

## **PRINCIPAIS CRÍTICAS DA DOCTRINA NACIONAL AO ATUAL FORMATO DA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO: APONTAMENTOS E SUGESTÕES DE REVISÃO DO INSTITUTO À LUZ DA SOLUÇÃO INGLESA**

**Taisa Maria Macena de Lima**

Doutora e Mestre em Direito pela UFMG, Professora de Direito Civil na Puc Minas (Graduação em Direito e Programa de Pós-graduação em Direito em Direito – Mestrado e Doutorado), Ex-bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), Conselheira do Serviço Católico de Intercâmbio Acadêmico (KAAD), Membro da Academia de Juristas Católico-humanistas (AJUCH) e Desembargadora do Trabalho (TRT3),  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5454-9387>  
E-mail: [taisamacena@yahoo.com.br](mailto:taisamacena@yahoo.com.br)

**Elgen Leite de Castro Costa Júnior**

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-graduado (LL.M) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Pós-graduado em Direito Público pelo Centro de Atualização em Direito – UGF-RJ, Advogado sócio do Macedo Castro Sociedade de Advogados,  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1468-318X>  
E-mail: [elgen@macedocastro.com.br](mailto:elgen@macedocastro.com.br)

**Recebido em:** 14/08/2023

**Aprovado em:** 01/11/2023

### **RESUMO**

Este artigo pretende, dentro da limitação imposta pelo seu tamanho, apresentar as principais críticas que a doutrina nacional faz em relação ao atual formato da legítima na legislação brasileira. Por meio de pesquisa bibliográfica, analisam-se os aspectos históricos indispensáveis à adequada compreensão da matéria, e são apresentados, na sequência, os conceitos jurídicos fundamentais que envolvem a temática abordada. Além do instituto da legítima, seu breve apanhado histórico, conceito e fundamentos, apresentam-se os princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar, que encampam as maiores discussões que envolvem a legítima. Na sequência, são abordadas as principais críticas da doutrina nacional ao instituto em estudo e, apresentada, ao final, a solução adotada pelo Direito inglês e a sua aparente compatibilidade, com os ajustes devidos, com a realidade civil constitucional do Brasil.

**Palavras-chave:** direito civil; herança; legítima; autonomia privada; solidariedade.

### **MAIN CRITICS OF THE NATIONAL DOCTRINE TO THE CURRENT FORMAT OF LEGITIMATE IN THE BRAZILIAN CIVIL SYSTEM: NOTES AND SUGGESTIONS FOR THE INSTITUTE'S REVIEW BASED ON THE ENGLISH SOLUTION**

## ABSTRACT

This article is intended, within the limitation imposed by its size, to present the main critics that national doctrine makes in relation to the current format of the legitimate in Brazilian legislation. Through bibliographical research, the historical aspects essential to the proper understanding of the matter are analyzed, and the fundamental legal concepts that involve the theme are presented in the sequence. In addition to the legitimate institute, its brief historical overview, concept and foundations, the principles of private autonomy and family solidarity are presented, which encompass the greatest discussions involving the legitimate. In the sequence, the main critics of the national doctrine to the institute under study are presented, being presented, in the end, the solution adopted by English Law and its apparent compatibility, with the due adjustments, with the civil constitutional reality of Brazil.

**Keywords:** civil law; inheritance; legitimate; private autonomy; family solidarity

## 1 INTRODUÇÃO

As propriedades no geral, especialmente as que ostentam valor considerável, independentemente do seu tamanho, formato ou natureza – móvel ou imóvel -, usualmente perduram por mais tempo do que a vida do seu proprietário. Isso era constatável de forma ainda mais simples quando do surgimento das primeiras ideias de propriedade privada e de sucessão, quando a expectativa média de vida raramente ultrapassava os 35 anos de idade.

O fenômeno sucessório surge, então, para dar solução à questão da continuidade daquela propriedade que, em razão do falecimento do seu até então titular, via-se em situação incerta. Sabe-se que nos primórdios de Roma, não se falava propriamente em propriedade privada individual. A ideia de coletividade, naquele tempo, predominava, mas com o advento e evolução dessa propriedade privada individual, foram desenvolvidas soluções para que os bens deixados pelo sucedido fossem transmitidos, geração após geração, aos membros da sua família.

No presente trabalho, será apresentado o estudo de um importante instituto que tem sido, ao longo dos séculos, mantido, a legítima. Em caráter introdutório, entenda-se como legítima uma parcela dos bens do autor da herança que, por força de lei, não pode ser destinada livremente por ele, senão para os chamados herdeiros necessários, seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

Como será abordado ao longo do texto, quando da incorporação definitiva desse instituto pelo Direito brasileiro, a manutenção dessa reserva legítima era plenamente plausível e justificável, especialmente em razão do contexto socioeconômico da época e do formato e

natureza de família naquele tempo. Contudo, parte da doutrina especializada tem criticado duramente a manutenção irrefletida da legítima no ordenamento brasileiro, eis que, apesar de todas as mudanças e evoluções pelas quais passamos no último século, o instituto da legítima permanece praticamente intocado, tendo sofrido, ao longo de tantas décadas, pouquíssimas alterações.

A pesquisa é integralmente bibliográfica, traz a opinião de diversos autores sobre a matéria e apresenta, de forma concisa, mas com a necessária profundidade, as principais críticas desses autores em relação ao instituto em estudo. Seria o fundamento central para manutenção da legítima, a solidariedade familiar, suficiente, atualmente, para manter o texto da lei tal como lançado? Considerando os contornos atuais da dignidade humana e da máxima potencialização do indivíduo dentro do contexto de família funcionalizada, não se está mantendo, de forma injustificada, uma desnecessária violação à autonomia privada do autor da herança? Eis os pontos centrais que serão abordados.

## **2 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DA LEGÍTIMA NO BRASIL**

Não obstante o presente trabalho pretenda apresentar, de maneira breve, o histórico sobre a origem da legítima no Brasil, é indispensável se mencionar, ainda que de forma superficial, que a proteção à legítima surgiu no Direito Romano. Antes de adentrar especificamente na breve história da legítima, é importante a análise de alguns conceitos apresentados pela doutrina nacional.

Nas palavras de Clóvis Beviláqua (1955, p. 230), foi no Direito Romano que surgiram os primeiros fundamentos da legítima que, segundo o autor, seriam o “*direito hereditário, que a lei assegura a determinadas pessoas sobre uma certa parte da herança*”.

Carlos Maximiliano (1952, p. 373) define que “legítima é a porção do patrimônio individual que por morte de qualquer pessoa obrigatoriamente cabe aos seus parentes assim privilegiados por lei”.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2018), a legítima pode ser conceituada como a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários.

Para Rolf Madaleno:

A legítima representa no direito sucessório uma porção dos direitos hereditários, à

qual a lei atribui especial reserva, como ordena o art. 1.846 do Código Civil, porquanto certa porção dos bens pertence aos herdeiros necessários do defunto, sendo deles a metade dos bens da herança, constituindo-se a legítima em uma expectativa dos herdeiros necessários (2020, p. 272).

Mairan Gonçalves Maia Júnior apresenta o seguinte conceito:

Constitui a legítima em instrumento de tutela aos direitos hereditários dos sucessíveis, protegendo-os contra a prática de atos de liberalidade, *inter vivos* ou *mortis causa*, que possam reduzir significativamente ou mesmo eliminar o patrimônio hereditário (2018, p. 325).

Apresentados alguns conceitos de legítima, destaque-se que a evolução da sociedade e das estruturas familiares sempre influenciou na liberdade de testar e, conseqüentemente, na legítima, que tem sido alterada ao longo do tempo, sempre reativa às evoluções sociais.

Importa mencionar que o estudo da legítima, da forma como proposta neste artigo, envolve a sua necessária ligação com a sucessão testamentária. Apesar de não ser objeto imediato deste texto, se faz necessária a menção a uma divergência doutrinária importante em relação à liberdade testamentária nesses tempos remotos.

Parte significativa dos romanistas informa que, no princípio, em Roma, a liberdade de testar era praticamente ilimitada, irrestrita, prevalecendo, para estes, uma elevada valorização do individualismo e da vontade do falecido (Schultz, 1960).

Em sentido diametralmente oposto, outros historiadores e estudiosos do tema apontam que houve, sim, limitação à liberdade de testar desde as origens. Essa lógica individualista, segundo ensina essa corrente de doutrinadores, seria contraditória com a lógica comunitária do sistema jurídico romano da época. O testamento teria surgido, dessa forma, como uma opção facultada ao pater que não tinha filhos, herdeiros naturais, permitindo-se, dessa forma, a continuidade do culto aos seus ancestrais e, em última análise, da sua família (Moncada, 1923). Havia, naquele tempo, a impossibilidade de separação entre o culto doméstico e a propriedade, portanto, era necessária a instituição de algum herdeiro para a perpetuação da família para a manutenção do culto doméstico (Coulanges, 2006).

Apesar da divergência quanto a essa limitação da liberdade de testar, fato é que em decorrência dos abusos e excessos decorrentes dessa suposta liberdade testamentária, algumas legislações foram implementadas para limitar a liberdade do testador, garantindo, dessa forma, alguma segurança às pessoas que eram necessariamente chamadas à sucessão. A título exemplificativo e sem detalhar as inovações que cada uma dessas leis trouxe, surgiu, primeiro, a *Lex Furia testamentaria*, seguida da *Lex Vaconia* e, por fim, a *Lex Falcidia*

(Alves, 2007).

Nota-se claramente, portanto, que a ideia de legítima, tal como conhecida atualmente, surgiu no período clássico do Direito Romano, tendo assim permanecido, praticamente inalterada, até o período de Justiniano, quando sofreu adaptações.

Fazendo um salto histórico, mas buscando adentrar mais precisamente no objeto de estudo deste texto, chega-se ao surgimento de Portugal e à primeira legislação que ali vigeu, o Código Visigótico. Na península ibérica, esse Código foi a base do Direito Civil, e, considerado, nas palavras de Luiz Carlos de Azevedo (2001, p. 7), “a mais importante compilação de leis dos visigodos, que reúne tanto os antigos costumes germânicos quanto as disposições oriundas do Direito Romano e Canônico”.

Para que seja possível demonstrar a importância histórica desse código, sem adentrar nos seus pormenores, importa dizer apenas que a ordem de vocação hereditária nele prevista manteve-se, mesmo após as Ordenações Manuelinas e Filipinas, vigendo no Brasil, inclusive, até a promulgação da Lei n.º 1.839 de 1.907 (Carminate, 2011).

Os portugueses pouco produziram no primeiro século após a sua fundação como nação, havida no ano 1.140 D.C. Nos anos de 1.446 e 1.447, durante o reinado de Afonso V, foi criada a primeira compilação legislativa eminentemente portuguesa, as Ordenações Afonsinas. A citada legislação manteve inalterada a ordem de vocação hereditária trazida no Código Visigótico, chamando à sucessão os descendentes, até o infinito, os ascendentes, até o infinito, os colaterais até o décimo grau, o cônjuge sobrevivente e, por último, o fisco.

É notória e sempre citada a relevância das Ordenações Afonsinas para o Direito português. Mário Júlio de Almeida Costa (2008, p. 279) chega ao ponto de afirmar que “as Ordenações ulteriores, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a colectânea afonsina”.

Cite-se, por oportuno, que no Título 97 do Livro IV das Ordenações Afonsinas, já se encontrava presente uma disposição sobre a terça, que era a única parte da herança da qual os pais poderiam livremente dispor, uma vez que os outros dois terços estavam legalmente resguardados aos filhos.

Poucos anos após o início da sua vigência, surge, em 1514, as Ordenações Manuelinas, que não trouxeram nenhuma alteração importante no que se refere ao Direito das Sucessões. Em 1603, foi iniciada a vigência das Ordenações Filipinas, apesar de a aprovação do referido diploma legal ter ocorrido muitos anos antes, ainda em 1583. Assim como a legislação anterior, as Ordenações Filipinas não trouxeram nenhuma modificação importante

em matéria sucessória, tendo sido mantida, por exemplo, a mesma ordem de vocação hereditária prevista no Código Visigótico, assim como a mesma previsão sobre a legítima que já constava nas Ordenações Afonsinas.

Aqui, revela-se uma interessante passagem que envolve o Direito português e o Direito brasileiro. As Ordenações Filipinas foram a legislação que permaneceu por mais tempo em vigência em Portugal, tendo perdurado, naquele país, até a promulgação do Código Civil Português, já em 1867. Não obstante tenha havido a independência do Brasil em 1822, as Ordenações Filipinas vigeram por aqui até a promulgação do Código Civil de 1916, que teve a sua vigência a partir de janeiro de 1917. Assim, o citado diploma legal permaneceu vigente no Brasil por mais tempo do que em Portugal, como bem explica Giordano Bruno Soares Roberto:

A vigência provisória da legislação portuguesa, determinada pela lei de 1823, em se tratando de direito civil, estendeu-se por longo período. Não deixa de ser curioso, inclusive, o fato de as Ordenações Filipinas, de 1603, terem permanecido em vigor por muito mais tempo no Brasil que em Portugal. Lá, foram substituídas por um código civil em 1867, aqui, somente em 1916. Tiveram, portanto, mais de três séculos de vigência no território brasileiro (2008, p. 50).

Como citado brevemente, a independência do Brasil em 1822 não veio acompanhada de um Código Civil nacional. A promulgação desse tão desejado código ocorreria quase um século mais tarde. Nesse meio tempo, contudo, foram produzidas dezenas de leis, alvarás e resoluções, na desesperada e ineficaz tentativa de adequar as ordenações à realidade da época (Roberto, 2008, p. 51).

Em 1857, Augusto Teixeira de Freitas finalizou, após aproximadamente dois anos de um intenso trabalho, a Consolidação das Leis Cíveis, que apesar de não trazer inovação legislativa alguma, eis que se tratou de uma consolidação da legislação esparsa então vigente, representou um enorme avanço de simplificação e sistematização da legislação.

Apenas a partir de 1907 é que se pôde falar em legislação efetivamente brasileira em matéria sucessória. Foi promulgado o Decreto nº 1.839 no dia 31 de dezembro daquele ano. Referido decreto ficou mais conhecido como Lei Feliciano Pena.

Em matéria sucessória, destaca-se a importante alteração na ordem de vocação hereditária promovida pela *Lei Feliciano Pena*, qual seja, a inversão entre o cônjuge sobrevivente e os colaterais na ordem dos sucessíveis. Outro ponto relevante para o estudo da legítima concerne à alteração dos herdeiros necessários. O artigo 2º do Decreto nº 1.839

manteve apenas os descendentes e os ascendentes nessa especial condição de herdeiros necessários.

Em relação à legítima, como bem aponta Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, a Lei Feliciano Pena trouxe outras inovações importantes, a saber:

- a) o aumento da quota disponível, que passou a ser metade dos bens, quando, antes, era a terça parte, b) a conversão da legítima em outras espécies diferentes das deixadas pelo de cujus; c) a incomunicabilidade da legítima e sua livre administração por parte da filha herdeira, embora casada; d) a inalienabilidade temporária ou vitalícia da legítima de qualquer herdeiro necessário (1952, p. 136).

Surge então, em 1916, o primeiro Código Civil brasileiro, elaborado a pedido do então presidente Campos Sales, pelo jurista Clóvis Beviláqua (Roberto, 2008). Nasce, assim, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que em razão da *vacatio legis* de um ano, iniciou a sua vigência apenas em 1º de janeiro de 1917.

O Código Civil de 1916 tratou das sucessões entre os artigos 1.572 e 1.807, tendo mantido intactas disposições importantes que já haviam sido alteradas pela Lei Feliciano Pena, tais como a ordem de vocação hereditária, a quota legítima nos mesmos cinquenta por cento, e os descendentes e ascendentes como únicos herdeiros necessários.

Após quase 90 anos de vigência, foi promulgada, em 10 de janeiro de 2002, a Lei nº 10.406 de 2002, que revogou o Código Civil de 1916 e instituiu o Código Civil vigente que, por sua vez, trata das sucessões no seu Livro V, entre os artigos 1.784 a 2.027.

Especificamente em relação à legítima, o atual código manteve o seu percentual inalterado, ou seja, manteve a quota disponível em cinquenta por cento do patrimônio, contudo, trouxe importantes alterações, destacando-se, para o presente trabalho, a alteração do rol dos herdeiros necessários que, por força do artigo 1.845, se viu incrementado com a presença do cônjuge, além dos descendentes e ascendentes, que já eram contemplados com essa especial classificação de herdeiros necessários.

### **3 OS GRANDES SISTEMAS SUCESSÓRIOS CONTEMPORÂNEOS**

Antes que se adentre especificamente nos sistemas sucessórios atualmente existentes, algumas considerações preliminares precisam ser apresentadas. Sistemas sucessórios nada mais são do que as matrizes de interpretação e tratamento do Direito Sucessório existentes, variando essas matrizes conforme o local da sua aplicação, sua forma de colonização, seu

nível de desenvolvimento socioeducacional e os costumes desenvolvidos naquele local ao longo dos séculos.

A importância de serem explicados, ainda que brevemente, os principais sistemas, se dá pelo fato de que o objeto do trabalho é a apresentação das críticas da doutrina brasileira ao atual sistema de legítima aqui vigente. Para tanto, é interessante trazer ao texto as outras realidades jurídicas existentes em outros países do mundo, para que seja possível ter uma base para comparação e, também, um norte que pode ser seguido e, quem sabe, implementado no Brasil.

Apresentada a breve explicação, importa apresentar os três grandes sistemas sucessórios contemporâneos: o sistema clássico; o sistema de ampla liberdade; e o sistema intermediário. É necessário informar, também, esses sistemas sucessórios são abertos e variáveis. Em outras palavras, e isso será melhor explicado adiante, dois países distintos podem estar vinculados a ao sistema sucessório clássico, mas ter diferenças significativas nas suas respectivas normas regulamentadoras.

O sistema clássico, primeiro citado, é marcado por uma rígida limitação à liberdade de testar, eis que determina de forma expressa e cogente que os herdeiros necessários têm direito a uma quota legítima, ou seja, parte do patrimônio do autor da herança está obrigatoriamente destinada a esses herdeiros especialmente classificados, independentemente da vontade do titular dos bens.

Como apontado, mesmo no sistema clássico existem algumas variações de país para país. A legítima em Portugal, por exemplo, existe, mas é variável a depender do número de filhos do autor da herança. No Brasil, como visto, a reserva legítima é sempre fixa e equivale à metade dos bens do *de cujus*, nos termos do art. 1.846<sup>1</sup> do Código Civil.

Sobre o tema, explicam Walsir Edson Rodrigues Júnior e Pollyanna Thays Zanetti:

No sistema clássico, a liberdade de testar do indivíduo é limitada pela existência de herdeiros necessários a quem a lei resguarda uma porção da herança, a legítima. Nos países que adotam esse sistema sucessório clássico, a quota legítima poderá ser fixa – como é o caso do Brasil –, ou variável, a depender do número de filhos deixados pelo *de cujus*, como ocorre em Portugal. Ainda, em alguns sistemas decorrentes do direito espanhol, é possível verificar uma divisão da quota legítima entre legítima estrita e *mejora*, sendo a primeira a parte que deve ser igualmente dividida entre todos os legitimários, e a segunda a parte de que o testador poderá dispor livremente entre os herdeiros necessários (2022, p. 94-95).

---

<sup>1</sup> Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 03 ago. 2023).

O segundo sistema é o que se manifesta por meio de uma ampla liberdade de testar. Nesse sistema, vigora uma ampla liberdade testamentária, podendo o autor da herança dispor de seus bens em favor de quem desejar. Nesse sistema, percebe-se muito claramente a influência das ideias liberais, predominantemente capitaneadas pelo direito anglo-saxão, mas certamente não restritas a eles. A título de exemplo, além da Inglaterra, berço desse sistema de ampla liberdade, e dos Estados Unidos, seu maior expoente, outros países da América do Norte e da América Central adotam esse sistema, a exemplo do México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá (Rodrigues Júnior; Zanetti, 2002).

Pontue-se, por ser informação indispensável, que foi utilizada a palavra ampla, e não absoluta. Isso porque, mesmo no sistema de ampla liberdade, em regra existe a possibilidade de serem instituídos alimentos em favor do cônjuge e de determinados parentes, desde que esses comprovem a necessidade (Rodrigues Júnior; Zanetti, 2002).

Por fim, o último grande sistema sucessório contemporâneo é o denominado sistema intermediário. Como o próprio nome sugere, a ideia desse sistema é resguardar a mais ampla liberdade sucessória ao autor da herança, privilegiando, com isso, o pleno exercício da sua autonomia privada, mas, ainda assim, garantindo a determinados herdeiros, em caso de presunção ou comprovação de necessidade, o direito à quota legítima.

Vê-se, portanto, que o sistema intermediário tenta compatibilizar, na maior medida possível, a ampla liberdade de testar e a proteção de determinados parentes que, por qualquer motivo, possam se ver em situação de penúria em razão do falecimento do autor da herança, em razão, por exemplo, de idade muito avançada, de alguma deficiência física ou intelectual incapacitante, enfim, em razão de alguma vulnerabilidade que, em razão da sua gravidade, justifique a limitação à autonomia do *de cujos* em favor da sua proteção e dignidade humana.

Todos os três sistemas sucessórios aqui apresentados sofrem constantes críticas da doutrina. Nenhum sistema é perfeito, por mais que se esforce para atender plenamente aos anseios e necessidades dos seus jurisdicionados. No presente trabalho, como apontado, o estudo será direcionado às críticas que a doutrina brasileira faz ao atual modelo de legítima vigente no Brasil. Em outras palavras, serão apresentadas as principais críticas que os doutrinadores pátrios direcionam ao tratamento dado à legítima hoje, o que revelará, indiretamente, uma crítica ao sistema clássico.

#### **4 FUNDAMENTOS E PRINCIPAIS CRÍTICAS DA DOCTRINA AO ATUAL FORMATO DE LEGÍTIMA NO BRASIL**

Como apresentado na parte destinada à história da legítima, apesar das significativas alterações sociais e, no nosso caso específico, da evolução da estrutura e dos formatos familiares, nota-se, sem grande esforço, que o Direito das Sucessões pouco evoluiu.

Mais especificamente em relação à legítima, objeto deste estudo, nota-se que, ressaltadas pequenas alterações em relação aos herdeiros legítimos e à quota disponível, o formato da legítima no Brasil tem suas bases ainda nas Ordenações Afonsinas que, como se viu, foi inspirada pelo Código Visigótico.

É necessário consignar, preliminarmente, que quando do aprofundamento desse estudo acerca dos fundamentos do instituto de legítima, notou-se uma clara tendência de a doutrina tratar dos seus fundamentos em conjunto com os fundamentos da sucessão legítima como um todo. A sucessão legítima, resumidamente, é uma das possibilidades de sucessão presentes no Brasil, e ocorre, em regra, quando o autor da herança não deixa um testamento. É a conhecida sucessão *ab intestato* do Direito Romano antigo. De outro lado, como já apresentado no início desse texto, a legítima é o conjunto de bens do autor da herança que, por força de lei, cabe aos seus herdeiros necessários de pleno direito. São os fundamentos desse instituto, a legítima, que serão rapidamente estudados.

#### 4.1 Fundamentos da legítima no Brasil

Antes de serem analisadas as críticas doutrinárias, é necessário que sejam apresentados os principais fundamentos da legítima. Sabe-se que, após o advento da Constituição da República de 1988, o direito de herança foi elevado ao patamar de direito e garantia fundamental, estando expressamente consignado no art. 5º, inciso XXX da Constituição:

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>2</sup>;

Essa elevação ao patamar de garantia fundamental objetivou, sem dúvidas, evitar que se tente retirar, por qualquer meio, a sucessão *causa mortis* do nosso ordenamento jurídico,

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 ago. 2023.

evitando, com isso, qualquer tentativa de apropriação, pelo Estado, dos bens deixados pelos cidadãos falecidos (Nevares, 2015). Como bem disse Washington de Barros Monteiro (1999, p. 16), “sem herança, incompleto se tornaria o direito de propriedade”.

De início, verificou-se que a limitação à liberdade de testar surgiu, ainda no império romano, como forma de inibir comportamentos abusivos que vinham sendo realizados pelos *pater* em detrimento daqueles que, naturalmente, seriam os seus herdeiros. É aqui que nasce o fundamento da quota legítima que, alimentado por outros fatores e conjunturas ao longo dos séculos, se viu incrementado e robustecido por teorias mais complexas que, ainda hoje, justificam a manutenção dessa quota do patrimônio em benefício dos herdeiros necessários.

A legítima, portanto, encontra seu fundamento na necessária conciliação entre a autonomia privada do proprietário dos bens e a proteção à família<sup>3</sup>. Para que se dê suporte jurídico à afirmação anterior, pontue-se que a proteção à família também se encontra no texto constitucional, mais especificamente no seu art. 226, que determina que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”<sup>4</sup>.

Não há, em absoluto, nenhum problema em se instituir uma especial proteção à família. Pelo contrário, trata-se de verdadeira evolução revestir a família de proteção. Essa proteção à família consubstancia-se, hoje, por meio dos princípios da solidariedade familiar e da intangibilidade da legítima. Sobre este último princípio, Ana Luiza Maia Nevares (2006) reforça que a intangibilidade da legítima representaria uma premissa básica do direito sucessório.

Como aponta Mário Luiz Delgado (2023, p. 131), “não há uma definição legal de legítima. Mas consiste basicamente em uma proteção especial que a lei confere aos herdeiros necessários, tendo por fundamento a solidariedade familiar”. No mesmo sentido, Arnoldo Wald (1992, p. 144) já informava que a legítima (herança necessária) buscava garantir uma solidariedade econômica entre os familiares.

Ana Luiza Maia Nevares (2015) pontua que, ao consagrar no Direito Sucessório os valores constitucionais da propriedade privada, dignidade da pessoa humana, da proteção à família e da solidariedade familiar, o princípio da intangibilidade da legítima revela-se em plena harmonia com ordenamento jurídico vigente, sempre subsumido aos preceitos constitucionais que lhe dão, necessariamente, as diretrizes em abstrato.

Rolf Madaleno, em obra que estuda com invejável profundidade a sucessão legítima e,

---

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 ago. 2023.

em razão disso, leva exatamente este nome, faz importantes considerações sobre esses fundamentos e origens da ideia de legítima:

Fato que marca o direito imperativo da legítima em prol dos herdeiros necessários é a solidariedade familiar, e sua existência vem da crença de ser injusto que os filhos ou demais descendentes, os ascendentes, ou outras pessoas afetivamente próximas do sucedido pudessem ser apartadas da sucessão, baseando-se sua concessão no argumento do *officium pietatis*, estando o testador moralmente obrigado a deixar para seus herdeiros próximos uma parte dos seus bens.

Desse modo, a legítima se justificaria: a) pela solidariedade familiar e b) pela proteção da família (2020, p. 356).

Paulo Lôbo apresenta, pois, algumas considerações breves sobre os contornos conceituais da solidariedade familiar:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º) (2007, p. 3).

Esses são, em síntese, os principais fundamentos justificadores da manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro.

Questiona-se, porém, se essa ideia de solidariedade familiar revela, na essência, verdadeira solidariedade. É mesmo possível, dentro da atual realidade do Direito Civil, sob esse pretexto de solidariedade absolutamente abstrato, restringir a autonomia privada daquele que, com sua dedicação, suor e esforço, construiu um patrimônio e dele não pode livremente dispor pelo simples fato de possuir descendentes, ascendentes ou cônjuge, sem qualquer outro critério qualificador, mais objetivo, mais intimamente ligado ao conceito real de solidariedade?

Ponto central do presente trabalho são as críticas que a doutrina faz ao formato atual da legítima hoje vigente, pretendendo, dessa forma, responder ao seguinte questionamento: estaria a legítima, hoje, em consonância com a realidade brasileira e com os avanços operados no Direito de Família ao longo de todo o século XX e primeiro quarto do século XXI? É o que se pretende demonstrar por meio das críticas da mais abalizada doutrina civilista.

Antes disso, contudo, sem a pretensão de esgotamento do tema, eis que não é o objeto

central deste texto, importa tecer algumas considerações sobre a autonomia privada, eis que, como será visto adiante, boa parte das críticas dirigidas à legítima funda-se na limitação da autonomia privada do autor da herança.

Francisco Amaral conceitua a autonomia privada relacionando-a com a autonomia da vontade, nos seguintes termos:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (2003, p. 347-348).

Vê-se, portanto, que a autonomia da vontade nada mais é do que o direito de o indivíduo regular, dentro da sua esfera de direitos, os negócios e as relações jurídicas das quais participe. Como se vê, a conceituação que estabelece, além da manifestação livre da vontade, a limitação impositiva à sua esfera de direitos, estabelece limites relacionais, eis que essa limitação implica, em última análise, no respeito à esfera de direitos de terceiros, se aproxima mais da ideia de autonomia privada – e não da vontade - que atualmente prevalece. Nesse sentido, a lição de Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes:

A autonomia não poderia mais ser estudada e protegida senão diante do outro, numa perspectiva de relacionalidade, pressupondo um reconhecimento recíproco da condição de sujeito, pois não há que se conceber atuação individual isolada do meio social. O ser humano está em constante interação e sua liberdade de atuação só pode ser de todo protegida se não invade o igual espaço de autodeterminação alheio (2009, p. 45).

Desse modo, considerando que a autonomia privada, apesar de prescrever uma liberdade de atuação do indivíduo nos negócios jurídicos dos quais participa, é princípio que encontra limitação, no presente caso, no princípio da solidariedade familiar que, como visto, é utilizado como fundamento central para a manutenção da legítima no ordenamento jurídico nacional.

#### **4.2 Principais críticas da doutrina ao atual formato da legítima no Brasil e a solução adotada no Direito inglês**

A doutrina nacional vem tecendo, há alguns anos, contundentes críticas ao atual

formato da legítima no Brasil. As críticas direcionadas ao instituto possuem as mais variadas vertentes. Trata-se de tema que, seguramente, gerou valiosos trabalhos em programas de pós-graduação *stricto sensu* em todo o país. Dessa forma, não seria possível, no limitado espaço de um artigo, abordar a totalidade dos autores e críticas direcionadas à legítima. Assim, serão apresentadas, de maneira geral, algumas das principais críticas doutrinárias que, ressalvadas pequenas nuances, seguramente representam adequadamente esse conjunto de postulações doutrinárias contrárias à manutenção da codificação civil nos moldes atuais.

Não nos ateremos, também, às críticas que, com todo respeito, ignoram a opção do legislador brasileiro pela garantia fundamental da propriedade privada.

Apenas para se evitar uma lacuna quanto a essas críticas, cita-se que há quem defenda, por exemplo, a estatização dos bens do falecido, transferindo-os ao Estado para a implementação de políticas públicas visando à redução das desigualdades. É verdadeiramente louvável, na teoria, a iniciativa proposta, contudo, parece-nos totalmente inconstitucional a solução ventilada, sem mencionar o inegável questionamento quanto à capacidade do Estado para gerir e, de fato, redistribuir tais riquezas. Repita-se que o direito de herança foi alçado à categoria de direito fundamental, e as propostas dessa natureza, portanto, essencialmente inconstitucionais.

Marcos Catalan (2010), um dos defensores dessa corrente, diz ser necessário acabar com as balizas burguesas de sustentação do direito civil, afirmando, ainda, que nada justificaria a manutenção de um sistema que apenas replica, ao longo dos séculos, a transmissão de riquezas nas mãos dos mais ricos, em detrimento da maior parcela do povo que, segundo ele, tem sido explorado há várias gerações.

Dentro, contudo, das críticas à legítima que não fogem da realidade constitucional brasileira e representam, no geral, o cerne das contraposições construtivas direcionadas ao instituto, é possível verificar que a busca por uma visão funcionalizada da legítima, adequada e preparada para garantir a solidariedade àqueles que, por presunção legal ou comprovação, demonstrem a necessidade ou estejam em situação de vulnerabilidade que justifiquem, concretamente, a reserva de parte do patrimônio do autor da herança para garantir a sua dignidade, parece ser o caminho mais adequado a ser seguido.

Walsir Edson Rodrigues Júnior e Pollyanna Thays Zanetti trazem importante reflexão sobre essa tendência doutrinária de revisão da legítima:

Por configurar um obstáculo à ampla liberdade testamentária e, conseqüentemente, ao livre desenvolvimento da personalidade, há uma tendência por parte da doutrina,

nos países que adotam a sucessão necessária, no sentido de reduzi-la ou aboli-la, principalmente diante do atual contexto social em que o argumento da proteção da família através da instituição de uma quota indisponível da herança já não se sustenta (2022, p. 95).

Como bem pontuam Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas (2019, p. 9), o “primeiro desafio, portanto, consiste em estabelecer critérios funcionais de identificação dos herdeiros necessários, vale dizer, das pessoas cuja existência, no momento da abertura da sucessão, irá atrair a intangibilidade da legítima”.

Um dos fundamentos apresentados para justificar essa necessária reforma da legítima é a alteração na realidade das pessoas e das famílias brasileiras. Quando da incorporação do instituto da legítima ao ordenamento jurídico brasileiro a sociedade era eminentemente rural e a expectativa de vida dos cidadãos mais do que dobrou ao longo do século passado. Nas palavras de Gabriela Lasmar:

Faz-se necessário citar alguns dados para se compreender o contexto da transformação social que o Brasil atravessou no decorrer de um século. Em 1940, a taxa de fecundidade no país, que era de 6,16 filhos por mulher, caiu para 1,57 filhos em 2014, ou seja, houve uma mudança significativa em pouco mais de sete décadas.<sup>589</sup>

Por outro lado, a expectativa de vida da população brasileira aumentou em 41,7 anos, em apenas 114 anos, aproximadamente. Em 1900, alguns anos antes da edição do primeiro Código Civil brasileiro, a expectativa de vida era de 33,7 anos, enquanto em 2014 passou para 75,4 anos. Logo, em pouco mais de 11 décadas houve um aumento considerável na expectativa de vida do brasileiro.<sup>590</sup> Logo em seguida, em 2018, a expectativa de vida dos brasileiros passou para 76,3 anos,<sup>591</sup> para as mulheres espera-se 79,9 anos e para os homens 72,8 (2021, p. 169).

A incorporação da legítima nesse formato atual fazia sentido na época em que isso foi feito, em razão de o falecimento do provedor da casa ocorrer, em média, aos 33,7 anos de idade. Como consequência, quando do falecimento do pai, os filhos não raras vezes encontravam-se em tenra idade, não possuindo meios de sustentar a família. Assim, garantir aos familiares que dele dependiam uma fatia obrigatória do seu patrimônio fazia mais sentido, eis que, na maioria das vezes, as mulheres não auferiam renda, uma vez que não trabalhavam fora de casa, por imposição marital e por ser o costume da época. Assim, era a legítima que garantia, ainda que minimamente, o sustento da família.

Essa realidade, contudo, não aparenta ser a mais comum nos dias de hoje. Com o aumento da expectativa de vida, a tendência mais natural é de que, quando do falecimento dos pais, com mais de 70 anos, os filhos já estejam criados, em idade adulta e produtiva, não se podendo presumir, portanto, como regra, a sua dependência ou necessidade apta a ensejar a

obrigatoriedade de reserva da legítima.

No mesmo sentido, apesar da louvável luta das mulheres por uma igualdade material com os homens, fato é que muito se evoluiu nesse sentido nas últimas décadas. Desse modo, pelos mesmos fundamentos acima, não se justifica mais uma presunção abstrata e desmedida de qualquer interdependência financeira entre os cônjuges. O ingresso das mulheres no mercado de trabalho e sua notória qualificação técnica nas últimas décadas afastam por completo qualquer presunção abstrata e absoluta de dependência. Ademais, com o advento de regimes diferenciados de casamento, mas prevalecendo, atualmente, a comunhão parcial, os cônjuges – e companheiros, no caso de uniões estáveis – têm direito à meação.

Walsir Edson Rodrigues Júnior e Izabela Farah Valadares (2016) questionam, por exemplo, qual seria a justificativa para a limitação da autonomia privada do testador na hipótese de os descendentes, ascendentes e cônjuge do autor da herança não necessitarem de auxílio financeiro, concluindo, acertadamente, que a legítima serviria, apenas e tão somente, para enriquecer os herdeiros necessários, o que se afasta claramente de qualquer ideia de solidariedade familiar.

Em trabalho publicado em 2021, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor de Azevedo Almeida Júnior apresentam conclusão que sintetiza, em parte, as críticas contundentes que a doutrina faz à legítima:

É paradoxal a ampliação das escolhas nos arranjos familiares em contraposição à hostilidade e à autonomia no direito sucessório, insularizado em regras estáticas e arredo à maior liberdade da pessoa em dispor dos seus bens após a morte. A legítima, portanto, se transforma no símbolo da postura paternalista e neutra do direito sucessório, que, distante dos valores amalgamados pela Constituição, reserva metade dos bens do falecido para os herdeiros necessários, em severa e desarrazoada restrição à autonomia testamentária. Não se propõe, com isso, a extinção da legítima, mas uma interpretação que a preserve tão somente em benefício de possíveis herdeiros vulneráveis, tais como crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência, que não consigam, por trabalho próprio, suprir suas necessidades de subsistência. A conservação da legítima, desprendida de uma análise valorativa calcada no balanceamento entre liberdade individual e solidariedade familiar, em especial da tutela dos vulneráveis, descola-se das transformações do direito das famílias, preservando uma entidade familiar abstrata. Desse modo, a manutenção da legítima se justifica somente no caso de herdeiros economicamente vulneráveis, em que é deferida no percentual de 50% do patrimônio nos termos atualmente em vigor (2021, p. 11).

A única menção feita pelos citados autores que, apesar de não destoar do sentido geral das contraposições apresentadas à legítima, escapa do critério da funcionalização da legítima e à comprovação de necessidade/vulnerabilidade, diz respeito à manutenção de um percentual fixo de metade dos bens do sucedido.

Ocorre que, ao se inserir na lei um percentual fixo da legítima, afasta-se novamente do critério de funcionalização da legítima à concretude de cada caso. Isso porque, apenas a título exemplificativo, no caso de um sucedido que deixa patrimônio de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cinco filhos, todos menores de dez anos, uma reserva legítima fixa de metade desse patrimônio de pouco serviria para um auxílio mais duradouro aos seus herdeiros, e, certamente, a reserva da totalidade do seu patrimônio a eles, nesse caso concreto – funcionalização da legítima – certamente não ofenderia, de modo algum, o princípio da solidariedade familiar.

De modo diverso, um sucedido que deixa patrimônio de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para um único herdeiro, que ao tempo do falecimento do seu pai se encontra com vinte e três anos e cursando o último período da faculdade de medicina, certamente não necessita de metade do patrimônio do seu pai a título de reserva legítima.

São as diferentes situações concretas que devem nortear a busca por um formato de prestação que assegure àqueles realmente necessitados condições mínimas de dignidade.

Rolf Madaleno, atendo à estagnação do Direito das Sucessões em relação às notórias evoluções no Direito de Família, faz importantes considerações sobre a legítima:

O Direito de Família e o Direito Sucessório têm entre eles uma invidiosa integração, não se mostrando adequado e atualizado que apenas o Direito de Família evolua e que o Direito das Sucessões permaneça absolutamente estático, como se a sociedade civil não tivesse passado por importantes mudanças ao longo das décadas transcorridas desde as Ordenações no Brasil, como se a autonomia privada só tivesse avançado no domínio do Direito de Família e sem nenhum avanço no campo das sucessões, em cuja ciência jurídica justamente significaria reconhecer uma maior liberdade de testar, não se afigurando acertado possam os casais transigir sobre as questões matrimoniais e não possam transigir sobre as questões sucessórias, como se nesta última seara ainda sobrevivesse um interesse absoluto de ordem pública e como se a família tivesse evoluído e estivesse em razão dessa evolução se privatizando apenas na constância do relacionamento estável ou conjugal e perdendo sua autonomia com a morte de qualquer dos cônjuges ou conviventes; e como se efeitos jurídicos projetados pelos cônjuges em seus pactos matrimoniais deixassem de ser negócios de família pelo evento morte, ou, dito de outra forma, como se a morte apagasse todos os interesses projetados para a constância e para a transcendência do relacionamento (2020, p. 357).

Interessante critério para a definição dos vulneráveis ou necessitados que teriam, concretamente, direito efetivo à legítima, foi apresentado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas (2017, p. 84), para quem “vulnerabilidade, no âmbito sucessório, é conceito que se refere às pessoas impossibilitadas de obter sustento próprio, seja em decorrência de idade ou de deficiência”.

Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas apresentam, em trabalho de notória

relevância para o tema, algumas críticas e sugestões fundamentadas que, além de refletirem de forma clara as críticas ao formato estagnado, retrógrado e pouco funcional da legítima, trazem interessantes reflexões sobre a amplitude do debate que precisa ser feito em torno dessa necessária revisão do instituto da legítima no Brasil:

Nessa perspectiva, e em atenção à importância de se adotar sistema que preze igualmente pela segurança jurídica do sistema sucessório, afigura-se indispensável lançar mão de critérios objetivos para a identificação daqueles que devem merecer a proteção da legítima. Não se pretende desenhar aqui uma proposta indefectível, mas apenas uma proposta que se guie efetivamente por tais premissas. [...]

Ponto sólido, nesse contexto, parece ser a necessidade de garantir aos filhos menores a qualificação de herdeiros necessários. Tal imposição decorre diretamente da Constituição e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que impõem à família o dever de assistência e amparo aos menores. Ademais, presume-se que tais filhos dependam economicamente dos pais – simplesmente porque é isso que acontece com mais frequência na realidade dos fatos –, sendo possível, ainda, cogitar-se de uma extensão da condição de herdeiro necessário até os 24 anos, em analogia ao que ocorre com alimentos. Aliás, as premissas acima traçadas aproximam, de modo geral, o Direito Sucessório da disciplina dos alimentos, essa sim transformada e retransformada ao longo das últimas décadas em atenção à efetiva realização de uma solidariedade familiar, fundada em assistência aos efetivamente necessitados.

Paralelamente, a funcionalização da legítima impõe a adoção de sistema que garanta a condição de herdeiro necessário aos filhos com deficiência. Também aqui há certa imposição normativa, que se extrai quer da disciplina da incapacidade no Código Civil [...], quer do Estatuto da Deficiência. Ademais, o estado de dependência econômica é presumido diante do que habitualmente acontece. Na imensa maioria dos casos, filhos com deficiência vivem em estado de dependência econômica dos pais e atraem uma maior quantidade de gastos econômicos que precisam ser custeados, ao mesmo tempo em que têm, na preconceituosa realidade brasileira, maior dificuldade de encontrar postos de trabalho.

Também os ascendentes idosos – maiores de 60 anos conforme a Lei 10.741, de 2003 [...] – atrairiam a condição de herdeiros necessários. É dever da família, conforme o art. 3º do Estatuto do Idoso assegurar a realização de seus direitos fundamentais e a manutenção de sua vida digna.

Chega-se, enfim, à situação do cônjuge e do companheiro, objeto das mais acesas controvérsias no direito brasileiro. Também aqui o critério da necessidade econômica se impõe, permitindo presumir a necessidade econômica do cônjuge que, não dispondo de remuneração capaz de sustentar padrão de vida digno, seja privado da meação ou da sucessão pelo regime de bens aplicável. O mesmo critério se aplica, por analogia, ao companheiro.

Ter-se-ia, em suma, o seguinte rol de herdeiros necessários: (a) filhos menores; (b) filhos maiores incapazes ou com deficiência; (c) ascendentes idosos; (d) cônjuge ou companheiro que não tenha condições econômicas de manter seu padrão de vida e não tenha sido contemplado com meação. Registre-se que tais personagens teriam direito sobre a legítima, mas não um direito absoluto, cabendo a qualquer outro herdeiro a faculdade de contestar sua pretensão, demonstrando a ausência de necessidade econômica, ou seja, desconstituindo a presunção legal de natureza relativa (2019, p. 10).

Além de um efetivo rol de pessoas legitimadas, por presunção relativa, a ostentarem a condição de beneficiários da legítima, os autores, assim como também propuseram Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, apresentam interessante analogia

aos alimentos, que há muito consagraram a necessidade como um dos critérios norteadores para a sua definição.

A ideia de se tratar a legítima com parâmetros semelhantes aos previstos para os alimentos é interessante por várias razões. Apesar de funcionar em um país cujo sistema sucessório é de ampla liberdade de testar, é necessário pontuar que essa solução análoga a dos alimentos é aplicada, há muito, na Inglaterra, respeitadas todas as enormes diferenças entre os países.

Apenas a título ilustrativo, eis que o presente trabalho não é um estudo de direito comparado, no sistema inglês, apesar de não mais vigorar uma liberdade absoluta ou irrestrita de testar, não há, tampouco, previsão de herança forçada. A autonomia do testador, portanto, é a regra naquele país, existindo, contudo, a figura do *family provision*.

Como bem explica Gustavo Henrique Baptista Andrade (2019, p. 107), na Inglaterra não há herança forçada (*forced heirship*), mas há “previsão de normas que outorgam a determinadas categorias de legitimados”, que não são necessariamente herdeiros, a possibilidade de ser pedido ao Judiciário uma espécie de alimentos, ou provisão para suprir as necessidades da pessoa que supostamente se encontra em situação de necessidade. Nota-se, assim, que o direito sucessório inglês, de forma mais abrangente, também se funda na solidariedade.

O sistema sucessório inglês privilegia a autonomia privada do sucedido, sem deixar de observar uma verdadeira solidariedade familiar, uma vez que além de permitir ao autor da herança testar seu patrimônio para quem melhor lhe convier, autoriza que os verdadeiramente necessitados pleiteiem, no Judiciário, mediante comprovação inequívoca de necessidade, uma provisão para a sua manutenção, que poderá ser provisória ou definitiva, sempre a depender do caso concreto.

O fato de o Direito inglês não engessar um percentual previamente estipulado permite ao Poder Judiciário daquele país apreciar, dentro das suas regras próprias, o binômio necessidade e possibilidade, sem as amarras restritivas de uma imposição legislativa aparentemente cega, certamente retrógrada e totalmente injustificável nos dias de hoje, amarras estas que não se prestam a solucionar, de modo efetivo, as cada vez mais complexas relações jurídico-familiares.

## 5 CONCLUSÃO

Traçados os principais contornos que envolvem a disciplina estudada, mas verdadeiramente respeitando os posicionamentos em sentido contrário, parece ser adequada uma conclusão no sentido de que, salvo se houver herdeiros em situação de vulnerabilidade ou necessidade econômica, deve ser garantida ao autor da herança uma ampla liberdade testamentária.

A autonomia privada do autor da herança somente pode ser limitada em razão de necessidades concretas, é impensável limitar essa autonomia com base em preceitos normativos absolutamente abstratos e afastados da realidade. No atual estágio de desenvolvimento do direito privado, somente se pode limitar a autonomia do autor herança se houver, concretamente, a necessidade de respeito ao princípio da solidariedade familiar.

Destinar, em abstrato e sem qualquer aferição prática, metade dos bens do sucedido ao filho que, aos sessenta e cinco anos ao tempo da morte do seu pai, encontra-se em situação financeira mais confortável do que aquela vivenciada pelo próprio autor da herança, não é respeitar a solidariedade familiar, mas, sim, enriquecer um herdeiro que não necessita de tais recursos.

De modo absolutamente diverso, concretiza-se o respeito à dignidade familiar quando, tendo o autor da herança testado todo o seu patrimônio em favor de terceiros, mas vivendo sob seus cuidados, ao tempo do falecimento, um filho menor, um cônjuge com a saúde debilitada e totalmente dependente do seu sustento, ou mesmo uma mãe incapaz, se anula o testamento, garantindo-se a essas pessoas em situação de necessidade ou vulnerabilidade, patrimônio suficiente para garantir-lhes uma existência digna, respeitando-se, dentro do possível, o ato de última vontade do sucedido, caso o seu patrimônio seja suficiente para tanto.

A apuração desse patrimônio, repita-se, também não deve ser engessada ou estabelecida sob critérios inalteráveis. Mantendo-se o exemplo mencionado, se o autor da herança possuir um patrimônio acumulado de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), não se justifica a atribuição de todo ele aos seus herdeiros necessitados, salvo se a situação concreta assim constatar. De modo diverso, dificilmente a metade de um patrimônio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) se prestaria a garantir a esses herdeiros necessitados uma existência digna por um longo período, sendo plenamente justificável, nesse caso, que se reserve todo o patrimônio para essa finalidade.

Sem querer apresentar conclusões imodificáveis, pretendeu-se traçar ideias centrais que sirvam para o desenvolvimento de novas soluções, mais adequadas ao atual estágio de

desenvolvimento da sociedade, das famílias e do próprio Direito. A solução adotada pelo Direito inglês, apesar de baseada em um sistema *common law* e de ampla liberdade testamentária, absolutamente diverso do nosso, não nos parece afastada da nossa realidade civil constitucional.

Os contornos gerais do tratamento dado à matéria pelo Direito Inglês, guardadas as devidas proporções e com as ressalvas já apontadas, não se distanciam, essencialmente, do que se faz hoje, no Brasil, em relação aos alimentos. Com os ajustes adequados à realidade nacional, o sistema inglês pode, sim, servir de inspiração para o desenvolvimento de soluções mais condizentes com a realidade contemporânea, eis que, ao mesmo tempo que garante a liberdade testamentária ao sucedido, resguarda, por meio das provisões – alimentos – o necessário respeito a uma verdadeira solidariedade, fundada não em hipóteses abstratas e irrefletidas, mas, sim, em necessidades econômicas ou vulnerabilidades de outras naturezas.

Pontue-se, por fim, que ainda que tenham sido apresentadas essas situações hipotéticas, necessárias ao correto desenvolvimento do tema, o afeto que une os familiares ainda parece estar bastante presente atualmente, o que certamente resultaria em uma maioria de testamentos destinando os bens aos próprios herdeiros necessários. Do mesmo modo, como o Brasil culturalmente não é um país que realiza sucessão testamentária, a sucessão legítima, por meio da ordem de vocação hereditária, certamente continuará garantindo a perpetuação dos bens na mesma família.

Seja por meio da extinção do instituto da legítima, seja por meio da sua flexibilização, o importante é que ele seja cuidadosamente revisitado e pensado com um olhar contemporâneo, que consiga, dentro da realidade civil constitucional brasileira, conciliar a autonomia privada do testador com a verdadeira solidariedade, pensada concretamente e fundada em necessidades e vulnerabilidades reais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. O Direito Visigótico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 3-16, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de

Azevedo, 1955.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 03 ago. 2023.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 2011. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 44, out./dez. 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Curitiba: [s. n.], 2006.

DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança**: sob a ótica do titular do patrimônio. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

LASMAR, Gabriela Mascarenhas. **Análise crítica do instituto da legítima no direito brasileiro a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar**. 2021. 195 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2021.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

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

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 1.

MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 33. ed.

São Paulo: Saraiva, 1999.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de Direito das Sucessões: Da Sucessão em Geral e Da Sucessão Legítima**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação: Uma análise do novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [s. l.], v. 19, 2019.

SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Casa Editora, 1960.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. **Revista Pensar**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021.

VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES, 25., 2016, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 5.