



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIMITAÇÕES AO INSTITUTO DA LEGÍTIMA

Lais Calil Santana

Rio de Janeiro
2019

LAIS CALIL SANTANA

LIMITAÇÕES AO INSTITUTO DA LEGÍTIMA

Artigo científico apresentado como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

LIMITAÇÕES AO INSTITUTO DA LEGÍTIMA

Lais Calil Santana

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – o legislador, no art. 1.846, do CC/2002, institui uma presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros necessários ao dispor que pertence a estes, obrigatoriamente, metade do patrimônio do *de cujus*. Nesse contexto, discute-se se a presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários é, de fato, imprescindível. Debate-se, ainda, se a fração de indisponibilidade imposta pela legítima se faz necessária ou se trata de um excesso legislativo. Analisar-se-á as críticas realizadas ao instituto da legítima e as propostas do anteprojeto do Estatuto das Sucessões elaborado pelo IBDFAM. A essência do trabalho é demonstrar que a norma do art. 1.846, do CC/2002 trata-se de um excesso não justificável perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

Palavras-chave – Direito das Sucessões. Legítima. Intangibilidade da Legítima. Presunção absoluta de necessidade. Autonomia Privada. Anteprojeto do Estatuto das Sucessões.

Sumário – Introdução. 1. Análise dos fundamentos da legítima à luz da autonomia privada. 2. Aspectos controvertidos acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros. 3. Legítima: proteção legal justificável ou excesso de rigor legislativo? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da limitação da legítima à luz da autonomia privada, mais especificamente, a necessidade de reformulação do atual fundamento da legítima com fito de minimizar a atuação estatal nas relações patrimoniais *post mortem*, prestigiando a liberdade de disposição testamentária.

A legítima é uma restrição à liberdade de testar e doar, que impõe a destinação compulsória de parcela do patrimônio do *de cujus* aos herdeiros necessários (aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge/companheiro). Segundo a doutrina, seu fundamento está relacionado à necessidade de assegurar a sobrevivência dos herdeiros, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Todavia, na maioria dos casos, tal fundamento mostra-se inconsistente. Isso porque, não cabe ao Estado decidir qual será a destinação dos bens deixados pelo autor da herança, tampouco pode a lei presumir, de modo absoluto, a necessidade financeira dos herdeiros e a

existência de afeto nas relações familiares. A lei tolhe, ainda, iniciativas que podem representar interesse público, como a doação de mais da metade da herança para causas humanitárias.

Verifica-se, portanto, que a adoção desse instituto no Brasil possui fundamento polêmico, trazendo uma série de questionamentos, tais como: Até que ponto a limitação da liberdade de testar, forçada pela intangibilidade da legítima, resguarda os interesses do autor da herança para decidir o destino de seus próprios bens? Pode-se dizer que o atual fundamento da legítima gera desigualdade entre os herdeiros e desprestigia o mérito na aquisição de patrimônio? É necessário o fim do instituto da legítima no Brasil para que se tutele a autonomia de testar?

Para a melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar que o atual fundamento da legítima viola a autonomia privada e que a presunção de necessidade dos herdeiros não deve ser absoluta, na medida em que gera desigualdade entre os herdeiros e incentiva a aquisição de patrimônio independentemente de mérito. Pretende-se, ainda, defender a necessidade de uma alteração legislativa mantendo a presunção absoluta de necessidade apenas para casos excepcionais, são eles: os menores e os incapazes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o atual fundamento do instituto da legítima e seus desdobramentos na autonomia privada, notadamente quanto aos interesses do autor da herança.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a presunção legal de necessidade dos herdeiros não deve ser absoluta, pois gera desigualdade entre os herdeiros, incentiva a aquisição de patrimônio sem mérito e não permite iniciativas benéficas ao interesse público.

O terceiro capítulo aborda a possibilidade de alteração legislativa para manter a presunção absoluta de necessidade dos herdeiros tão somente para aqueles que merecem proteção especial: os menores e incapazes. Para os demais, a presunção de necessidade torna-se relativa.

No tocante às técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do artigo, tendo em vista que o pesquisador elenca preposições hipotéticas e, com base em estudos e análises estatísticas, são comprovadas ou rejeitadas ao final.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica, será necessariamente qualitativa, porquanto se pretende utilizar a bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação e doutrina) para sustentar a tese.

1. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

A sucessão *causa mortis* pode ocorrer de dois modos: por lei ou por disposição de última vontade (art.1.786, do CC/2002¹). A sucessão por lei é denominada sucessão legítima e se subdivide em sucessão legítima não necessária e necessária. É nesta última, que surge a denominada legítima.

A legítima, de acordo com o art. 1.846², do CC/2002, caracteriza-se por ser uma parcela indisponível da herança, equivalente à metade do patrimônio do testador (art.1.789, do CC/2002³). Trata-se de uma quota do patrimônio do falecido que será, compulsoriamente, destinada aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro) por força de lei.

Para a compreensão do que seja o instituto da legítima e de seus desdobramentos é necessário conhecer o seu fundamento.

Segundo Pontes de Miranda⁴, a quota necessária é fruto da conjugação dos elementos romano e germânico no direito brasileiro. Isso porque, no direito romano predominava a liberdade de testar, ao passo que no direito germânico, o que prevalecia era o coletivo familiar e não a vontade da pessoa do falecido. Assim, o instituto da legítima e a sua intangibilidade resultam de uma exceção ao princípio da liberdade de testar do direito romano e de uma exceção ao princípio do condomínio familiar do direito germânico.

Conforme explica Ana Luiza Maia Nevares⁵:

como já analisado, o princípio da intangibilidade da legítima encontra seu fundamento na conciliação entre a proteção à família e a plena liberdade de testar (ou seja, entre a proteção à família e o direito de propriedade do de cujus, já que a disposição de bens *causa mortis* é uma das fontes de exercício do direito de propriedade).

No direito romano, as primeiras restrições à liberdade de testar se fizeram com fundamento no dever de solidariedade familiar e no dever de piedade em favor dos herdeiros mais próximos. Tratava-se, em última instância, de um dever moral *post mortem*.⁶

¹BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

²Ibid.

³Ibid.

⁴PONTES DE MIRANDA apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 497.

⁵Ibid., p. 536.

No direito brasileiro, o instituto foi incorporado por força das Ordenações do Reino (Sistema Jurídico Português antigo), que aderiu às fontes romanas. Inicialmente, a legítima tutelava a fração de dois terços do patrimônio do falecido aos herdeiros necessários, sendo que, a partir da Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907), a proteção foi reduzida para metade dos bens do *de cuius*. A redução para metade foi mantida no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2002, sendo regra consolidada, portanto, há mais de cento e dez anos no ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns autores⁷ entendem que tal instituto preserva valores constitucionais como: a dignidade da pessoa humana, a proteção à família, a solidariedade, a livre iniciativa e a propriedade privada.

Para Clóvis Beviláqua⁸, a manutenção da legítima no ordenamento brasileiro se justifica por quatro motivos: a) o direito de propriedade não pode ser considerado absoluto; b) a família deve ser protegida em detrimento do arbítrio do indivíduo; c) beneficiar um único filho implica em ganância; d) a legítima não gerará ócio dos herdeiros se for oferecida a educação necessária.

Expostos os fundamentos em favor da legítima, passa-se à análise dos seus desdobramentos na autonomia privada, especialmente, no tocante aos interesses do autor da herança.

Muitos autores⁹ na doutrina criticam a legítima por tratar-se de um instituto ultrapassado e que encontrou justificativa em sociedades antigas, não se sustentando nos dias atuais. Explicam que a legítima gera mais discórdia entre os parentes e incentiva o ócio dos herdeiros, impedindo que o *de cuius* disponha de seu patrimônio como lhe aprouver.

Acerca do tema, Flávio Tartuce¹⁰ se posiciona:

todavia, já é o momento de se debater a redução da legítima, talvez para um montante menor, talvez em 25% do patrimônio do falecido. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.

⁶TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. V. 6. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 32.

⁷NEVARES, op. cit., p. 536.

⁸TATURCE, op. cit., p. 32-33.

⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. 7. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46-47.

¹⁰TATURCE, op. cit., p. 33-34.

De fato, a legítima constitui uma injusta restrição à liberdade individual. Tal instituto impede o exercício da autonomia privada pelo principal interessado, ou seja, pelo autor da herança.

É sabido que a autonomia se caracteriza por ser a capacidade de autodirigir a própria vida e escolhas a partir da razão. O conceito de autonomia tornou-se um dos fundamentos do direito privado, consagrando a interferência mínima do Estado nas relações econômicas e patrimoniais individuais.

Todavia, o que se percebe no direito sucessório é que essa interferência estatal é ainda bastante acentuada, na medida em que a autonomia passou a ser limitada pela interpretação de que a propriedade privada não é absoluta, devendo-se tutelar a dignidade humana dos herdeiros a partir da função social da propriedade.

Ora, não se questiona que a propriedade não pode ser exercida em caráter absoluto, porém é necessário ressaltar que a presunção absoluta de indisponibilidade de metade do patrimônio do *de cuius* não irá assegurar necessariamente a dignidade humana e a função social da propriedade.

Por outro lado, é evidente que a legítima viola justamente a propriedade e a autonomia privada, pois impede que o autor da herança decida como irá destinar o patrimônio que ele mesmo arrecadou em vida.

Ademais, esclarece-se que, embora Bevilacqua¹¹ defenda a legítima sob o argumento de proteção à família em face do arbítrio do falecido, a defesa da autonomia privada do *de cuius* não conduz a uma arbitrariedade de sua parte, muito pelo contrário. Trata-se de mais uma disposição que visa afastar a arbitrariedade e a intervenção do próprio Estado nas relações patrimoniais *post mortem*.

Quanto à solidariedade familiar, entende-se que o argumento tampouco se sustenta. Isso porque, o dever de solidariedade está ligado à dignidade humana podendo, em muitas hipóteses, ser concretizado por meio de suporte financeiro a parentes que sequer pertencem ao rol de herdeiros necessários. Assim, diante da desnecessidade econômica dos herdeiros necessários, não há que se falar em dever de solidariedade em favor deles.

Lado outro, não pode o legislador presumir, sob o pretexto da solidariedade, a existência de afeto entre todos herdeiros necessários, o que justificaria supostamente o desejo do autor da herança em destinar metade de seus bens às pessoas impostas pela lei.

¹¹ Ibid., p. 32-33.

Por oportuno, salienta-se que já existem diversos aspectos do próprio Direito de Família que gradativamente estão sendo regidos pela autonomia privada, como por exemplo, a escolha do regime de bens. Igualmente, há de ser feito no Direito Sucessório, a fim de impedir que institutos arcaicos, como a legítima, ainda prevaleçam em uma sociedade tão dinâmica.

Assim, considerando que a legítima trata essencialmente de direito patrimonial disponível (ressalvado direito de menores e incapazes), faz-se necessário o afastamento da indisponibilidade absoluta da legítima em prestígio também ao princípio da autonomia privada.

2. ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS

Conforme mencionado, o legislador no art. 1.846¹², do CC/2002 institui uma presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros necessários ao dispor que pertence a estes, obrigatoriamente, metade do patrimônio do *de cuius*.

Trata-se de uma norma limitadora da autonomia privada cujo escopo protetivo imaginado por Bevilacqua¹³ não se alcança efetivamente, como irá se demonstrar.

Para Bevilacqua¹⁴, o fundamento da legítima seria justamente a proteção de valores constitucionais como a dignidade da pessoa, a proteção à família e a solidariedade entre os membros das famílias. Para o autor, a legítima visaria, em tese, a redução da desigualdade entre os herdeiros em detrimento do arbítrio do falecido.

O legislador presumiu, portanto, que os entes mais próximos são aqueles com os quais o falecido guardaria maiores vínculos de afetividade e que, por isso, a última vontade do autor da herança seria que seu patrimônio fosse distribuído para manter o bem estar desses sucessores próximos.

Todavia, o escopo protetivo da presunção legal absoluta não se sustenta. Isso porque, nem sempre os herdeiros necessários são aqueles com quem o falecido guardou maior vínculo de afetividade em vida.

Ademais, não se pode aceitar, de plano, que seriam os herdeiros necessários os mais vulneráveis da família, sob pena de gerar, inclusive, desigualdade entre os próprios familiares.

¹²BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³TATURCE, op. cit., nota 11.

¹⁴Ibid.

É possível que, mesmo dentro do rol de herdeiros necessários, nem todos eles possuam as mesmas condições patrimoniais para permitir que a herança seja distribuída de modo isonômico e estanque como pretende o legislador.

Assim, não deveria a lei estabelecer o limite fixo de indisponibilidade de 50% (cinquenta por cento) da herança e divisão igualitária entre os herdeiros necessários se, no caso concreto, as necessidades de tais herdeiros se mostrarem distintas ou, até mesmo, inexistentes.

Por outro lado, nada impediria que na ausência de vulnerabilidade patrimonial dos herdeiros necessários, o autor da herança destinasse os seus bens a quem bem lhe aprouvesse, inclusive a outros membros familiares ou até mesmo em favor de terceiros e entidades assistenciais do Estado.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹⁵ trazem elucidativos exemplos de como a legítima pode se prestar muito mais a ampliar desigualdades no núcleo familiar do que, de fato, reduzi-las:

noutra senda, se o titular do patrimônio possui um irmão incapacitado para o labor, inexistindo descendentes e ascendentes daquele, porém casado em regime de separação absoluta de bens com um cônjuge que possui confortável situação econômica, a presença do herdeiro necessário obstará a proteção ampla e efetiva do familiar necessitado.

Nesse contexto, o que se verifica é que o legislador equivocadamente entende que, por meio da legítima, ele saberia definir com mais acerto o que é melhor aos ascendentes, descendentes e cônjuge ou companheiro do que o próprio o autor da herança.

Assim, o que se percebe, na verdade, é que diferentemente do que prevê o Código Civil de 2002, a legítima muitas vezes não tutela a solidariedade familiar, mas sim alimenta as desigualdades entre herdeiros que estão em situação desigual.

Basta se reportar ao exemplo dos descendentes que possuem um acervo patrimonial bem superior ao do pai falecido e que, por ausência de demais herdeiros necessários, acabam herdando tudo do genitor mesmo sem necessitar, enquanto o irmão do pai falecido encontra-se em condições sub-humanas, não possuindo o mínimo existencial para sobreviver.

Não parece crível que a lei estabeleça que o falecido deva proteger seus filhos abastados em detrimento de seu irmão que não possui o mínimo para uma vida digna.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. V. 7. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 66.

A legítima, portanto, é uma norma que impede a verdadeira solidariedade familiar, seja ela entre os próprios herdeiros necessários, seja entre outros membros da família (como aqueles que guardam vínculos colaterais com o falecido, por exemplo).

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹⁶ defendem que, em se tratando de descendentes, com o término do exercício do poder familiar deve também cessar a limitação trazida pela legítima, tendo em vista tratar-se de herdeiros plenamente capazes:

até porque o ofício do pai se impõe em razão do exercido do poder familiar - o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes. Cuida-se de uma interdição parcial na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica.

Outro argumento capaz de infirmar a presunção do art. 1.846, do CC/2002¹⁷ é do incentivo que tal dispositivo traz à aquisição de patrimônio sem mérito pelos herdeiros necessários.

É inegável que a legítima acaba por estimular o ócio dos sucessores em detrimento da realização de atividades individuais em busca do próprio sustento, gerando um desincentivo ao trabalho, esforço que em menor ou maior grau, também não deixa de ser uma expressão da dignidade humana.

Acerca do tema ensina Flávio Tartuce¹⁸:

a liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária.

Nessa linha intelectual, o Ministro Luiz Edson Fachin¹⁹ defende que a legítima deve apenas assegurar o mínimo existencial para garantir a dignidade humana, não devendo se prestar a incentivar o ócio exagerado dos herdeiros. Para Orlando Gomes²⁰, o instituto da legítima não poderia criar uma verdadeira “fábrica de vagabundos”.

Em outros termos, entende-se que o instituto da legítima não pode servir de sucedâneo à criação da figura do herdeiro profissional. É preciso desenvolver na sociedade o desejo pela busca saudável do trabalho e da ocupação, tendo em vista o crescimento pessoal e

¹⁶ Ibid, p. 63.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ TATURCE, op. cit., nota 11.

¹⁹ Ibid, p. 33.

²⁰ Ibid.

meritório de cada indivíduo, independentemente do patrimônio amealhado por seus familiares em vida.

Roxana Borges e Renata Dantas²¹ abonam esse entendimento:

a família, sob uma ótima despatrimonializada, não constitui núcleo de produção e acumulação de riqueza, mas, sim, espaço de construção do eu, fundado em relações de afeto e solidariedade. Pensar o Direito Sucessório constitucionalizado, de fato, é reconhecer que a herança pode sofrer limitações quanto à liberdade de testar, com o fim de proteção familiar. Mas a proteção à família não se realiza na transmissão compulsória de bens àqueles que podem prover seu próprio sustento.

Não bastasse isso, a manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro impossibilita, ainda, iniciativas benéficas ao interesse público, tais como: doações de mais de metade do patrimônio para causas humanitárias e instituições assistenciais sem fins lucrativos.

A intangibilidade da legítima representa, portanto, um resquício arcaico de um instituto que perdura mais de cento e dez anos no ordenamento jurídico brasileiro impedindo lamentavelmente iniciativas positivas ao interesse social e público.

Assim, quando o Código Civil dispõe que a herança deve prioritariamente ser destinada aos herdeiros necessários (ainda que tais herdeiros sejam maiores e capazes) impõe-se um dispositivo pretensioso e paternalista que inviabiliza projetos de cunho social, a dignidade humana e a verdadeira solidariedade familiar.

3. LEGÍTIMA: PROTEÇÃO LEGAL JUSTIFICÁVEL OU EXCESSO DE RIGOR LEGISLATIVO?

É sabido que existem três modelos de sistemas sucessórios bem claros, são eles: a) o Sistema da Liberdade Testamentária; b) o Sistema da Concentração Absoluta ou Obrigatória; c) Sistema da Divisão Necessária.

O primeiro modelo se caracteriza como a expressão máxima da autonomia privada, segundo o qual, o autor da herança pode dispor de todo o seu patrimônio sem qualquer restrição. Nesse sistema não se admite a interferência de terceiros e do Estado. Trata-se do modelo adotado, atualmente, pelos Estados Unidos.²²

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 90, jan./mar. 2017. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 62.

Já o segundo sistema, o da Concentração Absoluta ou Obrigatória, não possui nenhuma expressão da autonomia privada. Nesse modelo se impõe que toda a herança seja destinada apenas a um sucessor. Geralmente, tal sucessor é o filho mais velho. É um sistema bastante arcaico e que já foi superado.

O terceiro modelo sucessório é o Sistema da Divisão Necessária. Trata-se do modelo adotado no Brasil e é caracterizado pela relativa margem de disponibilidade dos bens do *de cuius*. Havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar do falecido deve ser limitada em razão de uma quota reservada a estes herdeiros.

O artigo 1.846, do CC/2002²³ impõe a indisponibilidade de metade dos bens do autor da herança em favor dos herdeiros necessários.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, o instituto da legítima foi incorporado originalmente ao direito brasileiro com a fração de dois terços de indisponibilidade, passando posteriormente à fração de metade dos bens do falecido.

A crítica que boa parte da doutrina faz ao instituto da legítima relaciona-se à fração de indisponibilidade imposta pela lei e à presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários.

Há autores como Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal²⁴ que defendem a adoção do Sistema da Liberdade Testamentária pelo Brasil quando se tratarem de herdeiros maiores e capazes, com fito de garantir a plena autonomia privada na disposição dos bens pelo autor da herança:

é que, apesar de minoritário o nosso entendimento, confessamos não ter simpatia pela restrição cega à liberdade de testar *sub oculo*. É que, ao nosso visto, a limitação imposta pela legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de sua proteção especial e integral. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular.

Tais autores²⁵ chegam até mesmo a defender que o juiz pode, casuisticamente, afastar a aplicação da norma do art. 1.846, do CC/2002²⁶ para resguardar a dignidade do titular dos bens:

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., nota 16.

²⁵ Ibid., p. 65.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

entendemos, pois, que o juiz, casuisticamente, poderá acobertar com o manto da validade e da plena eficácia o testamento celebrado pelo titular com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível) quando os herdeiros necessários são maiores e capazes, através da utilização da tese da derrotabilidade das regras, para permitir a realização de valores que se mostrem mais relevantes do que a proteção de herdeiros necessários. Assim, resguardará a dignidade do titular, podendo dispor livremente de seu patrimônio.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal²⁷ entendem, portanto, que deveria haver uma “derrotabilidade” da regra insculpida no art. 1.846, do CC/2002²⁸ quando os herdeiros necessários são maiores e capazes.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁹ também entendem que a indisponibilidade imposta pela legítima apenas deveria se restringir aos herdeiros incapazes e menores:

poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faldade de disposição do autor da herança.

Tartuce³⁰ expõe, ainda, a possibilidade de redução do percentual de indisponibilidade de 50% (cinquenta por cento) para 25% (vinte e cinco por cento):

todavia, já é o momento de se debater a redução da legítima, talvez para um montante menor, talvez em 25% do patrimônio do falecido. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.

De fato, as críticas realizadas pela doutrina ao instituto da legítima merecem trânsito.

Primeiro, porque a legítima é um instituto de cunho eminentemente patrimonial, cuja imposição de indisponibilidade de metade dos bens viola a autonomia privada do autor da herança e pode ampliar as desigualdades entre herdeiros que estão em situação desigual, violando o art. 227, §6º, da CRFB/88³¹.

Segundo, porque não poderia a lei impor a presunção absoluta de vulnerabilidade econômica dos herdeiros, uma vez que tal imposição apenas se justifica diante de herdeiros incapazes ou menores, ou seja, herdeiros impossibilitados de prover a própria subsistência.

²⁷FARIAS; ROSENVALD, op. cit., nota 25.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., nota 9.

³⁰TATURCE, op. cit., nota 11.

³¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Quanto aos herdeiros maiores e capazes, defende-se que a prova de vulnerabilidade econômica deve ser demonstrada caso a caso, considerando apenas o mínimo existencial necessário para que não seja incentivado o ócio dos herdeiros.

Assim, entende-se que, a norma do art. 1846, do CC/2002³² trata-se de um excesso legislativo que não se justifica perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

A necessidade de alteração legislativa quanto à legítima é tão latente, que o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), em convergência com a doutrina, também propõe no seu anteprojeto do Estatuto das Sucessões³³ alterações nos artigos que tratam do instituto no Código Civil de 2002.

Dentre as alterações previstas no anteprojeto do Estatuto das Sucessões, destacam-se as alterações propostas nos art. 1.845, art. 1846, art. 1.848 e art. 1850, todos do atual Código Civil³⁴.

Na proposta do anteprojeto do Estatuto Sucessório do IBDFAM³⁵ verifica-se que o cônjuge não é mais colocado na classe dos herdeiros necessários.

Ademais, pela nova redação do art. 1.846, do anteprojeto, haveria a inclusão de um parágrafo único³⁶ o qual dispõe que o testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com deficiência.

O que se percebe de louvável sobre essa proposta de alteração é que, felizmente, as pessoas com deficiência foram mencionadas pela lei como destinatárias de parcela da legítima.

Todavia, uma crítica que se faz é que se utiliza o verbo “poderá”, razão pela qual não se sabe se trata de uma destinação compulsória ou facultativa. Sendo certo, que deveria ser compulsória, tendo em vista o caráter protetivo da legítima aos que não podem prover o próprio sustento.

Quanto às propostas de alteração dos art. 1848 e art. 1850 percebe-se que no anteprojeto³⁷ a legítima, de fato, seria apenas para proteger o patrimônio mínimo do herdeiro e caberia ao juiz, de forma fundamentada, quantificar a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes.

³²Idem, op. cit., nota 1.

³³IBDFAM. *Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵IBDFAM, op. cit., nota 33.

³⁶Ibid.

³⁷Ibid.

Observa-se, portanto, que a proposta do anteprojeto já dá indícios de ruptura com a presunção absoluta da legítima da redação atual do art. 1846, do CC/2002³⁸ e busca, embora de modo incipiente, destinar bens da legítima apenas aos herdeiros que comprovem efetivamente as suas necessidades econômicas e existenciais.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa intentou refletir sobre as questões controvertidas afetas ao instituto da legítima no Direito Sucessório, mais especificamente, acerca da necessidade de reformulação do atual fundamento da legítima com fito de minimizar a atuação estatal nas relações patrimoniais *post mortem*, prestigiando a liberdade de disposição testamentária e a autonomia privada.

Conforme demonstrado ao longo deste estudo, o atual fundamento da legítima e sua incorporação no Direito Brasileiro ainda gera bastante polêmica.

De um lado, alguns autores entendem que tal instituto preserva valores constitucionais como: a dignidade da pessoa humana, a proteção à família, a solidariedade, a livre iniciativa e a propriedade privada.

De outro lado, autores na doutrina criticam a legítima por tratar-se de um instituto ultrapassado e que encontrou justificativa em sociedades antigas, não se sustentando nos dias atuais. Explicam que a legítima gera mais discórdia entre os parentes e incentiva o ócio dos herdeiros, impedindo que o *de cujus* disponha de seu patrimônio como lhe aprouver.

Constatado o impasse e as críticas sobre a adoção desse instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, a pesquisa apresentada objetivou buscar qual o real fundamento da legítima não apenas sob a ótica dos herdeiros, mas também sob a perspectiva dos interesses e da autonomia do autor da herança.

Nesse contexto, o primeiro capítulo pretendeu comprovar que o atual fundamento da legítima viola a autonomia privada e a liberdade de disposição do patrimônio, impedindo que o autor da herança determine o destino de seus próprios bens.

Quanto à questão que se descortinou no segundo capítulo, acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade dos herdeiros necessários imposta pela legítima, é certo que não deve ser absoluta, na medida em que gera mais desigualdade entre os herdeiros e incentiva a aquisição de patrimônio independentemente do mérito.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

Por fim, o terceiro capítulo tentou demonstrar a necessidade de uma alteração legislativa no instituto, mantendo a presunção absoluta de necessidade apenas quanto aos herdeiros menores e incapazes. Para os demais herdeiros, defendeu-se a presunção de necessidade relativa, a partir da comprovação de inexistência do mínimo existencial no caso concreto.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que a norma do art. 1.846, do CC/2002 trata-se de um excesso legislativo não justificável perante aos herdeiros maiores e capazes, devendo ser mantida a proteção absoluta apenas quanto aos menores e aos incapazes.

Assim, propõem-se as modificações no instituto da legítima e o afastamento da ótica de um Direito Sucessório patrimonialista e paternalista. Defende-se a busca saudável do trabalho e da ocupação pelos herdeiros baseado no crescimento pessoal e meritório de cada indivíduo, independentemente do patrimônio amealhado por seus familiares em vida.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, jan./mar. 2017. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_09-art-04_roxana-brasileiro-borges-et-al.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. V. 7. Salvador: Juspodium, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. *Anteprojeto de lei para reforma do direito das sucessões*. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/upload/anteprojeto_sucessoes/anteprojeto_sucessoes.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTES DE MIRANDA apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 10. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2017.