



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA: ANÁLISE DA AUTONOMIA PRIVADA**  
***VERSUS* SOLIDARIEDADE FAMILIAR**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Carolina Miranda Mota Ferreira

Orientador: Professor Doutor Diogo José Paredes Leite de Campos

Número da candidata: 20161153

**Agosto de 2019**

**Lisboa**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecimento a Deus por me dar a saúde e a disposição que me permitiu chegar muito além do que imaginei na vida acadêmica.

À minha família – mãe, pai, padrinho, tios – que sempre acreditaram no meu potencial e me estimularam a ir sempre adiante.

Ao meu esposo, que sempre me estimulou a ir onde quer que eu quisesse chegar, sempre mostrando-se um incentivador incondicional.

Às minhas filhas por serem a maior alegria da minha vida e meu grande incentivo em me tornar melhor em todos os aspectos.

Ao meu querido orientador, muito atencioso e gentil, um verdadeiro mestre que ensina mais do que saber mais, ensina a ser melhor.

E principalmente à minha amada avó - que sucumbiu ao famigerado vírus de 2020 - que Deus a tenha em bom lugar e que ela possa ter a recompensa no paraíso por todo o bem que fez neste mundo.

## RESUMO

A alteração na dinâmica das famílias traz a necessidade de sempre buscar atualizar as normas jurídicas à realidade que busca resguardar, observando-se se o objeto de proteção ainda se encontra com o mesmo *status* que deu origem à tutela de outrora.

A previsão de uma reserva obrigatória da herança para determinados parentes e para o cônjuge tem sido contestada pelos que buscam deixar a totalidade de seus bens para alguém de fora da lista de parentes previstos pela lei civil, ou que pretendem dividir sua herança em quinhões diferentes entre os herdeiros legítimos.

Diante da crítica ao atual sistema, que ignora mudanças cruciais, como o fato de a maioria dos pais falecerem sem deixar filhos menores ou dependentes e o fato de que na maioria dos casais ambos possuem economia própria, continua a tratar da herança como se fosse algo relacionado necessariamente à solidariedade familiar, quando na realidade gira em torno da autonomia patrimonial na maioria dos casos.

Atentos à crítica, deve-se verificar a viabilidade de uma mudança nas legislações infraconstitucionais que permitisse a extinção ou mitigação da reserva da legítima, além do exercício de uma reflexão sobre a justiça e a moral que pairam sobre o instituto.

**Palavras-chave:** herança; legítima; descendentes.

## ABSTRACT

The search in the dynamics of families brings the need to seek new adaptations such as the legal norms to the reality they seek to protect, observing if the object of protection is still in the same *status* that gave rise to the tutelage of yore.

The provision of mandatory reservation for the inheritance of some relatives and spouse has been contested by those who seek to leave all of their assets to someone outside the list of relatives provided by civil law, or who intend to divide their inheritance into different portions between the legitimate heirs.

Faced with criticism of the current system, which ignores crucial changes, such as the fact that a majority of parents die without leaving minor children or dependents and the fact that they are more likely to maintain their lives, continues to address the issue of inheritance as if it were something related to family solidarity when in reality it revolves around patrimonial autonomy in most cases.

Aware of criticism, the viability of a new law should be verified in the legislative conditions that allow the extinction or mitigation of the reserve of life, as well as the exercise of an analysis of the couple's justice and morals about the institute.

**Keywords:** inheritance; legitimate; descendants.

## ÍNDICE

|                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                             | 6  |
| CAPÍTULO 01 - OS FUNDAMENTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO E DA RESERVA DA LEGÍTIMA.....                             | 10 |
| CAPÍTULO 02 - A “RESERVA DA LEGÍTIMA” NO DIREITO DE BRASIL E PORTUGAL.....                                   | 18 |
| 2.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO .....                                  | 18 |
| 2.2. DO DIREITO APLICADO ATUALMENTE.....                                                                     | 26 |
| 2.3. EXCEÇÕES: DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE .....                                                                | 30 |
| CAPÍTULO 03 - DIREITO COMPARADO COM O ORDENAMENTO DOS PAÍSES ONDE EXISTE PLENA LIBERDADE DE TESTAMENTO ..... | 34 |
| CAPÍTULO 04 - A RESERVA DA LEGÍTIMA E SUA UTILIDADE NO CONTEXTO ATUAL .....                                  | 46 |
| CAPÍTULO 05 - A CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA DE UMA EVENTUAL RESTRIÇÃO DA RESERVA DA LEGÍTIMA.....        | 64 |
| CONCLUSÃO .....                                                                                              | 83 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                                                                             | 92 |

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre o tema da “reserva da legítima” no direito brasileiro e português, fazendo uma reflexão sobre a origem, evolução e fundamentos de tal previsão, e buscando no direito comparado alternativas a serem observadas na busca de um possível aprimoramento do sistema com a exclusão de tal regra do direito sucessório vigente.

O tema foi escolhido pela necessidade pessoal e também profissional de entender melhor o assunto, que não raramente é uma demanda enfrentada por Tabeliães, Advogados e Magistrados.

O que ocorre é que um número cada vez maior de pessoas, em plenas condições de discernimento, desejavam que seu patrimônio passasse, após a sua morte, a terceiros que não encontram-se na lista de herdeiros necessários, almejando deixar o patrimônio a um afilhado, um sobrinho, e muitas vezes a uma empregada que lhe presta serviços domésticos há décadas e é por quem tem mais afeição.

Essas pessoas não podem implementar sua vontade mesmo que os herdeiros necessários sejam maiores, saudáveis e não tem necessidade de receber herança, o que prejudica a liberdade patrimonial do atual proprietário (futuro autor da herança), prejudicando também as pessoas que gozam de sua afeição real e atual, consideradas por ele merecedoras da herança por circunstâncias diversas (muitas vezes por terem ajudado na aquisição do patrimônio – caso de funcionários próximos - ou simplesmente pelos laços afetivos muitas vezes inexistentes entre o cliente e seus parentes).

Às pessoas que buscam deixar todo o patrimônio, por testamento, a pessoas de fora da lista de legitimários, atualmente é oferecida a solução de deixar apenas a metade de seu patrimônio à pessoa desejada, por meio de testamento.

É uma solução visivelmente insatisfatória aos interessados, por não poderem dispor de seu patrimônio *post mortem* da maneira desejada.

Diante desse quadro, surge a indagação “será que essa previsão é mesmo justa e necessária?”. Essa é a pergunta que tentará ser respondida nessa obra.

É fato que a questão sucessória é tão antiga quanto a própria noção de direito de propriedade. A partir do momento em que os homens passaram a acumular riquezas a questão

de quem ficaria com os bens após a sua morte passou a ser uma importante questão a ser discutida.

Ao longo do tempo e através da visitação de várias civilizações e culturas, pode-se observar o quão importante o tema sempre foi, já sendo tratado por diversas abordagens: religiosa, natural, prevalência da primogenitura, total regulamentação, total liberdade de disposição, propriedade comunitária, dentre outros que serão comentados ao longo desse texto.

No direito luso-brasileiro as previsões legislativas que regulamentam tal assunto atualmente são praticamente idênticas, sendo que a norma brasileira é fruto da matriz trazida por meio das ordenações dos antigos colonizadores, sendo fácil falar dos dois ordenamentos englobando-os no mesmo bloco conceitual.

Em ambos os ordenamentos observamos a previsão de uma “reserva” de parte do patrimônio em benefício dos herdeiros necessários, ou legitimários, como preferem os legisladores portugueses (nesta obra, os termos serão usados como sinônimos): trata-se de uma parte do patrimônio que é reservada, ainda durante a vida do autor da herança, para que seja garantido aos herdeiros obrigatórios por lei a prerrogativa de receber tais bens após a morte do parente.

No Brasil e em Portugal os herdeiros necessários são os descendentes e o cônjuge. Caso um indivíduo possua filhos ou cônjuge, portanto, terá duas restrições: a primeira é que ainda em vida, não poderá dispor de mais da “cota disponível” de maneira gratuita, sendo que os possíveis beneficiários da herança poderão, ainda em vida do doador, intentar ação judicial para desconstituir a doação que “fere” a legítima.

A segunda refere-se aos limites da faculdade de testar: ao testar, o indivíduo que possuir herdeiros necessários deverá fazê-lo apenas sobre a sua parte disponível, não podendo atingir a cota hereditária destinada aos herdeiros, sob pena de anulação parcial das disposições testamentárias.

Imperioso salientar que mesmo que filhos e cônjuge não tenham qualquer relação de dependência econômica com o autor da herança, e sem qualquer outro fator condicionante para tal benefício, os herdeiros necessários sempre terão direito à metade (ou 2/3) de tudo o quanto o parente sucessível deixou.

O fato de não haver critério algum de causa e consequência para a recepção de tal herança salta aos olhos, e é sobre esse fenômeno que o estudo se debruçará.

A questão a ser discutida aqui, portanto, é se essa sistemática que garante a legítima enquanto direito dos herdeiros necessários ainda coaduna-se com a dinâmica das sociedades brasileira e portuguesa na atualidade.

A fim de obter essa resposta será primeiramente analisada a origem e evolução do próprio direito sucessório, passando pela história de vários povos e inclusive pela discussão política e filosófica sobre as vantagens e desvantagens sociais da existência do direito hereditário.

Também será estudada a origem e evolução do instituto da reserva legitimária, observando as causas que provavelmente lhe fizeram passar de um costume ao direito positivado, a fim de tomar consciência dos objetivos que se tinha ao inserir tal regramento nos ordenamentos jurídicos.

Será feita uma análise pormenorizada da legislação vigente, com a comparação da legislação brasileira com a portuguesa, apontando-se os pontos de aproximação e os pontos de divergência.

Também será feita a comparação do ordenamento luso-brasileiro com outros ordenamentos que não adotam o conceito de “herança necessária”, a fim de observar as diferenças e tentar visualizar se tais sistemas são mais justos e funcionais e como funcionam.

Nesse estudo de direito comparado serão analisadas com mais afinco o regramento do Reino Unido e da França, com estudos de caso também de julgamentos ocorridos no Estados Unidos.

Após identificar o contexto histórico de criação e manutenção da reserva da legítima, será analisado se, no contexto atual, esse regramento ainda se dispõe a resolver alguma demanda existente.

Serão apresentados dados estatísticos que serão fundamentais para a reflexão sobre legitimidade e necessidade da manutenção dessa “vontade presumida obrigatória”.

Também serão analisados outros pontos das relações familiares, como a questão da chamada “propriedade comum” entre várias gerações de uma mesma família, e a própria higidez dos laços afetivos familiares nos dias atuais.

Também será feita uma reflexão sobre a natureza jurídica do instituto, com uma análise voltada para investigação para descobrir se a reserva legitimária pode ser considerada ou não um direito fundamental constitucionalmente protegido, também discutindo-se a justiça

do sistema atualmente adotado na legislação luso-brasileira, tentando uma avaliação do ponto de vista da “moral institucionalizada” do instituto, e um consequente busca da solução que seria mais adequada para a nossa comunidade.

Por fim, será trazida uma ideia do que seria uma mudança na legislação atual que resolveria esse descompasso encontrado, mudança baseada na dinâmica atual das relações familiares e da autonomia privada, dando prevalência à liberdade na administração patrimonial em detrimento de uma “vontade presumida”, ao mesmo tempo em que garanta os direitos dos herdeiros que tenham real necessidade aos bens da herança.

Para melhor visualização das mudanças propostas, serão tratados os casos práticos que poderão decorrer de uma mudança na sistemática legal aplicada no Brasil e em Portugal, analisando a questão do cônjuge sobrevivente, filhos e ascendentes, concluindo sobre a viabilidade ou não de uma mudança em nossa legislação sucessória com a extinção dos chamados herdeiros necessários ou legitimários.

## CAPÍTULO 01 - OS FUNDAMENTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO E DA RESERVA DA LEGÍTIMA

O direito sucessório tem origens tão remotas que chegam a confundir-se com a origem da própria propriedade privada individual. O instituto é fruto de uma evolução histórica que passa da não existência de propriedade privada (povos nômades), pela propriedade privada coletiva, depois a propriedade familiar ou do clã, até chegar à propriedade individual<sup>1</sup>.

Tal digressão histórica, por ser tema muito amplo e muito rico, não será aqui tratado com tanta profundidade quanto desejável, já que o estudo será concentrado no direito sucessório, especificamente na previsão da “reserva da legítima”. A despeito disso, basta uma análise perfunctória para se ter noção da evolução dos institutos quanto ao direito de propriedade, e, como consequência direta, o direito sucessório.

O fato é que a história demonstra que o homem sempre acreditou “*poder transcender o acanhado lapso da vida*”<sup>2</sup>, sempre existindo em todas as civilizações que adotavam a ideia de propriedade privada a ideia de um *sucessor*, que daria continuidade de alguma forma à pessoa falecida.

Quanto ao fundamento do direito à herança, sempre foi vasto campo para discussões. Inicialmente, a herança patrimonial era considerada o conjunto de todos os bens (materiais e imateriais) deixados pelos ascendentes aos descendentes, sendo uma das maneiras da “continuação” de uma pessoa através das gerações.<sup>3</sup>

Silvio Venosa explica que a religião e a propriedade caminhavam de mãos dadas no direito romano, onde se acreditava que “*a morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar*”<sup>4</sup>, e dessa forma os institutos da adoção e do testamento eram muito importantes porque garantiam que a religião familiar deixasse de existir: “*a propriedade continuava após a morte em razão da continuidade do culto*”.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, comenta Cesar Fiúza: “*Originariamente não se cogitava de herança o u de sucessão causa mortis, pois não havia propriedade individual. Os bens pertenciam ao grupo. Posteriormente, a propriedade adquiriu caráter familiar e havia, então, a sucessão do novo chefe nos bens que s e achava m sob a direção do chefe pré-morto. A idéia de sucessão com o a conhecemos hoje veio a surgir mesmo com o advento da propriedade individual*” FIÚZA, Cesar. *Direito Civil Curso Completo*. Ed. Del Rei: Belo Horizonte, 2009, pág. 1009.

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio. *Direito Civil - Direito das Sucessões* - 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – volume 6 – Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

<sup>4</sup> VENOSA, Silvio. *Direito Civil - Direito das Sucessões* - 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

É forçoso perceber que quase sempre o cerne da questão é a proteção da propriedade “familiar”. Essa ideia era tão arraigada no direito antigo que Tácito descreveu que algumas tribos germânicas consideravam o patrimônio familiar um todo indivisível, não havendo sequer o que ser transmitido quando o patriarca falecia, já que o restante da família apenas continuava a propriedade já anteriormente exercida.

No direito germânico antigo considerava-se o patrimônio familiar um todo indivisível, não havendo sequer “herança” a rigor, já que não se herda o que já se possui. Quando o patriarca falecia, havia praticamente um “direito de acrescer” dos parentes que já eram proprietários, sistema descrito por Tácito<sup>5</sup>.

Diogo Leite de Campos entende que a sucessão dos parentes relaciona-se com o próprio fundamento do direito hereditário:

A sucessão dos familiares justifica-se pelo facto de a propriedade continuar a ser, ainda hoje, largamente familiar: usufruída (quando não constituída) pelo conjunto dos familiares mais próximos; que tem, assim uma expectativa de recebe-la por morte de seu titular (formal). Sendo, aliás, os mais idôneos, em princípio, para a administração desses bens sem retomarem perturbações socialmente inconvenientes<sup>6</sup>.

Cesar Fiúza esclarece que o fundamento da sucessão hereditária era inicialmente mais religioso que econômico, sendo que os antepassados eram considerados “deuses domésticos”, e a transmissão da propriedade era forma de cultuá-los, e que posteriormente a ideia desenvolveu-se em seu viés econômico, sendo que o desejo de assegurar a tranquilidade das futuras gerações inspirava a acumulação patrimonial<sup>7</sup>.

A ideia defendida pela maioria dos autores, dentre eles Washington de Barros Monteiro, é que o direito à herança tem como fundamento o próprio direito de propriedade, que tem como uma de suas características mais marcantes a perpetuidade. O autor explica que uma propriedade que se extinguísse com a morte não seria propriedade, mas sim usufruto<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> PROENÇA, José João Gonçalves. *Natureza Jurídica da Legítima*. Lisboa: Editora Lisboa, 2010, p. 17.

<sup>6</sup> CAMPOS, Diogo Leite, pág. 446.

<sup>7</sup> FIÚZA, Cesar, 2009, pág. 1009.

<sup>8</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30 ed. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

Família e propriedade são os grandes fundamentos apontados, com nuances diferentes por cada autor e em cada época, às vezes sozinhos e às vezes em conjunto. Lacerda de Almeida afirmava que o direito sucessório era “*o regime de propriedade da família*”<sup>9</sup>.

Maria Helena Diniz lembra que também há autores, como D’Aguano, que justificam o fundamento científico do direito sucessório nas conclusões relativas à biologia e antropologia atinentes ao problema da hereditariedade biopsicológica, ideia de que “*os pais transmitem à prole não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, resultando daí que a lei, ao garantir a propriedade pessoal, reconhece que a transmissão hereditária dos bens seja uma continuidade biológica e psicológica dos progenitores*”<sup>10</sup>.

Com o desenvolvimento de teorias que contestavam o direito de propriedade em si, também a ideia de transmissão de bens entre gerações foi tema controverso entre juristas e filósofos,<sup>11</sup> sendo que alguns filósofos da escola jusnaturalista<sup>12</sup> defendiam que a sucessão hereditária era criação pura do direito positivo, podendo ser extinta a qualquer momento caso entendido que não fosse mais conveniente ao desenvolvimento social.

Os que se opunham à propriedade privada, principalmente dos bens de produção, defendiam que tal propriedade (assim como sua perpetuação) causava uma situação injusta de concentração de riqueza nas mãos de poucos, além de estimular a indolência e a preguiça de quem receberia a herança.

Um exemplo de como a existência do direito hereditário representava uma importante controvérsia é a passagem narrada por Carlos Roberto Gonçalves, quando conta que a extinta URSS, depois de abolir a herança, logo após a revolução de outubro de 1948, “*o legislador russo teve de recuar de sua posição inicial, restabelecendo a possibilidade da transmissão de bens causa mortis*”.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Citado por Maria Helena Diniz em *Curso de Direito Civil*. 10 ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 10 ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

<sup>11</sup> O autor explica que “*A transmissão de bens após a morte, de modo geral, também sempre sofreu duras críticas de filósofos como Kant e Montesquieu, sob a alegação que geraria um desestímulo ao trabalho para os que recebem a herança. Mas a ideia que prevaleceu foi a que a sucessão causa mortis traz mais benefícios que malefícios, estimulando a produção e o acúmulo de riquezas*”. DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 1105.

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30 ed. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 1995, pag. 5.

<sup>13</sup> *Se não a impossibilidade, ao menos a inconveniência da supressão do direito hereditário, pois, havendo abolido a sucessão causa mortis e assim suspenso a atuação do interesse pessoal, não conseguiu manter a proibição. Com efeito, de tal orientação resultaram tamanhas e tão funestas consequências para a economia nacional que o*

A despeito das críticas sobre o fato de receber-se patrimônio sem que se tenha trabalhado para tanto, a maioria dos juristas, a exemplo de Elpídio Donizetti, tem que o fenômeno sucessório permaneceu ao longo dos tempos por trazer mais vantagens do que desvantagens à comunidade.

Dentre as vantagens, ele elenca o fortalecimento da economia, que seria consequência da capitalização e poupança, e também cita o fortalecimento da família, uma vez que os parentes não perderiam a propriedade dos bens necessários à sua manutenção.

Luís A. Carvalho Fernandes segue a mesma linha, argumentando que a extinção da sucessão hereditária seria “*fonte de grave perturbação sócio-econômica, nomeadamente do adequado aproveitamento da utilidade dos bens que atem por objeto e da consequente criação de riqueza*”<sup>14</sup>, explicando que o direito de deixar os bens para um ente querido insere-se na própria função social da propriedade.

O autor aborda o tema por um ponto de vista muito prático, convocando o leitor a imaginar uma situação em que não houvesse o direito de herança pré-determinado: ele aponta que não raramente os que acabariam por apoderar-se dos bens do falecido seriam pessoas por quem ele menos teria afeição, já que os parentes mais próximos, dada a dor e o abalo da perda, seriam os que mais custariam a tomar as providências necessárias para adquirir a herança que ficara sem dono.

Silvio Venosa também aborda o tema pela ótica prática, defendendo que o direito sucessório é interesse do Estado, já que um patrimônio sem dono traria mais problemas do que benefícios, e em uma sociedade onde não se poderia deixar os bens aos familiares desestimularia a capacidade produtiva<sup>15</sup>.

---

*legislador russo teve de recuar de sua posição inicial, restabelecendo a possibilidade da transmissão de bens causa mortis. E de fato, na antiga União Soviética, o direito sucessório não encontrava barreiras maiores que nos países capitalistas.* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – vol 7 – Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

<sup>14</sup> FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 3 ed. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 23-24.

<sup>15</sup> “A idéia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais (...) Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço”. Em: VENOSA, Silvio. *Direito Civil - Direito das Sucessões - 4ª Edição*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18.

Silvio Rodrigues segue na mesma linha, defendendo que extinta a transmissão hereditária, faltaria ao indivíduo incentivo para amealhar e conservar riquezas, entendendo o autor que as pessoas consagrariam os últimos anos de sua vida a “*esbanjar um patrimônio que não pode deixar aos seus entes queridos*”<sup>16</sup>. Um comportamento que não traria benefícios à família nem à economia.

Ademais, o autor conclui que facilmente tal impedimento poderia de ser burlado através de doações ou liberalidades simuladas em negócios onerosos, com os quais o titular tentaria transmitir seu patrimônio a seus herdeiros.

Para Pais de Amaral “*as três espécies*<sup>17</sup> *de sucessão tem longa tradição histórica e nunca houve necessidade de que elas fossem justificadas com argumentos doutrinários*”<sup>18</sup>, dizendo que “*necessidades práticas, princípios de justiça e usos antiquíssimos foram as bases das normas legais*”.

O autor exemplifica o que seriam as “necessidades práticas”, explicando que se, por exemplo, todas as relações jurídicas se extinguissem com a morte de alguém seria difícil de qualquer pessoa querer comprometer-se em qualquer tipo de contrato. Caso assim fosse, “*os devedores do de cujus ficariam liberados após o falecimento do seu credor. Por sua vez, os credores veriam frustrada a possibilidade de receber os seus créditos*”<sup>19</sup>, explica o autor.

Sobre a questão hereditária, observa-se que houve uma miscelânea de fundamentos para justificar a existência de tais direitos, e mesmo atualmente, pode-se afirmar que (à exceção dos fundamentos religiosos) todos persistem e tem sua razão de ser.

Quanto à proteção da família, é perfeitamente defensável que se garanta que alguns parentes e o cônjuge irão continuar com o patrimônio que pertencia ao parente próximo. Os membros da chamada “família nuclear” (pais e filhos) normalmente são os que tem relações mais estreitas, sustentando-se mutuamente caso necessário ou ajudando-se financeiramente em vida.

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – *Direito das Sucessões*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6

<sup>17</sup> Quando o autor refere-se a três espécies, refere-se à sucessão legítima, legitimária e testamentária. A expressão “legitimária” é utilizada na legislação e na doutrina portuguesa referindo-se ao que no Brasil se convencionou chamar de “herdeiros necessários”.

<sup>18</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. 3 ed. Lisboa. Almedina, 2016, p. 258.

<sup>19</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de, 2016, p. 262.

Também dando-se importância à vontade do autor da herança, é compatível com a lógica determinar que a “vontade presumida” dele seria de que os seus parentes mais próximos passassem a dispor do patrimônio que lhe pertencia anteriormente. A final, se ele fazia com que usufruíssem de seu patrimônio quando ele era vivo, por que não gostaria que usufruíssem do mesmo patrimônio após a sua morte?

Quanto ao interesse estatal, também é um argumento racional, considerando que ao morrer e deixar um patrimônio sem dono, haveria maior chance de atritos entre os parentes.

E mesmo que o Estado tomasse para si os bens deixados pelo de cujus (herança vacante), também não vislumbra-se um quadro positivo a longo prazo, isso porque, ao saber que seu patrimônio seria convertido para a coletividade e não para a sua família, com certeza com o passar dos tempos as pessoas ficariam mais desestimuladas a juntar patrimônio, o que desestimularia a circulação de riquezas, e, em última análise até mesmo o desenvolvimento do conhecimento e desenvolvimento industrial e científico da humanidade, que é impulsionado em grande medida pelo retorno financeiro que traz aos que são por ele responsáveis.

Essa queda na circulação de riquezas causaria também um queda proporcional na arrecadação estatal a longo prazo, com a extinção das tributações por herança (que são muito altas na maioria dos países, no Brasil chegando a patamares de 8%),<sup>20</sup> além da queda geral pela geração e acumulação menores de riquezas.

É o tipo de situação hipotética impossível de se dimensionar em números por conta da grande quantidade de fatores variáveis envolvidos, mas afigura-se claro que impedir que as pessoas deixem seu patrimônio acumulado para quem quiserem (seja a vontade expressa ou presumida) traria muito mais prejuízos do que benefícios.

Desta feita, indiscutível que o direito de herança é compatível com a estrutura da sociedade atual e insuscetível de extinção, pelo menos nos países que adotam uma estrutura jurídica e social de base capitalista, seja por impossibilidade jurídica<sup>21</sup>, seja por inutilidade (ou mesmo prejudicialidade) fática ao interesse público a longo prazo.

---

<sup>20</sup> Resolução 09/1992 do Senado Brasileiro

<sup>21</sup> Essa impossibilidade jurídica ocorre pelo menos em Brasil e Portugal, conquanto as duas constituições resguardam o direito hereditário.

A Constituição Federal do Brasil prevê o direito à herança como direito fundamental:

Nesse quadro, Carlos Pamplona Corte-Real<sup>22</sup> diferencia dois regimes jurídico-sucessórios: o primeiro, com base em valores familiares, buscam garantir que a herança seja entregue aos familiares do falecido; e o segundo, com base no pragmatismo jurídico e econômico, busca apenas garantir a continuidade das relações jurídicas e econômicas do *de cujus*, não se preocupando ou preferindo quem deverá suceder-lhe.

Como exemplo do primeiro sistema, claramente temos Brasil e Portugal. Como exemplo do segundo, o autor apresenta os sistemas de base anglo-saxônica (como Estados Unidos e Inglaterra), onde a liberdade de testar é a regra.

Feitas essas considerações, passa-se à questão a ser tratada: a existência dos chamados “herdeiros necessários” ou “legitimários”, que não são escolhidos pelo autor da herança, mas impostos pela lei civil, sendo herdeiros com ou contra a vontade do parente sucessível.

Jorge Augusto Pais de Amaral aponta que os povos antigos (como babilônios, egípcios e hindus) já regulavam o direito de sucessão, em sua maioria protegendo somente a sucessão legítima<sup>23</sup>, e que os romanos, mesmo antes da Lei das XII Tábuas já regulamentavam, e inclusive davam prevalência, à sucessão testamentária, sendo irrestrito o direito de deixar todo o patrimônio a pessoa de fora da família.

O autor explica que o direito à legítima foi apenas estabelecido na época do Imperador Trajano<sup>24</sup> *“como reação contra o abuso de testadores que deserdavam parentes próximos, muitas vezes em proveito de turpis persona.”*

---

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXX - é garantido o direito de herança;

Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa também garante o direito no art. 62:

Artigo 62.º - Direito de propriedade privada

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.”

<sup>22</sup> CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. *Da imputação de liberalidades na sucessão legitimaria*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, p. 10.

<sup>23</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de, 2016. p. 257.

<sup>24</sup> Imperador romano de 98 a 117 DC.

Luis Carvalho Fernandes fundamenta a existência da “quota indisponível” na relevância social da família, que deve ficar assegurada pelo patrimônio do de cujus, mesmo contra a vontade dele<sup>25</sup>. O autor aponta o fundamento da existência de herdeiros legítimos, mas também contesta sua legitimidade, como será mais à frente especificado.

A doutrina, de modo geral, fundamenta a existência da cota obrigatória na proteção da família, que deverá gozar sempre de proteção quanto à reserva de um mínimo do patrimônio do parente falecido. Essas disposições tem fundamento sólido, mas a sua legitimidade pode ser contestada diante da existência de outros valores, notadamente a autonomia privada do falecido.

Antes de adentrar ao assunto, deve-se analisar as previsões legais sobre o tema nas legislações de Brasil e Portugal e sua evolução, para então – entendendo todas as disposições legislativas que regulam a matéria – prosseguir-se na análise da legitimidade da reserva da legítima hereditária.

---

<sup>25</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 31

## CAPÍTULO 02 - A “RESERVA DA LEGÍTIMA” NO DIREITO DE BRASIL E PORTUGAL

A legislação brasileira prevê a reserva de metade do patrimônio do falecido a título de “legítima”, que deverá ser necessariamente revertida aos herdeiros necessários: cônjuge, descendentes e ascendentes (estes últimos apenas em caso não existirem descendentes), mesmo que o testamento disponha de maneira diferente.

Em Portugal, a cota legítima obrigatória, diferentemente do Brasil, é variável em conformidade com a quantidade e qualidade dos herdeiros. Havendo cônjuge e filhos (ou ascendentes, que também só se tornam legitimários na ausência dos descendentes), a legítima será de dois terços da herança, o que torna a parte disponível um terço. Se houver apenas uma das qualidades de herdeiros necessários a legítima é de metade, podendo dispor da outra metade como desejar o titular do patrimônio.

Um breve comentário sobre a origem dessas disposições legais nos ordenamentos português e brasileiro é conveniente para introdução dos sistemas normativos relacionados.

### 2.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Como já comentado, o direito à herança remonta à antiguidade, a “separação” de parte da herança para determinados parentes do falecido também tem origem remota. Flavio Tartuce informa que já na Lei das XXII Tábuas (450 a.C.) constava a previsão que beneficiava os parentes tidos como mais próximos com uma cota hereditária obrigatória<sup>26</sup>.

No direito antigo, Fustel de Coulanges explica que somente aos descendentes homens era garantia o direito à herança, mormente o filho primogênito, que deveria continuar com o patrimônio e com as crenças do patriarca, em uma clara mistura de direito patrimonial e religião<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*, v. 6: *Direito das Sucessões*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

<sup>27</sup> “Deste princípio se originaram todas as regras do direito sucessório entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas”. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008. p. 78

Às descendentes do sexo feminino não era deferido o mesmo direito porque compreendia-se que ao casar elas passavam a seguir os cultos religiosos professados pelo marido, não sendo possível a elas continuar as crenças dos ascendentes. Essa proibição fez surgirem vários institutos que buscaram remediar a situação das filhas, para que não ficassem ao desamparo, como por exemplo a autorização de que filha pudesse casar-se com um herdeiro (mesmo sendo seu irmão), ou a autorização para que o pai instituísse por testamento um herdeiro que se casasse com a filha.

Nesse último caso, aproximando-se do direito hindu, considerava-se que o filho nascido desse casamento era considerado filho do pai da mulher, devendo seguir seu culto, e inclusive, ao atingir a maioridade, tomar posse do patrimônio materno, embora o pai e a mãe ainda estivessem vivos<sup>28</sup>.

O autor também esclarece que ao herdeiro necessário (*heres necessarius*) não caberia nem aceitar nem 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”<sup>29</sup>, e explica que a desistência da herança não era admitida no direito grego antigo, e só foi introduzida muito mais tarde, já no direito romano.

Em outros ordenamentos antigos encontra-se previsões de direito sucessório mais ou menos como o conhecemos hoje, admitindo a disposição por meio de testamento, mas já com a delimitação de uma “reserva”, como a Lei Visigótica, que fixava em quatro quintos o direito hereditário dos filhos<sup>30</sup>.

Como já comentado, Jorge Augusto Pais de Amaral aduz que mesmo antes da Lei das XXII Tábuas já era de uso pelos romanos a sucessão por testamento, sendo que as regras da sucessão legítima só era utilizada na falta de disposição de última vontade, ou no caso de o testamento ser omissivo sobre alguns bens aos quais a sucessão se aplicaria<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> COULANGES, Fustel, 2008, p. 66

<sup>29</sup> COULANGES, Fustel, 2008, p. 62

<sup>30</sup> PROENÇA, José João Gonçalves, 2010, p. 37

<sup>31</sup> “O direito à legítima foi estabelecido em tempos do Imperador Trajano, como reação contra o abuso de testadores que deserjavam parentes próximos, muitas vezes em proveito de *turpis persona*. Assim surgiu a querela *inofficiosi testamenti* concedida a herdeiros legitimários, que no tempo de Ulpiano, eram os ascendentes, os descendentes e os irmãos germanos. A quota legitimária, ao princípio não era certa, os juízes é que a fixavam. Mais tarde foi fixada na quarta parte da herança. Mas Justiniano alterou essa quota quanto aos descendentes ou filhos, fixando-a na terça parte se eles fossem em número não superior a quatro, e em metade, se fossem mais de quatro”. AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. 3 ed. Lisboa. Almedina, 2016, p. 257.

Os primórdios da reserva da legítima podem ser observados na *Lex Falcidia*, lei romana de 40 a.C.<sup>32</sup>, que limitou a três quartos a porção patrimonial que podia ser testada livremente, estabelecendo-se a “*quarta debita portionis*” ou a “*quarta falcidia*”, que deveria obrigatoriamente ser destinada aos herdeiros legítimos ou legitimários.

Com a ascensão do Império Romano retomou-se em seus territórios a livre disposição patrimonial por meio de testamento, podendo o autor da herança definir para quem iria a integralidade de seu patrimônio, mesmo que fosse pessoa de fora da família. Caso não houvesse testamento, a sucessão *ab intestato* seguiria a ordem sucessória legal<sup>33</sup>.

Luiz Antônio Vieira da Silva explica que uso do testamento na Roma antiga era tão recorrente que foi criada a *querela inofficiosi testamenti*, instrumento para os herdeiros defenderem a sua cota na herança, pelo qual poderiam alegar que o testador havia lhe deserdado injustamente ou instituído cota muito pequena, atentando contra a piedade e o amor que deveria ter pelo herdeiro legítimo, cabendo ao *centumvires* anular o testamento se concluísse não estar o testador em seu perfeito juízo.<sup>34</sup>

Em 542, d. C., na era do domínio dos Visigodos no Império Romano, época em que governou Justiniano, o direito romano reincorporou em seu arcabouço legislativo a *quarta debita portionis*, através da Novela 115, que restabeleceu que o autor da herança deveria reservar 1/4 do patrimônio como legítima, parcela que era aumentada para pelo menos um 1/3 quando o número de filhos fosse quatro, e aumentada para 1/2 para a hipótese de cinco filhos.

Diego Papini Teixeira Lima faz uma análise perspicaz sobre o instituto da legítima no direito romano:

É de importância salutar já daí observar-se que o nascedouro do instituto da legítima no direito romano valeu-se, portanto, de um pretexto jurisprudencial calçado numa visão patrimonializada do afeto familiar, com vestes de solidariedade e misericórdia, pois que suficiente a inexistência de deixa para caracterizar-se a inoficiosidade do testamento, sendo irrelevante a verificação das condições financeiras do herdeiro preterido.

E isso se confirma na medida em que, naqueles tempos, assentou-se o entendimento judicial de que, caso o sucedido deixasse a quarta parte de seu patrimônio a determinado herdeiro, restava inadmissível a querela de testamento inoficioso. E

---

<sup>32</sup> SIDOU, José Maria Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 511.

<sup>33</sup> DOMINGO, Rafael. *Elementos de derecho romano*. In: *The global law collection. The basics of law séries*. 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson, 2010.

<sup>34</sup> SILVA, Luiz Antônio Vieira. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*, 1 ed. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008.

assim ficou a Quarta Falcidia irrefletidamente entranhada na consciência jurídica dos povos romanos.

O autor consegue identificar o nascedouro da reserva da legítima como consequência de uma “visão patrimonializada do afeto familiar”, com a conclusão de que a ausência de deixa de bens para os parentes seria considerado como ausência de solidariedade ou de misericórdia, mesmo que no caso concreto as condições financeiras do parente que não foi nomeado herdeiro lhe possibilitassem uma vida confortável independentemente do recebimento da herança.

Como visto, em Portugal o direito sucessório já foi guiado por diversas diretrizes, inclusive pelas regras de direito romano e visigótico, devido ao fato de a península ibérica ter sido objeto de disputas políticas por séculos.

As normas citadas foram a base legal que regulou as sucessões em solo português até a independência do país e o surgimento das Ordenações Afonsinas, de 1.448, promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V, regulamento que fixou a legítima em 1/3 do patrimônio, mantendo-se a possibilidade de dispor dos bens por meio de testamento, podendo “*pai e mãe tomar a terça parte de seus bens*” e distribuírem a quem bem quiserem, mas as outras duas partes são dos filhos “*por bem do dito costume*”:

Título 97

Quando o Padre no testamento nom faz meençom do filho, e despooem soamente da terça de seus bees (...)

Padre, ou a Madre podem tomar a terça de seus beens, e a destribuir, e fazer em ella seu herdeiro quem por bem tiverem (...) duas partes som dos filhos seam muitos, quer poucos.<sup>35</sup>

Jorge Silva Santos aponta que mesmo antes das Ordenações Afonsinas a reserva da terça parte como montante disponível já existia em Portugal, por força dos “Comunicados de Évora”, datados de 1280, nos quais ficou definido que toda pessoa que não tiver descendentes nem ascendentes no momento da morte poderia deixar a totalidade dos seus bens a quem lhe aprouvesse, mas na existência desses herdeiros só poderia dispor da terça parte<sup>36</sup>.

A famigerada “terça” foi permanecendo no direito português, sendo garantida também nas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas:<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l4p356.htm>

<sup>36</sup> SANTOS, Jorge Silva. *A livre disposição mortis causa nas Ordenações Afonsinas entre a tradição jurídica medievla e a recepção do Direito Romano (contributo para a história do direito das sucessões português medieval)*. In: Revista de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 3. ed., Lisboa: UL, 2012.

<sup>37</sup> Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p912.htm>. Em linha. Acesso em 15/04/2017

Se o pai ou mãe fizerem testamento, o sabendo que tem filhos ou filhas, tomarem a terça de seus bens e a deixarem a quem lhes aprouver ou mandarem distribuir depois de suas mortes como for sua vontade, posto que no testamento não sejam os filhos expressamente instituídos ou se herdados mandamos que tal testamento valha e tenha efeitos.

Por quanto pois, tomou a terça de seus bens no testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quis deixar aos filhos, e os intuiu nelas posto que delas não faça expressa menção, e assi devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento

Aqui observa-se a demonstração do que hoje a doutrina chama de “vontade presumida”, no trecho em que as Ordenações dispõem que *“parece que as duas partes quis deixar aos filhos”*.

Interessante comparar que as Ordenações Afonsinas (1.448) reservavam a legítima dos filhos *“por bem do dito costume, e que as Ordenações Filipinas, por sua vez, reservam o direito à cota hereditária obrigatória porque “parece que as duas partes quis deixar aos filhos”*. Observa-se que o fundamento mudou: passou do costume a ser mantido para a vontade presumida dos autores da herança.

Em 1776, D. José I "O Reformador", editou uma lei sobre testamentos, que, prevendo novamente a “terça”, que se estenderia para metade caso não houvessem filhos:

1 Nenhuma pessoa de qualquer estado e condição que seja Parentes até o quarto grão inclusivamente contado conforme o Canonico poderá dispôr em ultima vontade de todos os bens a que a sua herança se haja devolver ab intestato Não tendo porém ou descendentes poderá então dispôr dos bens que houver pelo seu trabalho industria serviço ou que lhe houverem sido ou doados com tanto que a sua disposição não seja livre mas sim e tão sómente restricta a escolher entre os ditos aquelle ou aquelles que lhe forem mais gratos E todas as feitas contra esta impreterivel fórma serão nullas e de efeito

2 Aquelle Testador que tiver filhos ou descendentes e tiver bens que haja herdado poderá com tudo dispôr da Terça em beneficio de algum desses filhos ou descendentes que lhes de succeder morrendo intestado Porém se tiver bens adquiridos por dos sobreditos modos poderá livremente dispôr da Terça delles a favor de pessoas estranhas 3 Os outros Testadores que não tiverem Parentes dentro do grão poderão livremente dispôr de a metade dos bens hereditarios e todos os adquiridos como bem lhes parecer 4 O Marido e Mulher se reputarão sempre por Parentes para hum delles poder deixar ao que sobreviver o uso fruto da Terça quando não haja bens que não sejam hereditarios E não filhos do Matrimonio poderão reciprocamente deixar se a da mesma Terça<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Disponível em:

[https://books.google.com.br/books?id=38M0AQAAMAAJ&pg=PA421&lpg=PA421&dq=Nenhuma+pessoa+de+qualquer+estado+e+condi%C3%A7%C3%A3o+que+seja+Parentes&source=bl&ots=iTyQsdAFGW&sig=\\_P4wZG1gD5ZkzyObIhc7m3V5\\_EQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjyP25u6fTAhXlGJAKHT7yBn8Q6AEIJTAA#v=onepage&q=Nenhuma%20pessoa%20de%20qualquer%20estado%20e%20condi%C3%A7%C3%A3o%20que%20seja%20Parentes&f=false](https://books.google.com.br/books?id=38M0AQAAMAAJ&pg=PA421&lpg=PA421&dq=Nenhuma+pessoa+de+qualquer+estado+e+condi%C3%A7%C3%A3o+que+seja+Parentes&source=bl&ots=iTyQsdAFGW&sig=_P4wZG1gD5ZkzyObIhc7m3V5_EQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjyP25u6fTAhXlGJAKHT7yBn8Q6AEIJTAA#v=onepage&q=Nenhuma%20pessoa%20de%20qualquer%20estado%20e%20condi%C3%A7%C3%A3o%20que%20seja%20Parentes&f=false)

Diogo Leite de Campos explica que a liberdade de dispor foi sendo aos poucos mitigada muito por influência do direito germânico e também do cristianismo, dando à família um papel cada vez mais protagonista na sucessão:

A conciliação entre a tradição germânica da propriedade familiar e a sucessão testamentária romana levou a separar o patrimônio do de cujus em duas massas, uma de livre disposição e uma de devolução forçada aos parentes próximos.

Esses últimos bens seriam os “bens de avoenga”, herdados dos antepassados que teriam de ser transmitidos “mortis causa” aos descendentes, enquanto que os bens adquiridos podiam ser objeto de disposição testamentária<sup>39</sup>.

O Código Civil Francês de 1.804, mais conhecido como Código de Napoleão, que embora não tenha sido a primeira legislação codificada da Europa, foi a que irrefutavelmente influenciou de maneira direta a legislação posterior, como pode-se observar até os dias atuais comparando a estrutura dos códigos brasileiro e português com o código napoleônico.

O Código de Napoleão também previa uma cota reservada aos herdeiros legítimos, que eram os descendentes, ou os ascendentes na ausência dos primeiros, sendo que a cota era variável conforme o número de filhos, sendo protegida desde antes da morte do autor da herança, impedindo as chamadas “doações inoficiosas” de hoje:

As dádivas livres, quer por atos durante a vida, quer por testamento, não devem exceder a metade da propriedade do doador, se ele deixar no seu falecimento, mas um filho legítimo; A terceira parte se deixar dois filhos; A quarta parte se ele deixar três ou mais deles.

Compreendidos no artigo anterior, sob o nome de filhos, são descendentes em qualquer grau; No entanto, eles são apenas contados para a criança que representam na sucessão do doador.

Os dons grátis, por atos durante a vida ou por vontade, não devem exceder uma porção da propriedade, se em falta de filhos, o falecido deixa um ou mais antepassados na linha paterna e materna; E três quartos se ele deixar ancestrais apenas em uma linha.

A propriedade assim preservada para o benefício de antepassados será recebida por eles na ordem em que a lei os chama para suceder; Gozarão, por si sós, do direito a esta reserva, em todos os casos em que uma distribuição em concorrência com as garantias não lhes tenha dado a sua proporção disponível dos produtos em que está fixada.

Na falta de antepassados e descendentes, brindes por atos durante a vida ou por vontade pode esgotar a totalidade da propriedade.<sup>40</sup>

Na primeira codificação civilista de Portugal, o Código Civil Português de 1867, também foi reservada a metade (ou a terça) dos herdeiros necessários:

---

<sup>39</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. 2012, p. 444.

<sup>40</sup> The Civil Code

[http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c\\_title02.html#chapter1](http://www.napoleon-series.org/research/government/code/book3/c_title02.html#chapter1)

Artigo 1760°. Existindo filhos ou outros descendentes do testador, que este não conhecesse ou julgasse mortos, ou tendo o testador filhos, que nascessem depois da morte dele, ou, ainda antes desta, mas, depois de feito o testamento, este só valera em quanto à terça. (...)

**Artigo 1784°.** Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser aplicada pela lei aos herdeiros em linha recta descendente ou ascendente. Esta porção consiste em metade dos bens do testador, salvo a disposição do Artigos 1785°

O direito brasileiro também sempre protegeu a “legítima”. Nos tempos em que era colônia portuguesa a legislação aplicada em solo brasileiro era a determinada pela nação dominante.

O primeiro instrumento legal elaborado em solo brasileiro sobre o assunto de que se tem notícia é o Decreto nº 463, de 2 de Setembro de 1847, que estendia as disposições das Ordenações Filipinas (aplicáveis apenas aos filhos naturais dos chamados peões) à também aos filhos dos nobres<sup>41</sup>.

Pouco tempo depois o Decreto 1.839 de 1907<sup>42</sup>, conhecida como Lei Feliciano Pena, reduziu o conteúdo da legítima de 2/3 para metade e admitiu a incidência de gravames na legítima.

---

<sup>41</sup> Decreto nº 463, de 2 de Setembro de 1847

Declara que aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que, pela Ordenação livro quarto, título noventa e dois, competem aos filhos naturais dos plebeus.

Hei por bem Sanccionar, e Mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral Legislativa.

Art. 1º Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que, pela Ordenação livro quarto, título noventa e dois, competem aos filhos naturais dos plebeus.

Art. 2º O reconhecimento do pai, feito por escriptura publica, antes do seu casamento, he indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo elle com filhos legitimos do mesmo pai.

Art. 3º A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por hum dos seguintes meios; escriptura publica, ou testamento.

Art. 4º Ficão revogadas quaesquer disposições em contrario.

Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em dous de Setembro de mil oitocentos quarenta e sete, vigesimo sexto da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Nicolau Pereira de Campos Vergueiro[21].

<sup>42</sup> DECRETO Nº 1.839, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1907

Regula o deferimento da herança no caso da successão ab intestato

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte:

(...)

**Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima 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 legítima, prescreva-lhes a incommunicabilidade, attribua 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.

O Código Civil de 1916 repetiu a mesma previsão, determinando como herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, permitindo ao testador impor cláusulas de incomunicabilidade ou alienabilidade temporária ou vitalícia aos bens da legítima:

Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. (...)

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Como observado, apenas ascendentes e descendentes eram herdeiros legais segundo o Código de Beviláqua, o cônjuge só entraria nesse rol no Código Civil Brasileiro de 2002.

Curioso é que em um dos projetos de Código Civil Brasileiro elaborados no fim do século XIX propunha a supressão por completo da reserva necessária, sob a afirmação de que seria imoral fazer do filho “um credor dos seus pais”, explicando que garantir uma cota necessária “desmoraliza a autoridade paterna e corrompe a mocidade com o luxo, a inação, o vício”, atentando que limitando a faculdade de dispor do patrimônio próprio, a lei “diminui o estímulo para o trabalho, o aperfeiçoamento da produção, a economia”.

Tratava-se do projeto de Código Civil elaborada pelo jurista Coelho Rodrigues<sup>43</sup>, que recebeu, em 1890, pouco após a independência do país, essa incumbência. Sua proposta era baseada no Código de Zurique, mas não agradou o presidente, Floriano Peixoto, que acabou por sancionar, anos depois, o código elaborado por Clóvis Beviláqua<sup>44</sup>, que manteve a legítima aos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes).

Maria Berenice Dias, autora de vanguarda do direito de família brasileiro, afirma que “a tentativa de preservar o patrimônio familiar sempre foi – e ainda é – muito acentuada”. Ela conclui que “tanto quem elabora a lei, como quem a aplica, não esconde a intenção de

---

(...)

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1907, 19º da Republica.  
AFFONSO AUGUSTO MOREIRA PENNA.  
Augusto Tavares de Lyra.

<sup>43</sup> Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/518628>. Em linha. Acesso em 18.03.2019.

<sup>44</sup> CÓDIGO CIVIL: histórico. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. v. 15, p. 385-396.

manter os bens no âmbito doméstico, sem atentar às consequências de tal postura”, e continua, dizendo que “não se vislumbra, nem no legislador, e nem no juiz, o mínimo constrangimento em comprometer a própria sobrevivência de quem possa ameaçar a integridade patrimonial da família”<sup>45</sup>

Dessa forma, observa-se que toda a base normativa que foi sendo construída nos últimos dois séculos prima pela proteção de uma parte da herança para determinados herdeiros, seja pelo costume, seja pela vontade presumida do falecido. Veja-se a seguir a legislação atual.

## 2.2. DO DIREITO APLICADO ATUALMENTE

Diante da resumida digressão histórica, percebe-se que a legislação atual é fruto da evolução desse entendimento de que sempre deverá ser garantido aos parente próximos uma parte da herança.

Nos ordenamentos brasileiro e português coexistem dois tipos de sucessão: legítima e testamentária. O direito de suceder pode ser originado de uma vontade expressa ou de uma vontade presumida do autor da herança (o que o legislador imaginou que seria o desejo do autor – que é representada pela ordem de vocação hereditária)

A vontade presumida é que determina a fixação dos herdeiros necessários ou legitimários, ainda que o autor tenha deixado testamento indicando ser sua vontade deixar seus bens a pessoa diversa: ele só poderá dispor da cota disponível do que possui.

O Código Civil português determina uma cota legítima obrigatória variável em conformidade com a quantidade e qualidade dos herdeiros. Se houver cônjuge e filhos (ou ascendentes), a legítima será de dois terços da herança, o que torna a parte disponível um terço (igual à já estudada “terça” de outrora).

Caso não reste cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos será de metade da herança se existir só um filho, e de dois terços se forem dois ou mais. O cônjuge que herda sozinho tem como legítima a metade dos bens do falecido. *In verbis*:

Artigo 2156.º (Legítima)

Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.

---

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório. Em linha. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_780\)questoes\\_patrimoniais\\_e\\_aspectos\\_eticos\\_do\\_direito\\_sucessorio.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_780)questoes_patrimoniais_e_aspectos_eticos_do_direito_sucessorio.pdf). Acesso em 18.03.2019

Artigo 2157.º (Herdeiros legitimários)

São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

Art. 2158. (Legítima do cônjuge)

A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.

Art. 2159. (Legítima do cônjuge e descendentes)

1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.

Art. 2160.º (Legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes)

Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima.

Art. 2161. (A legítima do cônjuge e dos ascendentes)

1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança.
2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.

Artigo 2163.º (Proibição de encargos)

O testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro.

Interessante é a garantia legal da intangibilidade da legítima tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo: no aspecto quantitativo quando protege-se a cota reservada da legítima, garantindo que não se teste validamente quanto à essa parcela, além de não permitir que o autor da herança realize doações, mesmo em vida, que ultrapassem os limites da parte disponível, previsão do art. 2168 do Código Civil:

ARTIGO 2168º (Liberalidades inoficiosas)

518 Dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários. ARTIGO 2169º (Redução) As liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida.

Há também a proteção no aspecto qualitativo, reputando-se nulas as cláusulas que de qualquer forma restrinjam, sem justificativa, o direito de propriedade dos bens herdados<sup>46</sup>:

---

<sup>46</sup> Exemplo de como a lei portuguesa é aplicada na garantia da legítima é o julgamento do Processo nº 258/10.7TCGMR.G1.S1, Relator Julio Gomes, julgamento em 31/01/2017: “Sendo contrários à lei e à ordem pública, devem reputar-se como não escritos o encargo e a condição, contidos em cláusula testamentária, prevendo um mecanismo que representaria um obstáculo prático, de duração indefinida, à livre circulação dos bens (bem imóvel e bens móveis) com que se compõem as quotas dos herdeiros – aliás, em violação da própria legítima – comprometendo ou esvaziando também o direito de partilha dos herdeiros, direito irrenunciável e indisponível.

ARTIGO 2163º (Proibição de encargos)

O testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro.

No Brasil, a cota legítima da herança é de metade se existirem herdeiros necessários (que são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes na ausência desses últimos), não importando a quantidade de herdeiros.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

(...)

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.

(...)

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

---

Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 258/10.7TCGMR.G1.S1, Relator Julio Gomes, julgamento em 31/01/2017.

I – Não competindo ao STJ, como tribunal de revista, apreciar o julgamento da matéria de facto, vedado lhe está censurar a actuação da Relação que, em apelação interposta de sentença proferida na sequência de anulação de anterior julgamento entendeu não alterar certos pontos da matéria de facto fixada neste último.

II – O **testamento** deve ser interpretado de acordo com o pensamento e vontade do testador manifestada no texto e no contexto, isto é, na declaração escrita propriamente dita e nas circunstâncias económicas, sociais, políticas, familiares, religiosas em que o mesmo foi outorgado e com o sentido e significado que o testador quis dar às palavras com que exteriorizou a sua vontade.

III – A interpretação do **testamento**, no sentido da descoberta da vontade real do testador, pode constituir: - *questão de direito* se feita única e exclusivamente com recurso ao texto do **testamento**; neste caso o STJ pode conhecê-la; - *questão de facto* se for feita com recurso a prova complementar, e neste caso é da exclusiva competência das instâncias, mas sem prejuízo de o Supremo poder sindicá-la, nos termos do artº 2187º nº 2 do C. Civil, a correspondência da vontade do testador assim determinada, com o contexto do **testamento**.

IV - A integração (ou interpretação integrativa) da declaração testamentária justifica-se apenas para assegurar a eficácia e os modos de execução da vontade manifestada, não para a substituir nem para lhe acrescentar algo que se ignora se foi ou não querido pelo testador.

V – Assim, legado um imóvel a uma instituição de beneficência sob a condição resolutiva expressa de a legatária continuar a exercer a sua actividade numa determinada localidade, não é possível interpretar o **testamento** no sentido de a cessação de actividade nesse imóvel e subsequente alienação do mesmo, constituírem também condições resolutivas do legado.

VI – Prevendo a testadora, para além da apontada condição resolutiva, a reversão do imóvel, em caso de dissolução da legatária, para outra instituição, “livre de interferência governativa ou de qualquer espécie” e em caso de interferência governativa ou ameaça dela na beneficiária ou na actividade por ela prosseguida no imóvel legado, neste caso a favor do seu herdeiro ou sucessores, não é equiparável a tal interferência a notificação camarária para vistoria destinada a averiguar as obras necessárias para conservação e segurança do edifício.

VII – As interferências governativas ou de qualquer outra espécie a que alude o **testamento** outorgado em 1920. como causa de extinção de um legado pio, só se compreendem à luz do ambiente político-ideológico, marcadamente anticlerical e anticatólico da 1ª República. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 13706/09.OT2SNT.L1.S1, Relator Fernando bento, julgado em 08/05/2013

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

Como se observa, a legislação segue a linha do regulamento de Portugal, inclusive quanto ao aspecto qualitativo, também prevendo que o autor da herança poderá impor cláusulas limitando a parte legítima, mas apenas se houver “justa causa”.

O código seguiu o que vinha sendo estabelecido sobre a presunção legal da vontade do autor da herança para os casos em que não deixe disposições de última vontade, também impedindo que o autor da herança ceda gratuitamente enquanto vivo mais da metade de seu patrimônio, na forma do art. 549 do Código Civil Brasileiro:

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Mesmo com a proibição, são frequentes os casos de doações que ultrapassam metade do patrimônio do doador, que são contestadas judicialmente, sendo que o Poder Judiciário vem protegendo a manutenção da legítima, ao anular as doações que excederem a cota disponível, inclusive quanto a herdeiros nascidos após as doações efetuadas<sup>47</sup>.

Diante da legislação e dos julgados, percebe-se que a legislação luso-brasileira é homogênea no entendimento sobre a cogência da reserva da legítima e sua garantia, garantia

---

<sup>47</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO. 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 2. DOAÇÃO EM VIDA DE TODOS OS BENS IMÓVEIS AOS FILHOS E CÔNJUGES FEITA PELO AUTOR DA HERANÇA E SUA ESPOSA. HERDEIRO NECESSÁRIO QUE NASCEU POSTERIORMENTE AO ATO DELIBERALIDADE. DIREITO À COLAÇÃO. 3. PERCENTUAL DOS BENS QUE DEVE SER TRAZIDO À CONFERÊNCIA. 4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora rejeitados os embargos de declaração, tem-se que a matéria controvertida foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que sucinta, com enfoque suficiente a autorizar o conhecimento do recurso especial, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. Para efeito de cumprimento do dever de colação, é irrelevante o fato de o herdeiro ter nascido antes ou após a doação, de todos os bens imóveis, feita pelo autor da herança e sua esposa aos filhos e respectivos cônjuges. O que deve prevalecer é a ideia de que a doação feita de ascendente para descendente, por si só, não é considerada inválida ou ineficaz pelo ordenamento jurídico, mas impõe ao donatário obrigação protraída no tempo de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio recebido à colação, a fim de igualar as legítimas, caso não seja aquele o único herdeiro necessário (arts. 2.002, parágrafo único, e 2.003 do CC/2002).

3. No caso, todavia, a colação deve ser admitida apenas sobre 25% dos referidos bens, por ter sido esse o percentual doado aos herdeiros necessários, já que a outra metade foi destinada, expressamente, aos seus respectivos cônjuges. Tampouco, há de se cogitar da possível existência de fraude, uma vez que na data da celebração do contrato de doação, o herdeiro preterido, ora recorrido, nem sequer havia sido concebido.

4. Recurso especial parcialmente provido.

essa que já tem início ainda durante a vida do parente sucessível, não havendo grandes discussões doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o assunto.

### 2.3. EXCEÇÕES: DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE

No direito brasileiro e português, para excluir um herdeiro necessário ou reservatário não basta a exclusão pura e simples dele no testamento, já que é cogente a norma que assegura a reserva da legítima.

Entretanto, há situações excepcionais que possibilitem a exclusão de herdeiro necessário. Nos dois ordenamentos há a previsão de exclusão de herdeiro por indignidade e deserdação, institutos muito parecidos em suas previsões legais. Veja-se primeiro o que prevê o Código Civil de Portugal:

#### ARTIGO 2034º (Incapacidade por indignidade)

Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:

- a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
- b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
- c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
- d) O que dolosamente subtraíu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.

(...)

#### Artigo 2166.º (Deserdação)

1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legítimo, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências:

- a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão;
- b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas;
- c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.

2. O deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais.

No direito brasileiro, para excluir um herdeiro necessário, as condições são praticamente as mesmas, com pequena diferença quanto à indignidade de herdeiro, onde não

prevê o caso de subtração, ocultação ou falsificação do testamento, prevendo apenas o gravame quanto aos crimes de homicídio, crimes contra a honra e tentativa de impedir o testamento:

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.

Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

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.

O herdeiro é excluído por indignidade pela prática dos atos acima descritos, sendo que os efeitos são pessoais: a lei considera como se fosse herdeiro pré-morto, herdando seus descendentes em seu lugar, mesmo contra a vontade do testador.

Há também a possibilidade deserdação por meio de disposição testamentária, nos mesmos casos da indignidade e ainda por ofensa física, relações ilícitas com madrasta/padrasto/nora/genro e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, somente o último caso (desamparo) previsto na legislação portuguesa.

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 o 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.

Parte considerável da doutrina, a exemplo de Maria Berenice Dias, considera que somente esses casos raros e taxativos são insuficientes para abarcar todos os motivos

legítimos que levariam um parente a decidir por não deixar seu patrimônio ao outro após a sua morte:

É desastroso – para dizer o mínimo – limitar as causas de exclusão que autorizam excluir o herdeiro, o que não permite penalizar ações outras com a exclusão da herança. Um exemplo basta para flagrar esta incongruência. A injúria grave autoriza a deserdação, mas o estupro não. Ora, se cabe ao juiz declarar a indignidade e a deserdação, mister que fosse assegurado a ele o encargo de identificar os motivos que justificam penalizar o herdeiro indigno<sup>48</sup>

Existe proposição legislativa em trâmite no Brasil que busca adicionar ao rol entre os casos de deserdação o abandono dos ascendentes ou descendentes em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou instituições similares. A proposta busca alterar o Código Civil e já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, agora em trâmite no Senado brasileiro<sup>49</sup>.

A proposta é positiva, mas ainda pouco ambiciosa para resolução do problema aqui tratado, já que o rol continua taxativo.

Outra crítica ao instituto da deserdação também cabe pela dificuldade de operacionalizá-la: apenas o Poder Judiciário poderá declarar em definitivo a exclusão de herdeiro, após comprovada a veracidade das declarações do autor da herança.

Imagine-se um caso de adultério entre a esposa do autor da herança e seu filho, que cause a deserdação do filho: será extremamente difícil comprovar-se judicialmente atos praticados em local privado, e sem registro algum. O que acabará por ocorrer é a desconsideração da deserdação pela falta de comprovação, após um longo e constrangedor processo para toda a família, e pior, com desrespeito à vontade do titular do patrimônio.

Nesse ponto o direito português caminha um pouco mais à frente: prevê que a deserdação será operacionalizada na própria ação de inventário, e o herdeiro prejudicado com a exclusão é quem deverá impugnar a deserdação, ele sim tendo que infirmar o declarado pelo autor da herança, comprovando que os motivos alegados não existem e que tal determinação não deverá ser aplicada:

ARTIGO 2167º (Impugnação da deserdação)

A acção de impugnação da deserdação, com fundamento na inexistência da causa invocada, caduca ao fim de dois anos a contar da abertura do testamento.

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

<sup>49</sup> Projeto de Lei 3145/15, do deputado , disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>

Dessa forma, vê-se que no direito luso-brasileiro, apenas por motivos taxativos, graves e bem raros na prática, pode o autor da herança privar um herdeiro necessário da legítima pela deserdação declarada em testamento, e em todos os casos com necessidade de sentença confirmatória da exclusão, observando-se que no Brasil o ônus da prova é dos demais herdeiros, e em Portugal o ônus da prova é do herdeiro excluído, tendo presunção de veracidade as declarações do *de cujus*.

Uma novidade muito positiva foi o advento da Lei nº 48/2018, de 14 de agosto alterou o Código Civil de Portugal para possibilitar a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, em uma mudança que privilegia a autonomia individual e o planejamento sucessório das famílias.

De acordo com o regime legal atualmente vigente em Portugal, o casamento implica necessariamente que os cônjuges se tornem herdeiros legitimários (herdeiros necessários na expressão utilizada no Brasil), independentemente do regime de bens que haja sido convencionado, mesmo que seja o regime de separação de bens, inclusive.

A Lei nº 48/2018 vem ao socorro dos casais, querendo celebrar o casamento, não tem o desejo de que o património pessoal seja herdado pelo consorte. A doutrina explica que tal circunstância é bastante evidenciada em casais que, tendo família anteriormente constituída, não pretendem ver transmitidos os seus bens para quem nada contribuiu para a criação desse património.

De qualquer maneira, o simples fato de não desejar contemplar os descendentes, cônjuge e ascendentes jamais bastará para excluí-los da sucessão tendo em conta o direito atual de Brasil e Portugal, o que apresenta-se de forma bem diferente em outros países, como será visto no próximo capítulo.

### **CAPÍTULO 03 - DIREITO COMPARADO COM O ORDENAMENTO DOS PAÍSES ONDE EXISTE PLENA LIBERDADE DE TESTAMENTO**

Já analisamos a legislação de Brasil e Portugal, observando que no Brasil a legítima é deferida aos descendentes, cônjuge e ascendentes (na ausência de descendentes), na porção fixa de 50% do patrimônio, enquanto em Portugal se houver cônjuge e filhos (ou ascendentes), a legítima será de dois terços da herança, o que torna a parte disponível um terço (igual à já estudada “terça” de outrora), e caso não reste cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos será de metade da herança se existir só um filho, e de dois terços se forem dois ou mais.

Na maioria dos países europeus tem-se a presença da legítima, com variações quanto aos quantitativo e aos beneficiários: na Alemanha o art. 2.309 do BGB prevê a metade para cônjuge e descendentes,<sup>50</sup> na Holanda, a legítima é restrita apenas aos descendentes do falecido, não abrangendo cônjuge nem ascendentes, e correspondendo à metade da herança (artigo 4:64 BW).<sup>51</sup>

Na França, a legítima é deferida apenas aos descendentes do falecido, e ao cônjuge, se não existirem descendentes<sup>52</sup>, enquanto ascendentes colaterais não são contemplados. Essa restrição pode chegar a 3/4 da herança: corresponde à metade caso o falecido deixe apenas um filho, 2/3 se deixar dois filhos e 3/4 se deixar três filhos ou mais, enquanto a legítima do cônjuge equivale a um quarto dos bens da herança e só é obrigatória se não existirem descendentes<sup>53</sup>.

Tal como em Portugal e França, na Itália a legítima é variável pela quantidade e qualidade dos herdeiros: se for apenas um filho, a legítima representa a metade, se forem dois ou mais, a reserva é de dois terços; se forem os herdeiros ascendentes, a legítima é de um terço; já em favor do cônjuge que herda sozinho a reserva é de metade dos bens, herdando com um filho, a legítima para cada um é de 1/3, e herdando com mais filhos, sua legítima é de 1/4, contra 1/2 para os filhos<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> VALLET GOYTISOLO, Juan. *Derecho Sucesorio Comparado: Conflictos de leyes en materia de sucesiones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968.

<sup>51</sup> Disponível em: [https://e-justice.europa.eu/content\\_general\\_information-166-nl-pt.do?member=1#toc\\_3](https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-nl-pt.do?member=1#toc_3)

<sup>52</sup> CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. *Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 253.

<sup>53</sup> Art. 913 do Código Civil. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)

<sup>54</sup> Disponível em: [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_dICTUM/codciv/Lib2.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_dICTUM/codciv/Lib2.htm)

Na Inglaterra, onde a regra é a plena liberdade de testamento, para evitar que os parentes dependentes ficassem à míngua em caso de não lhes ser destinada parte da herança, foi criado o “Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975”<sup>55</sup> (Lei de Herança (Provisão para Famílias e Dependentes) de 1975), que alterou a “Inheritance (Family Provision) Act” (Lei de Herança (Prestação Familiar)), de 1938, voltado exclusivamente para o conjuge e os filhos do falecido<sup>56</sup>.

Esta legislação permite ao Poder Judiciário que altere a configuração da divisão da herança (normalmente para ampliar), a pedido de cônjuge, ex-cônjuge, filho ou dependente do falecido nos casos em que a vontade da falecida ou mesmo as regras padrão de sucessões deixam de fazer provisão financeira razoável para o sustento digno do peticionante. As pessoas que são legitimadas a fazer tal pedido são especificadas:

- (a) o cônjuge ou parceiro civil do falecido;
- (b) um ex-cônjuge ou ex-parceiro civil do falecido, mas nenhum que tenha formado um casamento ou união civil subsequente;
- (bA) qualquer pessoa (não sendo uma pessoa incluída nos parágrafos (a) ou (b) acima) a quem a subseção (1A) [F3 ou (1B)] abaixo se aplica;
- (c) um filho do falecido;
- (d) qualquer pessoa (não sendo um filho do falecido) em relação a qualquer casamento ou parceria civil em que o falecido foi a qualquer momento uma parte, ou de outra forma em relação a qualquer família em que o falecido permaneceu em qualquer momento no papel de pai / mãe, foi tratado pelo falecido quando criança 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.

A lei inglesa, sem adentrar, a priori, na legislação posta e na liberdade de testar, garante aos parentes próximos e aos que eram comprovadamente sustentados pelo falecido o direito de reclamar por um quinhão caso considere que ficará à míngua com a divisão da herança como está posta.

Observa-se a preocupação da lei de garantir a manutenção do padrão de vida ao cônjuge, companheiro, filhos, enteados, ou qualquer pessoa que fosse financeiramente mantido pelo de cujus antes do falecimento. A lei especifica o que seria “financeiramente mantida”:

Para os fins da subseção (1) (e) acima, uma pessoa deve ser tratada como sendo mantida pelo falecido (seja no todo ou em parte, conforme o caso) somente se o falecido estava fazendo uma substancial contribuição em dinheiro ou valor em

---

<sup>55</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63/contents>

<sup>56</sup> CLARK, J. B. Parry & Clark. *The Law of Succession*, 8 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, p. 101.

dinheiro para as necessidades razoáveis dessa pessoa, além de uma contribuição feita para completa consideração valiosa nos termos de um acordo de natureza comercial.<sup>57</sup>

Quanto aos filhos, enteados e conjuge, a lei dá a liberdade ao julgador de avaliar qual seria o valor razoável “necessário para sua manutenção”, claramente no sentido de manter o padrão de vida proporcionado pelo de cujus enquanto presnete. Quanto aos demais, a lei diz que deve ser garantida a quantia “razoável em todas as circunstâncias do caso para o requerente receber pela sua manutenção”, mantendo a mesma fórmula.

Para garantir que apenas as pessoas realmente próximas do falecido fossem beneficiadas com a legislação, em 1996 passou a vigorar a necessidade de demonstração de que o cônjuge, parente ou dependente estivesse residindo nos últimos dois anos com o falecido:

F5 (1A) Esta subseção se aplica a uma pessoa se o falecido faleceu em ou após 1º de janeiro de 1996 e, durante todo o período de dois anos terminando imediatamente antes da data em que o falecido morreu, a pessoa estava vivendo:

- a) no mesmo endereço que o falecido, e
- b) como marido ou esposa do falecido.<sup>58</sup>

Esta exigência torna mais compreensível a manutenção da única disposição que considera-se obsoleta na lei inglesa: a contemplação de ex-cônjuge ou ex-companheiro como beneficiários, já que, em não sendo mais cônjuge ou companheiro, não há que falar-se em comunhão de vida ou de despesas que justifique tal disposição, a não ser que houvesse pagamento de pensão, o que não é citado na lei.

Pensa-se que deve ser um resquício da lei original, datada de 1975, ocasião em que a maior parte dos ex-cônjuges eram mulheres que ainda viviam de pensões dos antigos maridos, realidade hoje bastante modificada. De qualquer forma, a exigência de residir junto com o falecido resolve essa problemática: os ex-cônjuges que serão contemplados serão aqueles que conviviam com o falecido, em uma situação de “amizade” ou mesmo em uma situação de reconciliação não documentada.

De acordo com a legislação, até mesmo um irmão, afilhado ou amigo que vive às expensas do falecido poderia peticionar pedindo que lhe seja revertida a renda necessária

---

<sup>57</sup> [F9(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.]

<sup>58</sup> 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) as the husband or wife of the deceased.]

para a sua manutenção, que será determinada, segundo as circunstâncias do caso concreto, pelo magistrado.

A ideia de um mínimo a ser destinado a quem já gozava do patrimônio do de cujus em vida faz todo o sentido e pode até mesmo ser considerada como “vontade presumida” do falecido, considerando que nem todos se planejam a tempo para fazer um testamento, ou até mesmo chegam a fazê-lo, mas não atualizam as disposições frente as mudanças que vão ocorrendo em sua vida.

Para esses casos, nos quais fica evidente a proximidade familiar ou mesmo afetiva do falecido, com a comprovação de que eram mantidas ou ajudadas por ele em vida, os que eram beneficiados pelo seu patrimônio em vida também poderão gozar desse benefício após a sua morte.

Ainda há duas observações importantes precisam ser feitas sobre a lei em comento: a consideração da situação pessoal do peticionante e também da consideração da questão afetiva em relação ao falecido na determinação de quem deverá ser beneficiado com a provisão.

O cônjuge casado em separação de bens não terá o direito de requerer cota hereditária, e caso seja casado em outro regime não precisará demonstrar a necessidade de percepção da herança para sua manutenção, bastando comprovar que a provisão financeira requerida seria compatível com uma eventual “meação”, o mesmo se aplicando para o companheiro.

Quanto aos demais, deverão demonstrar que a provisão financeira requerida “seria razoável em todas as circunstâncias do caso para o requerente receber pela sua manutenção”, sendo, nesse caso, necessário analisar a circunstância pessoal do requerente.

Observa-se que o regime é bastante diferenciado para o cônjuge sobrevivente e para os demais parentes. J. B. Clark chama de “the surviving spouse standard”, explicando que “em suma, o padrão é a prestação razoável em todas as circunstâncias”<sup>59</sup>, e não somente quando o cônjuge demonstrar que precisa das provisões para a sobrevivência. Como comentado, o instituto aproxima-se da meação do direito brasileiro e português.

Para que se possa visualizar melhor a situação, imagine-se o seguinte caso: um filho que não resida com o pai falecido e também não tenha necessidade de uma parte da herança

---

<sup>59</sup> CLARK, J. B. Parry & Clark, 1983, p. 103.

para sustentar-se, por já ter economia própria e já não depender do pai quando da morte do genitor, por exemplo, não seria beneficiado pela legislação inglesa.

Por outro lado, uma filha menor de idade, que resida com o pai e por ele era sustentado, ao deparar-se com um testamento que não o contempla é o exemplo perfeito do herdeiro que a lei busca proteger: ele poderá requerer ao Poder Judiciário que garanta-lhe a cota hereditária que faça frente às despesas que o pai fazia em vida, garantido que continuará gozando do padrão de vida proporcionado pelo pai enquanto era vivo.

Os dois exemplos dão uma boa dimensão da razoabilidade das disposições da lei inglesa, que protege apenas quem precisa ser protegido. Pela lei brasileira, o filho do primeiro exemplo e a filha do segundo exemplo tem exatamente os mesmos direitos hereditários, que desconsideram totalmente sua condição pessoal.

Diante do observado, a legislação inglesa, embora antiga (de 1975) se coaduna com o atual estágio das relações familiares, também respeitando a vontade do autor da herança, que só será desconsiderada se houver justa causa, entendida como a falta de provisões para o cônjuge ou para os herdeiros que eram seus dependentes em vida.

Nos Estados Unidos, as leis tradicionalmente um caráter “nacional” como no Brasil e em Portugal, e em muitos assuntos sequer há regulamento escrito, sendo a tradição do common law muito forte. Mesmo onde há leis escritas, em muitos assuntos os estados ficam livres para legislar da maneira que lhe parecer melhor, como vemos frequentemente em questões como pena de morte e aborto, permitidas em alguns e estados e vedadas em outros.

Quanto ao direito sucessório, as leis também variam entre os estados. Em alguns estados aplica-se a tese da “propriedade comunitária” quanto aos direitos hereditários do cônjuge sobrevivente – algo na linha da “meação” no direito lusobrasileiro. Arizona, Califórnia, Idaho, Nevada, Novo México, Texas, Washington, Wisconsin, e Alaska adotam o conceito. Os estados restantes seguem a tradição da *common law*. Nesses casos, o cônjuge é meeiro, e pode ser excluído como herdeiro da parte particular do falecido.

Na tradição da *common law* não aplica-se a ideia de “propriedade comunitária”<sup>60</sup> nos bens adquiridos durante o casamento, sendo que a propriedade é determinada pelo nome constante no título ou pelo qual a propriedade foi adquirida, não importando quem pagou de fato pela propriedade.

---

<sup>60</sup> Inheritance Law and Your Rights. <http://estate.findlaw.com/wills/inheritance-law-and-your-rights.html>

Nesses estados, porém, o cônjuge sobrevivente normalmente tem proteção contra deserdação completa, sendo que cada estado observa diretrizes diferentes. O mais comum é conceder ao cônjuge sobrevivente um terço da propriedade do cônjuge falecido. Entretanto, se o cônjuge sobrevivente concordou por escrito a aceitar menos do que o valor normalmente concedido, não poderá reivindicar mais.

Portugal recentemente operou uma mudança nesse sentido: a Lei nº 48/2018, de 14 de agosto alterou o Código Civil de Portugal para possibilitar a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, em uma mudança que privilegia a autonomia individual e o planejamento sucessório das famílias.

De acordo com o regime legal atualmente vigente em Portugal, o casamento implica necessariamente que os cônjuges se tornem herdeiros legitimários, mesmo que seja o regime de separação de bens. A Lei nº 48/2018 vem ao socorro dos casais, querendo celebrar o casamento, não tem o desejo de que o patrimônio pessoal seja herdado pelo consorte, normalmente diante do fato de não pretenderem ver transmitidos os seus bens para quem nada contribuiu para a criação desse patrimônio.

Retornando à análise do direito norte-americano, observa-se que quanto aos descendentes menores, eles geralmente não tem nenhum direito hereditário legalmente protegido, mas isso não impede que, dadas certas circunstâncias, as crianças podem ter o direito de reivindicar uma parte da herança deixada. Há inclusive previsões para proteger o filho nascido após o testamento do pai, sendo que há leis que presumem que o ascendente não tinha a intenção de omitir o filho mais novo.<sup>61</sup>

Em todo caso, caso se deseje deserdar um descendente, o testamento deve indicar claramente essa intenção ou então o sobrevivente pode ter uma base legal para contestar a vontade.<sup>62</sup>

O que podemos perceber é que sempre haverá a intervenção judicial na execução dos inventários e partilhas nos Estados Unidos, sendo que os estados fornecem muitas informações aos cidadãos sobre o assunto, considerando que as leis são numerosas e confusas

---

<sup>61</sup> SCALISE, Ronald J. *New Developments in United States Succession Law*. Published by: Oxford University Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20454532>.

<sup>62</sup> Disponível em: <https://www.hg.org/inheritance-law.html>

a esse respeito. O estado da Califórnia disponibiliza um informativo aos cidadãos para que possam decidir sobre elaborar ou não um testamento, no qual relata as condições básicas sobre o documento e seus efeitos:

1. O que acontece se eu morrer sem um testamento? Se você morrer sem um testamento, o que você possui (seus "bens") será dividido entre seu esposo, companheiro, crianças, ou outros parentes de acordo com a lei do estado. O Tribunal irá nomear um parente para recolher e distribuir os seus activos.

2. O que um Testamento pode fazer por mim? Em um testamento você pode designar quem receberá seus bens após sua morte. Você pode designar alguém (chamado de "executor") para comparecer perante o tribunal, recolher seus ativos, pagar suas dívidas e impostos e distribuir seus ativos como você especificar. Você pode indicar alguém (chamado de "guardião") para acompanhar seus filhos menores de 18 anos. Você pode designar alguém (chamado de "tutor") para gerenciar os ativos dos seus filhos até que elas atinjam qualquer idade de 18 a 25 anos.

3. Será que um testamento evita a homologação perante o judiciário? Não. Com ou sem testamento, os bens em seu nome normalmente passam pela homologação de em tribunal, cujo primeiro trabalho do tribunal é determinar se seu testamento é válido

4. O que é propriedade comum? Posso dar a minha meação no meu testamento? Se você é casado e você ou seu cônjuge adquiriram bens durante o seu casamento advindo do trabalho e salários, esse patrimônio

é propriedade comum. Seu testamento pode somente tratar da sua meação, não a de seu cônjuge.

5. Meu testamento pode referir-se a todos os meus bens? Não. Dinheiro em um contrato de arrendamento ou conta bancária automaticamente pertence ao outro proprietário nomeado, sem homologação. Se o seu cônjuge, companheiro ou filho está na escritura de sua casa como um usuário comum, a casa passa automaticamente para ele ou ela. Os benefícios do plano de aposentadoria podem passar diretamente para o beneficiário nomeado<sup>63</sup>.

Observamos no estado da Califórnia a liberdade total de testar, podendo-se livremente deixar os bens somente ao cônjuge, somente aos descendentes ou somente a terceira pessoa a ser determinada no testamento.

A desvantagem observada nesse sistema é a sempre presente necessidade de homologação perante o Poder Judiciário, que ocorre com ou sem a existência de testamento, sendo diferente do Brasil, onde há a opção de fazer-se o inventário diretamente perante o Tabelião de Notas caso não haja testamento<sup>64</sup>. Em caso de testamento, somente se procede

---

<sup>63</sup> Disponível em:

[http://www.calbar.ca.gov/Portals/0/documents/publications/2014\\_CAStatutoryWillForm\\_ab\\_1986\\_bill\\_20100715.pdf](http://www.calbar.ca.gov/Portals/0/documents/publications/2014_CAStatutoryWillForm_ab_1986_bill_20100715.pdf)

<sup>64</sup> Com o advento da Lei 11441/2007 passou a ser possível a formalização do procedimento do inventário através de escritura pública lavrada no Tabelionato de Notas, o que inegavelmente trouxe enormes benefícios tanto ao Poder Judiciário quanto às partes, que agora possuem a faculdade de optar pelo procedimento extrajudicial, desfrutando dentre outros benefícios da celeridade e desburocratização. A prática é comum no Brasil, sendo que o inventário só é feito no Poder Judiciário quando há impossibilidade absoluta de fazê-lo na serventia extrajudicial. Lei disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)

perante homologação judicial, embora já haja corrente doutrinária que defende a mudança da lei nesse sentido.

Nos Estados Unidos, os casos envolvendo testamentos herança normalmente são julgados nas cortes locais e estaduais, sendo que em pouquíssimas oportunidades os casos chegam à Suprema Corte dos Estados Unidos, chamando tal regra inclusive de “probate exception to federal jurisdiction”, algo como “exceção de inventário à jurisdição federal”, para manter as questões relacionadas a execução de testamentos e partilhas fora dos tribunais federais.

Casos que envolvem questões de grande repercussão, entretanto, podem chegar à Suprema Corte por envolver questão que envolva a constitucionalmente de alguma norma, como foi o caso *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977)<sup>65</sup>, no qual a Corte invalidou qualquer discriminação do estado do Illinois em relação a filhos havidos fora do matrimônio.

Na década de 90 um dos poucos casos que chegaram à Suprema Corte foi o “*Marshall vs. Marshall*”, no qual a modelo Anna Nicole Smith buscava a metade dos US\$ 1,6 bilhões deixados pelo falecido marido, o bilionário da indústria do petróleo J. Howard Marshall. O marido não contemplou a esposa no testamento, deixando os bens unicamente para o filho.

A viúva contestou o testamento perante vários tribunais, alegando que o marido havia lhe prometido verbalmente deixar-lhe a metade da herança, e afirmando que as disposições contidas no testamento não correspondiam a real intenção do falecido. Seus argumentos não foram aceitos e a Suprema Corte confirmou o conteúdo do testamento, deferindo todo o patrimônio ao filho nomeado, após mais de uma década de batalha judicial<sup>66</sup>.

Essa é a linha do direito norte-americano: privilegiar a vontade do testador e só deferir proteção específica aos descendentes que forem dependentes do falecido, seguindo a tendência do direito inglês.

No Canadá, tal como nos Estados Unidos, a regra geral é a liberdade para excluir herdeiros por meio de testamento, regra que tem as características modificadas em cada província. Veja-se o exemplo da província de Ontário, onde ocorreu um caso curioso.

Um senhor chamado Eric Spence, que morreu em 2013, deixou testamento determinando que seu patrimônio não deveria ser revertido para uma de suas filhas, Verolin.

---

<sup>65</sup> Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/762/>

<sup>66</sup> Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/04-1544.htm>

Essa filha alegou que tal decisão foi motivada por racismo, uma vez que o pai teria ficado insatisfeito com o fato de que ela havia se relacionado com um homem branco e engravidado (Spence e Verolin são de família jamaicana).

No testamento, Eric Spence explicou que "Eu especificamente não deixo nada para [Verolin], como ela não tem comunicação comigo há vários anos e não demonstrou nenhum interesse em mim como seu pai".

Ela acionou o Poder Judiciário e levou testemunhas e documentos que comprovaram que Spence sempre teve relação próxima com ela e que cortou relações pessoais e resolveu deserdá-la após ela ter engravidado, tendo recusado contato com seu neto, Alexander, referindo-se à criança como sendo o “filho branco bastardo” da sua filha. Diante disso, ele deixou seu patrimônio para uma outra filha residente no Reino Unido a quem ele mal conhecia.

Em janeiro de 2015 o juiz C.A. Gilmore anulou o testamento do jamaicano porque entendeu que sua motivação foi abertamente racista, ofendendo toda a política pública na jurisdição canadense em se tratando de racismo, declarando que “Se não fosse pela evidência incontestada da Sra. Parchment e Verolin, a corte não teria outra alternativa a não ser ir além da redação do testamento. No entanto, é claro e não contraditório, a meu ver, que a razão para deserdar Verolin, como foi articulado pelo falecido, foi baseada em um princípio racista claramente declarado”<sup>67</sup>.

Entretanto, a Suprema Corte de Ontário<sup>68</sup> considerou que tratou-se de uma intervenção injustificada na manifestação de vontade do testador, que não deixou expresso a exclusão da filha por motivos racistas. Ademais, a Suprema Corte entendeu que a filha preterida não enquadrava-se nos direitos protegidos pela seções 58 e 60 da Lei de Reforma da Sucessão [SLRA], que protegem o direito dos dependentes de requerer intervenção estatal quando ficarem sem provimentos financeiros. A ONCA entendeu que os filhos adultos não enquadram-se na definição de “dependentes” no âmbito da lei sucessória citada, o que não gerava nenhum óbice para que Spence pudesse deserdar a filha.

De fato, a legislação sucessória de Ontário fala em “dependentes”, sendo que a própria lei declara que para seus fins, entende-se como dependente “a) o *cônjuge do falecido*,

---

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.thecourt.ca/ontario-superior-court-sets-aside-will-for-public-policy-grounds-in-spence/>

<sup>68</sup> Disponível em: <http://www.ontariocourts.ca/coa/en/>

*(b) um ascendente do falecido, (c) um filho do falecido, ou (d) um irmão ou irmã do falecido, a quem o falecido estava prestando apoio ou tinha a obrigação legal de prestar apoio imediatamente antes de sua morte”, e segue determinando que a petição da herança só poderá ser feita por quem já gozava do apoio financeiro do falecido enquanto ele vida tinha:*

58 (1) Quando um falecido, deixando testamento ou intestato, não tenha providenciado adequadamente o apoio adequado de seus dependentes ou de qualquer um deles, o tribunal, a pedido, poderá ordenar que tal disposição, como considere adequada, seja feita a partir do propriedade do falecido para o apoio adequado dos dependentes ou de qualquer um deles. R.S.O. 1990, c. S.26, s. 58 (1).<sup>69</sup>

O julgado é muito interessante porque leva a reflexão sobre o real significado da liberdade de testar e sobre seus limites, em uma ponderação com outras normas e princípios. Observa-se que há um grande respeito pelos motivos de foro íntimo que levam o autor da herança a optar por não contemplar algum parente próximo, afastando-se de um julgamento moral sobre tais motivos, julgamento este que foge à alçada do Estado.

No caso em tela, no testamento o autor declarou que a deserção se deu pelo afastamento da filha, e nos autos ficou demonstrado que esse afastamento deu-se pela chateação do autor da herança porque a filha casou-se com um caucasiano.

Essa motivação macularia de ilegalidade a manifestação de vontade? Entende-se que não. Imagine-se que ele tivesse deserdado a filha pelo fato de ela não ter cursado Direito e sim Jornalismo, por exemplo; ou pelo fato de ela torcer para o time de basquete do Chicago Bulls ao invés de torcer para o Toronto Raptors. Trata-se de motivo moralmente considerado “pequeno”, mas que ainda sim pertence ao foro íntimo do testador, que pode simplesmente, por direito, deixar seus bens para quem lhe aprouver, sem precisar sequer justificar tal escolha.

Analisando por outra ótica, o testador não tinha obrigação de deixar sua herança à filha Verolin, bem como ela também não tinha direito de receber qualquer provisão do pai, já que não era dependente dele, única categoria de parentes protegida pela lei canadense.

Dessa forma, a Suprema Corte de Ontário, afastando o direito sucessório de um julgamento moral sobre os motivos que levaram o testador a deserdar uma filha, fez valer a vontade do falecido para após sua morte.

Em outras ocasiões, porém, a justiça canadense invalidou a vontade do testador: no caso *Canada Trustco v Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 74 OR (2d) 481, Reuben Wells Leonard, que deixou uma quantia em dinheiro para um fundo fiduciário de

---

<sup>69</sup> Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90s26>

distribuição de bolsas, mas determinou que as bolsas fossem concedidas a indivíduos que fossem “*brancos, cristãos, de nacionalidade britânica ou filiação e que apenas vinte e cinco por cento do beneficiário das bolsas fossem mulheres*”.

Nesse caso, o Tribunal de Apelação de Ontário eliminou a linguagem discriminatória impugnada e extinguiu as condições inconstitucionais, baseadas em “*noções de racismo e superioridade religiosa*”. Em outra ocasião, um tribunal de Nova Brunswick invalidou a vontade testada do colecionador de moedas Robert Mc Corkill que havia deixado sua fortuna para um grupo neonazista de West Virginia<sup>70</sup>.

Nos dois últimos casos compreende-se que intervenção estatal ocorreu de uma maneira mais justificada: no caso do fundo fiduciário, as exigências a serem cumpridas caracterizariam verdadeiros atos de racismo (deixar de fornecer bolsas a pessoas unicamente por sua cor ou religião), o que não poderia ser operacionalizado diante da legislação vigente; no segundo caso, pelo fato comprovado do caráter neonazista do grupo apontado, considerando que a doutrina defendida também não coaduna-se com a legislação vigente.

Para quem opera no direito brasileiro e português e não está familiarizado com a ideia de liberdade total no direito de testar pode afigurar-se, à primeira vista, muito estranho o fato da exclusão de parentes próximos. Na realidade, no Brasil a lavratura de testamentos é pouquíssimo utilizada, o que é em grande medida explicado pela própria lei sucessória, como explica Venosa:

Divaga-se a respeito de por que o testamento é tão pouco utilizado entre nós. Uma primeira resposta a essa indagação é justamente porque a ordem de chamamento hereditário feito pela lei atende, em geral, ao vínculo afetivo familiar. Normalmente, quem tem um patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes. E são eles que estão colocados em primeiro lugar na vocação legal.<sup>71</sup>

Porém, nos países comentados (e em muitos outros cujo estudo demandaria um trabalho exclusivo para tanto) nunca pensou-se no fenômeno sucessório de forma diferente do respeito à vontade do falecido, em primeiro lugar. Vontade essa que só será desrespeitada caso haja o risco de algum dependente (normalmente filhos menores) ficar à míngua sem ter como manter-se.

Nesses países, como Inglaterra, Estados Unidos e Canadá, o direito admite que a ordem de vocação prevista em lei pode não corresponder a todas as particularidades e

---

<sup>70</sup> Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/sum-som-eng.aspx?cas=36904>

<sup>71</sup> VENOSA, Silvio. *Direito Civil - Vol. VII - Direito das Sucessões* - 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

circunstancias de ordem econômica e familiar do de cujus, deixando ao seu critério escolher seu sucessor conforme as afeições que possui e suas próprias convicções, o que não pode ser furtado *a priori* do cidadão.

Tem-se que o direito nesses países supre a necessidade de liberdade patrimonial do testador, respeitando a autonomia privada e autodeterminação do indivíduo, mas com a dose estritamente necessária de intervenção estatal a fim de evitar que pessoas que dependiam do autor da herança fiquem sem ter o mínimo patrimônio para manutenção do padrão de vida.

## CAPÍTULO 04 - A RESERVA DA LEGÍTIMA E SUA UTILIDADE NO CONTEXTO ATUAL

Para Jorge Duarte Pinheiro, o direito das sucessões enfrenta uma espécie de “crise”, diante do fato de que *“não tem acompanhado a evolução valorativa que se observa na sociedade portuguesa”*<sup>72</sup>.

Pamplona Corte-Real, na mesma linha, já nos idos dos anos 80 afirmava que o direito das sucessões *“tem vegetado à sombra de pressupostos historicistas algo desconstruídos”*, aduzindo que tal descompasso com a realidade contemporânea faz com que a lei sucessória traga *“soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar”*.<sup>73</sup>

Corte-Real nomeou tal fenômeno de *“imobilismo jus-sucessório”*. A crítica tem sua razão de ser. Os sistemas de direito sucessório atual (português e brasileiro) ainda baseiam-se em um conceito de família, de riqueza e de autonomia que há muito sofreu modificações substanciais, estando claramente em descompasso com o contexto social, familiar e econômico em que é hoje aplicado.

Para Jorge Duarte Pinheiro, a pouca sensibilidade à autonomia privada é uma das principais insuficiências do direito sucessório atual:

Num período em que se proclama a liberdade individual, depara-se com uma pesada sucessão injuntiva, como é a sucessão legitimária (cf. arts. 2156º e s.); numa altura em que se diz de pluralismo familiar, subsiste uma sucessão legal centrada na família conjugal (cf., p.e., arts. 2133º, nº 1, als. a) e b)); num momento em que se manifestam preocupações com justiça e equidade, verifica-se que as atribuições patrimoniais resultantes da sucessão legal e dos mecanismos das vocações indirectas não se orientam nem pelo mérito nem pelas necessidades concretas dos beneficiários<sup>74</sup>.

No início do século, Lacerda de Almeida já contestava a “presunção de afeição” que é o fundamento central da reserva da legítima, ao afirmar que ela *“pode ser desmentida pela realidade, nem está nas mãos do legislador suprir de modo completo as intenções do defunto”*.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 2 ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 41.

<sup>73</sup> CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. *Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, p. 10.

<sup>74</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte, 2013, p. 41.

<sup>75</sup> ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915, p. 194

Como não há “exposição de motivos” nas leis antigas que acabaram por ser a base das leis que hoje regulam o direito sucessório, partiremos dos pressupostos que, em linhas gerais, a doutrina convencionou que são a base da ideia atual na qual se assenta a reserva da legítima:

- PRESSUPOSTO 01: a herança é deferida a parentes próximos por ser a vontade presumida do *de cujus* de que quem era beneficiário de seu patrimônio em vida continue sendo *post mortem*;
- PRESSUPOSTO 02: a pessoa do cônjuge e dos filhos tem proteção especial tendo em conta a relação de proximidade afetividade e dependência financeira que teriam com o autor da herança.

Esse segundo pressuposto reflete uma “situação standard” que será usada como parâmetro nesta obra, considerando que sempre foi e ainda é mais comum o marido falecer primeiro que a esposa<sup>76</sup>, deixando então a viúva e os filhos.

De qualquer forma, o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos casos em que primeiro faleça a mãe, ou avô, ou filho, deixando como herdeiros os netos, ascendentes, viúvo, etc. O exemplo do pai de família como autor da herança será utilizado aqui por ser - estatisticamente - o que mais ocorre e também por ter sido com base nele que se construiu toda a nossa legislação.

Também observa-se que essa “situação standard” da família matrimonial continua configurando a maioria dos casos, mas hodiernamente acompanhada de outros diversos quadros familiares possíveis, diante das profundas mudanças na estrutura interna das famílias nas últimas gerações.

Primeiro, veja-se a figura dos filhos. Há que se admitir que a preocupação em proteger os filhos conferida tradicionalmente pela legislação é perfeitamente compreensível, considerando que, via de regra, os filhos tem uma relação afetiva estreita com pais e avós e também recebem sustento enquanto menores, e em muitas ocasiões, sustento ou auxílio já na maioridade por parte dos ascendentes.

---

<sup>76</sup> Segundo o IBGE, a expectativa de vida dos homens, em 2016, era de 72,9 anos, a das mulheres atingiu 79,4 anos. Disponível em: [ibge.gov.br](http://ibge.gov.br)

Entretanto, os avanços tecnológicos e científicos obtidos no último século foram determinantes para alterar um fator importante na lógica da “reserva da legítima” em prol dos descendentes.

A expectativa de vida mundial aumentou consideravelmente no último século: em 1900, por exemplo, esperava-se que um brasileiro vivesse em média 33 anos<sup>77</sup>. Esse brasileiro do início do século XX, mesmo que tivesse se tornado pai ou mãe muito jovem, ainda assim deixaria filhos menores, e muitos filhos, já que a taxa de fecundidade era bem maior que hoje.

A lei que obrigava esses pais a deixar seus bens aos filhos, dessa forma, servia a proteger cidadãos hipossuficientes, que ficariam à míngua em caso de não garantia da herança, além de que estava realmente conforme a “vontade presumida” das pessoas, que certamente deixariam sua herança para manutenção dos filhos menores.

Os ventos da mudança vieram bem fortes nesse aspecto, e a expectativa de vida atualmente no Brasil é de 75,5 anos<sup>78</sup> e em Portugal de 80,41 anos<sup>79</sup>. Tendo em vista que a maioria da população tem a idade reprodutiva entre 20 e 29 anos<sup>80</sup> no Brasil, sendo em Portugal a média de 30,2 anos<sup>81</sup> para o primeiro filho, percebe-se que atualmente a grande maioria da população vem a falecer quando os filhos já estão com mais de 40 anos de idade.

Mesmo para os que tiverem filhos em idade mais avançada, ainda assim ao falecerem deixarão filhos com idade suficiente para já terem terminado os estudos regulares, sendo que a tendência é que já sejam economicamente ativos.

---

<sup>77</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>

<sup>78</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2015/default.shtm>

<sup>79</sup> Fonte: Instituto Nacional de Estatística. Disponível em: [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=250156902&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=250156902&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt)

<sup>80</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: [https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfil\\_maes/Maes\\_jovens\\_e\\_maduras.pdf](https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfil_maes/Maes_jovens_e_maduras.pdf)

<sup>81</sup> Fonte: Instituto Nacional de Estatística. Disponível em: [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&indOcorrCod=0008219&contexto=bd&seITab=tab2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0008219&contexto=bd&seITab=tab2&xlang=pt)

Esses dados são fundamentais para iniciar a reflexão sobre a manutenção dessa “vontade presumida” calcada em uma época em que as pessoas nem chegavam aos 40 anos, já que as circunstâncias mudaram de maneira inquestionável, sendo que a grande maioria das pessoas ao falecer não deixa mais herdeiros incapazes, mas sim herdeiros adultos e capazes, aos quais já foi dedicada boa parte da vida e das posses do falecido, como regra geral, obviamente.

Outro dado que mudou substancialmente foi a questão da chamada “propriedade comum”. Diogo Leite Campos explica que normalmente quem usufrui do patrimônio de uma pessoa são seus parentes mais próximos, e devido a esse fato surgia uma “expectativa legítima” de que tal direito de fruição não terminasse com a morte do titular dos bens, sendo que o mais lógico seria a *“devolução a parentes mais próximos a que corresponderá melhor à vontade do autor da sucessão”*<sup>82</sup>.

Entretanto, o mesmo autor admite que o quadro em torno do qual foi construída essa vontade presumida vem mudando com o passar das eras:

Por um lado, os filhos saem mais cedo da casa dos pais mantendo contatos mais reduzidos com estes em termos de a fruição que tem dos bens dos pais (familiares) ser uma fruição mais curta no tempo e menos intensa. Por outro lado o próprio espaçamento das relações entre pais e filhos, o afrouxamento dos vínculos familiares e as crises em tais relações que daqui derivam, levam a perguntar se, ainda hoje, há um real fundamento para a sucessão necessária. Será que ainda é socialmente legítima, digna de proteção, a expectativa de filhos que há muito não contactam com os pais, ou que só contactam de quando em quando em vez? Que com eles tem reduzida comunhão espiritual, muitas vezes nem sequer assistência material, lhes prestam ou recebem? Quando os filhos viviam longos tempos com os pais muitas vezes em economia comum, ou pelo menos mantendo estritas relações, privá-los do patrimônio dos pais parecia uma violência. Sobretudo porque os filhos contavam com esse patrimônio para sua subsistência. Hoje, em que na maioria das vezes, escassos laços econômicos há entre pais e filhos maiores, e em que os filhos não contam normalmente com o patrimônio dos pais para a sua subsistência, por viverem do seu trabalho, e por a expectativa sucessória ser em idade já avançada dos filhos, as necessidades a tutelar por parte dos filhos e outros parentes próximos são seguramente mais fracas.<sup>83</sup>

Ostenta razão o autor, sendo que anteriormente, quando era comum os filhos casarem-se e continuarem na residência dos pais, muitas vezes vivendo sob economia comum, muito compreensível que a lei garantisse a eles o direito de permanecer usufruindo o patrimônio.

---

<sup>82</sup> CAMPOS, Diogo Leite, pág. 467.

<sup>83</sup> CAMPOS, Diogo Leite, pág. 467.

O fato de um filho usufruir do patrimônio de um pai durante toda a vida era um início de demonstração de que a “vontade presumida” do pai era de que ele continuasse a usufruir de tal patrimônio, o que inclusive tem previsão expressa no direito de alguns países, como já comentado, sendo um exemplo a Inglaterra, onde a lei sucessória garante a qualquer pessoa (que pode inclusive não ser parente) “*que imediatamente antes da morte do falecido estava sendo mantida, total ou parcialmente, pelo falecido*” possa pedir uma cota da herança para continuidade de sua manutenção.

A lei inglesa busca garantir a manutenção do padrão de vida ao cônjuge, companheiro, filhos, enteados, ou qualquer pessoa que fosse financeiramente mantido pelo de cujus antes do falecimento, e inclusive especifica o que seria “financeiramente mantida”:

Para os fins da subseção (1) (e) acima, uma pessoa deve ser tratada como sendo mantida pelo falecido (seja no todo ou em parte, conforme o caso) somente se o falecido estava fazendo uma substancial contribuição em dinheiro ou valor em dinheiro para as necessidades razoáveis dessa pessoa, além de uma contribuição feita para completa consideração valiosa nos termos de um acordo de natureza comercial.<sup>84</sup>

Nos dias atuais deixou de ser a regra os casos em que os filhos continuam a vida inteira na companhia dos pais e sob economia comum ou dependência financeira, situação que dificilmente apresenta-se vantajosa para os filhos, para os pais e para a sociedade em geral, que conta com a força de trabalho dessas pessoas por inúmeros motivos que aqui não merecem discussão.

Observando a legislação regente, vê-se que a responsabilidade patrimonial para com os filhos, tanto no direito português<sup>85</sup> quanto no brasileiro<sup>86</sup>, não subsiste por prazo indefinido, mas apenas até a maioridade, como regra. E essa responsabilidade resume-se ao

---

<sup>84</sup> [F9(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.]

<sup>85</sup> Código Civil de Portugal:

ARTIGO 1877.º - Duração *das* responsabilidades parentais

Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação.

ARTIGO 1878.º - Conteúdo *das* responsabilidades parentais

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

<sup>86</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

sustento dos filhos, em nada prevendo que eles terão direito também ao patrimônio acumulado pelos pais.

Dessa forma, também não há o que falar-se em obrigação dos pais (e como consequência, direito dos filhos) de contemplar os descendentes com patrimônio, mas apenas de prover seu sustento enquanto necessitam.

O que se observa hodiernamente é que também não existe mais como regra a chamada “economia comum” nem a permanência dos filhos na casa dos pais, sendo o caminho normal dos filhos concluírem os estudos, iniciarem atividade remunerada no mercado de trabalho, casarem-se e saírem da casa dos pais para constituir (e sustentar) sua própria família.

Esse distanciamento normalmente estabiliza-se com a prática de visitas à casa dos pais (e também o contrário) com maior ou menor frequência, com a manutenção de alguma convivência familiar. Entretanto, em muitos casos pais e filhos distanciam-se em grande medida, seja por uma desavença não superada, seja pela simples falta de interesse mútuo, seja por qualquer motivo, passando a deixar de ter convivência.

Essa é uma das causas de surgirem casos como o de Eric Spence: pessoas que pretendem que um herdeiro legítimo não goze de seu patrimônio *post mortem* e pretendem deixar o seu patrimônio em maior parte para outro herdeiro legítimo, ou, em detrimento de todos os herdeiros legítimos, deixar os bens para terceira pessoa (ex: quem lhe prestou cuidados durante a velhice, um sobrinho ou afilhado que lhe fez companhia por toda a vida, etc.).

No caso de Eric Spence, ele poderia ter deixado de contemplar a filha Verolin simplesmente por não vê-la há anos, o que já seria perfeitamente justificador da escolha, diante do fato de não haver mais vínculo afetivo entre eles, e também ausente a necessidade material da herdeira apta a obrigar o pai a deferir-lhe patrimônio.

Como já comentado, muitos doutrinadores consideram prejudicial a garantia da cota legítima a determinados herdeiros, sendo fator de “diminuição do estímulo ao trabalho e à produção” por levar os sucessíveis obrigatórios a esperar viver à custa da herança, com defende Luís A. Carvalho Fernandes:

Não faltam, na verdade, vozes a opor-se à razão de ser, no plano social, desta garantia de atribuição, a certos familiares, de uma parte da herança. Ela implica, diz-se, consequências negativas, que a desaconselham.

Assim, a sucessão legitimária conduziria com frequência à pulverização das unidades produtivas, por determinar a sua partilha entre os beneficiários da legítima. Seria também um factor de diminuição do estímulo ao trabalho e à produção, levando os sucessíveis legítimos a esperar viver à custa da herança. Estes males são afastados se se reconhecer ao autor da sucessão ampla liberdade de testar. Por esta via, ele pode

não só assegurar a unidade e continuidade de seus empreendimentos, como selecionar os sucessíveis que tenha por mais aptos para tomarem sua direção<sup>87</sup>.

O que o autor defende não é exatamente o pensamento aqui trazido, por pensar no fenômeno sucessório do ponto de vista de quem herda (ignorando o ponto de vista de quem é autor da herança), acreditando que a reserva da legítima não é uma garantia positiva para o próprio herdeiro, além de não o ser para a coletividade.

Neste trabalho busca-se, todavia, avaliar o fenômeno tendo como personagem central o autor da herança, a quem deve ser dado todo o protagonismo no que tange ao destino do seu patrimônio, tanto na vida quanto *post mortem*. A ele é que deve ser conferida a liberdade patrimonial como regra, agindo o Estado apenas quando se tratar das exceções, e após avaliar, por meio de juízo de ponderação, se o caso é suscetível a intervenção estatal.

A observação do fenômeno sucessório do ponto de vista do proprietário já recebia tratamento privilegiado na Roma Antiga, como demonstra a já apresentada análise do direito hereditário na Roma antiga, feita por Coulanges, pensamento a respeito do qual transcrevemos mais um trecho:

Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece.

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. — “A religião prescreve — diz Cícero — que os bens e o culto de cada família sejam inseparáveis, e que o cuidado dos sacrifícios seja sempre confiado àquele a quem cabe a herança(1).” — Em Atenas, os termos em que um litigante reclamava uma sucessão eram estes: “Refleti bem, juízes, e disse qual de nós deve herdar os bens de Filoctémon, e fazer os sacrifícios sobre seu túmulo (2).” — Pode-se afirmar mais claramente que o cuidado do culto não se podia separar da sucessão? O mesmo acontece na Índia: “A pessoa que herda, seja quem for, fica encarregada de fazer ofertas sobre o túmulo(3).”<sup>88</sup>

Dessa forma, vê-se que a religião era intimamente ligada ao direito romano, e essa mescla determinava que a herança seria conferida a quem honrasse a memória do falecido: “*não se podia adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade*”.

A ideia é muito interessante e faz sentido também nos dias atuais, tendo a intenção de garantir que a pessoa que herda continuará com o “culto”, o que, atualmente, poderia ser traduzido em continuar com “as ideias, o modo de vida”, em satisfação de quem

---

<sup>87</sup> FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*; 2012, 4ª ed., p. 31.

<sup>88</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008. p. 61.

não está mais aqui. Perfeitamente compreensível que os herdeiros sejam as pessoas com quem o autor da herança tenha mais empatia, mais entendimento, mais proximidade em vida, a pessoa que recordará a sua memória, que lhe prestará homenagens.

Questão interessante é a seguinte: e se a pessoa que honrará a memória do falecido, com homenagens e lembranças pessoais, não for necessariamente a que possui laços de sangue com o falecido?

Essa questão não tinha espaço na época antiga, onde a autoridade entre ascendentes e descendentes era a regra, bem como a convivência contínua durante toda a vida: ou seja, nessa época os pais e filhos viviam próximos por toda a vida, e os desentendimentos – certamente existentes – não eram de grande frequência, considerando que a difusão de ideias e conhecimentos não era tão grande, e as preocupações com questões mais básicas de sobrevivência acabavam tomando todo o tempo que hodiernamente é dispendido com questões ditas “menores”.

Então podemos dizer, sem medo de exagerar, que nessa época, os filhos efetivamente eram a “continuação” dos pais, repetindo em grande medida seus ensinamentos e honrando sem dúvida sua memória, sendo os núcleos familiares mais coesos e próximos. Dessa forma, fora a questão específica das descendentes mulheres, pode-se dizer que a lei realmente cumpria seu objetivo: quem adquiria a propriedade adquiria também o culto.

Trazendo esse pensamento para os dias atuais, vê-se que o dito “culto” que outrora tentava-se garantir hoje seria traduzido como a afetividade que rege os laços familiares, e que fazem os parentes serem próximos.

Ao longo dos últimos anos, a questão da afetividade vem sendo colocada no mesmo patamar da questão biológica no reconhecimento de laços familiares, e em muitos casos até suplantando os laços sanguíneos, como mostram vários exemplos de julgados do Superior Tribunal de Justiça do Brasil nos casos em que o pai biológico busca a desconstituição da paternidade socioafetiva do “pai de criação” que consta no registro da criança<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do [Código de processo Civil](#) (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade

Em muitos julgados, a justiça brasileira não admitiu que um vínculo socioafetivo fosse desfeito, indicando que o pai biológico só pode pleitear que se anule tal vínculo antes que a criança crie um laço afetivo com o “pai de criação”. Após a ligação afetiva de pai e filho, o máximo que se pode garantir é a inserção do pai biológico, sem necessariamente a retirada do pai afetivo do registro.

Atualmente, tem-se que a parentalidade e os laços familiares de modo geral estão fundados muito mais no amor do que nos laços biológicos, e que a inexistência de registro ou defeito no termo de nascimento não se sobrepõem à “posse do estado de filho”, revelada pela convivência familiar,<sup>90</sup> e essa vem sendo a tônica do direito brasileiro contemporâneo.

Como exemplo da importância dada à afetividade como formadora dos vínculos familiares, observamos que a doutrina e jurisprudência vem considerando outros tipos de família que se afastam do modelo mãe-pai-filhos, a chamada família matrimonial, sempre considerada como parâmetro pela legislação tradicional.

Maria Berenice Dias<sup>91</sup> discorre sobre os tipos de família, indicando que a configuração familiar pode dar-se de diversas maneiras, como a família baseada em união estável dos ascendentes; a família homoafetiva, onde os ascendentes são um casal de pessoas do mesmo sexo; a família monoparental, onde há a presença de apenas um dos ascendentes; a família pluriparental, na qual os colaterais tem convivência familiar intensa com participação na criação dos sobrinhos fazendo o papel de verdadeiros pais/mães.

Também se observa o número cada vez maior de famílias reconstituídas (ou recompostas), nas quais uma pessoa que já tem família e leva os seus filhos, oriundos desta família, para conviverem com a sua nova relação, que também já tem filhos de relacionamento antecedente.

Pode ocorrer também de um núcleo familiar não contar com ascendentes, a chamada família anaparental<sup>92</sup>, que traz a noção de que a família não abrange apenas o casal e

---

com o adotado. 3. Recurso especial improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.088.157. Terceira Turma. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 23 jun. 2009.

<sup>90</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 389 e 399.

<sup>91</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, Editora dos Tribunais, 2008, p. 90.

<sup>92</sup> Exemplo interessante é julgado do Superior Tribunal de Justiça do Brasil que considerou uma [adoção](#) póstuma, permitindo que dois irmãos de sexos opostos adotassem um menor que era efetivamente tratado como filho deles, formando um claro núcleo familiar baseado no afeto: Adoção Póstuma. Família Anaparental. Para as adoções post

filhos, havendo casos em que, considerando o vínculo de afetividade, o núcleo familiar é integrado por pessoas que não guardem vínculo parental ou mesmo consanguíneo.

Jorge Augusto Pais de Amaral trata da evolução do núcleo familiar no último século, indicando que outrora o núcleo familiar era formado “por todas as pessoas que viviam sob o mesmo teto na dependência de uma autoridade comum”,<sup>93</sup> depois passando a ser considerado apenas o núcleo matrimonial (mãe, pai e filhos). xxxx

Observa-se, dessa forma, que esse conceito “estendido” de família foi retomado sob uma nova roupagem, com o reconhecimento de diversos núcleos familiares com diferentes configurações, como demonstrado.

A diferença desse núcleo estendido de outrora para o de hoje são os direitos reconhecidos, que não eram tão claros no passado (com uma extrema valorização dos direitos do primogênito varão em detrimento dos demais e de todos em detrimento das descendentes mulheres), mas estão cada vez mais claros hoje, com o reconhecimento constitucional da união estável, por exemplo.

Quanto à questão da socioafetividade, ela já está tão bem aceita no direito brasileiro que a filiação socioafetiva, aquela filiação do “pai de criação”, que tem laços socioafetivos com a criança ou adulto, pode fazer tal reconhecimento diretamente no Cartório

---

mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a [filiação](#) socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Ademais, o § 6º do art. 42 do ECA (incluído pela Lei n. 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.(...) Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA. Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos – de quaisquer gêneros –, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o animus de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei. Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas. Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés. REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012.

<sup>93</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de, p. 17

de Registro Civil (equivalente à Conservatória de Registro Civil em Portugal), sem a necessidade de provimento judicial para tanto.

Esse reconhecimento foi autorizado pelo Conselho Nacional de Justiça (órgão de cúpula da administração do Poder Judiciário no Brasil) através do Provimento 63/2017,<sup>94</sup> que permite, inclusive, a multiparentalidade nesses casos, podendo constar no registro de nascimento o nome dos pais biológicos e dos socioafetivos concomitantemente.

Dessa forma, quanto aos filhos, observa-se dois pontos importantes: a filiação nos dias atuais não necessariamente representa proximidade afetiva nem dependência financeira, principalmente pela ocasião da morte dos pais.

Quanto à afetividade, da mesma forma que um afilhado pode ter laços afetivos muito estreitos com o padrinho, um filho pode não ter laço afetivo nenhum com o pai. Não é conveniente que aqui se entre na questão da “culpa” da falta de laços afetivos entre pais e filhos, que podem ter como origem uma infinidade de motivos, motivos esses que considera-se irrelevantes para as disposições de direito hereditário, até mesmo porque não se pode pretender simplesmente premiar o amor nem se indenizar o desamor por meio das normas legais.

Importante lembrar as premissas sobre as quais se considerou que se funda a imposição da reserva da legítima em relação aos descendentes: 1) a ideia de que há laços afetivos fortes que levem a crer que o *de cujus* gostaria que o filho permanecesse com seu patrimônio *post mortem*; 2) a ideia de que os descendentes que gozavam do patrimônio do autor da herança em vida também continuem gozando do patrimônio após a sua morte.

Depois de tudo que foi trazido, pode-se afirmar que o grau de proximidade afetiva entre pais e filhos não é uma presunção *jure et jure*, mas uma presunção *juris tantum*, além disso não se pode afirmar que a afetividade é a mesma com todos os filhos, podendo haver diferenças gritantes de proximidade entre os filhos, o que pode ter reflexos na divisão da herança entre eles.

Além disso, como já explicado, a grande maioria da população vem a falecer quando os filhos já estão com mais de 40 anos de idade na atualidade, e mesmo para os que tiverem filhos em idade mais avançada, ainda assim ao falecerem deixarão filhos com idade suficiente para já terem terminado os estudos regulares, sendo que a tendência é que já sejam economicamente ativos.

---

<sup>94</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>

Dessa forma, hoje não mais subsistem os motivos fáticos que levaram o legislador de outrora a obrigar (é importante que se tenha em mente que trata-se de obrigação) que em toda e qualquer circunstância uma parte dos bens fosse destinada aos descendentes, sem indicar qualquer tipo de condição para que eles tivessem esse direito.

O que se coaduna com o direito atual é que essa garantia (garantia que tem como consequência a limitação ao direito de propriedade e liberdade de outrem) seja deferida aos descendentes (ou quaisquer outros parentes) que efetivamente demonstrem a necessidade de patrimônio para sua manutenção digna, ou demonstrem que eram mantidos pelo *de cujus* enquanto vivo, ou mesmo os dois requisitos cumulativamente.

Outro ponto importante a ser abordado é a questão do cônjuge herdeiro.

No Brasil e em Portugal o cônjuge atualmente é herdeiro necessário (legitimário), mesmo que casado em separação de bens. A norma foi idealizada em uma época em que não existia a possibilidade do divórcio<sup>95</sup> e que as mulheres em regra viviam sob a dependência financeira dos maridos, o que, em grande medida, dava sentido ao dispositivo legal.

No Brasil, o cônjuge é herdeiro como regra, mas há uma exceção: o Código Civil impõe que o cônjuge que casou-se em regime de separação obrigatória não será herdeiro necessário.<sup>96</sup> A doutrina aponta que essa escolha ocorreu por conta das circunstâncias que levariam a uma separação obrigatória<sup>97</sup>, como o casamento de pessoas idosas com mais de 70 anos, pessoas que casam mesmo com a presença de causas suspensivas e pessoas que precisam de suprimento para casar (no Brasil atualmente essas pessoas são os que tem de 16 a 18 anos e não contam com anuência dos pais).

É fácil de observar que os dois primeiros casos tratam-se de proteção ao patrimônio de quem a lei considera mais vulnerável<sup>98</sup>. Em relação aos idosos, há muita crítica

---

<sup>95</sup> Em Portugal foi autorizado em 1910 e no Brasil em 1977.

<sup>96</sup> 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;

<sup>97</sup> Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

<sup>98</sup> Art. 1.523. Não devem casar:

a este dispositivo por considerá-lo preconceituoso ao presumir que quem casa com um idoso está em verdade pensando nos benefícios patrimoniais<sup>99</sup>.

Quanto aos que casavam antes dos 16 anos (era permitido até 2019, quando a Lei 13.811/19 vedou peremptoriamente), também necessitavam de suprimento judicial, e também se casavam sob a separação obrigatória: nesse ponto, pede-se escusas para abrir um parêntesis.

Verificou-se que essa disposição causava uma distorção de ocorrência corriqueira nos idos dos anos 50/60: muitas viúvas que casaram-se com 14, 15, 16 anos (e tiveram que submeter-se ao regime de separação obrigatória) ficariam à míngua quando da morte do marido, porque não tinham meação e não eram herdeiras, mesmo tendo convivido a vida inteira com o marido.

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal editou então, a Súmula 377, em vigor até hoje: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Essa súmula possibilitou a essas viúvas que tivessem o direito à meação no patrimônio adquirido ao longo do casamento, o que garantia que não ficassem à míngua em caso de morte do marido (e, anos mais tarde, também em caso de divórcio).

Aqui fala-se do caso das “viúvas” porque foram os casos, que pela sua quantidade, levaram o STF a editar a súmula, mas evidentemente que o entendimento aplica-se a todos os casos de separação obrigatória, impedindo que qualquer dos cônjuges tenha prejuízos patrimoniais advindos da má técnica legislativa.

Em Portugal essa celeuma nunca teve muita força por conta de a lei portuguesa não fazer diferença entre o regime de separação obrigatória ou convencional para o regime sucessório do cônjuge. É dizer que o cônjuge casado em separação de bens é sempre herdeiro

---

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

<sup>99</sup> Nesse sentido: BORGES, Bruno Malta. *Da (in)convencionalidade da norma que estabelece o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4109, 1 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30371>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

necessário, contudo, podendo o casal, a partir de agosto de 2018, excluir essa condição através do pacto antenupcial (Lei nº 48/2018).

Fechado esse parêntesis sobre o regime sucessório dos cônjuges casados no regime obrigatório de bens no Brasil, volta-se à análise da situação como um todo: no Brasil e em Portugal a regra é o cônjuge herdeiro, inclusive no regime de separação de bens.

Relembrando a situação familiar *standard* (pai, mãe e filhos) que foi tomada como parâmetro pelo legislador na determinação da cota legítima, verifica-se que a norma tem como base a afetividade e dependência financeira do autor da herança com o cônjuge. Essa situação *standard* e sua estrutura interna também sofreu enormes mudanças quanto à outrora sempre presente dependência financeira do cônjuge virago.

Em Portugal houve mudança recente, já comentada anteriormente, que possibilitou a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, em uma mudança que privilegia a autonomia individual e o planejamento sucessório das famílias promovida pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto, que alterou o Código Civil de Portugal.

Essa mudança é fruto do aumento cada vez maior das chamadas famílias reconstituídas, aquelas em que o casal tem filhos de uniões anteriores e pode ter filhos comuns também. Em casos assim as pessoas casam-se novamente quando já maduras e algumas com bastante patrimônio acumulado, não tendo, muitas vezes, o desejo de que o patrimônio pessoal seja herdado pelo consorte, que em nada contribuiu para a criação desse patrimônio.

Dessa maneira, percebe-se que a situação tida como “standard”, do cônjuge que dependia financeiramente do falecido e que tinha filhos comuns com ele foi totalmente modificada na conjuntura atual. A quantidade de famílias reconstruídas só aumenta, com a taxa de divórcios cada vez maior<sup>100</sup>, e a emancipação financeira das mulheres (que normalmente vivem mais) também é uma realidade.

Dessa forma, a determinação do cônjuge como herdeiro necessário é uma norma que pode ser repensada, considerando que a proteção ao patrimônio adquirido em conjunto já tem lugar no regime de bens do casamento, que garante ao consorte a participação no

---

<sup>100</sup> Em Portugal, a taxa de divórcios por casamento que era 1,1 para 100 em 1960 passou a 64,2 para 100 em 2017, segundo dados do ProData, disponível em: <https://www.pordata.pt/Portugal/N%C3%BAmero+de+div%C3%B3rcios+por+100+casamentos-531>. No Brasil, em 1984, os divórcios representavam cerca de 10% do universo de casamentos, essa correlação saltou para 31,4% em 2016, segundo o IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=destaques>

patrimônio adquirido em conjunto, ou mesmo garante ao cônjuge a metade de todo o patrimônio (regime de comunhão universal).

Quanto aos que são casados no regime de separação de bens, há que se fazer uma reflexão maior sobre a coadunação da norma sucessória com a norma familiar.

Existiria algum descompasso em determinar aos que escolheram separar os patrimônios em vida não possam fazer a mesma escolha quanto aos direitos sucessórios?

Há que se pensar que quem casa e escolhe o regime de separação de bens o faz em muitas das vezes para proteger o patrimônio de outros parentes (mormente os filhos advindos de união anterior), evitando que o cônjuge tome parte em seu patrimônio após eventual divórcio.

É certo inferir que essa pessoa que escolheu não dividir os bens em caso de divórcio também não gostaria de ver seu cônjuge como herdeiro em caso de seu falecimento? A resposta mais razoável seria “não necessariamente”, isso porque os motivos que levaram o casal a escolher o regime da separação convencional de bens não necessariamente levariam à mesma decisão quanto aos direitos hereditários.

Imagine-se um exemplo: uma rica empresária que se casa em segundas núpcias com um homem de poucas posses, optando o casal pelo regime da separação de bens, sendo que nenhum deles tem filhos. A esposa, que por ter maior patrimônio é a mais interessada em não dividir bem algum em caso de divórcio, não se opõe que o cônjuge herde seu patrimônio em caso de falecimento, já que será o companheiro que lhe fará companhia e dará assistência até os últimos dias de sua vida.

Imagine-se outro exemplo: uma rica empresária que se casa em segundas núpcias com um homem de poucas posses, optando o casal pelo regime da separação de bens, sendo que ela tem três filhos do primeiro casamento. Ela em nada se opõe que o cônjuge herde em concorrência com seus filhos, ainda mais porque ele herdará por cabeça (recebendo 25%) e não será meeiro.

Agora imagine-se um terceiro exemplo: uma rica empresária que se casa em segundas núpcias com um homem de poucas posses, optando o casal pelo regime da separação de bens, sendo que ela tem três filhos do primeiro casamento. Ela não gostaria que o cônjuge herdasse em concorrência com seus filhos, que deverão herdar todo seu patrimônio em caso de seu falecimento.

Os três casos podem ocorrer, mas qual é a regra, qual a circunstância que mais ocorre no seio das famílias? Não há nenhum estudo que possa servir de subsídio para essa questão, mas o convívio social e a experiência profissional dão conta que na maioria dos casos as animosidades que ocorrem nos inventários em que há viúvo casado em separação de bens ocorre por conta das relações conflituosas entre os descendentes advindos das primeiras núpcias do de cujus com o atual companheiro da mãe/pai.

Uma rápida pesquisa nos tribunais brasileiros e portugueses demonstra que em raríssimos casos o *de cujus* demonstrou em vida que não gostaria que seu cônjuge herdasse seus bens. Bastaria fazer um testamento, por exemplo, para privar o atual marido/esposa da metade dos bens a serem herdados.

Mas isso não quer dizer que o caso nº 03 não possa ocorrer (mesmo que em franca minoria), e que nesses casos a vontade do autor do patrimônio não possa ser concretizada.

Dessa forma, tem-se que, quanto à afeição, a presunção de que há laços estreitos entre os cônjuges persiste, mas ocorre que essa afeição não necessariamente precisa ser revertida em direitos hereditários, da mesma maneira que também poderá não ser espelhada no regime de bens, de livre escolha do casal.

É dizer que nada mais justo que o casal possa dispor, desde já, sobre os efeitos sucessórios de sua união, não havendo motivos para que tal possibilidade não possa ser prevista, como fez a Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.

Quanto aos que são casados no regime de comunhão universal ou comunhão geral de bens, não há preocupação quanto à herança porque o cônjuge supérstite é meeiro em todo o patrimônio, estando bem protegido. Quanto ao regime da comunhão parcial ou comunhão de adquiridos, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência recairá a regra da meação, havendo proteção satisfatória ao cônjuge.

A questão tormentosa gira em torno do regime de comunhão parcial de bens sobre o destino dos bens particulares do *de cujus*: é necessário que se defina uma reserva legal ao cônjuge supérstite?

Tem-se que a solução adotada por Portugal é muito satisfatória, ao manter a presunção de vontade do de cujus de que seu patrimônio seja deferido ao cônjuge supérstite, mas oferecendo a opção de excluí-lo, de antemão (já no acordo antenupcial) da qualidade de herdeiro.

No Brasil, ainda trata-se de um questão espinhosa: como já comentado, muitas pessoas casam-se no regime de bens da separação convencional pensando (elas e seus respectivos familiares) erroneamente que os efeitos da separação patrimonial se estenderão *post mortem*, o que gera centenas de demandas judiciais nas quais os herdeiros sustentam a ilegitimidade do cônjuge casado em separação convencional de bens, demandas que vem sendo sistematicamente negado pelos tribunais brasileiros<sup>101</sup>.

Dessa maneira, observa-se que a realidade continua sendo que ascendentes e descendentes possuem laços afetivos estreitos, bem como que os cônjuges possuem entre si laços afetivos estreitos.

Entretanto, a dependência financeira já não é uma regra, mas uma exceção, já que quanto aos filhos, a regra é que quando os ascendentes falecem eles já são maiores e possuem economia própria, e quanto aos cônjuges, normalmente também possuem economia

---

<sup>101</sup> Um exemplo desse entendimento é o seguinte julgado do STJ:

*Recurso especial. Direito das sucessões. Inventário e partilha. Regime de bens. Separação convencional. Pacto antenupcial por escritura pública. Cônjuge sobrevivente. Concorrência na sucessão hereditária com descendentes. **Condição de herdeiro. Reconhecimento. Exegese do art. 1.829, I, do CC/02. Avanço no campo sucessório do código civil de 2002. Princípio da vedação ao retrocesso social.***

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo no regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua *post mortem*.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2 da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido. (STJ, RESP [1.472.945](#), Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, J. 23/10/2014).

própria, além disso há o direito de meação quanto aos bens adquiridos no decorrer do casamento, considerando que a maioria dos casais opta pelo regime de comunhão de adquiridos.

Situação diferente é a de parentes que eram dependentes economicamente do falecido, como os filhos menores ou incapazes e o cônjuge que não tenha economia própria (esta última situação cada vez mais rara na realidade atual). Ora, tal grupo de pessoas deve sempre contar com a proteção da lei civil, sendo que para eles deverá ser reservada uma cota hereditária. Essa cota nem precisa ser fixada em uma porcentagem, mas pode ser estabelecida pelo magistrado em cada caso, como no direito inglês e francês.

Nesses casos entende-se perfeitamente possível que o Estado atue, fazendo valer o princípio da solidariedade familiar, princípio pelo qual se obriga os parentes a pagar pensão alimentar entre si, e até mesmo por uma questão orçamentária: um ente que poderia ser sustentado pelo patrimônio de um parente falecido que não tem um mínimo existencial garantido acabará sendo sustentado pelo Estado em políticas assistenciais, o que não seria de interesse social.

Em caso de não existir nenhum parente próximo que viva sob a dependência financeira do de cujus, não se observa como o Estado pode, imiscuindo-se em uma decisão pessoal e íntima do autor da herança, “escolher” quem são as pessoas que, presumidamente gozando de seu afeto e consideração, merecerão uma cota obrigatória de seu patrimônio, mesmo em detrimento de vontade expressa do autor da herança.

O Estado atuar dessa maneira na ausência de vontade expressa do proprietário dos bens é razoavelmente justificável: na ausência de disposições específicas, valerá a vontade presumida. Mas na presença de vontade inequívoca, não há sentido nem justificativa para fazer valer uma vontade “presumida” em detrimento da expressa.

Considerando isso, é de se reconhecer que a reserva da legítima, nos moldes previstos na legislação vigente – em que não considera um só aspecto qualitativo do sucessor – não está sendo de utilidade econômica nem social.

Dessa forma, este capítulo serve para a constatação de que a lei sucessória atual possui regras que se baseiam em premissas que não mais tem base na realidade fática que hoje se mostra, estando a legislação atual a serviço da exceção e não da regra.

No capítulo seguinte será analisada a constitucionalidade e a justiça da reserva (ou da sua extinção) no direito brasileiro e português.

## CAPÍTULO 05 - A CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA DE UMA EVENTUAL RESTRIÇÃO DA RESERVA DA LEGÍTIMA

Após discutir a evolução histórica, a atual regulamentação legal do assunto em Brasil e Portugal, tomar conhecimento sobre regramentos diversos sobre o tema, e avaliar como encontra-se o contexto fático para o qual a norma volta sua utilidade, pode-se questionar se a intangibilidade da legítima é uma imposição constitucional e, em sendo constitucional, ela exprime os ideais de justiça contemporâneos?

No Brasil, o art. 5º, XXX<sup>102</sup> da Constituição Federal elenca o direito sucessório como garantia fundamental. Tal garantia é considerada cláusula pétrea, não suscetível de exclusão pelo poder reformador constitucional, a teor do art. 60 da Constituição do Brasil, que declara que os direitos individuais não poderão ser excluídos por emenda constitucional<sup>103</sup>.

A Constituição Federal do Brasil, no artigo citado, declara que “*é garantido o direito de herança*”, não declinando, contudo, os detalhes do conteúdo desse direito.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa prevê, em seu Artigo 62.º, ao tratar do “Direito de propriedade privada”, que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

O art. 288º, por sua vez, traz as cláusulas pétreas<sup>104</sup>, dispondo que as leis de revisão constitucional terão de respeitar “os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”,

---

<sup>102</sup> TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXX - é garantido o direito de herança;

<sup>103</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>104</sup> Artigo 288.º

Limites materiais da revisão

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

(...)

d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

podendo-se facilmente inserir o direito à herança (relacionado diretamente ao direito à propriedade) nesse rol.

Pode-se afirmar, dessa forma, que o direito hereditário é seguramente um direito constitucionalmente protegido nas duas nações em estudo. Trata-se de um direito fundamental expressamente previsto.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer do direito à “reserva da legítima”, que não tem proteção expressa pelas constituições, sendo um aspecto a ser analisado dentro da estrutura do direito infraconstitucional. A reserva legitimária também seria um direito fundamental, uma cláusula pétrea?

Essa restrição tem como principal causa a chamada solidariedade familiar, que fundamenta tal restrição na existência de vínculo familiar e na proteção que o Estado dispensa à família, sendo uma concretização do princípio constitucional da solidariedade.

A doutrina aponta que a reserva da legítima para os descendentes derivaria da obrigação natural dos ascendentes de não deixar desamparados os filhos a quem devem obrigação de sustento e cuidado, por outro lado a reserva da legítima dos ascendentes se assentaria em uma retribuição pelo cuidado e sustento que já obtiveram.

Itabaiana de Oliveira diz que as disposições “fazem presumir qual seria a vontade do de cujus se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar”, explicando que, como regra, “o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos, por ser a sua causa eficiente, nem mais sagrada do que os pais, a quem deve o ser”<sup>105</sup>.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais, em uma primeira análise, afigura-se que o que está protegido é o direito de quem é herdeiro de receber o patrimônio devido, sendo que as constituições em não especificam se esse herdeiro deve ser o legalmente ou o convencionalmente nomeado, sendo que tal diferenciação é feita hoje pela lei infraconstitucional.

No estudo em questão, um ponto importante é interpretar tal direito (direito à herança) sob dois pontos de vista: o ponto de vista de quem deixa os bens e o ponto de vista de quem recebe os bens.

---

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Vol. II. Da sucessão testamentária. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 625.

De acordo com o ponto de vista de quem deixa os bens, o autor da herança, o direito a ser garantido é de poder deixar os bens a seus herdeiros, sem interferência de outrem. Do ponto de vista de quem recebe os bens, do herdeiro, o direito a ser garantido é de poder receber os bens da herança sem interferência de outrem.

Na constituição brasileira, diante da expressão “*é garantido o direito de herança*”, pela disposição do texto é possível ter-se uma impressão inicial de que proteção tem como destinatário principal o receptor da herança, mas também não há empecilho para que seja interpretado do ponto de vista do proprietário, de poder ter o direito de deixar sua herança para quem lhe aprouver.

Já na constituição portuguesa, conta que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte*”, remetendo inicialmente ao direito que o autor da herança tem de transferir seus bens aos herdeiros, mas também pode ser compreendido do ponto de vista do herdeiro, a quem deve ser garantido o direito à propriedade dos bens herdados.

Nas constituições, que embora usem termos que podem ser interpretados de uma forma ou de outra, é certo que o que garantem é direito hereditário, e que legislador entendeu ao elaborar as leis como sendo voltado à proteção da qualidade de herdeiro, o que fez com que a lei infraconstitucional impusesse restrições apenas ao autor da herança;

É fácil observar que o sistema jurídico sucessório é voltado à proteção dos herdeiros, e não dos herdados: um bom exemplo é que apenas em caso de deserdação e indignidade - dois processos longos e complicados de aplicação muito restrita - os herdeiros necessários podem ser excluídos.

O direito hereditário, bem como todos os direitos fundamentais, deve ser interpretado em consonância com os demais direitos e garantias, bem como em consonância com os princípios hoje consagrados, como a igualdade entre os filhos, a dignidade da pessoa humana, e as concepções modernas do direito de família ligadas à socioafetividade e também com o direito de propriedade e sua função social.

A liberdade de dispor, consectário do direito de propriedade, está sendo respeitada pelas disposições que obrigam a deixar uma cota legítima a determinados parentes em qualquer circunstância?

Analisando a autonomia privada que garante ao cidadão a liberdade de dispor sobre os bens de sua propriedade, observa-se que após a consagração do Estado Liberal, ela

erigiu-se como um dos pilares do direito civil moderno. O vocábulo deriva dos termos gregos “*autós*” (próprio, individual) e “*nomía*” (conhecer, administrar). Ter autonomia é administrar a própria vida, incluindo seu corpo, crenças e patrimônio.

Ocorre que, diante de sua centralidade na aplicação do direito civil, o conteúdo desse direito/princípio já sofreu inúmeras transformações, principalmente pelo processo de constitucionalização do direito privado e da abordagem contextualizada com outros direitos e princípios. Dessa forma, a autonomia é mitigada por outros valores supraindividuais, que garantem a prevalência do interesse coletivo; e em outros momentos, mesmo não havendo interesse coletivo em jogo, ela é mitigada para garantir o direito de quem é mais vulnerável.

Esse parece ter sido a intenção em separar-se uma parte da herança a determinadas pessoas, no sentido de garantir sua subsistência. Quando afirma-se que *parece* é porque não há certeza nesse sentido, já que o codificador não deixou expressos os motivos de manter-se a reserva da legítima. Entretanto, diante do fato de que até mesmo a possibilidade de impor cláusulas de inalienabilidade sobre os bens herdados foi restrita<sup>106</sup>, compreende-se que o legislador tinha como um direito quase que irrestrito de os herdeiros gozarem da herança.

Essa suposta intenção é corroborada pela declaração, na exposição de motivos, de que no novo código civil deveria “*superar-se o individualismo que norteia a legislação vigente em matéria de direito de testar*”, deixando clara a posição conservadora do legislador sobre o assunto, o que também é explicado pelo fato de o projeto datar de 1975 (só sendo aprovado 27 anos depois), época na qual a expectativa de vida era menor e era mais comum deixar filhos menores (esse ponto será melhor abordado à frente), havendo um quadro diferente do que há hoje.

Por outro lado, e voltando os olhos à liberdade individual, pode-se afirmar que o corpo e o patrimônio e um homem não poderá ser utilizado como um simples e puro instrumento para fins alheios a ele, de modo a diminuir-lhe como titular de seus direitos. Apenas quando for para garantir o gozo de uma vida digna a outrem ou à coletividade é que se poderá prejudicar a capacidade de decidir do indivíduo, devendo o Estado intervir.

---

<sup>106</sup> Exposição de motivos elaborada por Miguel Reale: “Por outro lado, havia necessidade de superar-se o individualismo que norteia a legislação vigente em matéria de *direito de testar*, excluindo-se a possibilidade de ser livremente imposta a cláusula de inalienabilidade à legítima. É, todavia, permitida essa cláusula se houver *justa causa* devidamente expressa no testamento. Aliás, a exigência de justa causa, em tais casos, era da tradição do Direito pátrio, antes do sistema do Código vigente.”. Em linha. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf00019a.pdf>. Acesso em 21.02.2019

O tema é semente de muitas discussões: o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luis Roberto Barroso<sup>107</sup>, em entendimento de vanguarda, afirma que ainda que determinada política represente a concretização de uma meta coletiva de grande importância significativa – como a segurança pública ou a saúde –, se tal dispositivo violar a dignidade humana de uma única pessoa, deverá ser afastada.

Para Jorge Duarte Pinheiro, a obrigatoriedade de deixar-se o patrimônio a determinados parentes “independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar” é uma antítese ao direito de autodeterminação:

Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas em regra, obtêm forçosamente o direito a adquirirem patrimônio independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o de cujus? Não seria suficiente, após a morte do de cujus, uma proteção imperativa da família que se refletisse em obrigações de alimentos exigíveis à herança e em legados legais tendo como objeto a casa de morada da família e o respectivo recheio? Nesta época, em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de decisões individuais de aplicação do capital, em que a família perdeu a sua antiga função de unidade de produção, será pertinente entender a sucessão mortis causa como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao de cujus na formação do patrimônio?<sup>108</sup>

O autor defende que essa cota hereditária obrigatória deveria ater-se a “uma proteção imperativa da família que se refletisse em obrigações de alimentos exigíveis”, sendo que refletiria, após a morte, uma obrigação alimentar que já existia ao longo da vida do autor da herança.

Maria Helena Diniz lembra que o direito sucessório engloba a aplicação de dois direitos em seu núcleo: a autonomia da vontade e a supremacia da ordem pública, ela explica que a ordem pública impõe mitigações à autonomia e fim de proteger a propriedade e a família:

Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apóia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e a da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família.

(...)

Assim, o testador poderá dispor de totalidade de seus haveres, não existindo herdeiros necessários. Se houver tais herdeiros, deverá respeitar e legítima e não poderá dispor

---

<sup>107</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público*. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos X Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>108</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 178

de mais da metade de seus bens nem no testamento (CC, art. 1.857), nem em doação (CC, art. 549), por pertencer de pleno direito àqueles herdeiros<sup>109</sup>.

Fiquemos atentos à expressão utilizada pela doutrinadora, exatamente a mesma utilizada pelo art. 1.846 do Código Civil: “pertencer”. Não deixa de causar perplexidade que uma pessoa capaz não possa dispor dos seus bens livremente a título gratuito porque a metade de tudo o quanto possui deve ser deixada em herança aos herdeiros necessários.

As restrições impostas pela reserva da legítima atingem a propriedade do indivíduo já em vida, não tendo a lei sequer esperado a pessoa falecer para que a metade do quanto possui “pertencer” aos filhos ou outro parente designado por lei. Diogo Leite de Campos considera a restrição às doações já em vida uma indevida intromissão na autonomia patrimonial do indivíduo:

Este regime implica um, a meu ver intolerável, intromissão na esfera patrimonial de alguém, em nome de um interesse estranho. Não se entende, e não se acerta, que uma vaga expectativa sucessória possa trazer graves prejuízos ao “de cujus” quanto mais não seja através da arguição de simulações e de prejuízos imagináveis por parte dos seus sucessíveis. Pode prejudicar gravemente a actividade patrimonial do proprietário dos bens e a consistência econômica deles.

Diante da análise feita, a chave para responder a questão inicial é descobrir, primeiro, se o recebimento da herança é um direito fundamental. E, em caso positivo, se ele se sobrepõe à liberdade patrimonial do titular dos bens em vida. Aqui é necessário fazer-se um exercício de ponderação de valores, nos moldes propostos por Robert Alexy<sup>110</sup>. Maria Helena Diniz assim apresenta o quadro com as normas envolvidas:

Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e da família. (...) só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros (CC, arts. 1.789, 1.845, 1.846 e 1.857), exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade<sup>111</sup>.

Relembrando o conteúdo do disposto nos textos constitucionais, observa-se, que as constituições garantem o direito de herança, mas não determinam os destinatários que serão beneficiados ou coagidos com a norma, cabendo ao legislador fazê-lo.

---

<sup>109</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 6 – Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 175

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>111</sup> DINIZ, Maria Helena. 2011, p. 171.

E da mesma forma como são modificados os direitos sociais e trabalhistas a todo momento (também são direitos fundamentais previstos nas constituições) nada impede, do ponto de vista constitucional, que a lei seja modificada para contemplar apenas os herdeiros que estejam em circunstâncias em que seja necessário e adequado o recebimento obrigatório da herança, como já feito em diversos países.

O Ministro do STF do Brasil, Gilmar Ferreira Mendes explica que qualquer restrição a direitos fundamentais (tal como o direito de propriedade) deve fundar-se na real necessidade, adequação e proporcionalidade para que, além de constitucional, seja legítima:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

O autor vai além da simples análise da legalidade e passa a analisar a legitimidade das escolhas valorativa do Estado, buscando critérios objetivos para que o legislador possa exercer sua discricionariedade de escolher norma A ou B.

No caso em tela, trata-se de um caso clássico de colisão de macrodireitos ou macroprincípios: a autonomia individual e direito de propriedade versus a solidariedade familiar.

Muito já foi falado sobre o direito de propriedade, que busca garantir, em última análise, a liberdade do cidadão em determinar o futuro de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver. Ocorre que há muito esse direito vem sendo mitigado por outras normas (regras ou princípios), como a função social e a solidariedade familiar.

Sobre a solidariedade familiar, trata-se de um direito-princípio, fundado na solidariedade social, no tangente às relações familiares, como explica Flavio Tartuce:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade<sup>112</sup>

A prestação de alimentos é sempre dada como grande exemplo da solidariedade familiar, e há décadas a doutrina e jurisprudência utilizam, para verificação da obrigação alimentar, o binômio “necessidade x possibilidade” para verificação de existência ou não da obrigação, e da sua amplitude.

Um exemplo: um pai que tenha renda de um salário mínimo mensalmente e tem um filho que vive sob guarda da mãe que não tem renda: ele terá que contribuir, mesmo sem possuir renda “sobrando” para tal, porque no caso concreto existe a necessidade do filho em receber alimentos e a possibilidade de o pai pagar, porque auferir renda. A quantia será paga mediante uma análise da proporcionalidade, avaliando vários fatores pessoais do pai e do filho (se o pai possui outros filhos, se o filho possui doença grave, dentre tantos fatores variáveis).

Nem só na imposição do dever de fornecer alimentos pode-se exemplificar o imperativo da solidariedade familiar, também manifestando-se na repartição dos encargos da família de acordo com as possibilidades e rendimentos de cada um (art. 1.568 do Código Civil do Brasil), e no direito/obrigação de tutela e curatela em relação a parentes que precisam de auxílio para administrar-se provisória ou permanentemente (art. 1.728 e seguintes do Código Civil do Brasil).

Dessa forma, a solidariedade familiar pode ser conceituada, a grosso modo, como a obrigação de ajuda mútua entre parentes. No caso da pensão alimentícia, o parente que pode ajudar o parente que necessita. No caso da divisão de encargos da manutenção da família, cada um ajuda nas proporções de seus ganhos. No caso do dever de cuidado de pais, tutores e cuidadores, os que cuidam o fazem porque os parentes necessitam de cuidados.

Em todos os exemplos citados, observamos que as obrigações não surgem de uma constatação moral ou religiosa, mas de uma necessidade real, premente, verificável

---

<sup>112</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*, In Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 20.06.2019

concretamente. Essa breve análise é importante para que o verdadeiro sentido da expressão “solidariedade familiar” seja compreendido, também não perdendo de vista seus objetivos.

Veja-se, então, se a previsão da cota legitimária (ou legítima) enquadra-se na análise do trinômio proposto pelo ministro: adequação, necessidade e proporcionalidade. Para tal análise, será utilizado o exemplo *standard*: o pai que falece e deixa viúva e filhos adultos.

A obrigatoriedade de fixação de cota hereditária é adequada para consecução dos objetivos pretendidos com a norma? Partindo do pressuposto de que o objetivo da norma é a proteção da família, a resposta será “depende”.

A resposta variará conforme as circunstâncias: se a esposa é dependente financeira do esposo, qual o regime de bens (que dirá se ela é meeira ou não), e qual o estado dos filhos, se ainda vivem sob a dependência financeira do falecido ou não.

No ano de 2019 não se pode mais responder que a regra é que os filhos e a esposa dependam do pai falecido, por todos os motivos já analisados em capítulo anterior. Dessa forma, a fixação de cota hereditária pode ser ou não adequada, dependendo da circunstância da família.

Quanto à necessidade de sua utilização, a obrigatoriedade de fixação de cota hereditária obrigatória pode ser considerada necessária para consecução dos objetivos pretendidos com a norma? Novamente, partindo do pressuposto de que o objetivo da norma é a proteção da família ou concretização da solidariedade familiar, a resposta será “depende”, depende da situação de dependência financeira da esposa e dos filhos.

Na atualidade, portanto, a obrigatoriedade de deixar de cota hereditária obrigatória pode ser ou não necessária a suprir as necessidades prementes de familiares, porque só pode falar-se em solidariedade familiar em caso de necessidade real de quem será beneficiário de algum direito.

Não há dados oficiais sobre o assunto, mas pela análise dos dados populacionais como idade fértil e expectativa de vida já apresentados, observa-se que a grande maioria dos falecidos deixa filhos em idade por volta de 30-50 anos, em sua grande maioria capazes e economicamente ativos. Quanto aos filhos, portanto, a norma tem alcance mínimo em relação a quem realmente precisaria de auxílio financeiro, estando o regramento a serviço da exceção e não da regra.

Quanto ao cônjuge, o regime de bens utilizado pela maioria esmagadora das populações portuguesa e brasileira é o de comunhão parcial de bens (comunhão de adquiridos),

o que torna o cônjuge beneficiário de meação. Quanto aos demais regimes, leia-se os comentários no capítulo anterior. Dessa forma, também observa-se que o regramento está a serviço da exceção e não da regra.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, observa-se que em um juízo de ponderação, que essa norma restritiva aplicada a todos os herdeiros sem exceção nem verificação da situação particular de cada um, em detrimento do direito de propriedade e liberdade do autor da herança não mais se justifica, não sendo razoável que se imponha essa restrição ao direito do autor da herança sem que a solidariedade familiar se baseie em real necessidade do parente beneficiado pela herança.

Dessa maneira, entende-se que eventual lei modificadora que não deixasse de proteger os parentes com os quais o de cujus teria obrigação alimentar em vida seria, sem sombra de dúvidas, constitucional, porque em hipótese alguma configuraria um retrocesso nos direitos relacionados à solidariedade familiar.

Como já comentado, em uma primeira análise, afigura-se que o que está protegido é o direito de quem é herdeiro de receber o patrimônio devido, sendo que as constituições em não especificam se esse herdeiro deve ser o legalmente ou convencionalmente nomeado, sendo que tal diferenciação é feita hoje pela lei infraconstitucional.

Diante dessas disposições, segue-se com o questionamento sobre a viabilidade jurídica de eventual mudança quanto à obrigatoriedade da reserva da legítima.

As constituições nada dispuseram sobre a “legítima”, matéria devolvida para a regulamentação pela lei civil ordinária, sendo perfeitamente possível, do ponto de vista da técnica legislativa e constitucional, a mudança das normas afetas ao assunto. Não haveria em fala-se de inconstitucionalidade material ou formal de eventual lei que extinguisse a reserva da legítima no direito luso-brasileiro.

*E do ponto de vista moral, essa mudança seria adequada?*

A lei atual dá a chance de excluir parentes da cota obrigatória através da deserdação e da indignidade, institutos criticados por vários motivos: o rol taxativo, que claramente não engloba todas as causas pelas quais pode se decidir excluir um herdeiro, a dificuldade de operacionalizar a exclusão (apenas o Poder Judiciário poderá declarar em definitivo a exclusão de herdeiro, após comprovada a veracidade das declarações do autor da herança), e por fim o constrangimento de ver situações familiares íntimas sendo discutidas em juízo para garantir a manutenção da vontade do de cujus.

A solução atual para o questionamento é claramente pouco útil e além disso pressupõe um grau de transtorno inaceitável para quem quer fazer valer um direito básico como o da propriedade.

Platão dá um sentido para Justiça que sempre relaciona-se ao equilíbrio, utilizando o termo “*pleonexia*” com o sentido de “ter mais do que a sua justa parte de qualquer coisa”, ou tirar alguma vantagem em benefício próprio, tomando algo que pertence a outrem (como sua propriedade), e também negar a alguém o que lhe é de direito, como o pagamento de uma promessa ou de uma dívida<sup>113</sup>.

Nesse diapasão, a análise pode circunscrever-se na verificação do quanto os filhos possuem de direito quanto ao patrimônio dos pais, a fim de verificar-se a partir de que ponto haveria uma “*pleonexia*” no sistema de direito sucessório.

A análise do ponto de vista da moral também pode ser um norte no assunto, sendo que a aproximação do direito da moral é uma realidade no direito contemporâneo, sendo o principal expoente desse pensamento o jusfilósofo Robert Alexy, para quem existe uma forte e indispensável conexão do direito com a moral.

Por meio da conexão que ele chama de “qualificadora”, ele entende que no momento em que se postula que normas de direito não obedeçam a “determinado critério moral”, elas podem até normas jurídicas por razões conceituais ou normativas, mas são “normas jurídicas ou sistemas jurídicos juridicamente defeituosos”<sup>114</sup>.

Quando isso ocorre, diz o autor que esse descompasso pode ser sanado por um mecanismo de “correção substancial” quando seus termos ultrapassarem um “limite determinado de injustiça”. Essa “moral” a que ele se refere também encontra relação com os princípios que são tomados como base de um sistema jurídico, princípios que devem estar em consonância com as regras, já que ambos são considerados como normas de mesma envergadura pelo jurista.

Torna-se ao exemplo dado na introdução: um pai de filhos adultos que, tendo seus filhos sucesso profissional e não mais dependendo dos recursos de seus ascendentes, e tendo a esposa como meeira, busca deixar todo o seu patrimônio a um afilhado que lhe

---

<sup>113</sup> PLATÃO. *As Leis*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010.

<sup>114</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editora, 2009, p. 31.

acompanha nos últimos anos de sua vida. Não há motivos negativos em relação aos filhos, mas apenas motivos positivos em relação ao afilhado que busca beneficiar.

No atual direito brasileiro e português esse pai não poderá fazer valer a sua vontade em relação ao seu patrimônio para depois de sua morte, tendo, necessariamente, que deixar a metade dos seus bens para os descendentes, mesmo que eles não precisem e mesmo que não haja o mínimo de afeto entre eles em vida. Essa legislação claramente traz uma injustiça em relação aos direitos individuais do autor da herança. No dizer de Robert Alexy, essa situação extrapola o “limite determinado de injustiça”, necessitando de uma correção.

Já para John Rawls, outro filósofo contemporâneo que também aproxima os valores morais do direito, o que ele chama de “justiça como equidade” é a chave para uma sociedade equilibrada, defendendo que *“a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento”*<sup>115</sup>, e que as instituições sociais devem ser acessíveis a todos os cidadãos e redistribuir riqueza onde for necessário, o que produziria uma sociedade promissora.

Ele tem como princípios de justiça fundamentais a liberdade e a igualdade, defendendo que as desigualdades sociais e econômicas sempre existirão e até devem ser aceitas dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), mas possibilitando a todos oportunidades acessíveis (princípio da igualdade de oportunidades).

Rawls defende que as instituições devem ser regidas por princípios elaborados sob um “véu de ignorância” – a circunstância de que as normas devem ser elaboradas sem que os membros da sociedade que a elaborem e com ela concordem sem que saibam sobre o próprio lugar que ocuparão neste mesmo sistema, o que faria com que o sistema valorizasse a todos.

O autor propõe, em linhas gerais, um exercício de “alteridade hipotética”, impondo a todos o dever de se colocar no lugar de cada elemento de um sistema, para assim obter o máximo de justiça nele. Trazendo esse pensamento para a análise em tela, pode-se refletir sobre o atual sistema de direito sucessório do ponto de vista do autor e do ponto de vista dos herdeiros. Sendo assim, os seguintes questionamentos são pertinentes:

Do ponto de vista do autor da herança: “é justo que eu nunca possa ter a liberdade de deixar meus bens adquiridos em vida por esforço próprio para quem eu bem decidir?”.

---

<sup>115</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5

Do ponto de vista do herdeiro adulto e independente; “é justo que eu não receba absolutamente nada dos bens adquiridos em vida por meu ascendente mesmo sendo um parente com laços sanguíneos tão próximos?”.

Do ponto de vista do filho menor/dependente: “é justo que eu não receba absolutamente nada dos bens adquiridos em vida por meu ascendente mesmo que ele fosse continuar me sustentando se vivo fosse?”.

O grande mérito desse método é possibilitar que uma parte fundamental nesse sistema – o autor da herança – finalmente tenha voz nessa análise. O autor da herança é inegavelmente um dos elementos centrais desse sistema de direito sucessório. Ocorre que nas análises quase sempre o sistema é estudado tendo em conta apenas o direito dos herdeiros, sem ter em conta o direito do autor da herança – que não mais está entre os vivos para ter a oportunidade de defendê-lo.

Será que um pai que pretende deixar os bens que lhe pertencem a um sobrinho e não aos filhos age de forma moralmente reprovável?

Talvez a primeira resposta que venha à mente é “depende”. Pode-se divagar por muitos cenários: depende da relação que o pai tinha com os filhos; depende da devoção que o filho tinha para com os pais; depende da relação que o pai tinha com o sobrinho; depende da dedicação que o filho tinha para com o pai; depende das condições financeiras do filho; depende das condições financeiras do sobrinho. São inacabáveis variáveis, em relação às quais a lei não poderia ser direcionada, sob pena de transformar-se em uma “equação” legislativa. Não é dessa maneira que a pergunta deve ser respondida.

Na visão de Kant, as regras morais são universais e impessoais, sendo que uma conduta X (por exemplo, a conduta pai que pretende deixar os bens que lhe pertencem a um sobrinho e não aos filhos) sempre será moral ou nunca o será<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> A razão, da qual unicamente pode sair toda a regra que deva conter necessidade, inclui imediatamente também a necessidade nesse seu preceito (pois sem esta não seria imperativo); mas esta necessidade só está condicionada subjetivamente e não cabe supô-la em todos os objetos em grau idêntico.

Contudo, para a sua lei se exige que só necessite supor-se ela a si mesma, porque a regra é objetiva e universalmente verdadeira só quando vale sem as condições subjetivas, contingentes, que distinguem um ser natural de outro. Pois bem; disse a alguém que nunca deve fazer promessas falsas: tal regra só se refere à sua vontade, sejam ou não as intenções que o homem pode ter, realizáveis por essa vontade; o mero querer é o que deve ser determinado completamente a priori por aquela regra. Se, todavia, acharmos essa regra praticamente exata, então é uma lei, porque se trata de um imperativo categórico. In: KANT, Emanuel. *Crítica da Razão Prática*. Edições e Publicações Brasil Editora S.A.: São Paulo, 1959, pág. 17.

O que o autor explica é que se deve analisar se a tal conduta X é justa segundo as normas morais utilizando a razão. Dessa forma, analisando nossa conduta paradigma “um pai que pretende deixar os bens que lhe pertencem a um sobrinho e não aos filhos” torna-se mais fácil de ser respondida. A questão como está colocada, abre margem para questionamentos morais, sim. Afinal, há informações sobre a condição dos filhos, fato que fará toda a diferença.

Caso os filhos sejam maiores e capazes, fica claro que se trata de uma conduta que não entra em conflito com o conceito moral analisado: “um pai que pretende deixar os bens que lhe pertencem a um sobrinho e não aos filhos, **que são maiores e capazes**”. Nesse caso, com a mudança da proposição, a resposta pode ser dada de forma segura e “universal”, como ensina o autor.

Para melhor análise moral da situação deve-se mudar o ponto de vista, saindo do campo da “intuição” e chegando no campo da razão. Mais uma vez, Kant auxilia nessa tarefa:

À lei natural, como lei à qual estão submetidos os objetos de intuição sensíveis como tais, deve corresponder um esquema, isto é, um processo universal da imaginação (para expor aos sentidos, a priori, o conceito puro do entendimento determinado pela lei). Mas sob a lei da liberdade (como lei de uma causalidade não condicionada sensivelmente) e, portanto, também debaixo do conceito incondicional do bem, não se pode supor qualquer intuição e, por conseguinte, nenhum esquema para a sua aplicação in concreto.

A lei moral, portanto, não tem maior faculdade de conhecimento que lhe proporcione aplicação a objetos da natureza do que seja o entendimento (não a imaginação) o qual pode postar ao juízo, debaixo de uma idéia da razão, não um esquema da sensibilidade, mas uma lei, porém, apesar de tudo, uma lei tal que pode ser exposta in concreto nos objetos dos sentidos, portanto, uma lei da natureza, mas só segundo a sua forma, motivo por que podemos apontar essa lei como o tipo da lei moral.

A regra do juízo sob as leis da razão pura prática é a seguinte: — Indaga de ti mesmo se a ação que concebes poderias considerá-la possível, mediante a tua vontade, supondo-se que deveria acontecer segundo uma lei da natureza da qual fosses tu mesmo uma parte<sup>117</sup>.

O autor sugere que indaguemos de nós mesmos se a ação que pretendemos pode ser justa ou possível, imaginando que fosse uma lei da natureza que ocorreria de qualquer maneira sobre nós. A realidade é que devemos praticar a alteridade para compreender o fenômeno da sucessão conjugado com o da liberdade de testar. O herdeiro deve colocar-se na

---

<sup>117</sup> KANT, Emanuel, 1959, p. 56.

posição do autor da herança e perguntar-se: “será que eu, na qualidade de proprietário, tenho mesmo o DEVER de deixar esse patrimônio a fulando ou cicrano?”. E o proprietário também, da mesma forma, deve colocar-se na posição do possível sucessor e perguntar-se: “será que eu, na qualidade de filho, tenho mesmo o DIREITO de herdar esse patrimônio?”.

Não se tratam de meras divagações inúteis, já que uma norma geralmente é fruto de um consenso moral, e é deveras importante a reflexão sobre o assunto, afinal qualquer mudança normativa deverá servir para tornar mais justo o sistema, sendo que a comunidade deverá sentir tal mudança como benéfica, mormente em um tema tão sensível como o da sucessão hereditária.

Na visão de Hegel, é possível falarmos em moralidade subjetiva e moralidade objetiva, determinando as condições de responsabilidade subjetiva, sendo que a moralidade relaciona-se com a autodeterminação da vontades livre e suas consequências, conjugando “o saber e o querer”. Ele diferencia a moral do direito, mas defende que a autoridade das leis consideradas “morais” é infinitamente maior: “*A autoridade das leis morais é infinitamente mais elevada pois as coisas naturais só de um modo exterior e isolado apresentam um caráter racional, que, aliás, escondem na aparência da contingência*”.<sup>118</sup>

Já Habermas trata da a legitimidade da ordem jurídica analisando a relação “faticidade e validade”, estudando o contexto social:

Assim, a concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam-se co-originariamente uma moral que se tornou autônoma não suporta por muito mais tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral, como se tratasse de uma mesma figura geométrica, que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isto é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas<sup>119</sup>.

O autor fala da evolução entre uma “consciência moral” em uma “moral institucionalizada” ela se revela fundamental para a especificidade de um novo direito. O autor busca a solução para o sucesso de tal processo, considerando o mecanismo tradicional (decisões dos representantes políticos) insuficiente.

---

<sup>118</sup> HEGEL, Georg Wilielm Friedrich, 1770-1831. *Princípios da Filosofia do Direito* /G.W.F. Hegel; tradução Orlando Vitorino. - São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 142.

<sup>119</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

Ele defende que as leis legítimas devem ser elaboradas no contexto de um processo democrático de formação e manifestação de opiniões, processo que deve ser feito de forma racional, com elaboração das conclusões sobre a “vontade comum” a partir de um método, e não como reação a crises determinadas, sendo elaboradas casuisticamente, como muito observado na atualidade.

Habermas idealiza uma teoria que coloca todos os membros da comunidade jurídica como sujeitos capazes de comunicação, através da qual, com amplo debate dos assuntos, pode-se chegar a um consenso que possibilite a legitimidade das normas positivadas.

Diante desse quadro e do diálogo entre tantos autores que buscam o mesmo ponto (a justiça de mãos dadas com o Direito), pode-se dar passos mais largos nessa reflexão, mas sem perder de vista a situação concreta.

Sobre as situações concretas atingidas pela lei, a questão fundamental é distanciar a circunstância de parentes que realmente precisam de recursos mínimos para sua sobrevivência da situação dos que buscam o direito hereditário simplesmente baseados nos laços sanguíneos.

Em havendo um parente próximo que deixe tal patrimônio, não faz sentido que essa pessoa precise contar com a ajuda estatal para manter-se. Há diversos julgados que dão uma noção de casos em que o deferimento da herança realmente configura uma providencia que garante o mínimo existencial aos herdeiros, inclusive possibilitando o adiantamento de valores antes da conclusão do inventário para garantir o mínimo existencial a herdeiro<sup>120</sup>.

Não seria de utilidade econômica nem social a completa extinção do direito hereditário, mas todo o direito há de cumprir sua função social, e a função social da herança existe mas precisa ser repensada, como defendia Clóvis Beviláqua já no início do século passado<sup>121</sup>, e também defendem autores contemporâneos, como Flávio Tartuce:

---

<sup>120</sup> O aresto ainda afasta a possibilidade de se pleitear a prisão civil do inventariante pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Todavia, reconhece o direito de o herdeiro requerer a antecipação de valores visando à manutenção de sua vida digna, o que está alinhado à ideia de tutela do *patrimônio mínimo* ou *mínimo existencial* da pessoa humana - (STJ, HC 256.793/RN, 4.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.10.2013, DJe 15.10.2013).

<sup>121</sup> (...) a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe. (...) é preciso ter a vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso para aumento da riqueza pública: um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre um afeto, quer quando é a vontade que

(...) é preciso discorrer sobre a *função social da sucessão* (...) será que a atual ordem de sucessão legítima, notadamente pela concorrência sucessória do cônjuge, é justa socialmente? E a manutenção da proteção da legítima em 50% do patrimônio da pessoa? E o que dizer do tratamento sucessório diferenciado do cônjuge e do companheiro, o que ainda é defendido por alguns? Existem fundamentos sociais para todas essas regras na atualidade?<sup>122</sup>

Dessa forma, há casos (que hoje são minoria, como já visto) em que o Estado deverá intervir para garantir que o autor da herança não deixe os que são hoje dependentes em situação de penúria, garantindo-se assim a solidariedade familiar, nos mesmos moldes da pensão alimentícia.

Trata-se de garantir uma parcela mínima de dignidade nos dois lados da mesma moeda: garante-se ao indivíduo autodeterminação quanto ao seu patrimônio como regra, e garante-se ao parente necessitado um mínimo existencial, nos casos excepcionais.

Francisco Hupsel aborda essa questão, frisando que quando trata-se de dignidade humana, é comum que se pense inicialmente em garantias de direito público, mas que deve-se inserir tal garantia também nas relações de direito privado, evitando “ataques à sua autonomia por parte do Estado ou da sociedade”, garantindo-se a autodeterminação do homem conforme suas circunstâncias<sup>123</sup>.

A dignidade humana pressupõe a liberdade: a liberdade de ser, de dizer, de fazer, desde que não prejudique o direito irrenunciável de outrem. Trata-se de conceito fluido, ao qual a doutrina busca sistematizar ou racionalizar nos últimos anos, sendo que Canotilho nos apresenta uma teoria que sistematiza esse valor em componentes, sendo um deles é a “Garantia e defesa da autonomia individual”.<sup>124</sup>

---

o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei. Sendo assim, cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse um elemento perturbador da harmonia social (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 15-16)

<sup>122</sup> TARTUCE, Flavio. *Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30

<sup>123</sup> “Para além disso, a própria regulamentação da vida privada há de se entrosar com a opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. E é precisamente por isto que a *dignidade* não se pode tê-la como mera abstração ou como pura idealidade: traz consigo tanto uma dimensão negativa quanto uma dimensão positiva. Aquela *impede seja o homem tratado como coisa*, imunizando-o contra ofensas e humilhações e protegendo-o contra qualquer manifestação de aviltamento e de ataques à sua autonomia por parte do Estado ou da sociedade. A projeção positiva é dirigida às necessidades primárias, materiais e espirituais de realização individual e social. Finca-se aí o reconhecimento de sua autodeterminação”. HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional*. 1 ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 56.

<sup>124</sup> Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistêmico», em sentido «behaviorista»)  
1. Teoria de cinco componentes

Luciano Figueiredo soma à propriedade e à família, erigidas como fundamentos do direito hereditário por boa parte dos autores, outro fundamento: a dignidade humana do de cujus, sendo que ele considera que é respeitar a vontade do indivíduo garantir que o seu patrimônio permaneça com seus entes mais próximos:

A dignidade humana do de cujus também a fundamenta, através do respeito a sua última vontade (real ou presumida), ainda que sobre situações existenciais, sem conteúdo econômico – manifestações políticas, ideológicas, sentimentais ou religiosas. Percebe-se, no direito sucessório, um verdadeiro respeito da autonomia privada *post mortem*.

Alexis de Tocqueville exalta a liberdade como grande virtude para se atingir uma sociedade mais justa, e, narrando suas observações sobre a democracia dos Estados Unidos da América já no século XVIII.<sup>125</sup> Ele narra a experiência democrática de uma sociedade que, libertando-se das amarras do que “sempre foi”, construiu uma nova dinâmica social e política com base em suas próprias necessidades, graças ao espírito participativo de seus membros.

Não à toa os Estados Unidos são o país onde se observa grande liberdade patrimonial e existencial, sendo que por lá a liberdade de testar é a regra e não a exceção, e também observa-se vários outros institutos que não são liberados ou regulamentados em outras partes do mundo por questões morais ou religiosas, como a liberação do aborto ou da chamada “barriga de aluguel”, em que os direitos envolvidos são de grande envergadura: vida, integridade física, direitos parentais.

---

Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma:

- (1) Afirmção da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (CRP, arts. 24.º, 25.º, 26.º).
- (2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2.º da CRP).
- (3) Libertação da «angústia da existência» da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.º, 58.º, 63.º, 64.º).
- (4) Garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
- (5) Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, (cfr. CRP, art. 13.º), isto é, igualdade perante a lei”

In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6.ª Ed., Coimbra: Almedina, 1993, pág. 307)

<sup>125</sup> “Ali a sociedade age sozinha e sobre ela própria. Não existe poder, a não ser no seio dela; quase nem mesmo se encontram pessoas que ousem conceber e, sobretudo, exprimir a ideia de ir procurá-la noutra parte. O povo participa da composição das leis, pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; pode-se dizer que ele mesmo governa, tão frágil e restrita é a parte deixada à administração, tanto se ressentem esta da sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. É ele a causa e o fim de todas as coisas; tudo sai do seu seio, e tudo se absorve nele”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987, p.52.

No caso sob análise, o que observa-se, à primeira vista, é a colisão entre dois direitos: o direito à herança do descendente versus o direito à liberdade patrimonial do ascendente (usa-se esse exemplo como “standard”, mas na realidade pode tratar-se de qualquer relação de hereditariedade).

Retomando à proposta de Jonh Raws, traz-se o questionamento: “é justo que eu nunca possa ter a liberdade de deixar meus bens adquiridos em vida por esforço próprio para quem eu bem decidir?”.

Certamente que na construção do sistema sucessório feito sob o “véu de ignorância” proposto pelo autor (com os autores da norma sem conhecimento se seriam autores da herança ou beneficiários dela) o resultado na elaboração da norma levaria muito mais em conta a importância da vontade do autor da herança, com a garantia do cumprimento de seus desígnios *post mortem*, pelo menos como regra, e não como exceção.

Dessa forma, observa-se que não há óbice do ponto de vista técnico-constitucional para operar uma mudança na lei sucessória quanto à reserva da legítima, e que há argumentação forte do ponto de vista moral e jusfilosófico em favor de uma mudança no paradigma do direito sucessório hoje imposto.

## CONCLUSÃO

As normas jurídicas que regulamentam o direito hereditário no Brasil e em Portugal, no tangente à reserva da legítima, prestam-se à sua finalidade?

A resposta é que as normas sucessórias devem ser, em uma visão geral, o reflexo das necessidades da população, mas as normas específicas sobre reserva da legítima/ cota legitimária necessitam passar por um aperfeiçoamento, já que de há muito afastaram-se da utilidade/ necessidade esperadas de um dispositivo legal.

Brasil e Portugal são países que adotam um sistema econômico capitalista e nas relações patrimoniais entre os cidadãos há, em regra, um viés liberal: é dizer que os estados brasileiro e português só interferem no direito de liberdade e propriedade dos cidadãos quando há necessidade de resguardar valores supraindividuais, como a função social da propriedade, solidariedade familiar, dentre outras normas.

Apenas para relembrar das normas de direito hereditário aqui estudadas: existem restrições, de origem bastante remota, que não permitem que o autor da herança disponha da totalidade de seus bens da maneira que melhor lhe aprouver no caso de existirem herdeiros necessários/ legitimários: no Brasil, a cota obrigatória é de 50% independente da qualidade ou quantidade de herdeiros (art. 1.846 do Código Civil), e em Portugal há obrigatoriedade de cota legítima variável em conformidade com a quantidade e qualidade dos herdeiros.

Se houver cônjuge e filhos (ou ascendentes), a legítima será de dois terços da herança, o que torna a parte disponível um terço (igual à já estudada “terça” de outrora), e na ausência de cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos será de metade da herança se existir só um filho, e de dois terços se forem dois ou mais, enquanto na ausência de ascendentes e descendentes o cônjuge que herda sozinho e tem como legítima a metade dos bens do falecido (art. 2156.º do Código Civil).

É de lembrar que essa restrição atinge os cidadãos mesmo enquanto vivos, já que veda a doação de parcela do patrimônio que ultrapasse a “cota disponível”, a teor dos art. 549 do Código Civil Brasileiro e 2.168 do Código Civil Português, doação que, se feita, pode ser anulada pelos herdeiros necessários que se sentirem prejudicados com a liberalidade.

Dessa forma, observa-se que o direito hereditário é pensado no sistema luso-brasileiro sob a perspectiva unicamente do beneficiário, do herdeiro, sendo tratado em maior medida como um direito do herdeiro de receber do que como um direito do autor de deixar o patrimônio.

Há quem defenda que o modelo adotado adequa-se perfeitamente às necessidades, o que em grande medida, até explicaria a pouca incidência de testamentos, como defende Zeno Veloso, explicando que a pouquíssima incidência de testamentos no Brasil se dá justamente pelo fato de que a ordem de vocação hereditária prevista na lei sucessória se aproxima muito do que seria a vontade do morto, sendo a legislação existente elaborada de maneira que realmente representa a vontade presumida do falecido<sup>126</sup>.

Hermenegildo de Barros<sup>127</sup> menciona que sempre existiu parte da doutrina que defende a ampla liberdade de testar em contraponto aos adeptos do instituto dos herdeiros necessários/ legítimos, indicando que a lei brasileira adotou um sistema misto, intermédio, que concilia a vontade do testador com os deveres da solidariedade familiar: “Assim, o testador pode dispor da metade da herança e, armado deste grande poder, ainda tem a faculdade de impor restrições às legítimas dos herdeiros necessários, prescrevendo a incomunicabilidade e a inalienabilidade dos bens que a constituam”.

Para esses autores, a norma cumpre seu propósito por aproximar-se de maneira satisfatória do que seria a vontade da maioria. O raciocínio faz sentido, considerando que a lei é feita com base em generalizações.

Para que se visualize, seguem alguns exemplos: geralmente, a guarda dos filhos deve ser exercida pelos pais; geralmente os casais buscam compartilhar o patrimônio adquirido durante o matrimônio, etc. As leis são pensadas para regular situações que normalmente seguem um padrão, são idealizadas tendo em vista a regra geral, a maioria dos casos.

Veja-se o exemplo citado: a maioria esmagadora dos casais opta pelo regime legal (comunhão parcial/comunhão de adquiridos), e a norma que o tornou o regime supletivo (ele incide em caso de silêncio dos noivos) foi pensada justamente por conta dessa circunstância: como a maioria dos casais optaria de qualquer maneira por dividir os bens adquiridos, a lei, no silêncio do casal, determina que o regime será esse.

Essa realidade poderia justificar uma proibição de que as pessoas casassem em regime de separação convencional de bens? O legislador poderia ter entendido que como “a vontade de quase todos é que o patrimônio adquirido na constância do casamento seja igualmente dividido” (o que parece ser realmente o mais justo) e proibir que os casais optassem

---

<sup>126</sup> VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2 ed. Belém: Cejup, 1993, p. 18.

<sup>127</sup> BARROS, Hermenegildo. *Manual do Código Civil Brasileiro – Do Direito das Sucessões*, Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, Rio de Janeiro, 1918, v. XVIII, n. 1, p. 9

por não dividir os bens adquiridos no matrimônio? Nem é necessário comentar o absurdo que seria uma situação dessas.

Esse mesmo absurdo é o que ocorre no direito sucessório e quase não recebe críticas.

Retomando ao texto introdutório: muitas pessoas buscam meios legais para que seu patrimônio passasse, após a sua morte, a terceiros que não se encontram na lista de herdeiros necessários: afilhados, sobrinhos, muitas vezes um (a) empregado (a) que presta serviços há décadas e com quem tem muito mais laços afetivos do que com qualquer parente.

Mesmo que os herdeiros necessários sejam maiores, saudáveis e não tenham a menor necessidade de receber herança, eles mantem o direito de receber uma cota obrigatória, mesmo em dissonância com vontade manifesta do proprietário/ autor da herança.

A essas pessoas (que não gostariam de deixar nenhuma cota a determinados parentes) é oferecida a solução possível: deixar a cota “disponível” de seu patrimônio à pessoa desejada, por meio de lavratura de Testamento. Chega a ser constrangedor explicar a um leigo que ele tem apenas uma “cota disponível” do próprio patrimônio.

Viu-se que as leis são elaboradas com base em generalizações: um bom exemplo é o regime de bens legal (supletivo), que é assim determinado por ser a vontade de quase todos os casais, e aos que não se manifestam, tem-se sua vontade presumida concretizada pelo silêncio.

Nesse caso, a generalização “os casais querem dividir apenas os bens que adquirirem na constância do casamento” é aplicada como regra, mas há a possibilidade de o casal não se identificar na regra e buscar ser exceção, por meio de um contrato antenupcial, cada vez mais utilizado, principalmente pela quantidade crescente de famílias recompostas.

No direito sucessório, por sua vez, a generalização de que “os descendentes e cônjuge precisam da herança” ou “o autor da herança quer que o patrimônio passe para o cônjuge e descendentes” não são uma realidade apta a justificar a proibição de testar em sentido diverso, tal qual é possibilitado aos casais quanto ao regime de bens.

Os que são a favor da manutenção das normas como ora postas podem argumentar “mas ainda hoje a vontade da maioria é de que os familiares fiquem com seus bens após a sua morte”. A afirmação é verdadeira, mas questiona-se porque uma minoria precisa se submeter ao sentimento pessoal da maioria quando não há estrita necessidade para tanto.

No Capítulo 04 as circunstâncias fáticas que fizeram surgir e se manter o instituto da reserva legitimária foram analisadas, e os dados forçam uma conclusão: a realidade familiar que justificava a obrigatoriedade de sempre deixar bens aos descendentes, por exemplo, já não mais existe.

Primeiro, porque considerando a atual expectativa de vida (no Brasil é de 75,5 anos<sup>128</sup> e em Portugal de 80,41 anos<sup>129</sup>), a grande maioria da população vem a falecer quando os filhos já estão com mais de 40 anos de idade, tempo suficiente para já terem terminado os estudos regulares, sendo que a tendência é que já sejam economicamente ativos.

Considerando esses dados, fundamental refletir sobre a manutenção dessa “vontade presumida” calcada em uma época em que as pessoas nem chegavam aos 40 anos, sempre deixando herdeiros incapazes ao falecerem.

Além disso, e conforme abordado por Diogo Leite Campos, o que também mudou substancialmente foi a questão da chamada “propriedade comum”: anteriormente, normalmente quem usufruía do patrimônio de uma pessoa eram seus parentes mais próximos, e devido a esse fato surgia uma “expectativa legítima” de que tal direito de fruição não terminasse com a morte do titular dos bens, sendo que o mais lógico seria a “*devolução a parentes mais próximos a que corresponderá melhor à vontade do autor da sucessão*”<sup>130</sup>.

Entretanto, o autor admite que o quadro em torno do qual foi construída essa vontade presumida mudou com o passar das eras, notadamente porque “*os filhos saem mais cedo da casa dos pais mantendo contatos mais reduzidos com estes em termos de a fruição que tem dos bens dos pais*”, e continua, dizendo que “*quando os filhos viviam longos tempos com os pais muitas vezes em economia comum, ou pelo menos mantendo estritas relações, privados do patrimônio dos pais parecia uma violência*”<sup>131</sup>, podendo deixa-los à míngua, mas que hoje essa preocupação já não apresenta-se como regra e sim como exceção.

---

<sup>128</sup> Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2015/default.shtm>

<sup>129</sup> Fonte: Instituto Nacional de Estatística. Disponível em: [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=250156902&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=250156902&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt)

<sup>130</sup> CAMPOS, Diogo Leite, pág. 467.

<sup>131</sup> CAMPOS, Diogo Leite, pág. 467.

Como já dito, observa-se que hoje a lei sucessória, no tangente à cota legítima, está a serviço da exceção e não da regra, o que subverte o sistema legislativo.

Não é adequado tratar desiguais como iguais, gerando direitos para quem não precisa e deveres para quem não tem obrigação alguma. Não há que comparar-se um filho dependente financeiramente a um filho independente. Não há que comparar-se um cônjuge dependente a um que possui economia e patrimônio próprios.

Há que diferenciar-se solidariedade familiar de direito patrimonial.

Se os parentes próximos não tem estrita necessidade de recursos para manter seu sustento não há que falar-se em solidariedade familiar. A solidariedade familiar e à proteção à família traduzem a ideia de cuidado que os parentes precisam ter uns com os outros. Qual o cuidado que um filho que tem recursos suficientes para manter-se precisa ter por parte dos pais financeiramente falando? Nenhum.

Patrimônio não se traduz em afeto e afeto não se traduz em patrimônio, e a tendência mundial é justamente a “despatrimonialização” do direito de família e sucessões.

É premente a dissociação desses direitos, em respeito à socioafetividade que é o grande elemento caracterizador das famílias contemporâneas e também em respeito ao direito à liberdade e à propriedade, pilares de qualquer sociedade livre.

O Estado só deve intervir na propriedade privada quando estritamente necessário para proteger o direito dos que realmente necessitam ou garantir o respeito a valores supraindividuais, como já comentado.

Cada vez mais há a necessidade de atender aqueles cujas necessidades e desejos não são supridos pela norma posta, as pessoas cujos herdeiros necessários são adultos e capazes. Essas pessoas querem determinar cotas diferentes para cada filho (cada um grau de afetividade e necessidades distintas) e também busca beneficiar pessoas de fora da linha sucessória.

Nesses casos, na inexistência de qualquer dependente em vida, não devem ter sua liberdade e seu patrimônio violentados por uma norma voltada a beneficiar que não tem necessidade de proteção. Não há justificativa alguma para que um cidadão que não possua nenhum dependente não possa deixar todos os seus bens (ou mesmo doar ainda em vida) para uma instituição de caridade ou para um filho ou afilhado que goze de sua máxima afeição.

Isso não significa desamparar os que realmente necessitam de patrimônio para sua manutenção: é dizer que em caso de existência de dependentes do *de cujus*, seu direito ao

patrimônio (seja todo, seja em parte) para continuidade de sua manutenção deve ser garantida pelo direito sucessório.

Ocorre que a existência de dependentes é um quadro é cada vez mais raro, enquanto o primeiro (sucessores maiores e capazes) é a regra, devendo ser o parâmetro utilizado pela lei sucessória como norma geral supletiva, com a regulamentação das situações excepcionais.

Imagine-se um universo hipotético onde faleçam 100 pessoas, dentre elas apenas 08 deixaram dependentes financeiros: não se justifica sacrificar a liberdade dos 92 cidadãos que deixaram herdeiros maiores, capazes e com economia própria para proteger a subsistência dos poucos herdeiros que também são dependentes, sendo que a subsistência desses últimos pode perfeitamente ser garantida sem o sacrifício dos direitos dos demais.

Nesse universo hipotético de 100 heranças, pode-se afirmar sem medo de errar que a maioria dos autores das heranças manifestarão a vontade no sentido de que os herdeiros legais permaneçam com o seu patrimônio, não fazendo o uso de testamentos, da mesma forma que a maioria dos casais não faz uso dos pactos antenupciais optando pelo regime legal.

Entretanto, imagine-se que 15 dentre esses autores, que não tenham dependentes, queiram deixar sua herança para pessoas de fora da família ou alguma instituição: essas pessoas atualmente estão à margem da lei, e precisam ter seu direito garantido pelas normas sucessórias, que tornou-se obsoleta ao impedir que eles façam livre disposição de seu patrimônio.

Quanto aos que possuem dependentes, aí tem-se uma colisão de direitos: de um lado a liberdade patrimonial, de outro a solidariedade familiar: nesse caso o direito dos dependentes, que são menores ou incapazes, sempre deverá ter prevalência.

Quanto à “vontade presumida”, pode e deve ser mantida nos ordenamentos, sendo que sua disposição parece ser realmente muito razoável, e com certeza continuará regulamentando a maioria dos casos de inventários e partilhas.

Entretanto, diante dos fatos e argumentos apontados, já é o momento que a lei brasileira e portuguesa dar o passo largo de extinguir a reserva da legítima quando não existirem dependentes menores ou incapazes, pela absoluta falta de justificativa fática e jurídica para tanto.

Com essa mudança, não se imagina que Brasil e Portugal se aproximem da filosofia libertária, que prega o máximo de liberdade patrimonial e pessoal, e no contexto da sucessão aqui tratado, certamente proporia uma total liberdade de testar<sup>132</sup>.

Apesar disso, aqui interessa tratar de um ponto específico da filosofia libertária: ela defende que não se pode legislar sobre moral, não se pode impor a sua moral, única e exclusivamente por ser sua moral, aos demais cidadãos. Por exemplo, um governante pode considerar imoral o uso de cabelos azuis, por ser uma cor que não é natural, ou por qualquer outro motivo.

O exemplo é um pouco bizarro, mas uma análise de todas as restrições morais e religiosas impostas mundo afora por meio de leis faz o exemplo parecer inofensivo (basta imaginar-se que em dezenas de países as mulheres não podem mostrar os cabelos em público e as pessoas não podem ser homossexuais sob pena de morte, inclusive).

Voltando ao exemplo do cabelo azul, imagine-se que esse governante consiga criar uma lei impedido as pessoas de usarem cabelo na cor azul, sob a única justificativa de que não é certo, ou que busca assim proteger a família, ou a religião, sem indicar especificamente qual mal à sociedade faria o cabelo azulado.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado no caso da cota hereditária legítima: os motivos que levaram à sua criação são explicados por circunstâncias fáticas, mas os motivos que levam à sua manutenção para todos os casos, sem exceções, são eminentemente morais: os mesmos motivos que levam o Congresso Brasileiro a não regulamentar o casamento homoafetivo: um comportamento moral eminentemente pessoal, com forte componente religioso também e muito de cunho eleitoreiro que barra a evolução da legislação em muitos aspectos.

A filosofia libertária, nesse aspecto, tem razão: não se pode legislar em busca de impor um comportamento moral a outrem. Muito conveniente lembrar o caso do jamaicano Eric Spence, que deixou testamento determinando que seu patrimônio não deveria ser revertido para uma de suas filhas, Verolin, o que provavelmente fez motivado pelo fato de que ela havia se relacionado com um homem branco, quando ele gostaria de vê-la casada com um jamaicano.

---

<sup>132</sup> A filosofia libertária, ou libertarismo, que é uma ideologia política que prega que a liberdade deve ser o núcleo da sociedade e dos direitos, não estando entre as funções do Estado promover a ordem ou a igualdade, condenando as instituições que tenham algum poder coercitivo sobre as pessoas e limitem o julgamento individual das ações. Essa filosofia vai além do liberalismo mas também não se aproxima da anarquia, porque reconhece a necessidade da existência do Estado para exercer um mínimo de funções, proteger a vida e a propriedade, sendo sua presença mínima. In: BLOCK, Walter. *Rumo a uma sociedade libertária*. 2 ed. São Paulo: LVM, 2018.

No testamento, Eric explicou que a filha “não tem comunicação comigo há vários anos e não demonstrou nenhum interesse em mim como seu pai”. Anulado o testamento por um juiz, posteriormente a Suprema Corte de Ontário<sup>133</sup> considerou que se tratou de uma intervenção injustificada na manifestação de vontade do testador, que não deixou expresso a exclusão da filha por motivos racistas.

O comportamento de Eric Spence pode ser considerado por muitos como imoral, mas não chega a ser ilegal. Ele poderia ter deixado de contemplar a filha com a herança por qualquer outro motivo, ou por nenhum motivo, e ainda assim estaria em seu direito de proprietário, já que a filha era maior e capaz, não necessitando dos bens para sua manutenção. A lei não poderia obrigá-lo a deixar a herança para a filha por conta de um ponto de vista moral, que pode ser comungado por alguns e não por outros.

Importante reportar ao pensamento de Habermas, que trata da evolução entre uma “consciência moral” em uma “moral institucionalizada”, que deve ser elaborado no contexto de um processo democrático de formação e manifestação de opiniões, feito de forma racional, com elaboração das conclusões sobre a “vontade comum” a partir de um método, e não como reação a crises determinadas.

Dessa forma, a “moral institucionalizada” à qual se refere Habermas deve ser instrumentalizada a um nível macro, em postulados que regulem a generalidade da vida em sociedade, como por exemplo: “os pais devem sustentar e cuidar dos filhos menores e incapazes”. Tal obrigação dos pais/ direito dos filhos já deixou o campo da moral há tempos e tornou-se uma obrigação legal, aceita e compreendida por todos, é um exemplo de “moral institucionalizada”.

Entretanto, o mesmo não ocorre com outros tantos aspectos da vida em sociedade, ainda mais em pormenores do direito privado, que como regra, é a concretização da liberdade individual. Dessa maneira, não se observa essa “moral institucionalizada” necessária para legitimar a continuidade da reserva da legítima como regra, sem exceções, sendo que esse assunto sequer tem sido objeto do devido debate nas sociedades brasileira e portuguesa.

Diante desse quadro, podemos considerar que as comunidades de Brasil e Portugal estão preparadas para o debate sobre uma mudança de grande magnitude, com a extinção da regra da reserva da herança legítima no direito sucessório, garantido, por certo, os

---

<sup>133</sup> Disponível em: <http://www.ontariocourts.ca/coa/en/>

direitos dos que já eram dependentes em vida do de cujus, com a reserva da legítima sendo garantida unicamente a eles, como exceção à regra geral.

Tal mudança é fundamental para garantir o respeito à autonomia dos cidadãos, em respeito inclusive ao esforço que tiveram para adquirir o patrimônio, que deve ter o destino definido pela vontade do proprietário, que deve ser o protagonista da destinação de seu patrimônio, tanto em vida quanto *post mortem*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. 3 ed. Lisboa. Almedina, 2016.

BARROS, Hermenegildo. *Manual do Código Civil Brasileiro. Do Direito das Sucessões*, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, Rio de Janeiro, 1918.

BORGES, Bruno Malta. *Da (in)convencionalidade da norma que estabelece o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4109, 1 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30371>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

CAMPOS, Diogo Leide de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CLARK, J. B. Parry & Clark. *The Law of Succession*. 8 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1983.

CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. 10 ed. vol. 6. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_ *Manual das Sucessões*, Editora dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Civil. 22 ed., vol. 6, Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_ *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito das Famílias*. 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Questões patrimoniais e aspectos éticos do direito sucessório*. Em linha. Disponível em:

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_780\)questoes\\_patrimoniais\\_e\\_aspectos\\_eticos\\_do\\_direito\\_sucessorio.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_780)questoes_patrimoniais_e_aspectos_eticos_do_direito_sucessorio.pdf). Acesso em 18.03.2019.

DOMINGO, Rafael. *Elementos de derecho romano*. In: *The global law collection. The basics of law séries*. 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson, 2010.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.

FIGUEIREDO, Luciano. *Direito Civil e Sucessões*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIÚZA, Cesar. *Direito Civil Curso Completo*. Ed. Del Rei: Belo Horizonte, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol 7. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito* /G.W.F. tradução. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Emanuel. *Crítica da Razão Prática*. Edições e Publicações Brasil Editora S.A.: São Paulo, 1959.

LIMA, Diego Papini Teixeira; SOARES, Olavo. *Breves apontamentos sobre a evolução histórica do instituto jurídico da legítima no direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69802>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30 ed. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões. Vol. II. Da sucessão testamentária*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 2 ed. Lisboa: AAFDL, 2013.

PLATÃO. *As Leis*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010.

PROENÇA, José João Gonçalves. *Natureza Jurídica da Legítima*. Lisboa: Editora Lisboa, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Sucessões*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Jorge Silva. *A livre disposição mortis causa nas Ordenações Afonsinas entre a tradição jurídica medievla e a recepção do Direito Romano* (contributo para a história do direito das sucessões português medieval). In: *Revista de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 3. ed., Lisboa: UL, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos X Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCALISE, Ronald J. *New Developments in United States Succession Law*. Published by: Oxford University Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20454532>. Acesso em 12.07.2019.

SIDOU, José Maria Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

SILVA, Luiz Antônio Vieira da. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2008.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro, Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 20.06.2019

VALLET GOYTISOLO, Juan. *Derecho Sucesorio Comparado: Conflictos de leyes em matéria de suesiones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2 ed. Belém: Cejup, 1993.

VENOSA, Silvio. *Direito Civil - Vol. VII - Direito das Sucessões* - 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.