente por saber que seria credor de seus pais sem precisar fazer esforço algum. Sobre os herdeiros, teceu a seguinte crítica:

Tudo quanto nos faz ricos sem trabalho nos induz aos dois vícios mais antieconômicos, o luxo, que malbarata a riqueza produzida pelo trabalho alheio não retribuído, e a preguiça, que impede a produção e é uma doença do espírito pior que a velhice do corpo, porque faz inútil a quem podia e devia deixar de o ser. Nada mais inútil e, às vezes, nada perigoso do que um herdeiro rico, mal-educado, ou, o que vale o mesmo, criado sem trabalhar¹²¹.

Além de antieconômica, o autor classificou a herança forçada como injusta, pois o fato de obrigar o autor da herança a destinar igualmente os bens para seus filhos acabava por limitar a aplicabilidade da igualdade material cristalizada na finalidade de tratar desigualmente os seres desiguais, o que impediria o pai de realizar seu juízo de valor ao atribuir uma parcela de bens maior para algum herdeiro que necessitasse mais¹²².

Tal pensamento, inclusive, é compatível com a justiça social. A título de exemplo, caso o autor da herança possua um herdeiro necessário que apresente algum tipo de vulnerabilidade, ele acabará sendo lesado, pois o autor da herança ficará impossibilitado de destinar uma parcela maior referente a legítima de patrimônio para salvaguardar aquele herdeiro condicionado, e acabará beneficiando herdeiros que não necessitam de auxílio patrimonial.

120 RODRIGUES, Antônio Coelho, 1846-1912. **A república na América do Sul, ou, um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos** / Antônio Coelho Rodrigues. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2016. p. 75.

121 Ibidem, p. 76.

122 Ibidem, p. 76.

Antônio Coelho entendia se tratar de um vilipêndio o legislador privar o pai de aplicar seu amor natural, tirando-lhe a oportunidade de destinar seus bens a seus filhos por livre e espontânea vontade, e não por uma imposição legal, que acabava por tornar o filho um credor civil de seu próprio pai, armado de privilégios e meios compulsórios¹²³.

Segundo ele, em virtude de a herança ser forçada, os herdeiros necessários não a recebem como um favor, ou como uma demonstração de afeto do *de cuius*, o que acaba gerando uma sensação de dívida dos seus pais para com o herdeiro, em virtude da compulsoriedade. O autor entende que a intrusão do legislador, com a obrigatoriedade de destinação de herança para os herdeiros necessários, acaba anulando a confiança recíproca entre pais e filhos, que é o laço mais sólido das relações de família¹²⁴.

De fato, muitas vezes se observa que os herdeiros necessários enxergam a herança de seus pais como uma obrigação destes para com aqueles, o que acaba, muitas vezes, por tornar uma relação que deveria ser pautada no afeto e confiança em uma relação estritamente patrimonial.

Pode-se afirmar que, apesar de a reserva legítima não se tratar de princípio constitucional, sua intangibilidade pode ser considerada um princípio geral do direito, que está pautado no modelo de família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista que visa a preservação do casamento a qualquer custo, afastando o viés constitucional de tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, para atingir a justiça social.

Autores contemporâneos, como Rolf Madaleno¹²⁵, suscitam o questionamento sobre se o instituto da legítima reflete o mais recalcitrante individualismo, uma vez que o legitimário pode esperar tranquilamente o falecimento do sucedido, sem se preocupar com nada de suas necessidades, nem de lhe transmitir um mínimo de afeto em seus últimos dias.

Daniela Teixeira entende que a presunção absoluta de afeto que fundamenta a legítima com base no vínculo de parentesco mostra-se excessivamente abstrata, pois deixa de contemplar circunstâncias concretas que podem exigir maior ou menor

123 Ibidem, p. 76

124 Ibidem, p. 77.

125 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 274

proteção patrimonial dos membros da família, como a existência de fator de vulnerabilidade ou de dependência financeira¹²⁶.

De acordo com Daniele Teixeira¹²⁷, a legítima é opção legislativa, ou seja, é opção do Estado. Pode-se dizer, assim, que a legítima é um modelo de gerenciamento estatal do patrimônio.

Na sociedade moderna, a expectativa de vida aumentou. Logo, quando o autor da herança morre, na maioria das vezes deixa descendentes adultos que possuem independência financeira, e cônjuges também com independência financeira (inserção da mulher no mercado de trabalho).

A partir da leitura do art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal, que garante o direito fundamental à herança, pode-se observar que a Carta Magna não define expressamente quem seria o destinatário da herança, cabendo, então, à legislação infraconstitucional, o definir.

Com isso, se a reserva forçada fosse expurgada do ordenamento jurídico, tal ocorrência jamais poderia ser considerada inconstitucional, afinal não haveria prejuízo à cláusula pétrea do direito de herança, haja vista que cabe ao legislador definir quem são os herdeiros destinatários. O direito fundamental de herança resguarda o direito das pessoas em face do poder público, não se permitindo sua extinção, como já ocorreu, ainda que por curto período, em alguns países socialistas. Mas sua fundamentalidade não significa a indispensabilidade da reserva legitimária¹²⁸.

Já ficou claro que a herança forçada se dá no intuito de proteger a família. Todavia, também já restou provado que o legislador tomou por base o modelo de **família** do século XX, que de fato necessitava de uma maior proteção patrimonial. No entanto, a família moderna trouxe diversas mudanças em relação à antiga.

Atualmente, a expectativa de vida das pessoas aumentou, por isso quando o autor da herança morre, seus filhos, em regra, já são adultos e independentes financeiramente; diferente, porém, de antigamente, quando, por conta da baixa expectativa de vida principalmente do homem, o autor da herança morria ao tempo

126 TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.)

Arquitetura do planejamento sucessório. 2. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 167

127 Ibidem, p. 161.

128 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. p. 86.

em que seus filhos eram crianças, além de deixar seu cônjuge, em regra mulher, desamparado(a) em virtude da impossibilidade de inserção no mercado de trabalho.

Além disso, como já dito antes, em atenção ao vínculo socioafetivo e à pluralidade de famílias, muitas vezes o autor da herança nutre afeto por outras pessoas que não o descendente, ascendente e cônjuge, acarretando a injustiça por impedi-lo que destine seu patrimônio a quem deteve mais afeto ao longo de sua vida.

É sabido e consabido que, seja na prática forense, seja na mídia, incontáveis são os casos de abandono afetivo e patrimonial cometido pelo herdeiro necessário contra seu ascendente. São vistos também casos de filhos abandonados pelos seus ascendentes, até mesmo sem reconhecerem sua paternidade/maternidade, de modo que não seria justo que seu patrimônio fosse destinado a essas pessoas.

Considera-se imoral o exemplo do parágrafo único do art. 1609 do Código Civil Brasileiro, reprisado no parágrafo único do art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de pais que reconhecem filhos mortos apenas para deles receberem a herança, ou reverta-se o mesmo raciocínio para filhos registrais e socioafetivos que, à exemplo do apóstolo Pedro, rejeitam o progenitor socioafetivo e registral para herdarem do pai cromossômico¹²⁹.

Em suma, muitos são os casos em que o herdeiro necessário sequer teve contato com o autor da herança ao longo de sua vida e, pela simples vinculação biológica, se torna detentor de um direito patrimonial.

Pelo que foi dito, é razoável concluir que a herança forçada estimula uma patrimonialização das relações familiares, tanto é que a doutrina entende como abusiva as ações *post mortem* de reconhecimento de filiação tanto biológica quanto afetiva, com o fim de resgatar o direito patrimonial da herança.

A proteção da família, que hoje tem uma preocupação maior com a realização pessoal de cada um de seus membros, era verdadeiramente vinculada ao patrimônio. Era considerada protegida a família que concentrasse em seu poder o patrimônio amealhado pelo autor da herança por toda sua vida. A realização pessoal, a experiência de vida e a entrega a paixões eram consideradas desregramentos¹³⁰.

129 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 365.

130 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês** – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 44.

Ora, a sociedade moderna já oferece para a população diversos mecanismos de proteção social e patrimonial, como o seguro de vida e outras questões empresariais.

Repita-se, há uma verdadeira premonição do legislador ao presumir que, dentre todos os possíveis graus de afeto, o maior seria dos ascendentes, descendentes e cônjuge, justamente pela atual conjuntura de pluralidade familiar. Sendo assim, não é crível que, ao legislador, cada vez mais distante da realidade fática e inerte para sequer discutir a respeito da incidência do imposto causa mortis e doação - ITCD aos bens situados no exterior, dite a quem o autor da herança deverá destinar seu patrimônio.

No Brasil, muitos são os casos em que o autor da herança não era o provedor da família, inclusive, necessitava de auxílio patrimonial de seus herdeiros quando em vida. Para contextualizar essa afirmação, basta observar a quantidade de casos de idosos que possuíam como fonte de sustento uma irrisória aposentadoria que sequer supre necessidades básicas como custo de remédios, plano de saúde e despesas com cuidadora e alimentação, abandonados em instituições públicas de abrigo.

No Brasil, país onde a maioria das pessoas pertence à classe média, nota-se que a transmissão de riqueza não mais se concentra na propriedade ou na administração de uma empresa familiar herdada, mas sim no legado que os ascendentes transmitem aos descendentes em termos de educação, conhecimento e formação profissional. Infelizmente, porém, a moralidade e a ética não são também transmitidas, gerando conflitos familiares em relação à propriedade de bens herdada¹³¹

A defesa da proteção da família, na crença da igualdade dos filhos, encerra, em verdade, uma monstruosa desigualdade dentro da família, pois desconhece as efetivas necessidades de cada linhagem, pois há filhos que herdam quando já tem uma idade avançada, e, como já construíram a sua própria riqueza, apenas acumulam uma outra fortuna que não cumpre nenhuma função de proteção¹³².

Trata-se de uma aparente igualdade, pois, para repartir uma herança entre vários indivíduos de uma família, com verdadeira carga de igualdade, teria de se partir de dados e especificidades que apenas o progenitor tem o efetivo e exato

131 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.368.

132 Ibidem., p. 366.

conhecimento, já que o discurso da igualdade parte do erro de considerar que a natureza faz iguais todos os filhos, quando a simples observação dos fatos já mostra diferenças de capacidade de esforços e de resultados, que fazem do sistema legitimário uma camisa de força que impede a distribuição equitativa de patrimônio¹³³.

É de domínio público que nem todos os filhos possuem os mesmos méritos, as mesmas aptidões, a mesma capacidade física e intelectual, que os colocam em igualdade de condições na obtenção da sua independência financeira, como tampouco todos os filhos têm a mesma dedicação, como também não outorgam a mesma atenção de seus pais, de modo que a revisão do sistema da legítima reforçaria a autoridade dos pais, e seus rebentos ao menos pensariam duas vezes antes de se afastarem e abandonarem seus pais¹³⁴.

O autor da herança, ao ser obrigado a destinar os bens para pessoas específicas, acabará por destinar seus bens a pessoas por quem não nutria afeto, ou sequer conheceu, ou até mesmo por quem nutria ódio, relativizando, assim, o valor moral da socioafetividade que é inerente às relações familiares.

Com isso, observa-se que o instituto da sucessão legítima não é adequado para a sociedade do século XXI, pois seu aspecto pessoal de hipótese de incidência legalmente expresso - descendentes, ascendentes e cônjuge - não é suficiente para englobar os novos panoramas e modalidades de família, não atende de forma efetiva o preceito básico de função social esculpido na Carta Magna ao não proteger os vulneráveis e restringe sobremaneira a autonomia da vontade ao engessar o autor da herança em destinar seu patrimônio.

133 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 366.

134 Ibidem, p.366.

4 COMPARAÇÃO DA LEGÍTIMA BRASILEIRA COM OUTROS PAÍSES

Para que se possa entender criticamente quais são as implicações da utilização do direito à legítima no Brasil, será necessário analisar o modo como funciona o Direito Sucessório em alguns outros países, considerando suas peculiaridades e diferenças principiológicas e legislativas. Para tanto, este trabalho se debruça no Direito Argentino, no Direito Chinês e no Direito Inglês.

Com efeito, o estudo da legítima pode ser comparado diante dos sistemas jurídicos anglo-saxão e o continental. Como será visto, o Direito Inglês não adota a reserva forçada da herança, todavia prevê uma provisão financeira, semelhante aos alimentos brasileiros, para as pessoas próximas do autor da herança que não possuem capacidade de sustento próprio. Por outro lado, no direito continental, relativo aos países que adotam o Direito Romano -Germânico, como Itália, Brasil, Argentina e outros, quase sempre utilizam o direito à legítima, que pode variar entre 1/4, 1/3, 1/2 e até 2/3 de reserva obrigatória aos herdeiros necessários dos bens do *de cujus*¹³⁵.

É mister ressaltar que o motivo pelo qual foi escolhido o Direito Argentino é oriundo de sua recentíssima codificação civil (de 2015), e pelo fato de o país ser geograficamente próximo ao Brasil, fato que gera semelhanças culturais e sociais bastante compatíveis. Já a escolha do Direito anglo-saxão se deu em virtude de sua aplicação remeter ao sistema *common law*, no qual prevalece a liberdade testamentária.

Lembre-se que na maioria dos países adotantes da *common law*, como o Direito Inglês, em virtude de não se aplicar o direito à legítima, a obrigação de sustento dos pais para com seus filhos é, em regra, até sua maioridade. Já nos países adotantes do sistema *civil law*, em virtude da existência da legítima, a obrigação de sustento dos pais para com seus filhos se protraí no tempo, inclusive para depois de sua morte, por mais que não necessitem de ajuda financeira.

135 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 355.

Por fim, a escolha do estudo comparativo com o Direito Chinês foi feita pela nova legislação civil de 2020, que traz princípios da liberdade de testar e de proteção aos vulneráveis.

Vale ressaltar que nos dois últimos países mencionados não existe a previsão normativa da reserva da legítima, todavia são utilizados outros mecanismos para proteção familiar.

4.1 – Direito Argentino

O Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 teve particular relação com o Direito brasileiro, haja vista que teve as obras de Teixeira de Freitas como inspiração - em especial, o *Esboço*. Em 2015, entrou em vigor o Novo Código Civil e Comercial Argentino¹³⁶ - *Ley 26.994* - que tratou do direito das sucessões entre os art. 2.277 até 2.531.

No revogado Código de Sarsfield, segundo Clóvis Bevilacqua¹³⁷, a ordem de vocação hereditária era composta pelos descendentes legítimos, mantidos, entretanto, os direitos reservados ao cônjuge e ao filho natural. A segunda classe era formada pelos ascendentes, sem prejuízo da reserva do cônjuge e do filho natural. A terceira classe compreendia o viúvo ou viúva, sem exclusão do filho natural.

Caso o falecido não tivesse deixado posteridade legítima, nem ascendentes, nem cônjuge, o filho natural recolheria toda a herança. Em quarto lugar, eram chamados os colaterais, até sexto grau: e, depois deles, o fisco, provincial ou nacional, conforme exposto nos arts. 3565 a 3589 do Código Civil Argentino de 1869.

A ordem de vocação trazida pelo Código Civil de 2015, no art. 2424¹³⁸, trouxe poucas mudanças em relação ao anterior. Agora, são pertencentes à ordem o descendente, ascendente, cônjuge supérstite e parentes colaterais até o quarto grau, com a premissa de os parentes mais próximos excluírem os mais distantes, de acordo com o art. 2439.

136 Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf Acesso em: 20 set.2021

137 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 13

138 Artículo 2424. Heredero legítimo: Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados.

Em que pese a ordem de vocação hereditária do Direito Argentino ser praticamente idêntica àquela retratada no art. 1829 do Código Civil Brasileiro, observa-se a não inserção do direito de concorrência do cônjuge e companheiro no rol da vocação.

O Direito Sucessório argentino, no seu Novo Código Civil de 2015, adota a limitação da liberdade de testar, através da utilização da sucessão legítima. Com isso, de acordo com o art. 2444¹³⁹, os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes, e o cônjuge, assim como ocorre no direito brasileiro, precisamente no art. 1845, que traz o rol dos herdeiros necessários.

No que diz respeito à porção legítima, diferentemente do Brasil, que adota a reserva de cinquenta por cento do patrimônio a título de legítima para todos os herdeiros necessários (conforme o art. 1846 do Código Civil Brasileiro), na Argentina, a porção da legítima não é igual para todos os herdeiros necessários. Ao descendente, é destinado dois terços da legítima e ao ascendente e ao cônjuge, um terço. Pode-se inferir que o legislador argentino teve a intenção de proteger mais os descendentes do que os outros herdeiros necessários. Observa-se o teor do art. 2445:

Artículo 2445. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.¹⁴⁰

Uma novidade trazida pelo Código Civil Argentino de 2015 foi o incremento

139 Artículo 2444. Legitimarios: Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

140 “A porção legítima dos descendentes é de dois terços, a dos ascendentes a metade e a do cônjuge a metade. As referidas parcelas são calculadas sobre a soma do valor líquido da herança no momento do falecimento do falecido mais o dos bens doados calculáveis para cada herdeiro, no momento da partilha, de acordo com o estado do bem no momento de a doação. Para o cálculo da parcela de cada descendente, apenas as doações coligáveis ou redutíveis são consideradas, feitas a partir de trezentos dias antes do seu nascimento ou, se for o caso, ao nascimento do ascendente que representam, e para o do cônjuge, aqueles feitos após o casamento” Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf> acesso em 20/09/2021. Acesso em: 05 out.2021.

conferido em relação à porção legítima ao ascendente ou descendente acometido com deficiência. De acordo com o art. 2448¹⁴¹, o *de cujus* poderá dispor, pelos meios que achar convenientes, inclusive por meio de fideicomisso, além da porção disponível, um terço da porção legítima para aplicar como melhoria estrita aos descendentes ou ascendentes com deficiência.

Para tanto, o ascendente ou descendente com deficiência é considerado aquele que sofre de alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação a sua idade e meio social, implique consideráveis desvantagens para sua integração familiar, social, educacional ou laboral.

Observa-se que o legislador argentino utilizou a reserva forçada legítima para alcançar literalmente a integral proteção familiar, aplicando, também, a justiça social, que parte da premissa de tratar os desiguais desigualmente, no intuito de obter igualdade material, na medida em que destina porcentagem maior de auxílio patrimonial aos herdeiros que mais necessitam, que são os vulneráveis. Presume-se, também, que o legislador, ao diferenciar a quantidade da porção legítima para os herdeiros necessários, tentou oferecer proteção maior aos que em tese mais precisam, que seriam os filhos.

Se o intuito da herança forçada é de proteger a família, a sucessão legítima deveria fazer seu papel, protegendo os herdeiros vulneráveis, e não os tratando apenas de maneira formalmente igual, como ocorre no Brasil. Tal fato, acaba mitigando a efetividade do princípio da solidariedade.

No Brasil, em que pese não existir proteção maior ao herdeiro vulnerável, já que a porção legítima é igual para todos os herdeiros e não há nenhum acréscimo aos deficientes, e com o intuito de suprir tal iniquidade, o Projeto de Lei nº 3799 de 2019¹⁴² que prevê a reforma do direito das sucessões, sugere a modificação do art. 1846¹⁴³

141 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.

142 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1644331322642&disposition=inline> Acesso em :22 fev.2022

143 Art. 1.846. § 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade. § 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração

ao incluir um parágrafo no intuito de ofertar ao testador a possibilidade de destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, cônjuge/companheiro que sejam deficientes.

Diferente do direito brasileiro, que adota como causas de exclusão da sucessão a indignidade e deserdação, o direito argentino apenas prevê a indignidade. No entanto, pode-se observar que as hipóteses de indignidade da codificação civil argentina, são mais evoluídas e preveem um número de causas mais abrangente que no Brasil, tornando-as mais adequadas à sociedade contemporânea do que as previstas no Código Civil Brasileiro.

De acordo com o art. 2281 do Código Argentino, são excluídos da sucessão por indignidade: a) aqueles que maltrataram gravemente o falecido ou ofenderam sua memória; b) os parentes ou cônjuges que não tenham proporcionado ao falecido alimentos devidos ou não o recolheram em estabelecimento adequado se não pudesse cuidar de si mesmo; o pai extraconjugal que não reconheceu voluntariamente o falecido durante sua idade menor; c) o pai ou a mãe do falecido que tenham se privado da responsabilidade parental, *in verbis*:

Artículo 2281. Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causan te, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos devidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás

familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (NR)

causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.¹⁴⁴

Para fins de reconhecimento de indignidade basta a prova de que a pessoa indigna é responsável pelo fato lesivo, não sendo necessária à sua condenação penal. Isso é válido para todas as hipóteses de indignidade apontadas no art. 2281 do *codex argentino*,

Como já explanado anteriormente, é taxativo o rol das hipóteses de indignidade e deserdação previstas no Código Civil Brasileiro. Em virtude de ter sido praticamente uma cópia do Código Civil de 1916, as hipóteses de indignidade e deserdação não acompanharam a evolução da sociedade.

Com isso, inspirado na codificação argentina, o Projeto de Lei nº 3145/2015¹⁴⁵ sugeriu a inclusão de incisos nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil de 2002, para acrescentar ao rol dos excluídos por deserdação a hipótese de abandono do autor da herança em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres, bem como a inclusão da ofensa à integridade física ou psicológica no inciso I e o desamparo material e abandono afetivo voluntário do filho ou neto, ou ascendente pelo descendente no inciso III.

Apesar da, até então, boa intenção em seguir as inovações do Código Civil Argentino, conforme observado no Projeto de Lei nº 3145/2015, frise-se ser apenas

144 “Art.2281. Os seguintes são indignos de sucesso: a) os autores, cúmplices ou participantes em um crime fraudulento contra a pessoa, honra, integridade sexual, liberdade ou propriedade do falecido, ou de seus descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro ou irmãos. Esta causa de indignidade não está coberta pela extinção da ação penal ou da pena; b) os que maltrataram gravemente o falecido ou ofenderam gravemente a sua memória; c) Aqueles que acusaram ou denunciaram o autor por crime punível com pena de prisão ou reclusão, salvo que a vítima do crime seja o acusador, seu cônjuge ou companheiro, seu descendente, ascendente ou irmão, ou tenha agido em cumprimento de uma lei dever; d) Os que omitem a reclamação da morte enganosa do falecido, no prazo de um mês a contar da ocorrência, salvo se antes desse prazo a justiça proceder por outra reclamação ou ex officio. Esta causa de indignidade não se estende aos incapacitados ou com capacidade restrita, nem aos descendentes, ascendentes, cônjuge e irmãos do assassino ou de seu cúmplice; e) parentes ou cônjuge que não tenham prestado ao falecido os alimentos devidos, ou não os tenham recolhido em estabelecimento adequado se este não pudesse cuidar de si; f) o pai extraconjugual que não reconheceu voluntariamente o falecido na sua idade menor; g) o pai ou a mãe do falecido privado da responsabilidade parental; h) Aqueles que induziram ou restringiram a vontade do falecido para conceder ou deixar de fazê-lo, ou modificá-la, bem como aqueles que falsificam, alteram, subtraem, ocultam ou substituem o testamento; i) Os que tenham incorrido nas demais causas de ingratidão que permitem a revogação dos donativos. Em todas as alegadas declarações, basta a prova de que o ato infracional é imputável a pessoa indigna, sem que haja necessidade de condenação criminal.” Tradução livre. Disponível em <http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf> acesso em 20/09/2021. Acesso em: 05 out.2021.

145 Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0xahswffv2rx0107gc7lmk98mp38975518.node0?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015 Acesso em: 15 fev.2022.

um projeto de lei, que não tem previsão e nem certeza de sua aprovação integral. É fundamental ao Brasil, com auxílio das legislações estrangeiras compatíveis, como o caso da Argentina, acrescentar hipóteses de exclusão por indignidade aos parentes ou cônjuges que não tenham proporcionado ao falecido alimentos devidos ou não o tenham recolhido em estabelecimento adequado se não pudesse cuidar de si mesmo; o pai extraconjugal que não reconheceu voluntariamente o falecido durante sua idade menor; e do pai ou a mãe do falecido que tenham se privado da responsabilidade parental.

No Brasil, o índice de pais e mães que se privam de sua responsabilidade parental é enorme. Por essa razão, seria injusto que a herança, nos casos em que tenha deixado como herdeiro apenas os ascendentes, seja designada para aqueles que o abandonaram.

Em que pese a Argentina também adotar a herança forçada, observa-se que, além de prever um rol de excluídos por indignidade atualizado, ao destinar porção diferente aos herdeiros necessários e oferecer auxílio patrimonial aos que sejam deficientes, gera maior efetividade quanto à aplicabilidade do instituto da legítima e demonstra que o Direito Sucessório argentino está mais adequado à sociedade contemporânea, principalmente à realidade da família do século XXI.

Após a análise do Direito sucessório Argentino, que além de adotar a legítima, possui grande semelhança cultural com o Brasil, serão vistas as normas sucessórias do Direito Inglês, onde é adotado o sistema *common law* e que possui ampla liberdade de testar.

4.2 – Direito Inglês

A Inglaterra, país que até o presente momento adota a Monarquia como forma de governo, utilizando, portanto, a linha sucessória quando da transmissão de sua chefia, adota o sistema *common law*. Por essa razão, no Direito Inglês, inexistente a porção legítima, ou herança forçada (*forced heirship*), o que proporciona ampla liberdade de testar, salvo em algumas situações, que serão aqui trazidas.

Para Clóvis Bevilacqua¹⁴⁶, grande defensor do instituto da legítima, o direito inglês consagra a liberdade testamentária em termos amplos, contribuindo, assim,

146 BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 344

para a consolidação da aristocracia, porque os testamentos, quase sempre, favorecem os primogênitos já privilegiados pela sucessão legítima. Apenas as liberalidades às corporações religiosas são submetidas à formalidade da autorização por parte do governo.

No que tange a liberdade irrestrita de testar, aponta Raphael Ribeiro¹⁴⁷ que apenas vigeu no período de 1891 até 1938¹⁴⁸, e desde 1938, a Inglaterra, inspirada na legislação da Nova Zelândia, reformou seu sistema sucessório, alterando o conteúdo da liberdade testamentária, para proteger determinadas pessoas próximas ao *de cuius*.

Em 1938 a liberdade absoluta de testar foi substituída pelo sistema do *Family Provisions*, que se compara a uma pensão alimentícia para filhos menores de idade ou afetados pela incapacidade física ou mental, em cujas hipóteses o juiz separa uma provisão de bens necessários para este dependente sobreviver ou levar um nível de vida semelhante ao que usufruía na constância da vida familiar, como se fossem alimentos compensatórios¹⁴⁹.

Com isso, por mais que o Direito Sucessório inglês pareça ser totalmente diverso ao sistema sucessório pátrio por adotar sistema legal distinto, possui certa semelhança, a exemplo da grande proteção conferida ao cônjuge na ordem de vocação hereditária.

Se o autor da herança falecer, tendo deixado testamento, a delação da herança deverá seguir as regras previstas no *Act of 1975 – Inheritance*¹⁵⁰. Caso a pessoa morra sem destinar seus bens a ninguém, ou seja, *ab intestato* (sem testamento), deverão ser aplicadas as *Intestacy Rules*, que regulamentam a distribuição dos bens do *de cuius* para os membros da ordem de vocação hereditária, expostas na seção 46 do *Administration of Estates Act 1925*¹⁵¹:

147 RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988**: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil constitucional / por Raphael Rego Borges Ribeiro. – 2019, p. 281/282.

148 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 64.

149 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 365.

150 Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> Acesso em: 03 mar.2022.

151 Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23> Acesso em: 03 mar.2022.

46 Succession to real and personal estate on intestacy.

(1) The residuary estate of an intestate shall be distributed in the manner or be held on the trusts mentioned in this section, namely:—**F41**(i) If the intestate leaves a **F42** spouse or civil partner], then in accordance with the following table: (1) If the intestate leaves no issue: the residuary estate shall be held in trust for the surviving spouse or civil partner absolutely. (2) If the intestate leaves issue: (A) the surviving spouse or civil partner shall take the personal chattels absolutely; (B) the residuary estate of the intestate (other than the personal chattels) shall stand charged with the payment of a fixed net sum, free of death duties and costs, to the surviving spouse or civil partner, together with simple interest on it from the date of the death at the rate provided for by subsection (1A) until paid or appropriated; and (C) subject to providing for the sum and interest referred to in paragraph (B), the residuary estate (other than the personal chattels) shall be held—(a) as to one half, in trust for the surviving spouse or civil partner absolutely, and (b) as to the other half, on the statutory trusts for the issue of the intestate. (ii) If the intestate leaves issue but no **F42** spouse or civil partner], the residuary estate of the intestate shall be held on the statutory trusts for the issue of the intestate; (iii) If the intestate leaves **F44** no **F42** spouse or civil partner] and] no issue but both parents, then, **F45**..., the residuary estate of the intestate shall be held in trust for the father and mother in equal shares absolutely; (iv) If the intestate leaves **F44** no **F42** spouse or civil partner] and] no issue but one parent, then, **F45**..., the residuary estate of the intestate shall be held in trust for the surviving father or mother absolutely; (v) If the intestate leaves no **F46** **F42** spouse or civil partner] and no issue and no] parent, then **F47**..., the residuary estate of the intestate shall be held in trust for the following persons living at the death of the intestate, and in the following order and manner, namely:— First, on the statutory trusts for the brothers and sisters of the whole blood of the intestate; but if no person takes an absolutely vested interest under such trusts, then Secondly, on the statutory trusts for the brothers and sisters of the half blood of the intestate; but if no person takes an absolutely vested interest under such trusts; then Thirdly, for the grandparents of the intestate and, if more than one survive the intestate, in equal shares; but if there is no member of this class; then Fourthly, on the statutory trusts for the uncles and aunts of the intestate (being brothers or sisters of the whole blood of a parent of the intestate); but if no person takes an absolutely vested interest under such trusts; then Fifthly, on the statutory trusts for the uncles and aunts of the intestate (being brothers or sisters of the half blood of a parent of the intestate); **F47** (vi) In default of any person taking an absolute interest under the foregoing provisions, the residuary estate of the intestate shall belong to the Crown or to the Duchy of Lancaster or to the Duke of Cornwall for the time being, as the case may be, as bona vacantia, and in lieu of any right to escheat. The Crown or the said Duchy or the said Duke may (without prejudice to the powers reserved by section nine of the **M6** Civil List Act, 1910, or any other powers), out of the whole or any part of the property devolving on them respectively, provide, in accordance with the existing practice, for dependants, whether kindred or not, of the intestate, and other persons for whom the intestate might reasonably have been expected to make provision. (1A) The interest rate referred to in paragraph (B) of case (2) of the Table in subsection (1)(i) is the Bank of England rate that had effect at the end of the day on which the intestate died (2) A husband and wife shall for all purposes of distribution or division under the foregoing provisions of this section be treated as two persons. (2A) Where the intestate's **F42** spouse or civil partner] survived the intestate but died before the end of the period of 28 days beginning with the day on which the intestate died, this section shall have effect as respects the intestate as if the **F42** spouse or civil partner] had not survived the intestate.] (4) The interest payable on **F52** the fixed net sum] payable to a surviving **F42** spouse or civil partner] shall be primarily payable out of income. (5) In subsection (1A) "Bank of England rate" means— (a) the rate announced by the Monetary Policy Committee of the Bank of

England as the official bank rate, or (b) where an order under section 19 of the Bank of England Act 1998 (reserve powers) is in force, any equivalent rate determined by the Treasury under that section. (6) The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument amend the definition of “Bank of England rate” in subsection (5) (but this subsection does not affect the generality of subsection (7)(b)). (7) The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument— (a) amend subsection (1A) so as to substitute a different interest rate (however specified or identified) for the interest rate for the time being provided for by that subsection; (b) make any amendments of, or repeals in, this section that may be consequential on or incidental to any amendment made by virtue of paragraph (a). (8) A statutory instrument containing an order under subsection (6) is subject to annulment pursuant to a resolution of either House of Parliament. (9) A statutory instrument containing an order under subsection (7) may not be made unless a draft of the instrument has been laid before and approved by a resolution of each House of Parliament.¹⁵²

152 46 Sucessão de bens móveis e imóveis em testamento. (1) O espólio residual de um intestado deve ser distribuído da maneira ou mantido nos fundos mencionados nesta seção, a saber: - [F41 (i) Se o intestado deixar um [F42 cônjuge ou parceiro civil], então de acordo com a seguinte tabela: (1) Se o testamento não deixar pendência: o espólio será mantido em confiança para o cônjuge sobrevivente ou parceiro civil absolutamente. (2) Se o intestado deixar a questão: (A) o cônjuge ou parceiro civil sobrevivente deve levar os bens móveis pessoais absolutamente; (B) o espólio do intestado (exceto os bens móveis) ficará a cargo do pagamento de uma quantia líquida fixa, livre de taxas e encargos por morte, ao cônjuge sobrevivente ou ao parceiro civil, acrescido de juros simples de a data do óbito à taxa prevista na subseção (1A) até que seja pago ou apropriado; e (C) sujeito à provisão para a soma e juros referidos no parágrafo (B), a propriedade residual (exceto os bens móveis) deve ser mantida - (a) pela metade, em confiança para o cônjuge sobrevivente ou sócio absoluto, e (b) quanto à outra metade, nos fideicomissos estatutários para a emissão do testamento. (ii) Se o intestado deixar a emissão, mas nenhum [F42 cônjuge ou parceiro civil], o espólio residual do intestado será mantido nos fundos estatutários para a emissão do intestado; (iii) Se o intestado deixar [F44 no [F42 cônjuge ou parceiro civil] e] nenhum problema além de ambos os pais, então, F45..., a propriedade residual do intestado será mantida em confiança para o pai e a mãe em partes iguais absolutamente; (iv) Se o intestado deixar [F44 no [F42 cônjuge ou parceiro civil] e] nenhum problema além de um dos pais, então, F45..., a propriedade residual do intestado deve ser mantida em confiança para o pai ou mãe sobrevivente absolutamente; (v) Se o intestado não deixar nenhum [F46 [F42 cônjuge ou parceiro civil] e nenhum problema e nenhum] pai, então F47 ..., a propriedade residual do intestado será mantida em fideicomisso para as seguintes pessoas que vivem no momento da morte de o intestado, e na seguinte ordem e maneira, a saber:— Primeiro, nos trusts estatutários para os de todo o sangue do intestado; mas se nenhuma pessoa tiver um interesse absolutamente investido sob tais fideicomissos, então, em segundo lugar, nos fideicomissos estatutários para os irmãos e irmãs do meio-sangue do intestado; mas se nenhuma pessoa tiver um interesse absolutamente adquirido sob tais fideicomissos; então Terceiro, para os avós do intestado e, se mais de um sobreviver ao intestado, em partes iguais; mas se não houver nenhum membro desta classe; em seguida, em quarto lugar, sobre os fideicomissos estatutários para os tios e tias do intestado (sendo irmãos ou irmãs de todo o sangue de um pai do intestado); mas se nenhuma pessoa tiver um interesse absolutamente adquirido sob tais fideicomissos; em seguida, em quinto lugar, nas relações de confiança estatutárias para os tios e tias do intestado (sendo irmãos ou irmãs do meio-sangue de um pai do intestado); F47 (vi) Na falta de qualquer pessoa que tenha um interesse absoluto nos termos das disposições anteriores, a propriedade residual do intestado pertencerá à Coroa ou ao Ducado de Lancaster ou ao Duque de Cornwall por enquanto, conforme o caso ser, como bona vacantia, e em lugar de qualquer direito de escheat. A Coroa ou o referido Ducado ou o referido Duque podem (sem prejuízo dos poderes reservados pela seção nove do M6 Civil List Act, 1910, ou quaisquer outros poderes), da totalidade ou de qualquer parte da propriedade que lhes pertence, respectivamente, fornecer, de acordo com a prática existente, para dependentes, sejam parentes ou não, do intestado, e outras pessoas para as quais o intestado possa razoavelmente ter a expectativa de fazer provisão. (1A) A taxa de juros referida no parágrafo (B) do caso (2) da Tabela na subseção (1) (i) é a taxa do Banco da Inglaterra que entrou em vigor no final do dia em que o intestado morreu (2) Um marido e uma esposa devem, para todos os fins de distribuição ou divisão sob as disposições anteriores desta seção, ser tratados como duas pessoas. (2A) Quando o [F42 cônjuge ou parceiro civil] do intestado sobreviveu ao intestado, mas morreu antes

Sendo assim, caso o autor da herança morra sem deixar testamento, ou não destine todo seu patrimônio através dele, ou quando há alguma nulidade no referido instrumento, a herança será deferida, de acordo com a confusa redação da seção 46 do *Administration of Estates Act 1925*, aos membros da ordem de vocação hereditária, que aparentemente são: o cônjuge, companheiro, ascendentes, irmãos bilaterais, irmãos unilaterais, avós, tios e tias, e, por fim, a Coroa, ao Ducado de Lancaster e ao Duque de Cornwall.

Não obstante, quando o autor da herança morre sem ter contemplado pessoas próximas e incapazes de sustento, a parte interessada poderá requerer, em juízo, pensão provisória ou temporária, de acordo com o *Act of 1975 – Inheritance*. Com isso, o juiz terá o poder de reformar o testamento, mesmo que não tenha sido a vontade do autor da herança, com o fim de proporcionar a quem de direito uma razoável provisão¹⁵³.

A reforma do testamento acontece para atender ao *family provision* - provisão familiar - que nada mais é do que um crédito efetivo sobre a herança do falecido, ou seja, uma reserva pecuniária destinada ao cônjuge e aos parentes que dele dependiam financeiramente

Por essa razão e com o intuito de proteger as pessoas consideradas vulneráveis e próximas ao *de cuius*, o direito inglês, ainda que não preveja a herança forçada (*forced heirship*), e mesmo não sendo a vontade expressa em testamento pelo autor da herança, proporciona o *family provision* a alguns parentes ou pessoas

do final do período de 28 dias a partir do dia em que o intestado morreu, esta seção terá efeito com relação ao intestado como se o [F42 cônjuge ou parceiro civil] não sobreviveu ao testamento.] (4) Os juros pagáveis sobre [F52a soma líquida fixa] pagáveis a um [F42cônjuge ou parceiro civil sobrevivente] devem ser pagos principalmente com a renda. (5) Na subseção (1A) "taxa do Banco da Inglaterra" significa - (a) a taxa anunciada pelo Comitê de Política Monetária do Banco da Inglaterra como a taxa oficial do banco, ou (b) quando uma ordem sob a seção 19 do Bank of England Act 1998 (poderes de reserva) está em vigor, qualquer taxa equivalente determinada pelo Tesouro sob essa seção. (6) O Lord Chancellor pode, por ordem feita por instrumento estatutário, alterar a definição de "taxa do Banco da Inglaterra" na subseção (5) (mas esta subseção não afeta a generalidade da subseção (7) (b)). (7) O Lord Chancellor pode, por ordem feita por instrumento estatutário - (a) alterar a subseção (1A) de modo a substituir uma taxa de juros diferente (independentemente de especificada ou identificada) pela taxa de juros no momento prevista por essa subseção; (b) fazer quaisquer alterações ou revogações nesta seção que possam ser consequentes ou incidentais a qualquer alteração feita em virtude do parágrafo (a). (8) Um instrumento estatutário contendo uma ordem nos termos da subseção (6) está sujeito a anulação de acordo com uma resolução de qualquer Câmara do Parlamento. (9) Um instrumento estatutário contendo uma ordem nos termos da subseção (7) não pode ser feito a menos que um projeto do instrumento tenha sido apresentado e aprovado por uma resolução de cada Câmara do Parlamento. Tradução livre da autora. 153 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 42.

próximas e que sejam total ou parcialmente dependentes do falecido, através da solicitação ao tribunal de uma ordem, fundamentada na não contemplação em testamento de provisão financeira.

Ou seja, o requerente deverá comprovar em juízo que era dependente do *de cuius* e não possui condição para o próprio sustento, para requerer a habilitação de uma provisão financeira, que nada mais é do que uma quantia monetária, como se uma pensão fosse, para salvaguardar seu sustento provisório ou permanente, de acordo com o *Act of 1975 – Inheritance, verbis*:

Application for financial provision from deceased's estate.

(1)Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons:—
[F1](a)the spouse or civil partner of the deceased;(b)a former spouse or former civil partner of the deceased, but not one who has formed a subsequent marriage or civil partnership;]**[F2]**(ba)any person (not being a person included in paragraph (a) or (b) above) to whom subsection (1A) **F3**... below applies;]**(c)**a child of the deceased;**(d)**any person (not being a child of the deceased) **[F4]**who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood in the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family;]**(e)**any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased; that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.**[F5(1A)]**This subsection applies to a person if the deceased died on or after 1st January 1996 and, during the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died, the person was living—**(a)**in the same household as the deceased, and **(b)****[F6]**as if that person and the deceased were a married couple or civil partners].**[F7(1B)]** . . .**(2)**In this Act “reasonable financial provision”—**(a)**in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance; **[F8(aa)]**in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the civil partner of the deceased (except where, at the date of death, a separation order under Chapter 2 of Part 2 of the Civil Partnership Act 2004 was in force in relation to the civil partnership and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a civil partner to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance;] **(b)**in the case of any other application made by virtue of subsection (1) above, means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance. **[F9(2A)]**The reference in subsection (1)(d) above to a family in which the deceased stood in the role of a parent includes a family of which the deceased was the only member (apart from the applicant).] **[F10(3)]**For the purposes of subsection (1)(e) above, a person is to be treated as being maintained by the deceased (either wholly or partly, as

the case may be) only if the deceased was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person, other than a contribution made for full valuable consideration pursuant to an arrangement of a commercial nature.]¹⁵⁴

Em suma, em que pese não existir a *forced heirship*, conhecida como Reserva da Legítima no direito brasileiro, o Direito Sucessório inglês prevê o *family provision*, direito semelhante à pensão alimentícia, o qual será destinado ao cônjuge e aos parentes que dependiam financeiramente do sucedido ao tempo de seu decesso, quando não contemplados no testamento¹⁵⁵.

Apesar disso, de maneira excepcional, a Corte Inglesa defere o pedido de provisão para pessoas que não dependiam diretamente do falecido. É o caso de Melita

154 Pedido de provisão financeira do espólio do falecido. (1) Quando, após o início desta Lei, uma pessoa falecer domiciliada na Inglaterra e no País de Gales e for sobrevivida por qualquer uma das seguintes pessoas:—[F1(a) o cônjuge ou parceiro civil do falecido;(b) um ex-cônjuge ou ex-parceiro civil do falecido, mas não aquele que formou um casamento ou parceria civil subsequente;][F2(ba)qualquer pessoa (não sendo uma pessoa incluída no parágrafo (a) ou (b) acima) a quem a subseção (1A) F3... abaixo se aplica;](c) um filho do falecido;(d) qualquer pessoa (que não seja filho do falecido) [F4 que em relação a qualquer casamento ou parceria civil em que o falecido fosse parte a qualquer momento, ou de outra forma em relação a qualquer família em que o falecido a qualquer momento estivesse no papel de pai, foi tratado pelo falecido como filho da família;](e) qualquer pessoa (não sendo uma pessoa incluída nos parágrafos anteriores desta subseção) que imediatamente antes da morte do falecido estava sendo mantida, total ou parcialmente, pelo falecido; essa pessoa pode solicitar ao tribunal uma ordem nos termos da seção 2 desta Lei, com o fundamento de que a disposição do espólio do falecido efetuada por seu testamento ou a lei relativa ao intestacy, ou a combinação de seu testamento e essa lei, não é suscetível de fornecer uma provisão financeira razoável para o requerente. Esta subseção se aplica a uma pessoa se o falecido morreu em ou após 1º de janeiro de 1996 e, durante todo o período de dois anos que termina imediatamente antes da data em que o falecido morreu, a pessoa estava viva—(a) na mesma casa que o falecido, e(b)[F6como se essa pessoa e o falecido fossem um casal ou parceiros civis.][F7(1B).(2) Nesta Lei “provisão financeira razoável”—(a) no caso de um pedido feito em virtude da subseção (1) (a) acima pelo marido ou esposa do falecido (exceto quando o casamento com o falecido foi objeto de um decreto de separação judicial e na data de morte o decreto estava em vigor e a separação continuava), significa a provisão financeira que seria razoável em todas as circunstâncias do caso para um marido ou esposa receber, seja essa provisão necessária ou não para sua manutenção ;[F8(aa) no caso de um pedido feito em virtude da subseção (1)(a) acima pelo parceiro civil do falecido (exceto quando, na data do falecimento, uma ordem de separação nos termos do Capítulo 2 da Parte 2 do a Lei de Parceria Civil de 2004 estava em vigor em relação à parceria civil e a separação continuava), significa a provisão financeira que seria razoável em todas as circunstâncias do caso para um parceiro civil receber, quer essa provisão seja ou não necessários para a sua manutenção;](b) no caso de qualquer outro pedido feito em virtude da subseção (1) acima, significa a provisão financeira que seria razoável em todas as circunstâncias do caso para o requerente receber por sua manutenção.[F9(2A)A referência na subseção (1)(d) acima a uma família na qual o falecido desempenhava o papel de pai inclui uma família da qual o falecido era o único membro (além do requerente).][F10(3)Para os propósitos da subseção (1)(e) acima, uma pessoa deve ser tratada como sendo mantida pelo falecido (total ou parcialmente, conforme o caso) somente se o falecido estava fazendo um contribuição em dinheiro ou valor em dinheiro para as necessidades razoáveis dessa pessoa, exceto uma contribuição feita por uma contraprestação de valor total de acordo com um acordo de natureza comercial.] Tradução livre da autora.

155 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 343

Jackson e Heather Ilot, mãe e filha, no Case No: B4/2010/2131/FAFMF¹⁵⁶. Melita faleceu e destinou todo seu patrimônio a uma associação de caridade, excluindo, assim, sua filha em testamento. No entanto, Heather requereu em juízo provisão financeira da herança de sua mãe sob a justificativa de que vivia em condições precárias e recebia auxílio do governo. Seu pleito foi deferido.

Nessa toada, ao tentar equilibrar a autonomia da vontade do *de cuius* com a imposição de regras protetivas para pessoas a ele próximas e desprovidas de condições financeiras, pode-se inferir que, na Inglaterra, a pessoa vulnerável próxima ao autor da herança e que não possui condição de sustento recebe maior proteção legal quando comparado com o Brasil, ainda que consagrados os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade (material) e proteção aos vulneráveis na Constituição Federal de 1988.

Gustavo Andrade afirma que a vulnerabilidade alimenta a seiva da solidariedade, critério utilizado no Direito Sucessório inglês, onde a provisão de pessoas que possuíam vínculo de dependência com o autor da herança é garantida àqueles que não foram beneficiados em testamento ou mesmo nas regras da sucessão *ab intestato*. No Brasil, a vulnerabilidade dos herdeiros como critério, seja para a limitação da liberdade de testar, seja para a flexibilização da legítima, pode vir a traduzir-se pela transmissão de patrimônio apto a garantir um futuro digno aos herdeiros¹⁵⁷.

Repita-se: se o intuito da herança forçada é garantir a proteção familiar, então, nos países em que a legislação não adota tal instituto, não haveria a garantia da proteção familiar, de modo que estariam deixando as famílias à míngua. Todavia, não é o que se observa no direito inglês, que mesmo ofertando aos cidadãos ampla liberdade de testar e inexistindo a legítima, ainda assim oferece mais ajuda financeira aos familiares do *de cuius* que de fato dela precisam.

A partir disso, conclui-se que a relação condicional lógica acima estabelecida é falsa, fato que corrobora com o que acontece no Brasil, uma vez que, ao obrigar o autor da herança a destinar metade de seu patrimônio para descendente, ascendente e cônjuge, independentemente da proporção financeira que dela necessitem, provoca

156 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-apelacoes-inglaterra.pdf> Acesso em: 04 mar. 2022.

157 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês** – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72.

distorção relevante sob o ponto de vista da igualdade material e prova, portanto, que o instituto da legítima não garante a proteção familiar.

4.3 – Direito Chinês

Em 2014, a República Popular da China iniciou o projeto de elaboração de um inédito Código Civil. Anteriormente, o direito privado era disposto em diversas leis esparsas, a exemplo da lei do casamento, da lei da responsabilidade civil e da lei da adoção. Apenas em 01 de janeiro de 2021, o primeiro Código Civil Chinês entrou em vigor ¹⁵⁸.

Antes da influência marxista-leninista na China ocorrida nos idos de 1949, o direito chinês consistia em um sistema jurídico integrado numa concepção filosófica baseada em Confúcio, permanecendo como tal imutável durante dois milênios. Com isso, seu direito tradicional era caracterizado pela diferenciação das classes sociais, tendo cada uma delas estatutos morais e jurídicos próprios, e a importância da família como base nas relações sociais¹⁵⁹.

Com isso, o Direito Chinês era impregnado da ideia de controle social fora do direito. Ou seja, as “leis” nada mais eram do que os costumes baseados nos princípios e na ética confucionista. Após a tomada do poder pelo partido comunista chinês, sua posterior “modernização”, só ocorreu com a promulgação da Constituição de 1982, e com a influência da globalização o direito começou a ser codificado para se adequar à sociedade e ao direito ocidental.

Conforme já dito, antes da promulgação do novo código civil, o direito das sucessões era tratado em legislações esparsas. Segundo Clóvis Beviláqua, no Direito Sucessório chinês, a ordem de sucessão era a seguinte: primeiro, os descendentes em linha reta; segundo o pai e a mãe; terceiro, os irmãos e as irmãs; quarto, os avós de ambos os sexos. Os mais próximos excluem os mais remotos, na primeira classe; salvo o direito de representação¹⁶⁰.

Caso o autor da herança possuísse cônjuge, bem como herdeiros da primeira classe, tinham parte igual à de um deles; já, quando o cônjuge concorria com

158 BIAZI, João Pedro de Oliveira de; (org.), Qian, Larissa Chen Yi (trad.). **Código Civil Chinês** – 1. Ed.- São Paulo: Edulex, 2021.p. 08.

159 GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995, p.109.

160 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 145

herdeiros da segunda e da terceira classe, sua parte era a metade da herança; por fim, se concorresse com herdeiros da quarta classe, recebia dois terços da herança. Em caso de inexistência de herdeiros de qualquer classe, teria a totalidade. Se em vida o falecido tivesse assegurado sustento ininterrupto a outrem, o Conselho de família assegurava certa porção de bens da herança, tendo em conta a extensão do sustento¹⁶¹.

Em relação à nova legislação civil, o Código 2020 expôs o direito das sucessões **entre os** art. 1119 até art. 1163. Segundo João Pedro Biazzi¹⁶², o Direito Sucessório chinês consagrou o princípio da *saisine* e estabeleceu dois grupos de ordem da sucessão legítima. Além disso, o art. 1130, estabeleceu a possibilidade de distribuição desigual do quinhão hereditário a depender da vontade e das circunstâncias socioeconômicas de cada herdeiro, *verbis*:

Article 1130 Successors same in order shall, in general, inherit share and share alike. When distributing an estate, due consideration shall be given to a successor who has special financial difficulties and is unable to work. When distributing an estate, a successor who has made predominant contributions in supporting the now decedent, or who has been living with the now decedent may be given a larger share. When distributing an estate, a successor who had the ability and was in a position to support the now decedent but failed to fulfill the duty of support shall be given no or a smaller share. Successors may take unequal shares upon agreement among them.¹⁶³

Dessa forma, ao menos em tese, a divisão do quinhão hereditário para os herdeiros da mesma classe geralmente será igual. Todavia, serão atendidos na partilha da herança os herdeiros que apresentem dificuldade econômica e incapacidade laboral. Além disso, os herdeiros que cumpriram o dever principal de sustentar o testador ou que com ele viviam, poderão receber mais na partilha da herança. Caso os herdeiros detentores da obrigação de sustentar o testador não o fizerem, e tiverem capacidade e condições de sustento próprio, não entrarão na

161 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000. p. 145

162 BIAZI, João Pedro de Oliveira de; (org.), Qian, Larissa Chen Yi (trad.). **Código Civil Chinês** – 1. Ed.- São Paulo: Edulex, 2021.p.11

163 “Artigo 1130: A parte da herança herdada por herdeiros na mesma classe geralmente será igual. Herdeiros que possuem dificuldades econômicas na vida e não possuem capacidade para trabalhar devem ser atendidos na partilha da herança. Herdeiros que cumpriram o dever principal de sustentar o testador ou viver com ele, podem receber mais na partilha da herança. Se os herdeiros que tem capacidade e condições de sustento não cumprem a obrigação de sustentar, a herança não será partilhada ou receberá menos. Os herdeiros também podem concordar em partilhar de forma desigual.”

partilha da herança ou receberão menos. Por fim, o art. 1130 ainda oferece a possibilidade de os herdeiros realizarem a partilha de forma desigual.

Diferente do Direito Sucessório brasileiro, o direito chinês não adota a reserva forçada de herança para os herdeiros necessários, salvo se existir algum parente que apresenta vulnerabilidade econômica. Com isso, aberta a sucessão, se houver testamento ou legado, seguirão as normas testamentárias, caso contrário, seguirá a ordem hereditária. A seguir, o art. 1123 dispõe que segue:

Article 1123. After succession opens, it shall be processed as an intestate succession, or where there is a will, as a testate succession by the successor(s) or donee(s)-by-will; or be processed in accordance with the agreement on testamentary gift for inter vivos support, where there is such an agreement.¹⁶⁴

A ordem de vocação hereditária do direito chinês guarda leve semelhança com a do art. 1829 do Código Civil Brasileiro. Os herdeiros da primeira classe são os cônjuges, filhos e pais, e os da segunda classe, os irmãos, avós paternos e maternos. Aberta a sucessão e existindo membros da primeira classe, apenas eles recebem a herança. Em caso de inexistência de membros da primeira classe, receberão os da segunda classe, *verbis*:

Article 1127 The estate of a decedent shall be succeeded in the following order: (1) first in order: spouse, children, and parents; (2) second in order: siblings, paternal grandparents, and maternal grandparents. When succession opens, the successor(s) first in order shall inherit to the exclusion of the successor(s) second in order. The successor(s) second in order shall inherit the estate in default of any successor first in order.¹⁶⁵

A sucessão testamentária chinesa poderá abrigar a totalidade da herança, salvo se o herdeiro testamentário ou legatário renunciar à herança ou legado ou perder o direito de herdar; se o herdeiro ou legatário morrer antes do testador; se os

164 Art. 1123. Após o início da herança, ela será tratada de acordo com a ordem hereditária; se houver testamento, será tratada de acordo com o testamento ou legado testamentário; se houver contrato de sustento, será tratada de acordo com o contrato. (Tradução livre) Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d69419d1efiles47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

165 Art. 1127. A herança será herdada na seguinte ordem: (1) Primeira ordem: cônjuge, filhos, pais; (2) Segunda ordem: irmãos, avós paternos, avós maternos. Após o início da sucessão, ela começará pelos herdeiros na primeira ordem, e os herdeiros na segunda ordem não herdarão; se não houver herdeiro na primeira ordem, herdeiros na segunda ordem herdarão. (Tradução livre) Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d69419d1efiles47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

bens estiverem na parte inválida do testamento; e se os bens não forem arrolados no testamento. Se alguma dessas hipóteses ocorrer, a sucessão será regida pela lei, de acordo com o art. 1154:

Article 1154 Under any of the following circumstances, the affected portion of an estate shall be disposed of as in an intestate succession: (1) where a successor designated in a will or a donee-by-will disclaims the inheritance or gift; (2) where a testamentary successor is disinherited or a donee-by-will is disqualified as such; (3) where a testamentary successor predeceases the testator, or a donee-by-will predeceases the testator or is terminated prior to the decedent's death; (4) where a part of a will affecting a portion of the estate is invalidated; or (5) where a portion of the estate is not disposed of by the will.¹⁶⁶

Não obstante, caso o autor da herança possua familiares que não tenham capacidade laboral ou de subsistência, o testamento deverá reservar parte necessária do patrimônio para eles, conforme o art. 1141 do Código Civil Chinês, *verbis*:

Article 1141 Reservation of a necessary portion of an estate shall be made in a will for a successor who has neither the ability to work nor the source of income.¹⁶⁷

O art. 1153 do Código Chinês traz instituto semelhante ao direito de meação brasileiro, pois metade dos bens de propriedade conjunta será dividida para o cônjuge, e o restante será a herança do falecido, salvo previsão em acordo sobre os bens de propriedade do casal:

Article 1153 When partitioning an estate, where community property of husband and wife is involved, unless otherwise agreed upon, half of the community property shall be allocated first to the surviving spouse as separate property, while the remaining property shall be part of the decedent's estate. When partitioning an estate, where the decedent's estate is a portion of common property of the family, the portion of the property belonging to the other family members shall first be separated from the decedent's estate.¹⁶⁸

166 Art. 1154. Parte da herança será tratada como herança legal em qualquer uma das seguintes circunstâncias: (1) o herdeiro testamentário renuncia à herança ou o legatário renuncia o legado; (2) O herdeiro testamentário perde o direito de herdar ou o legatário perde o direito de herdar; (3) O herdeiro ou legatário morre ou se extingue antes do testador; (4) Os bens estão na parte inválida do testamento; (5) bens não arrolados no testamento.

167 Art. 1141. O testamento deverá reservar a parte necessária do patrimônio para os herdeiros que não tem capacidade para trabalhar e não têm fonte de subsistência. (Tradução livre) Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d69419d1efiles47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

168 Art. 1153. Salvo previsão em acordo sobre os bens de propriedade conjuntado marido e da esposa, quando a herança for dividida, metade dos bens de propriedade conjunta será dividida para cônjuge, e o restante será a herança do falecido. Se a herança tiver bens comuns da família, na partilha da herança, os outros bens serão divididos primeiro. (Tradução livre) Disponível em:

O Código Civil chinês também previu instituto semelhante ao direito do nascituro brasileiro, pois garante a parte da herança do feto, quando da partilha. Em caso de natimorto, a parcela reservada a ele será tratada como herança legal, seguindo a ordem de vocação hereditária conforme o art. 1155:

Article 1155 When partitioning an estate, a share shall be reserved for a fetus. If the fetus is stillborn, the reserved share shall be disposed of as in an intestate succession.¹⁶⁹]

No que tange às hipóteses de exclusão da sucessão previstas no art. 1125 do Código Civil chinês, em que pese a norma abranger mais hipóteses do que as previstas no art. 1814 e 1961 do Código Brasileiro, ambas guardam leve semelhança entre si.

Nesses casos, o herdeiro perderá o direito de herança se matar intencionalmente o testador; matar outros herdeiros para ficar com a herança; abandonar o testador ou torturá-lo em circunstâncias graves; forjar, falsificar, ocultar ou destruir testamento, em circunstâncias graves; usar fraude ou coerção para forçar ou impedir o estabelecimento, alteração ou retirada da vontade pelo falecido. Além disso, existe a previsão de perdão do herdeiro em algumas hipóteses:

Article 1125 A successor is disinherited if he has committed any one of the following acts: (1) intentionally killing the now decedent; (2) killing any other successor in fighting over the estate; (3) abandoning the now decedent, or mistreating him and the circumstances are serious; (4) forging, tampering with, concealing, or destroying the will, and the circumstances are serious; or (5) through fraud or duress, compelling or interfering with the testator to write, alter, or revoke a will, and the circumstances are serious. A successor who had committed one of the acts listed in Subparagraphs (3) through (5) of the preceding paragraph shall not be disinherited if he truly repented and amended his ways, and was forgiven by the now decedent or was thereafter appointed as one of the successors in the decedent's will. A donee-by-will who has committed the act listed in the first paragraph of this Article loses his right to receive the testamentary gift.¹⁷⁰

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d69419d1efiles47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

169 Art. 1155. Quando a herança for partilhada, a parte de herança do feto será mantida. Se feto nascer morto no momento do parto, a parcela reservada da herança deve ser tratada conforme a herança legal.

(Tradução livre) Disponível em:

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d69419d1efiles47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

170 "Artigo 1125. O herdeiro perderá o direito de herança se cometer um dos seguintes atos: (1) matar intencionalmente o testador; (2) matar outros herdeiros para ficar com a herança; (3) abandonar o testador ou torturar ele em circunstâncias graves; (4) forjar, falsificar, ocultar ou destruir testamento, em circunstâncias

Antes da promulgação do novo código, de acordo com Foster¹⁷¹, o Direito Sucessório chinês, em relação às hipóteses de deserdação, dava aos tribunais remédios flexíveis para responder às formas menores e graves de má conduta em relação ao falecido. Por exemplo, em casos de negligência ou abuso que não atingiam o nível de "circunstâncias graves" exigidas para o confisco, os tribunais chineses podiam reduzir a parte intestada do malfeitor da propriedade, ao invés de excluí-lo. A seguir, exemplo trazido pelo referido autor:

For example, one court denied a woman's claim to inherit her sister's entire estate as sole intestate heir.⁶⁰ The court ultimately awarded her only miscellaneous household furnishings because "she did not visit her older sister for more than a decade when old lady Qi was elderly and ill many times."¹⁷²

Para Raphael Ribeiro¹⁷³, o modelo sucessório chinês é flexível, pois combina tanto a reserva da legítima quanto técnicas de redistribuição equitativa, o que assegura que os dependentes do morto, independentemente de pertencerem à sua família, sejam protegidos pelo Direito Sucessório. Aduz ainda que a legislação sucessória chinesa promove relações de amparo entre sucedido e sucessor pois a China ajusta a distribuição de herança de forma a recompensar aqueles que mais prestaram amparo ao *de cuius*, enquanto este ainda era vivo, conforme se pode observar nos artigos 1123 e 1130.

Pode-se inferir que o legislador do Código Civil chinês trouxe diversos elementos que visam a proteção da pessoa vulnerável, como a) reserva no testamento de patrimônio para herdeiros sem capacidade laboral ou de sustento; b) preferência a

graves; (5) usar fraude ou coerção para forçar ou impedir o estabelecimento, alteração ou retirada da vontade pelo falecido, são circunstâncias graves. Se o herdeiro tiver o terceiro ao quinto comportamento do parágrafo anterior e realmente se arrepender, e o testador expressar perdão ou mais tarde listá-lo como herdeiro da vontade, o herdeiro não perderá o direito de herança. O herdeiro perderá o direito de cometer os atos especificados no primeiro parágrafo deste artigo.

171 Frances H. Foster, **The Dark Side of Trusts: Challenges to Chinese Inheritance Law**, 2 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 151 (2003). p. 160. Disponível em:

https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol2/iss1/6/ Acesso em: 04 out.2021.

172 "Por exemplo, um tribunal negou a reivindicação de uma mulher de herdar todo o espólio de sua irmã como herdeira de intestino único. O tribunal acabou concedendo a ela apenas uma miscelânea de móveis domésticos porque "ela não visitou sua irmã mais velha por mais de uma década quando a senhora Qi era idosa e doente muitas vezes." (tradução livre).

173 RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil constitucional** / por Raphael Rego Borges Ribeiro. – 2019, p. 281/282

herdeiros com dificuldade econômica e incapacidade laboral; c) recebimento de quinhão maior por herdeiros que viviam ou sustentavam o falecido; d) diminuição ou exclusão da partilha dos herdeiros detentores da obrigação de sustento do testador que não o fizeram, caso tenham capacidade e condição de sustento próprio; e) possibilidade de realização da partilha de forma desigual.

Observa-se que a legislação chinesa, no que tange ao Direito Sucessório, busca assegurar a autonomia da vontade do autor da herança visto que não prevê a porção obrigatória da legítima; em contrapartida visa proteger os herdeiros que não possuem condições de se sustentar ou aqueles que melhor trataram *de cujus*, quando em vida.

5 A LEGÍTIMA E O DESCOMPASSO COM A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

5.1 – A legítima, a sociedade atual e o olhar constitucional

Como já retratado ao longo do trabalho, é cediço que a sucessão por morte está baseada no direito de propriedade e função social, já que o direito constitucional de herança é um desdobramento do direito de propriedade, inspirado nas liberdades negativas de primeira dimensão dos direitos fundamentais¹⁷⁴ do indivíduo, e possui o atendimento da função social como limitação, já que, nenhum dos direitos fundamentais esculpidos na Carta Política de 1988 é absoluto, mas relativizável, seja por conflito com a aplicação de outro direito fundamental, seja por ponderação realizável pelos tribunais judiciais do país; o direito de herança é uma das cláusulas pétreas consagradas pela Constituição Federal de 1988, o que significa que sequer uma emenda à constituição é capaz de aboli-la ou reduzir a sua aplicabilidade de modo que seja “uma letra morta” no texto constitucional.

A Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição Federal de 1988, optou por privilegiar as relações subjetivas existenciais em detrimento dos aspectos patrimoniais e, por isso, pode-se dizer que a Carta Política estabeleceu uma quebra de paradigma no direito pátrio, trazendo os valores de igualdade material, afetividade, solidariedade e liberdade, os quais formam alguns dos vetores do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual integra o centro do ordenamento jurídico.

Não obstante o Código Civil de 1916 tenha sido recepcionado materialmente pela Constituição de 1988 e, posteriormente, revogado pelo Código Civil de 2002, os dispositivos legais em relação ao Direito Sucessório pouco sofreram modificações formais. A partir dos valores já mencionados, concebidos pela Carta Magna, a doutrina convencionou a chamada “metodologia do direito civil constitucional”, que consiste na interpretação e aplicação dos dispositivos infraconstitucionais sob o prisma da

174 Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações ou dimensões. A doutrina majoritária brasileira reconhece a existência da Primeira Geração; que são os direitos que buscam restringir a ação do estado sobre o indivíduo, impedindo que se intrometa de forma abusiva na vida privada das pessoas, chamados, também, de liberdades negativas, que traduzem a liberdade de não sofrer ingerência abusiva por parte do Estado. A Segunda Geração; consiste nos direitos que envolvem prestações positivas do Estado aos indivíduos. São chamadas, também, de liberdades positivas. Já a Terceira Geração; são os direitos que não protegem interesses individuais, mas que transcendem a órbita dos indivíduos para alcançar a coletividade.

Constituição então vigente, retirando, assim, o direito civil do epicentro do direito privado.

É importante indagar se o ordenamento jurídico brasileiro, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, tem acompanhado a evolução da sociedade. O Código Civil de 2002 – principal legislação sobre o Direito Sucessório no Brasil – foi, em grande parte, cópia do Código Civil de 1916, o qual foi elaborado e promulgado antes da Constituição Federal de 1988; por isso, sua estrutura se mantém patrimonialista, individualista, conservadora em matéria familiar e focada mais no patrimônio do que no indivíduo em si mesmo.

Conforme se pode concluir, a sociedade do século XXI se encontra diferente da que serviu como modelo para o Código Civil de 2002. Atualmente, sociedade contemporânea é globalizada, tecnológica, imediatista e fluida. Tal modificação interferiu fortemente no modo das pessoas se relacionarem, e como consequência, nas relações jurídicas.

Com efeito, vale dizer, que o Direito Sucessório brasileiro se encontra em manifesto descompasso com a sociedade contemporânea, pois, é ancorado em normas obsoletas e desatualizadas, criadas para atender às necessidades da família do século XX. Diante da ausência de reforma legislativa, a aplicabilidade e interpretação da norma sucessória deverá se valer dos mandamentos constitucionais; privilegiar o caráter existencial das pessoas, compreender os interesses sociais, econômicos, culturais e religiosos, para se adequar as necessidades da sociedade contemporânea¹⁷⁵.

Vale lembrar que o fundamento do direito das sucessões no Brasil é a permanência do patrimônio do autor da herança no seio de sua família, como meio de protegê-la, através da reserva legítima. Por essa razão, o Direito Sucessório está intrinsecamente ligado ao direito de propriedade (art. 5º, caput e inc. XXII, da CF) e a proteção à família (art. 226, da CF), de modo que suas normas foram criadas visando sua efetivação. No entanto, com a evolução da sociedade, mudanças significativas ocorreram nas entidades familiares e no exercício do direito e da função de propriedade.

175 TEIXEIRA, Daniele Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos princípios constitucionais na interpretação do direito sucessório contemporâneo. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III, p. 53.

A evolução da tecnologia e da ciência, proporcionou a modificação da forma de adquirir riqueza, na medida em que novos bens foram surgindo. Atualmente, o patrimônio não se restringe apenas a bens imóveis. Outros tipos começaram a ter valor na sociedade contemporânea como os bens digitais, contas em redes sociais, criptomoedas, direitos autorais, atividades artísticas, intelectuais e industriais, o que atribuiu ao bem imaterial valor de importância igual ou superior ao que tinham os bens materiais.

Além disso, o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da obrigatoriedade do cumprimento de sua função social, sendo assim, a proteção do patrimônio deixou de ser um fim em si mesmo, passando a ser condicionada pela realização concreta da dignidade da pessoa humana. Tal fato modificou o conteúdo da herança e patrimônio¹⁷⁶.

Como as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver que são próprias do direito de propriedade, conforme artigo 1228¹⁷⁷ do Código Civil, foram relativizadas pela necessidade de se atribuir uma função social, pode-se inferir que a herança forçada não mais se amolda à nova concepção funcionalizada do Direito Civil.

Tal fato se justifica, pois a limitação do direito de propriedade com a imposição do repasse de metade da herança a ascendente, descendente e cônjuge, sem verificar suas necessidades individuais e se outras pessoas que dependiam do autor da herança seriam melhores contempladas com patrimônio, não revela nenhuma função social; ao contrário, invade, em excesso, o núcleo do direito de propriedade¹⁷⁸.

Quanto à proteção à família, não custa repetir que a norma sucessória infraconstitucional em vigor atualmente, foi criada para proteger aquela retratada pelo Código Civil de 1916. Para Gustavo Andrade, a família era da seguinte forma:

A sociedade colonial era predominante rural, assim se mantendo até as primeiras décadas do século XX, quando se consolidou o processo de urbanização das cidades. A classe política, por sua vez, era formada pelos grupos familiares que concentravam a riqueza e se caracterizavam pelo

176 TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.).

Arquitetura do Planejamento sucessório. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 158.

177 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

178 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. p. 87.

patriarcalismo. A grande preocupação era a estabilidade da família sob o comando do pai provedor. Dita estabilidade se construiu com a conservação do patrimônio sob o poder das famílias, justificada pela quase obsessão em garantir o futuro dos filhos, o que veio a repercutir forçosamente no direito das sucessões¹⁷⁹.

A única modalidade de família reconhecida era a constituída através do casamento. Ela era considerada como um ente autônomo, pois, os membros deveriam servir à família, e não ao contrário. Nela, o casamento era indissolúvel e ao homem era atribuído o poder marital e pátrio. A mulher, após o casamento, perdia sua plena capacidade jurídica, tornando-se relativamente capaz. Os filhos havidos fora do casamento não detinham todos os direitos de um filho legítimo. À época, a expectativa de vida era baixa, e quando o autor da herança falecia, deixava desamparados os filhos menores de idade e cônjuge sem capacidade de autossustento. A partir desse panorama, realmente era justificável a imposição forçada de metade do patrimônio do autor da herança para proteger os membros de sua família.

Já a família contemporânea do século XXI, é pautada pela pluralidade de entidades familiares, liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade, almejando sempre o desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus membros, e não o seu núcleo como um fim a ser protegido.

Como o fundamento da intangibilidade da legítima é o de proteção à família, o legislador escolheu os herdeiros necessários com base em uma presunção absoluta de afeto, de acordo com o vínculo de parentesco. Por isso, deve-se levantar o questionamento se a destinação obrigatória de metade do patrimônio do autor da herança está cumprindo com sua função social primária, e se atende aos princípios da solidariedade, dignidade da pessoa humana, pluralidade de modelos de família, proteção a criança, adolescente e idoso.

Deve se indagar, ainda, se a herança de fato seria um mecanismo indispensável para proteger a família, na medida em que o panorama da família atual foi modificado também pelo aumento das entidades familiares, da expectativa de vida das pessoas e inserção da mulher no mercado de trabalho.

A partir da análise dos fatos elencados, observa-se que a aplicabilidade da função social da legítima está prejudicada, pois, a proteção direcionada à pessoa de

179 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43

cada membro da entidade familiar não permite qualquer diferenciação com base nas características e especificidades dos herdeiros, bastando que integrem a categoria de herdeiros necessários. Além disso, resta prejudicada, também, com o impedimento de o autor da herança contemplar pessoas em que nutriu mais afeto ao longo de sua vida; e de proteger pessoas vulneráveis e que dele dependiam em vida.

Como consequência disso, muitas vezes, o patrimônio é destinado para herdeiros que não necessitam, pois, já possuem certa independência financeira. A seguir, serão analisadas as implicações da legítima com o surgimento das novas entidades familiares.

5.2 – Novas entidades familiares e as implicações com a porção legítima

Como já dito anteriormente, junto com a evolução da sociedade e a promulgação da Constituição de 1988, foram trazidas à luz da legalidade, diversas entidades familiares. A norma infraconstitucional referente ao direito de família tem conseguido se adaptar aos anseios e necessidades da sociedade contemporânea, diferente do direito das sucessões, que permaneceu com sua legislação engessada e retrógrada.

O art. 226¹⁸⁰ da Carta Magna ofereceu especial proteção do Estado à família matrimonial – formada pelo casamento, à união estável entre homem e mulher, à entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), todavia, já foi consolidado pela doutrina e jurisprudência se tratar de um rol exemplificativo, dando reconhecimento e proteção legal a quase todas as modalidades familiares.

180 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Com isso, além das entidades familiares descritas no corpo do art. 226 da Constituição de 1988, consideram-se, também, família: a união estável homoafetiva – formada por pessoas do mesmo sexo; família pluriparental- convivência familiar dos parentes colaterais; família anaparental- caracterizada pela inexistência de vínculo parental em dois planos; família coparental – vínculo familiar que se estabelece com mais de duas pessoas para desempenhar função parental; filiação socioafetiva – vínculo familiar formado pela afetividade; multiparentalidade – caracterizada por mais de dois vínculos ascendentes em concomitância; família mosaico – que é o casamento ou união estável de um par afetivo, em que um deles ou ambos possuem filhos de relações pretéritas, dentre outras.

Com efeito, uma parte da doutrina, como Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, reconhece legitimidade às famílias simultâneas ou paralelas – matrimonial em concomitância com a extramatrimonial e as famílias poliafetivas- constituída pela união de mais de duas pessoas com intuito conjugal, todavia, ainda não são detentoras de proteção legal, certamente em atenção ao princípio da monogamia.

Vale lembrar que a família contemporânea é lastreada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e afins, e tem o condão de valorizar seus membros (e não a instituição familiar em si mesma) e proporcionar o desenvolvimento deles, advindo daí, a chamada família democrática - expressão criada por Antony Giddens, que tem seu fundamento na proibição de qualquer discriminação e preconceito e na liberdade de cada membro em decidir o curso da própria vida¹⁸¹.

A modificação nas relações familiares, o reconhecimento de plúrimas entidades, a liberdade e a realização da comunhão plena de vida de cada membro, tornou as famílias mais maleáveis e fluidas. Atualmente, os relacionamentos são menos duradouros que os de antigamente.

Além disso, o afeto tornou-se elemento definidor de situações jurídicas, e o direito de família passou a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados,

181 JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. A vulnerabilidade, a solidariedade familiar e a afetividade como critérios para o reconhecimento do herdeiro necessário na sucessão legítima. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. 2. Ed. Belo Horizonte. Fórum. 2019. p. 255.

mas) à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária¹⁸².

A partir deste panorama, observa-se que o valor moral da afetividade é condição indispensável para as relações familiares. Pode-se citar o caso da filiação socioafetiva e a multiparentalidade. Quanto à socioafetividade, em que pese o parentesco socioafetivo não ser trazido expressamente em lei, já foi amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência em virtude de previsão implícita no art. 1593 do Código Civil de 2002 e foi consagrado como espécie de filiação pela repercussão geral 622 do STF. Para Christiano Cassetari, a filiação socioafetiva é definida da seguinte forma:

parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas, que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas. Uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação diante de terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai¹⁸³

Seguindo o preceito do art. 226, parágrafo sexto da Constituição Federal, reconhecida a filiação socioafetiva, não há que se falar em diferenciação com os outros critérios de parentesco. Desse modo, o reconhecimento da filiação socioafetiva acarretará os mesmos efeitos jurídicos dos outros tipos de filiação, quais sejam sucessórios, previdenciários, civis, entre outros. Além disso, é mister ressaltar que é indissolúvel o vínculo da filiação socioafetiva depois de seu reconhecimento.

A parentalidade socioafetiva *post mortem* também é reconhecida pela jurisprudência superior, e considerou que a socioafetividade é contemplada pelo Art. 1.593 do Código Civil, e que, restaram comprovadas a posse do estado de filho, e a inequívoca vontade do *de cuius* em adotar. Considerou-se, igualmente, que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, onde se permite o reconhecimento do histórico de vida e a condição social ostentada pelo indivíduo, com a valorização não só dos aspectos formais, mas também a verdade real dos fatos.

182 TEPEDINO, Gustavo. Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 6, out./dez. 2015. Disponível em: . Acesso em: 03 mar.2022.

183 CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50.

Noutro giro, com o surgimento de conflitos acerca da discussão a respeito da prevalência de uma ou outra ligação parental, em setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Repercussão Geral 622, reconheceu a possibilidade da multiparentalidade, ao acolher a viabilidade da existência de vínculos concomitantes de paternidade socioafetiva e biológica.

É importante lembrar que o Projeto de Lei nº 3799 de 2019, no intuito de abarcar o novo instituto da multiparentalidade, sugeriu a modificação do parágrafo segundo do art. 1936¹⁸⁴, ao permitir a divisão da herança em tantas linhas quantos sejam os pais, caso o autor da herança tenha a multifiliação. Tal fato também gerou implicação sucessória, na medida em que possibilitou ao herdeiro receber a legítima tanto do ascendente socioafetivo, quanto do ascendente biológico.

Além disso, observa-se na sociedade contemporânea o aumento de famílias recompostas ou mosaico: compostas por pessoas que já tiveram outras entidades familiares no passado, possuíam filhos de outros relacionamentos, ou às vezes sequer regularizaram suas relações passadas, reunindo, então, o casal com filhos de outros relacionamentos, podendo ou não somar vínculos afetivos. Esse é o ambiente familiar no qual se dará a transmissão hereditária.

O avanço da biotecnologia também contribuiu para a diversidade de entidades familiares, ao possibilitar a realização do planejamento familiar através de técnicas de reprodução humana assistida como inseminação artificial homóloga ou heteróloga¹⁸⁵. Tal fato possibilitou a chamada concepção *post mortem*, que consiste na utilização do material genético do *de cujus* em sua esposa, ou de um doador, desde que expressamente autorizado pelo mesmo, após a sua morte.

Pode-se inferir que o fruto da concepção *post mortem* ficará sem proteção legal no âmbito do direito sucessório em virtude de ausência legislativa, na medida em que o Código Civil prevê em seu artigo. 1798, que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão. Com isso, os embriões ficariam fora da sucessão legítima e testamentária. Vale lembrar que a sucessão testamentária prevê a contemplação da prole eventual, ou seja, filho de pessoa indicada pelo

184 Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente. § 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os pais.” (NR)

185 Inseminação artificial homóloga consiste na introdução do sêmen do marido/companheiro da paciente em seu útero. A Inseminação heteróloga é realizada com a introdução de sêmen de um doador no útero da paciente.

testador, porém, não possui a mesma previsão para o filho do testador que será concebido apenas após sua morte.

Com isso, pode-se inferir que o reconhecimento de novas entidades familiares impactou largamente o Direito Sucessório, na medida em que a norma infraconstitucional vigente impõe a reserva de metade do patrimônio para descendente, ascendente e cônjuge, pautando-se apenas no vínculo familiar, independente da existência de afetividade entre o autor da herança e seus sucessores, “pois herda quem aquele odiava, ou quem odiava o falecido, salvo se contra este ou seus familiares o herdeiro tiver praticado ofensa especificada como hipótese legal de exclusão ou de deserdação”.¹⁸⁶

É nítido que a herança forçada é uma via de mão dupla, pois, é pautada na presunção de afeto e na solidariedade. O legislador presumiu que o autor da herança nutria mais afeto com o ascendente, descendente, cônjuge, e a eles é devido o dever de solidariedade, independentemente de suas necessidades individuais. Todavia, como o afeto é sentimento subjetivo, presumi-lo seria no mínimo perigoso.

Em tempos em que a socioafetividade se coloca como princípio que vincula as relações familiares¹⁸⁷, não seria justo impedir o autor da herança de beneficiar com seu patrimônio àqueles com quem mantinha relacionamento afetivo – ainda que sem vínculo familiar – para além da reserva da legítima, retratando, em muitos casos, meros interesses econômicos e financeiros; ou obrigá-lo, em virtude da legítima, a beneficiar pessoas com quem nunca tiveram laços de solidariedade familiar, tornando-as credoras, pelo simples fato de serem herdeiras necessárias.

Observa-se que a família contemporânea ficou impossibilitada de receber proteção na pessoa de cada um de seus membros, como determina o princípio da dignidade da pessoa, haja vista que, a norma sucessória brasileira não garante a isonomia aos integrantes da família, pois é impossibilitada, através da reserva legítima aos herdeiros necessários, de ser feita qualquer análise acerca das qualidades específicas do herdeiro, como o nível de seu relacionamento com o *de cujus* e existência de vulnerabilidade econômica.

186 LAFFITTE, Amanda de Oliveira. **A concepção de família na sucessão por morte, leading cases do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de releitura do direito das sucessões** / Amanda de Oliveira Laffitte; orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2018. p. 91.

187 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês** – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 54.

Por essa razão, conclui-se que as configurações familiares contempladas na contemporaneidade foram prejudicadas pela reserva da legítima, de modo que, sua razão de existir não mais atende as necessidades das novas famílias, deixando-as, por vezes, descobertas.

5.3 – A vulnerabilidade como questão constitucional

Gustavo Andrade conceitua a vulnerabilidade como a qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável, vocábulo que, por sua vez, em sua acepção original, traduz a ideia de lesão, indicando também o que é frágil, prejudicado ou ofendido. Com o tempo, vulnerabilidade passou a representar a ideia de desequilíbrio nas relações jurídicas¹⁸⁸.

Em que pese o Código Civil de 2002 e a Constituição de 1988 não trazerem expressamente seu conceito, o art. 1846, parágrafo 2º, do Projeto de Lei nº 3799 de 2019, no intuito de suprir a lacuna legislativa, o fez, e considera pessoa com vulnerabilidade: toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A tutela dos vulneráveis possui previsão constitucional, conforme art. 229 da Constituição Federal, na medida em que atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Além disso, no art. 230 do mesmo diploma, é atribuída à família, a sociedade e ao Estado, o ônus de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida.

Para fins sucessórios, adota-se como critério identificador a vulnerabilidade econômica, pautada quando a pessoa não possui condições de, por si só, promover minimamente sua vida digna, sendo esta compreendida como a manutenção do padrão de vida existente ao tempo da abertura da sucessão, referente aos grupos

188 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.70.

presumidamente frágeis pela Constituição, que são as crianças e os adolescentes, os idosos, e as pessoas com deficiência.¹⁸⁹

Em virtude de a tutela das vulnerabilidades possuir previsão constitucional, resta saber se o Direito Sucessório, com suas regras rígidas e defasadas, oferece proteção e atende as necessidades das pessoas tidas como vulneráveis, ao limitar a autonomia da vontade do autor da herança com a porção forçada da legítima.

Uma pessoa vulnerável que não possui, por si só, condição de promover sua vida dignamente, merece cuidados para além morte de seu responsável. Todavia, a reserva forçada da herança acaba por limitar as possibilidades de auxílio à pessoa vulnerável. Tal fato é verificado, pois a legítima, com seu critério neutro de isonomia, acaba ofertando a mesma porcentagem patrimonial, independentemente, das necessidades de cada herdeiro, equiparando, então, um descendente maior de idade e que reúne condições para seu sustento, com seu irmão menor de idade ou relativamente incapaz, apesar de já ter alcançado a idade adulta, equiparando formalmente aqueles materialmente desiguais e por vezes vulneráveis¹⁹⁰.

Com isso, no intuito de aplicar os princípios constitucionais da isonomia e da solidariedade, se faz necessária a flexibilização da legítima para proteger possíveis membros da família do autor da herança, ou pessoas queridas, que se encontrem em situação de vulnerabilidade. Não é crível que um herdeiro plenamente capaz, com independência financeira, seja contemplado com a mesma parcela de outro herdeiro que não tem capacidade de autossustento.

Ora, pode-se fazer uma breve comparação com o direito de alimentos. A doutrina e jurisprudência entendem que a obrigatoriedade de ofertar pensão alimentícia para os descendentes, deste que cumpridos os pressupostos de necessidade e possibilidade, se dá até os 24 anos de idade do descendente. Ou seja, após tal idade, supostamente não necessitam mais de alimentos, e podem se autossustentar sem auxílio de ninguém. Por outro lado, em relação à sucessão, como atualmente o herdeiro necessário falece, de maneira geral, idoso, deixando herdeiros

189 JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral. A vulnerabilidade, a solidariedade familiar e a afetividade como critérios para o reconhecimento do herdeiro necessário na sucessão legítima. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

190 ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.119.

necessários adultos e aptos para o trabalho, ainda assim é obrigado a destinar patrimônio para pessoa que não necessita.

Ora, no Brasil é lícito que uma pessoa disponha de todo o seu patrimônio futilmente, sem nenhum caráter altruísta. Todavia, é-lhe vedado, se quiser, doar ou dispor por testamento de todo o seu patrimônio para pessoas necessitadas, em negócio imbuído de cunho solidário, gratuito, se tiver herdeiros necessários, independentemente, da situação econômica deles, que pode ser muito confortável e, até mesmo, melhor do que a do próprio *de cuius*. A transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade.¹⁹¹.

Na família de hoje predomina o distanciamento, e que os filhos não assumem seus encargos com pais vulneráveis, os quais com frequência os abandonam, sendo inquestionável que a legítima não pode encontrar sua base apenas nos vínculos de parentesco e de casamento, como mera garantia de sustento, mas deve ter seus albores reconhecidos no princípio da solidariedade familiar, e este princípio não é sinônimo de um direito de alimentos ou de subsistência, até porque nem sempre a dependência está presente na herança necessária, pois, filhos normalmente já são financeiramente independentes e cônjuges viúvos são usualmente destinatários da meação, sem descurar do fato de que alimentos têm um caráter eventual e temporal, e a legítima tem o caráter de permanência¹⁹².

É lamentável que a legislação brasileira, até o presente momento, não tenha se atualizado, tomando como base as legislações alienígenas, como a da Argentina, que mesmo existindo a obrigatoriedade da porção legítima, destina porção maior aos tidos como vulneráveis; ou até mesmo na Inglaterra, em que inexistente a legítima, porém, protege os vulneráveis com uma provisão financeira, conforme dito anteriormente.

No intuito de seguir a tendência da legislação estrangeira de proteger o herdeiro vulnerável, o Projeto de Lei nº 3799 de 2019, sugere a modificação do art. 1831¹⁹³ para destinar o direito real de habitação para o cônjuge, companheiro e

191 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. p. 88.

192 MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** / Rolf Madaleno. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 357.

193 Art. 1.831. Ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis (art.1.846) que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, será

descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis, que residiam com o autor da herança no tempo de sua morte. Não obstante, o direito real de habitação cessaria quando o titular do direito tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.

Além disso, o referido projeto prevê a modificação do art. 1846¹⁹⁴ ao incluir o parágrafo único para ofertar ao testador a possibilidade de destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com deficiência. Inspiração no direito argentino, e a modificação do art. 1850, em que o cônjuge e companheiro tornar-se-iam herdeiros facultativos, todavia, caso fosse comprovada insuficiência de recursos, poderia ser atribuída cota ao cônjuge que assim reivindicasse.

Com isso, devem-se ponderar autonomia e solidariedade, para que a família e seus componentes singularmente considerados não sejam deixados à margem de uma consideração atenta aos perfis econômicos, devendo ser valorizada a autonomia negocial, devidamente equilibrada com o dever de solidariedade; e prestada maior atenção às necessidades e possíveis vulnerabilidades da pessoa no interior da família; e elaborar critérios para a detecção dos legitimados mais flexíveis que a mera proximidade do grau de parentesco¹⁹⁵.

Não obstante, no intuito de oferecer maior proteção aos vulneráveis, e em virtude da limitação da autonomia da vontade do autor da herança, muitas vezes as pessoas precisam se valer das estratégias do planejamento sucessório, como realização de doações em vida, testamento com cláusulas protetivas, previdência privada e seguro de vida.

assegurado, sem prejuízo da participação que lhes caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja bem a inventariar. § 1º O direito real de habitação poderá ser exercido em conjunto pelos respectivos titulares, conforme a situação verificada na data do óbito. § 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.” (NR)

194 Art. 1.846. § 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade. § 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (NR)

195 TEIXEIRA, Daniele Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos princípios constitucionais na interpretação do direito sucessório contemporâneo. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III, p. 61.

Com isso, se faz necessária a flexibilização da legítima, assegurando ao autor da herança maior liberdade de testar, para conferir maior eficácia aos princípios da isonomia, solidariedade e proteção familiar, aos vulneráveis, como por exemplo, possibilitando a disposição de mais da metade ou a totalidade da herança, caso, entre os herdeiros necessários, não se encontrem pessoas em situação de dependência econômica para com o *de cuius*. Assim, deve se preferir a autonomia privada exercida solidariamente, afastando-se a transmissão obrigatória de metade da herança apenas por motivo de relações familiares¹⁹⁶.

5.4 – Burla à legítima

Como já explanado anteriormente, a reserva legítima foi criada no intuito de proteger a família. É sabido e consabido que existem diversos mecanismos ilícitos cuja finalidade precípua é a fraude à porção legítima, seja para tentar beneficiar algum parente mais querido, ou por qualquer outro motivo. A infinita capacidade criativa do ser humano, a existência de normas mandamentais no bojo do instituto da legítima, especialmente, a limitação à autonomia da vontade do *de cuius* através da reserva legítima da herança, acarretaram um ambiente estimulatório de fraude à lei.

Não são incomuns, notadamente, no âmbito do planejamento sucessório, os casos em que o futuro autor da herança sugere a realização de negócios simulados para atender fins diversos à lei. Não se pode, porém, chegar à absurda conclusão que o planejamento sucessório possui a finalidade de burlar a legítima. Longe disso, são situações que não se confundem; cada um com a sua respectiva natureza jurídica. Para tanto, se faz necessário trazer os respectivos conceitos para fins elucidativos.

Para Viviane Girardi, o planejamento sucessório é o complexo de atos estrategicamente praticados pelo autor da herança para que, após sua morte, o seu patrimônio seja dividido entre os herdeiros da forma que julgar mais conveniente e atendendo às especificidades do caso concreto. Além disso, ele advém da necessidade premente de prevenir litígios futuros e praticamente certos¹⁹⁷.

196 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. p. 91.

197 GIRARDI, Viviane, COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Fraude na partilha de bens. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III, p. 303.

Para Antônio dos Reis Júnior¹⁹⁸ a função do planejamento sucessório é de antecipar-se ao inevitável evento morte e, desde logo, reduzir ao máximo o “custo sucessório”, de acordo com os interesses patrimoniais e existenciais do titular do patrimônio, utilizando-se dos instrumentos jurídicos válidos postos à disposição dos interessados, conferindo a maior segurança jurídica possível na transição patrimonial.

Planejamento sucessório é, portanto, um mecanismo lícito cujo intuito é oferecer ao autor da herança a possibilidade de melhor destinar a parcela disponível de seus bens. Para tanto, pode utilizar-se de diversos meios, a exemplo do testamento, da doação, da partilha em vida, do usufruto, da realização de instrumentos financeiros como *trusts*, planos de previdência complementar, seguros de vida, e, também, mecanismos do direito empresarial, como *holdings* e alterações nos estatutos sociais de empresas.

Já a fraude à porção legítima, consiste na utilização de estruturas *a priori* lícitas, mas, que se tornam *a posteriori* ilícitas, porque foram usadas para prejudicar a implementação de direitos sucessórios dos herdeiros necessários.

São comuns, por exemplo, os casos de integralização de capital social com bens imóveis por valor inferior ao valor venal em sociedades com vistas a burlar a legítima e principalmente oferecer menos bens à tributação do Imposto Causa Mortis e Doação (ITCMD). Não obstante algumas legislações tributárias estaduais possuam dispositivos anti elisivos (anti elusivos pela melhor doutrina) para combater essa forma de evasão fiscal - ao prever, por exemplo, valor mínimo equivalente ao utilizado para fins de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) , a ocultação patrimonial dentro de pessoas jurídicas consiste em prática reiterada.

Além disso, há os que celebram contratos de seguro de vida em favor de pessoas de seu afeto, mas que são alheios aos herdeiros necessários com o fim imediato de burlar a legítima por saberem que o montante estipulado não é considerado herança. Em suma, a característica marcante da burla à legítima é a desfuncionalização de institutos jurídicos, a fim de se conferir aparência de legalidade a atos e negócios jurídicos que violam os direitos dos herdeiros¹⁹⁹.

198 REIS JÚNIOR, Antônio dos. A simulação no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo II, p. 330.

199 GIRARDI, Viviane, COLOMBO, Maíci Barboza dos Santos. Fraude na partilha de bens. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III, p. 303

Além do fato do próprio autor da herança poder se utilizar de meios para burlar à legítima, os próprios herdeiros necessários, no intuito de resguardarem seu crédito sucessório, muitas vezes se valem dos meios fraudulentos para impedir que o autor da herança disponha de seus bens em vida. Pode-se citar como exemplo, o caso de um idoso que acumulou um pequeno patrimônio ao longo de sua vida, e, como morava com sua filha, deixou que ela assumisse a administração de seus bens. Com isso, ao invés de permitir que o pai dispusesse de seu patrimônio para cuidar de sua saúde, a filha imobilizou o patrimônio do pai com um VGBL, e, quando ele precisou utilizar seu dinheiro para tratamento de saúde, ficou impossibilitado.

É cediço que a norma sucessória oferece meios legais de proteção ao princípio da intangibilidade da legítima, como o dever de colação, a redução das disposições testamentárias e as doações inoficiosas. Ainda assim, mecanismos como a simulação de venda com contornos de legalidade para esconder uma doação que privilegia apenas um herdeiro; criação de pessoa jurídica pelo autor da herança ofertando grande parte de seus ativos para terceiros; realização de pactos antenupciais prevendo cláusulas sucessórias; e realização de contratos de previdência privada e realização de seguros de vida em benefício a terceiros ou privilegiando um herdeiro, são bastante comuns.

Além da do cometimento de atos fraudulentos com o escopo de burlar a porção legítima, como será visto a seguir, não era da cultura do brasileiro utilizar a sucessão testamentária, seja pela sua excessiva formalidade, ou pelo fato de não ser confortável falar sobre a morte.

Em que pese, segundo Giselda Hironaka²⁰⁰, existir um tabu em torno do ato de testar, da mesma maneira que há um tabu em torno da própria morte, além do fato de no Brasil o testamento ser envolto de obscuridade, distanciamento ou simplesmente intocabilidade, no entanto, a sociedade começou lentamente a demonstrar certa preocupação em organizar seu patrimônio após sua morte.

Tal fato foi observado com o aumento do número de testamentos em cartório de notas que, de acordo com o Colégio Notarial do Brasil²⁰¹, aumentou 41,7% no país no primeiro semestre de 2021, comparado com igual período do ano passado. Foram

200 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11

201 Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/noticias/21324/g1-por-cao-da-pandemia-procura-por-testamentos-aumenta-417-em-um-ano-no-pais-sp-lidera-ranking-nacional?filtro=1> Acesso em: 20 set. 2021.

17.538 documentos lavrados de janeiro a junho deste ano, contra 12.374 no mesmo período de 2020.

Os estados em que a procura mais cresceu foram Amazonas, com 107%; Mato Grosso, com 75%; e Goiás, com 72%. Em números absolutos, o primeiro lugar ficou com São Paulo, que passou de 3.933 testamentos no primeiro semestre de 2020 para 5.335 em igual período de 2021. O Estado da Bahia teve uma variação de 16%, no primeiro semestre de 2020, foram lavrados 317 testamentos e no primeiro semestre de 2021, 367 escrituras de testamento.

Através de uma consulta realizada por *e-mail* em 10/09/2021 ao Tabelião Substituto do 12º Ofício de Notas de Salvador – Bahia, no ano de 2019, foram lavrados 135 (cento e trinta e cinco) testamentos, e 12 (doze) revogações de testamento. No ano de 2020, foram lavrados 103 (cento e três) testamentos e 05 (cinco) revogações de testamento. E, no ano de 2021, até o mês de agosto, foram lavrados 82 (oitenta e dois) testamentos e 05 (cinco) revogações de testamento.

Nessa senda, pode-se inferir que o brasileiro progressivamente tem se atentado para utilização da sucessão testamentária, e, também, as restrições a liberdade de testar por vezes acaba estimulando a realização de atos fraudulentos para burlar a legítima.

Vale ressaltar, que o princípio da intangibilidade da legítima representa maior entrave ao exercício da autonomia patrimonial plena àqueles que possuam herdeiros necessários. Engana-se quem acredita se tratar de um preceito limitado ao Direito Sucessório, uma vez que há restrições em favor da proteção ao herdeiro necessário mesmo em atos praticados em vida pelo autor. A título de exemplo, as limitações à celebração de contratos de doação (art. 544 e 549 do CC) e a anulabilidade da compra e venda de ascendentes a descendentes sem o consentimento do cônjuge e dos demais descendentes (art. 496, CC)²⁰².

Com isso, repita-se, observa-se que a herança forçada, muitas vezes, gera uma patrimonialização nas relações familiares, que, ao invés de cultuar os princípios de solidariedade e dignidade da pessoa humana, ficam aguardando a hora da morte do autor da herança para lançar mão de seu crédito certo. Para evitar a prática de atos fraudulentos à legítima, que inclusive estimulam os conflitos familiares, é mister

202 GIRARDI, Viviane, COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Fraude na partilha de bens. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III, p. 303

a flexibilização do instituto da legítima e o conseqüente aumento da liberdade de testar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi iniciado com intuito de analisar o instituto da reserva forçada da herança e sua aplicabilidade na sociedade contemporânea do século XXI. Para tanto, conclui-se que a origem histórica da legítima só foi consolidada e aceita pela doutrina por meio do Direito Romano, e tinha como objetivo o ofício de piedade. No âmbito da legislação pátria, a reserva legítima é retratada desde as Ordenações Reais, preservando-se até a norma sucessória atual.

Conceitualmente, a legítima nada mais é do que a reserva obrigatória de metade do patrimônio do autor da herança para os herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge. Ao longo do tempo, tal instituto sofreu pequenas mudanças reduzindo, por exemplo, o alcance do grau em relação aos parentes colaterais e incluindo o cônjuge na ordem de vocação hereditária.

Os herdeiros necessários foram escolhidos pelo legislador sob o pretexto de presunção afetiva que o autor da herança teria para com eles. Eles sequer podem ser excluídos da sucessão, salvo no cometimento de atos indignos e deserdatórios, que, como já demonstrado ao longo do trabalho, é um rol taxativo anacrônico.

Como já dito, a imposição da reserva legítima é fundada na proteção à família. Porém, as normas sucessórias foram criadas para proteger a família século XX, que se encontra bastante diferente da contemporânea.

A partir disso, observou-se que o instituto da sucessão legítima não é adequado para a sociedade do século XXI, pois, seu aspecto pessoal de hipótese de incidência legalmente expresso - descendentes, ascendentes e cônjuge - não é suficiente para englobar os novos panoramas e modalidades de família e não atende de forma efetiva o preceito básico de função social esculpido na Carta Magna ao não proteger os vulneráveis e restringir sobremaneira a autonomia da vontade ao engessar o autor da herança em destinar seu patrimônio.

No intuito de verificar possíveis normas que se adequassem a sociedade brasileira contemporânea, fez-se a comparação do Direito Sucessório brasileiro (que adota a porção legítima) com o Direito Sucessório de países com normas diferentes. Com isso, verificou-se que, na Argentina, em que pese também adotar a herança forçada, é previsto um rol de excluídos por indignidade mais adequado a sociedade atual, e oferece maior proteção aos vulneráveis, com a possibilidade de os oferecer maior auxílio patrimonial do que outros herdeiros não vulneráveis.

No direito inglês, foi observado que mesmo os cidadãos possuindo ampla liberdade de testar por decorrência da inexistência da legítima, ainda assim os familiares do *de cuius* podem requerer auxílio financeiro, se forem considerados vulneráveis.

Na legislação chinesa, verificou-se a existência da autonomia da vontade do autor da herança, visto que, não prevê a porção obrigatória da legítima; além disso, a legislação protege os herdeiros que não possuam condições de se sustentar ou aqueles que melhor trataram *de cuius*, quando em vida.

A partir do presente estudo, chegou-se à conclusão de que a aplicabilidade da função social da legítima está prejudicada, pois, a legislação não permite ao autor da herança fazer qualquer diferenciação com base nas características e especificidades dos herdeiros, bastando que integrem a categoria de herdeiros necessários. Além disso, o autor da herança, em virtude da reserva legítima, é impedido de contemplar pessoas pelas quais nutriu mais afeto ao longo de sua vida e de proteger pessoas vulneráveis e que dele dependiam em vida.

Conclui-se, também, que as configurações familiares na contemporaneidade foram prejudicadas pela reserva da legítima, de modo que sua razão de existir não mais atende as necessidades das novas famílias, deixando-as, por vezes, descobertas.

Verificou-se a necessidade de flexibilização da legítima, assegurando ao autor da herança maior liberdade de testar, para que sejam melhor aplicados os princípios da isonomia, solidariedade e proteção familiar aos vulneráveis. Se houvesse flexibilização, poder-se-ia, por exemplo, dispor de mais da metade ou a totalidade da herança, caso não existissem herdeiros economicamente vulneráveis, conferindo *maior autonomia para o testador*.

Observou-se, que a herança forçada estimula a patrimonialização das relações familiares, levando, muitas vezes, a prática de atos fraudulentos no intuito de burlar o instituto, tanto da parte do autor da herança, quanto dos próprios herdeiros necessários, que são credores dos mesmos.

Não é demais lembrar o fato da Constituição Federal não constituir óbice à flexibilização ou mesmo extinção da reserva forçada, visto que, a mesma consagrou o direito fundamental à herança e não à legítima; além disso, coube à legislação infraconstitucional definir quem são seus beneficiários, qual é seu objeto e sua

quantidade. É sabido, portanto, que o direito à legítima é assegurado por lei, ainda que contrário à vontade do autor da herança.

Como já restou provado que a flexibilização ou supressão da reserva legítima no direito brasileiro não pode ser considerada inconstitucional, e que a legítima está em descompasso com a sociedade contemporânea ao impossibilitar o autor da herança em proteger membros vulneráveis de sua família, ou pessoas queridas; e, por outro lado, ser obrigado a destinar patrimônio a quem não necessita ou não nutre afeto, verifica-se que atualmente a legítima não cumpre sua função social e não aplica adequadamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade e isonomia.

Em que pese existir um projeto de lei em tramitação, seu conteúdo é pouco inovador e engessado quanto aos mecanismos de proteção aos vulneráveis. Por essa razão e, ao considerar as análises aqui feitas, conclui-se que normas sucessórias da Inglaterra, Argentina e China poderiam ser utilizadas como fontes de inspiração ao desimaginoso legislador.

O fato de o Direito Sucessório brasileiro obrigar o autor da herança a destinar metade de seu patrimônio ao descendente, ascendente e cônjuge, independentemente de uma prévia análise acerca da necessidade que os membros da família do *de cuius* possuam, ou observar se esses herdeiros necessários prestaram assistência ou tinham alguma proximidade com ele, acaba por não promover harmonia nas relações familiares.

Propõe-se, então, a ampliação da autonomia da vontade do autor da herança com a finalidade de proteger a família contemporânea, afastando a transmissão obrigatória de metade da herança por mera decorrência de vínculo familiar e que desconsidera a necessidade de cada pessoa. Se, porventura, na família do autor da herança não houver nenhuma pessoa vulnerável economicamente, deve admitir-se a maior autonomia testamentária possível, para abarcar pessoas por quem o *de cuius* nutre maior afeto e para que se evite a patrimonialização das relações familiares.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. **História do direito** / Henrique Abel, Marjorie de Almeida Araujo, Débora Cristina Hohenbach Grivot; revisão técnica: Gustavo da Silva Santanna. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.

ANDRADE, Gustavo Henrique Batista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARGENTINA, **Código Civil Argentino**. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf> . Acesso em: 28 jul.2021.

A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E A SUCESSÃO LEGÍTIMA. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjUzMQ==> Acesso em: 28 jul.2021.

BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro**. Livraria Francisco Alves. 1906.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Editora Red Livros, 2000.

BEVILAQUA, Clóvis. **Trabalhos relativos à sua elaboração**. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1917.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de; (org.), Qian, Larissa Chen Yi (trad.). **Código Civil Chinês** – 1. Ed.- São Paulo: Edulex, 2021.

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.

BRASIL, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. **Novo Código Civil**. Exposição de motivos e texto sancionado. 2ª edição. Brasília. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319> . Acesso em: 28 jul.2021.

BRASIL, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jul.2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **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: 28 jul.2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 28 jul.2021.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3.ed.rev.atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo / Raphael Furtado Carminate. Belo Horizonte, 2011.154f.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

CIVIL CODE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012f627aa3a4651475db936899d694d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Acesso em: 28 jul.2021.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/C%C3%93DIGO%20DE%20HAMURABI.pdf Acesso em: 28 jul.2021.

COLIN Ambroise e CAPITANT, Henri, **Droit Civil Français**. Librairie Dalloz. Paris. 1936.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Tradução: 2006 Frederico Ozanam Pessoa de Barros.

DELGADO, Mário Luiz. **Chegou a hora de visitar a legítima dos descendentes e ascendentes**. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes> Acesso em: 28 jul.2021.

FRANCES H. Foster, The Dark Side of Trusts: **Challenges to Chinese Inheritance Law**, 2 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 151 (2003) Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol2/iss1/6/ . Acesso em: 28 jul.2021.

GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2 edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1995.

GOMES, Orlando; **Sucessões** – 17. ed. [revisada e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História: lições introdutórias**. Editora Max Limonad. São Paulo. 2000.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Manual de história do direito** / José Fabio Rodrigues Maciel, Renan Aguiar. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

MINAS GERAIS. **Recurso Extraordinário 878.694/MG**. 10/05/2017 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644> Acesso em: 28 jul.2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. **O espírito das Leis**/ Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 505.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no direito sucessório: necessidade de revisão?** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio:+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F> Acesso em: 28 jul.2021.

ORDENAÇÕES FILIPINAS online. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 28 jul.2021.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões** – vol. VI/ Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira – 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. **Código Civil de Cuba**. Disponível em: <https://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/codigo-civil/> (livro 4, art. 466). Acesso em: 28 jul.2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil constitucional** / por Raphael Rego Borges Ribeiro. – 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721/RS**. 10/05/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 28 jul.2021.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do direito no Ocidente**: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

RODRIGUES, Antônio Coelho, 1846-1912. **A república na América do Sul, ou, Um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos** / Antônio Coelho Rodrigues. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e partilha** – 3 ed. rev. Atu. E ampl – Salvador: Editora Juspodivum, 2021

SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História interna do direito romano privado até Justiniano** / Luís Antônio Vieira da Silva. -- Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo II

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.) **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, Tomo III

TEPEDINO, Gustavo. Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 6, out./dez. 2015.

ANEXO I

23/11/2021 10:33

Re: SOLICITAÇÃO DE DADOS DE TESTAMENTOS - ALUNA MESTRADO UCSAL - ERIKA RODRIGUES MACHADO COS...



☆ Re: SOLICITAÇÃO DE DADOS DE TESTAMENTOS - ALUNA MESTRADO UCSAL - ERIKA RODRIGUES MACHADO COSTA

De: Thiago Guimarães
Para: erika@machadocosta.adv.br
Cópia:

Cópia oculta:

Assunto: Re: SOLICITAÇÃO DE DADOS DE TESTAMENTOS - ALUNA MESTRADO UCSAL - ERIKA RODRIGUES MACHADO COSTA

Enviado em: 13/09/2021 | 08:43

Recebido em: 13/09/2021 | 08:43

Prezada, bom dia!

Segue abaixo os números absolutos de Escrituras de Testamento e Escrituras de Revogação de Testamento, registradas no sistema destas Notas como lavradas nos anos de 2019, 2020 e até a presente data em 2021.

2019 - 135 Testamentos / 12 Revogações de Testamento
2020 - 103 Testamentos / 05 Revogações de Testamento
2021 até 13/09/2021 - 82 Testamentos / 05 Revogações de Testamento

Cordialmente,

Em sex., 10 de set. de 2021 às 10:16, <erika@machadocosta.adv.br> escreveu:

Prezado Dr. Thiago,

Bom dia! Sou Erika Rodrigues Machado Costa, advogada, aluna do Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea na Universidade Católica do Salvador e estou fazendo minha dissertação sobre a Sucessão Legítima. No intuito de enriquecer minha tese com dados recentes, gostaria de saber se é possível **o fornecimento dos dados de testamentos realizados nos anos de 2019 e 2020 neste tabelionato (quantidade, etc).**

Conforme contato telefônico, sirvo-me do presente para solicitar o envio dos dados susomencionados, e desde já fico grata pela atenção.

Aguardo retorno.

Atenciosamente,

Informações sobre Confidencialidade e Privacidade: A informação confida nesta mensagem de correio eletrônico e nos arquivos anexos é intencional e dirigida tão somente ao(s) destinatário(s) nomeado(s), por conter informação privilegiada e confidencial. Caso você não seja um destinatário, não copie, não distribua e não divulgue. Caso tenha recebido este correio eletrônico acidentalmente, por favor, notifique o remetente imediatamente.



--

Thiago Guimarães

Tabelião Substituto

12º Ofício de Notas - Salvador

Rua Território do Amapá, nº 220, Pituba - Salvador/BA

Telefone: 71 3036-8506

E-mail: escrituras1@12notas.com.br