

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANA ROSA ROCHA FIGUERÔA

**A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DOS
FUNDAMENTOS NA CONTEMPORANEIDADE**

Recife
2016

ANA ROSA ROCHA FIGUERÔA

**A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DOS
FUNDAMENTOS NA CONTEMPORANEIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade Damas de
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Renata Andrade

Recife
2016

Figuerôa, Ana Rosa Rocha

A sucessão legítima no direito brasileiro: análise dos fundamentos na contemporaneidade. / Ana Rosa Rocha Figuerôa. – Recife: O Autor, 2016.

46 f.

**Orientador(a): Prof. Dr^a. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

1. Direito sucessório. 2. Suscessão legítima. 4. Patrimônio I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2016-476**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus.

Aos meus amados pais: Neuza e Tadeu.

Minha querida sogra, uma joia preciosa.

Ao meu amado esposo, Bruno Angelim, um grande companheiro, que tive o prazer de ter sido aluna.

À Faculdade DAMAS, pela oportunidade única de vivenciar a experiência acadêmica no Direito.

Às minhas preciosas filhas, que me revigoram todos os dias com amor e carinho.

Ao Prof. Ricardo que não mede esforços em ajudar os alunos que buscam o sucesso na realização do Trabalho de Conclusão de Curso. Um professor incansável e muito acessível.

À querida Profa. Dra. Orientadora Renata Andrade, sempre muito disponível. Enriquecedor compartilhar de seu notável conhecimento jurídico.

Aos estimados professores da graduação.

Às amigas: Rosinha e Adriane. Duas queridas e preciosas companheiras.

RESUMO

O direito sucessório constitui um conjunto de normas e princípios que disciplinam a transferência do patrimônio ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento. Apesar das conquistas no âmbito sucessório com o Código Civil de 2002 em detrimento ao de 1916, paira a insatisfação e a crítica quando se está diante da imposição legal, bem como, em se restringir e se determinar sobre o quanto deve ser disposto por parte daqueles que têm herdeiros necessários. Um retrocesso constante e desmedido, ante a evolução familiar, que não mais requer tanta singularidade. Perante essa limitação é que se justifica um estudo específico acerca da manutenção desse estado de coisas. Qual seja a impossibilidade de disposição de todos os bens ainda em vida, afim de garantir a legítima, em excluir os desdobramentos que naturalmente decorrem da futura disputa dos bens. Normalmente desenrolada anos a fio em processos judiciais que dividem os membros da família. A necessidade de ressignificação da legítima, torna-se contribuição para uma mudança de paradigma. O presente trabalho apresenta como problema: faz sentido, na contemporaneidade, a manutenção da legítima no direito sucessório? E como hipótese a necessidade de identificação do fundamento jurídico contemporâneo da legítima sobre pena toma-o como instituto esvaziado, haja vista, o direito sucessório ter sofrido modificações em função das mudanças sociais, não se podendo mais afirmar hoje, que da idade antiga, passando pela idade medieval e pela idade moderna até a contemporaneidade este fundamento permaneça inalterado. Qual o fundamento jurídico da legítima que ainda possa justificar sua manutenção no sistema jurídico nacional. Para isso, a metodologia utilizada foi descritiva e qualitativa, fruto da observação do que já fora estudado sobre o tema, pautada numa análise a partir da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Sucessão legítima; Contemporaneidade; Ressignificação.

ABSTRACT

The inheritance law is a set of rules and principles governing the transfer of assets to the heir by virtue of law or will. Despite the achievements under succession with the Civil Code of 2002 over the 1916 hanging dissatisfaction and criticism when it is before the legal requirement and, in restricting and determine about how much should be provided by those which are necessary heirs. A constant and excessive setback at the family evolution, which no longer requires such uniqueness. Given this limitation is that justified a specific study on the maintenance of this state of affairs. What is the disposition of the impossibility of all goods still alive in order to ensure the legitimate, to exclude the consequences that naturally result from future dispute of goods. Usually unrolled for years in court cases that divide family members. The need for reframing of legitimate, it is contributing to a paradigm shift. This paper presents as a problem: it makes sense, in contemporary times, maintaining the legitimate right of succession. And as a hypothesis the need to identify the contemporary legal basis of legitimate on penalty takes it as emptied institute, given the inheritance law have been modified in the light of social change, one can no longer say today that the old age, passing the medieval age and modern age to contemporary times this ground remains unchanged. The legal basis of legitimate you can still justify maintaining the national legal system. For this, the methodology used was descriptive and qualitative, the result of observation of what has already been studied on the subject, based on an analysis of literature review.

Keywords: Legal succession; Contemporary; Reframing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	11
2.1 A influência da idade antiga para sucessão legítima.....	11
2.2 A origem da sucessão legítima à luz do direito romano.....	13
2.3 Sucessão legítima na idade média.....	16
2.4 Sucessão legítima na idade moderna.....	18
3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO.....	24
3.1 Disposições legais no Código Civil de 1916.....	24
3.2 A sucessão legítima no Código Civil de 2002.....	27
4. A FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	32
4.1 Amparo material dos parentes próximos.....	32
4.2 Reconhecimento da afetividade.....	35
4.3 Necessidade de titularidade de bens.....	38
4.4 A sucessão legítima como reserva patrimonial exclusiva em face da impossibilidade de formação patrimonial autônoma dos herdeiros.....	40
5. CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

Nascido no berço do Direito grego e romano, o direito sucessório constitui um conjunto de normas e princípios que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento. É tema de estudo de diversos autores no decorrer da história, devido a sua grande importância, principalmente, no que se refere, à proteção e à manutenção da família patriarcal.

A sucessão legítima, definida por lei, de maneira geral, baseia-se no fato de o *de cuius* ter falecido sem ter feito testamento. É o que se denomina de *ab intestato*, presume a lei sua vontade, determinando por isso o destino de seus bens. Os herdeiros parentes o sucedem por direito próprio (*iure proprio*), ou por representação (*iure representationis*), ou por transmissão (*iuris transmissionis*). Fruto de garantia constitucional e civil, os sucessores necessários, terão resguardado, à metade dos bens que fazem jus, caso existência de testamento que perpasse o quantum determinado por lei, assim como, terão direito à sua totalidade, quando da ausência testamentária (art.1.788, CC).

Até se poderia denominar a sucessão legítima de testamento tácito, pois ao deixar o *de cuius* de dispor sobre seus bens, isso significa que concorda que seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei. Com efeito, quando o titular de seu patrimônio opta por não testar, o que ele faz é atribuir plena legitimidade sucessória às pessoas indicadas pelo legislador. A parte preservada aos herdeiros necessários é intangível, não podendo ser reduzida, nem ser sujeita a ônus, encargos, gravames, condições, dentre outros dessa natureza. Quaisquer determinações que desfalquem a legítima são configuradas como ineficazes (art.1.967, CC).

Apesar das conquistas no âmbito sucessório com o Código Civil de 2002 em detrimento ao Código Civil de 1916, paira a insatisfação e a crítica quanto ao direito de dispor dos bens quando se está diante da imposição legal, bem como, em se restringir e se determinar sobre o quanto deve ser disposto. É como se vivesse num retrocesso constante e desmedido, diante da evolução familiar, que não mais requer tanta singularidade. Deixando de existir o filho que, necessariamente, terá que dar continuidade ao patrimônio da família, haja vista já dispor de condições para

seu próprio sustento. E até mesmo, o patrimônio deixado pelo *de cuius* não mais ter tanta relevância quanto havia no passado a ponto de gerar tantas desavenças no momento de divisão dos bens.

Diante dessa limitação é que se justifica um estudo específico acerca da manutenção desse estado de coisas. Qual seja a impossibilidade de disposição de todos os bens ainda em vida, afim de garantir a legítima, em excluir os desdobramentos que naturalmente decorrem da futura disputa desses bens. Normalmente desenrolada anos a fio em processos judiciais que muitas vezes dividem os membros da família. A necessidade de ressignificação da legítima, diante da realidade atual das famílias, torna-se, assim, contribuição para uma mudança de paradigma.

De certo deve ser disponibilizada e garantida uma reserva para aqueles que não terão condições de se manter: os incapazes, seja pelo fator idade ou, por incapacidade cognitiva. Quanto aos demais, ditos homens médios, não faz mais sentido vigorar essa imposição legal, cabendo ao *de cuius* o poder de disposição conforme a sua vontade. Decisão que ocorre e se perfaz, no caso da herança testamentária.

Diante deste contexto, o presente trabalho tem como problema a seguinte indagação: faz sentido, na contemporaneidade, a manutenção da legítima no direito sucessório?

Para a questão levantada, tem-se como hipótese que a necessidade de identificação do fundamento jurídico contemporâneo da legítima sobre pena toma-o como instituto esvaziado, haja vista, o direito sucessório ter sofrido modificações em função das mudanças sociais não se podendo mais afirmar hoje que da idade antiga (continuidade de rituais religiosos), passando pela idade medieval (concentração de riqueza) e pela idade moderna (garantia de amparo material aos sucessores) até a contemporaneidade este fundamento permaneça inalterado.

Como meta do trabalho, o objetivo geral é apontar qual o fundamento jurídico da legítima que ainda possa justificar sua manutenção no sistema jurídico nacional.

Para alcançar o objetivo acima proposto, faz-se necessário: analisar a legislação sucessória brasileira em relação ao instituto da legítima; proceder um estudo comparativo da realidade anterior à legislação civil contemporânea; e, por fim, identificar as situações que suscitaram a fundamentação do instituto da legítima

na atualidade e assim justificar a permanência de seu discurso e, quando ausente, contribuir para sua significação.

A metodologia utilizada será descritiva e qualitativa, fruto da observação do que já fora estudado sobre o tema, pautada numa análise analítica de revisão bibliográfica, que consistirá no levantamento de conhecimentos já sistematizado sobre determinado tema ou assuntos que lhes são conexos e preparatórios, ou seja, de base teórica já assentada. Por meio da reflexão de outros autores, que anteriormente se debruçaram sobre o assunto, para que analisando, amadurecendo e submetendo a uma crítica racional e formal se chegue a uma conclusão.

A condição qualitativa, respaldar-se-á na interpretação dos fenômenos observáveis relacionando com as hipóteses construídas. É analítico, por analisar as situações já existentes sem intervenção, constatados, infere-se numa verdade geral não contida nas partes isoladas examinadas.

No primeiro capítulo será feito um breve estudo de toda a contextualização que originou a legítima no Brasil, por meio de uma perspectiva histórica desde o direito romano, idade média e moderna para se chegar à contemporaneidade.

No segundo capítulo, proceder-se-á ao estudo comparativo entre a parte histórica e a realidade atual diante das modificações sociais, que só ressaltam o distanciamento de um passado alicerçado na dependência familiar. Principalmente, quanto ao direito sucessório, mais especificamente, sucessão legítima no Código Civil de 1916 em detrimento do Código Civil de 2002, através de autores como: Berenice (2013), Lôbo (2014), Tartuce (2011), Hironaka (2007).

No terceiro capítulo, identificar-se-á a função que a sucessão legítima cumpre na contemporaneidade a partir de uma análise crítica dos fundamentos que já serviram ao instituto. E assim, localizar se mais voltado para: um amparo material dos parentes próximos; reconhecimento da afetividade; necessidade de titularidade dos bens; reserva patrimonial exclusiva em face da impossibilidade de formação patrimonial autônoma de herdeiros.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O desígnio desse capítulo será de contextualização da sucessão legítima no direito, por meio do resgate de seus alicerces no direito romano, transcorrendo pela idade média e moderna para se chegar à contemporaneidade, como forma de justificar a transmissão da titularidade de direitos e obrigações que compunham o acervo do ser humano que falece.

Em seguida, será demonstrado como o instituto modificou-se ao longo da história, influenciado pelos movimentos econômicos e sociais verificados. O que não se transformou, entretanto, foram os seus pressupostos considerados de forma abstrata: a morte e a vocação hereditária.

2.1 A influência da idade antiga para sucessão legítima

A transmissão de bens em razão da morte é prática antiga, registrada nas codificações milenares. O código de Hamurabi (2000 a.C) traz diversas e esparsas disposições sobre heranças, ante a necessidade de regramento de patrimônio aos sucessores. Uma delas, como bem explana Nader (2009, p. 16), é relativa à deserdação de filho admitida somente com a reincidência de faltas graves. Deixando a cargo de juízes a sua avaliação, conforme gravidade, para resultar na deserdação.

O pai também podia, de forma indireta, postergar a sucessão pelos filhos. Os bens doados por ele à esposa, formalizadamente, não integrariam o acervo hereditário e, por sua morte, não podiam ser reivindicados pelos filhos. A mãe podia, nesse caso, doar tais bens ao filho por ela preferido, ficando impedida de aliená-lo para terceiros (NADER, 2009, p. 16-17).

A família patriarcal constitui a expressão forte de que o patrimônio comum permanecia sob o poder do *pater familias* e para o qual confluíam os recursos obtidos pelo grupo doméstico, inclusive pelos fâmulos, a sucessão se registrava na pessoa do *pater*, e por via de consequência, a administração dos bens. A chefia familiar se fazia no filho mais velho e, na falta deste, partia-se para a adoção, incorporando-se o novo filho à religião doméstica, pois para os romanos a morte sem herdeiro, significaria a desonra (NADER, 2009, p. 17).

Segundo Gonçalves (2012, p. 21) o conhecimento da evolução histórica, do direito das sucessões se torna mais nítida a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater famílias* de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui, agnati e gentiles*.

Os *hereredi sui* eram os filhos sob o poder do *pater* e que se tornavam *sui iuris* com sua morte: os filhos, os netos e esposa. Os *agnati* eram os parentes mais próximos do falecido como o irmão, tio, sobrinho, filho desse mesmo tio. A herança não era deferida a todos os agnados, somente ao mais próximo no momento da morte. Na ausência dos membros das classes mencionadas, seriam convidados a sucessão os *gentiles*, ou membros da *gens*, que é o grupo familiar em sentido lato (GONÇALVES, 2012, p. 22).

Ainda essa época, Lei das XII Tábuas, considerava que na falta de descendentes, chamavam os agnados colaterais mais próximos à sucessão, a fim de se salvaguardar as cerimônias religiosas e perpetuação dos bens familiares. Na antiguidade, a propriedade possuía caráter coletivo e os direitos correspondentes eram exercidos pelo chefe da família, que exercia os direitos da comunidade familiar. Por sua morte é substituído por um dos membros da família, convertido em chefe. O herdeiro ocupa o lugar do defunto, assegura o culto privado, ao mesmo tempo que mantém o grupo (NADER, 2009, p. 17).

A propriedade e o culto se interligavam a ponto de não poder adquirir um deles separadamente. Regra fundamental da sucessão, afirmada por Coulanges, constava na Lei de Manu: “A pessoa herdeira, seja quem for, fica encarregada de fazer as oferendas sobre o túmulo”. “A continuação da propriedade, como a do culto, é para o filho uma obrigação tanto como um direito”. Não cabendo para filho, que assumia o lar, em substituição ao pai, aceitar ou rejeitar a herança (NADER, 2009, p. 18).

Somente no Código de JUSTINIANO, todavia, a sucessão legítima passa a fundar-se unicamente no parentesco natural, estabelecendo a seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes; ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; os irmãos e irmãs, consanguíneos ou uterinos; e outros parentes colaterais (GONÇALVES, 2012, p. 22).

De maneira geral, esse foi o sistema, da Antiguidade Clássica, seguido na Índia, Grécia e em Roma. Pautada na preocupação maior de se assegurar o culto

aos mortos motivando os romanos a nomearem seus sucessores preferencias, mediante *ato de última vontade* (NADER, 2009, p. 18).

2.2 A origem da sucessão legítima à luz do direito romano

O contexto histórico que acarretou a sucessão legítima perpassa, primeiramente, pela origem do termo sucessão, que de forma isolada está intimamente relacionada à religião, analisada, inicialmente, a partir das crenças sobre a natureza do homem, sua alma e o mistério da morte (COULANGES, 2006, p. 13).

O direito das sucessões tem sua origem longínquo, quando o homem sai de sua condição nômade e começa a arrebatar patrimônio. Fruto da apropriação de bens, que anteriormente eram comuns. A sociedade foi estruturando-se em famílias, dando surgimento a propriedade privada. Cada núcleo familiar com seus bens e sua religião. Com a consolidação das famílias surge a ideia de sucessão (DIAS, 2013, p. 29).

Originalmente, não se cogitava de herança ou de sucessão *mortis causa*, pois não existia propriedade individual. Os bens pertenciam ao grupo. Posteriormente, a propriedade adquiriu caráter familiar e havia, então, a sucessão do novo chefe nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto (FIUZA, 2011, p. 1097).

Coulanges (2006, p. 13) afirma que, ainda no final da história grega e romana, eram latentes pensamentos e hábitos oriundos de épocas muito remotas, os quais remetiam a crença em uma segunda existência, após a morte. Porém, ainda não se acreditando que o espírito imortal iria se transpor ao céu ou mesmo retornaria à terra em outro corpo, mas sim que permaneceria na terra, junto aos seus.

Confiou-se, por muito tempo, nessa segunda existência a alma permanecia associada ao corpo, sendo ambos encerrados no mesmo túmulo, bem demonstrados nos ritos fúnebres. Acreditando-se que quando se enterrava um corpo, haveria ali algo ainda com vida. Por isso o sepultamento, com o objetivo de proporcionar o repouso e felicidade ao ente morto (COULANGES, 2006, p. 14).

Haveria uma troca perpétua de bons serviços entre vivos e os mortos da família. O antepassado recebia de seus descendentes a série de repastos fúnebres, únicos prazeres usufruídos na sua segunda vida. O descendente alcançava do seu antepassado o auxílio e toda a força de que necessitava. O vivo não podia passar sem o morto, nem esse sem aquele. Por esse motivo, poderoso laço se estabelecia unindo todas as gerações de uma mesma família, fazendo dela um corpo eternamente inseparável (COULANGES, 2006, p. 38).

Não à toa, que se existisse uma transposição, em imaginação, para o dia-a-dia dessas antigas gerações, fácil seria se deparar com situações que reforçarão essa realidade, como a de um altar em cada casa e, em volta deste, a família reunida. Assim como, fora da casa, em campo vizinho, o mais próximo possível desta, existir o túmulo, que irá representar a segunda morada dessa família. Repousando em comum suas várias gerações de antepassados que a morte não separou, pois são indissolúveis (COULANGES, 2006, p. 44).

A noção de inseparabilidade se faz tão latente que:

Entre os vivos e mortos da família é apenas a distância de alguns passos, que separam a casa do túmulo. Em certos dias, determinados pela religião doméstica de cada família, os vivos reúnem-se aos antepassados. Levam-lhes o banquete fúnebre, derramam sobre eles leite e vinho, oferecem guloseimas e frutas ou queimam para eles as carnes de alguma vítima. Em troca dessas oferendas, invocam sua proteção: tratam-nos por seus deuses e pedem-lhes que tornem seu campo fértil, a casa próspera, os corações virtuosos (Ibid, p. 44).

Tanto nas crenças quanto nas leis dos antigos, duas coisas estavam interligadas: o culto e a propriedade da família. Não se podendo assim, adquirir a propriedade sem o culto, nem o culto separado da propriedade. Regra sem exceção, tanto no direito grego como no romano (COULANGES, 2006, p. 78).

O que faz repousar todas as regras do direito sucessório dos antigos:

A primeira é que sendo a religião doméstica, como já foi vista, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de seu pleno direito (Ibid, p. 79).

Não cabia ao filho aceitação ou recusa da herança, pois a continuação da propriedade, como do culto, é para ele uma obrigação e um direito. Querendo ou

não, caber-lhe-ia a sucessão qualquer que possa ser, mesmo que com encargos e dívidas. O benefício de inventário e de desistência não são admitidos, no direito grego, para os filhos; e só bem mais tarde foram introduzidos no direito romano (COULANGES, 2006, p. 79).

Como bem retrata Coulanges (2006, p. 66), a ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião, pois cada família tinha seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegia, eram, por tanto, sua propriedade.

No meio romano, o filho não recebia os bens por doação ou legado do pai e sim a simples convivência gerada copropriedade, sendo o evento morte apenas para dar continuidade ao exercício da propriedade. É nesse sentido que se confirma a ideia de hereditariedade entre os antigos, à medida que a família acrescenta suas gerações, chega a hora marcada de dar continuidade ao culto e de tomar a seu cuidado. Haja vista, bens e cultos da família serem inseparáveis, bem como os cuidados e sacrifícios serem direcionados a quem couber a herança (COULANGES, 2006, p. 79).

O filho herdava as dívidas, ainda que estas superassem o ativo, caracterizadora da denominada *hereditas damnosa*. O patrimônio do filho se confundia, então, com o do falecido pai. Mais tarde, na decadência do Direito Romano, surgiu a figura do benefício de inventário, que, ao ser invocado pelo herdeiro, significava que assumia as dívidas apenas dentro das forças da herança (*intra vires hereditatis*) (NADER, 2009, p. 18-19).

A filha não era considerada apta a dar continuidade à religião paterna. Não lhe cabendo cumprir o dever básico de herdeiro, ou seja, continuar os sacrifícios fúnebres, pois casando ofereceria os sacrifícios só aos antepassados de seu marido. Não dispendo também de nenhum direito à herança. A regra estabelecia, que o culto se transmitisse somente de varão para varão (COULANGES, 2006, p. 80).

Segundo Dias (2013, p. 29), em Roma, o discurso acima se confirma, o *pater familiae* era o titular do patrimônio. Transmitia-se por testamento. Interesses de ordem religiosa imperava em detrimento da patrimonial na transferência dos bens. “A morte de alguém sem sucessor ensejava a extinção do culto doméstico, trazendo infelicidade aos mortos”. Disso surge a importância do herdeiro, para dar continuidade à religiosidade familiar. Não havendo limitações para herdar quanto

aos graus de parentesco. E em sua ausência, a adoção passa a ser a forma de assegurar a perpetuação da família.

Ainda, segundo o Direito Romano, a explicação para aquisição da herança variava em função do tipo de herdeiro. Aquele da classe dos necessários, responsável natural pela continuidade do culto doméstico, adquiria a herança independentemente de ato seu. Já os demais herdeiros, para a adquirirem, precisariam praticar o ato da *additio*. Daí a importância do testamento no Direito Romano, na falta de filhos para a assunção das obrigações da casa do falecido (GAGLIANO, 2014, p. 39).

A religião, ao formar a família, faz a exigência de sua continuidade, de forma imperiosa, pois família desaparecida representava culto morto. A maior desgraça temida por sua piedade seria a interrupção de sua linhagem. Com isso, conseqüentemente, sua religião desapareceria da terra, seu lar extinguir-se-ia e toda a sua seqüência de ancestrais cairia no esquecimento e na miséria eterna. O grande interesse da vida humana está em perpetuar o culto (COULANGES, 2006, p. 54).

2.3 Sucessão legítima na idade média

Segundo Pereira (2015, p. 4) foi com o caráter *familiae* da propriedade, que se desenvolveu a ideia de continuação (sucessão) do novo chefe do grupo nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto. A ideia de sucessão é correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga, de Fustel de Coulanges. Em que a concepção religiosa faz a exigência que se tenha o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios, ou mesmo tempo que lhes oferecesse o banquete fúnebre.

O fundamento da sucessão por causa de morte foi religioso antes, pois, de ser econômico, ou seja, os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como meio de continuar na descendência a religião dos antepassados. Isso porque o desejo de segurança inspira a acumulação de haveres, assim como a proteção da prole sugere a sua transmissão (PEREIRA, 2015, p. 4).

Na Idade Média, o conceito político ligado à propriedade da terra haveria de polarizar o direito hereditário, como afirmação de suserania, pois se alicerça na ideia de que o senhor feudal transmitia com a terra o poder que esta lhe

proporcionava; o vassalo renovava, no novo dominus, o voto devido ao antigo; o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que o ligara ao antecessor (PEREIRA, 2015, p. 5).

Na vigência do Direito Medieval, época do feudalismo, quando do falecimento do servo, importava na devolução de suas terras ao senhor feudal, que passava a assumir o direito à herança. O herdeiro só conseguia receber os bens mediante o pagamento de pesados impostos, o chamado tributo, que o autorizaria a imissão (GAGLIANO, 2014, p. 39).

Posteriormente, surge na França, o Princípio do *Droit de Saisine*, uma ficção jurídica de que a transmissão do patrimônio aos herdeiros ocorre de forma automática, ou seja, o reconhecimento de uma transmissão imediata dos bens dos falecidos aos seus herdeiros. Um reconhecimento que caracteriza uma resistência a eventuais abusos para a aquisição da propriedade que atravessou a modernidade, permanecendo na contemporaneidade como princípio fundamental e uma tendência à generalização (DIAS, 2013, p. 29).

Para Gagliano (2014, p. 59) o propósito maior do *Droit de Saisine*, após aberta a sucessão, é de evitar que se possa dar ao acervo hereditário a natureza de *res derelicta* (coisa abandonada) ou de *res nullius* (coisa de ninguém).

À luz de todo o exposto, pode ser definido o Princípio do *Droit de Saisine*, como a regra fundamental do Direito Sucessório, pela qual a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos, bem como testamentários, que pretende impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido (GAGLIANO, 2014, p. 59-60).

Por isso, com a abertura da sucessão, fruto da morte, os herdeiros já serão imediatamente considerados condôminos e copossuidores dos bens deixados, em virtude da incidência do presente princípio. O que não significará, por óbvio, que exercerão direito exclusivo sobre bem individualmente considerado (GAGLIANO, 2014, p. 60).

Já o direito de dispor da própria fortuna, através de um testamento, por ato de última vontade surgiu com o progresso do individualismo, como uma invenção romana, na medida em que a pessoa se afirmava perante a família (DIAS, 2013, p. 30).

A sucessão, na Baixa Idade Média, conduzia-se quase que exclusivamente pelo direito consuetudinário, sendo certo que o direito canônico e o direito romano exerceram certa influência, variável, entretanto, de acordo com a localização do feudo. Assim é que a sucessão por essa época era plúrida, no sentido de que eram várias as sucessões que se abriam, deferindo-se os bens de acordo com sua classe e origem, havendo para cada qual uma ordem distinta de vocação sucessória (HIRONAKA, 2007, p. 7).

Quando, todavia, a propriedade passa a ser individual, o fundamento da sucessão desloca-se para a necessidade de conservação do patrimônio dentro de um mesmo grupo, como forma de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre vários filhos. É nesse momento que se desenvolve o período medieval da primogenitura, iniciando-se a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento (HIRONAKA, 2007, p. 10).

Segundo Paulo Lôbo (2014, p. 70-71) após o surgimento da propriedade privada, e, ao mesmo tempo, quando e enquanto a família foi tida como célula nuclear da sociedade e do Estado, a sucessão legítima expressou a preocupação com a continuidade do patrimônio e os riscos de sua fragmentação, o que refletiria no equilíbrio dos poderes. Explicando-se o privilégio do primogênito, a preferência pelo regime dotal, a exclusão dos filhos extramatrimoniais, as limitações sucessórias em relação a mulher.

2.4 Sucessão legítima na idade moderna

A Idade Moderna teve como marco histórico a Revolução Francesa. Nesse momento, houve a abolição do direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade, de origem feudal. Assim, os que eram concedidos ao herdeiro varão e ao primogênito passam a pertencer agora ao passado, encontrando-se expungidos do direito civil. E com a culminação da promulgação do Código de Napoleão, mantêm-se a unidade sucessória e a igualdade de herdeiros no mesmo grau (HIRONAKA, 2007, p. 8).

Seus reflexos foram sentidos, de forma significativa, para Idade Contemporânea, através do movimento iluminista do século XVII e principalmente do século XVIII. No Direito, o Iluminismo foi responsável por uma verdadeira reviravolta,

que culminou na Escola do Direito Natural e nas grandes codificações (FIUZA, 2011, p. 71).

Foi nesse sentido que o direito hereditário evolui, a despeito de antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em movimentos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecimento da família, não levando em consideração o sentimento de equidade, que faz a recomendação a igualdade de tratamento entre os herdeiros de uma mesma classe e grau (GONÇALVES, 2012, p. 25).

Para Paulo Lôbo (2014, p. 18) o direito das sucessões foi arma poderosa dos revolucionários franceses para a ruptura com o velho regime, pois consolidava as ordens estamentais e os poderes estabelecidos: o rei, a igreja e a nobreza. A primogenitura e outros privilégios foram abolidos e substituídos pelo princípio da igualdade entre herdeiros.

Algumas questões ético-filosóficas permanecem em torno do direito das sucessões: se existem fundamentos morais para o direito à herança; se há razão moral para as obrigações *post mortem* dos herdeiros, ainda que limitadas às forças da herança; se os sucessores devem ser tratados igualmente ou se há razões para desigualdades; se as condições e restrições de direitos impostas pelo testador à herança devem ser consideradas válidas (LÔBO, 2014, p. 19).

O direito das sucessões, no Brasil, acompanhou as instabilidades das ideias acerca da propriedade e das concepções sociais e jurídicas da família, ao longo da existência deste país desde seu descobrimento pelos portugueses. O direito das sucessões de Portugal, coligido nas Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916, era “uma confusa agregação de diretrizes tradicionais do direito romano, de usos e costumes centenários dos povos que habitaram a península Ibérica, de direito canônico e de normas e leis editadas pelo Estado” (LÔBO, 2014, p. 20).

E por fundamentar-se num Sistema da Divisão Necessária em relação à sucessão, mas especificamente, quanto a questão da legítima, em que o autor da herança, tem apenas uma relativa margem de disponibilidade dos seus bens, em virtude da obrigatoriedade garantida aos herdeiros considerados necessários. A legislação brasileira, vem dando ensejo a dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes e até mesmo a lassidão (GAGLIANO, 2014, p. 37).

Para Dias (2013, p. 30), que apresenta uma visão mais crítica a esse respeito, a sociedade atual está fundada no direito patrimonial, e a herança se tornou um dogma formidável e multissecular. Agravando a desigualdade social e facilitando que haja a proliferação opulentos inúteis, corruptos e viciosos. Sem contar a existência de um interesse fiscal em atribuir o pagamento de impostos quando da transferência patrimonial.

Essa restrição ao direito de testar, já se encontrou justificativa em sociedades antigas, quando a maior riqueza de uma família era de base fundiária, não se explicando mais nos dias atuais. Poderia o legislador, talvez, resguardar a necessidade de preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança (GLAGIANO, 2014, p. 37).

Dias (2013, p. 31) ainda proclama que a lei precisa acompanhar as mudanças sociais. O que não ocorreu com o Código Civil de 2002, que em sede de direito sucessório, praticamente copiou o Código anterior de 1916.

A preservação da legítima culmina por suscitar em desavenças familiares, impedindo, posteriormente, o *de cuius* de dispor do seu patrimônio poupado como bem entendesse. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, nos seus últimos dias de vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento do seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade. Por essa razão, reputa-se injustificada a manutenção da reserva absoluta e inflexível da legítima, embora seja a opção do legislador brasileiro (GLAGIANO, 2014, p. 37).

O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade atrelado ao direito de família. Isso se deve a transmissão de bens, de direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, que, de modo geral, são seus familiares. “O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar”. Representando, aos dizeres de Dias (2013, p. 33), “os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão”.

Na verdade, considera Diniz (2014, p. 19-20), que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família. A possibilidade de transferir bens *causa mortis* é um dos corolários do direito de

propriedade, uma vez que, caso contrário, a propriedade ficaria despida de um de seus caracteres, que seria a perpetuidade.

A sucessão legítima, testamento *tácito*, também denominada de sucessão *intestada* ou *ab intestato*, tem como base a liberdade do autor da herança, exercida por omissão, e uma responsabilidade familiar mínima. Efetivamente, o presumido vínculo sentimental afetivo estabelecido entre pessoas de um núcleo familiar induz ao silêncio do *actor hereditatis*, com vistas a aderir à previsão legal de transmitir o patrimônio (FARIAS, 2015, p. 201).

A premissa fundante é a de que o autor da herança, por ter se mantido silente, gostaria de beneficiar os seus familiares, em ordem de proximidade, e o seu cônjuge ou companheiro com o patrimônio que vier a deixar, quando de seu pensamento. Para tanto, é estabelecida uma ordem de vocação hereditária, preferencial e taxativa, com a indicação de pessoas que serão convocadas (FARIAS, 2015, p. 201).

Com efeito, a omissão do titular do patrimônio em estabelecer testamento deve funcionar como manifestação voluntária tácita de que pretende a transmissão do patrimônio para as pessoas contempladas em lei. Além disso, a restrição ao limite do testamento quando existem herdeiros necessários (aos quais se garante um mínimo patrimonial, corresponde à legítima) é de ser vista com mecanismo de proteção e manutenção dos familiares (parentes e cônjuge ou companheiro) que sobreviveram ao falecido (FARIAS, 2015, p. 202).

Transmite-se, pois, o patrimônio de uma falecida pessoa para seus entes, por conta da ausência de manifestação testamentária, bem como para garantir uma manutenção mínima de integridade individual e familiar mais próximos (descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro). Afinal, “O afeto que entrelaça os componentes de uma entidade familiar serve de mola propulsora para justificar uma proteção patrimonial deles quando o desalento se abete sobre as pessoas, em virtude inestimável perda ” (FARIAS, 2015, p. 202).

Com isso, o sistema jurídico brasileiro contemporâneo estabelece diferentes possibilidades sucessórias, procurando conciliar a autonomia privada e a especial proteção da família (CF/88, art. 226). Afasta-se a ideia de liberdade absoluta de testamento, típica do direito inglês. Assim, consagra-se um sistema dual sucessório: a sucessão legítima, determinada por força da lei, em favor de pessoas previamente estabelecidas no próprio Código Civil; a sucessão testamentária,

organizada de acordo com a vontade do autor da herança, expressa em declaração de última vontade, testamento (FARIAS, 2015, p. 203).

Havendo herdeiros necessários, a sucessão legítima é impositiva ao autor da herança, que somente poderá dispor, no testamento, da metade de seu patrimônio líquido. Isso porque a outra metade se torna indispensável à sua vontade, restando bloqueada. Esta porção indisponibilizada chama-se legítima. A base justificadora da legítima é, sem dúvida, a solidariedade social e familiar. Pretende-se garantir a determinados familiares um percentual mínimo de patrimônio para garantir a subsistência (FARIAS, 2015, p. 203).

A outra mão, a sucessão testamentária decorre de uma declaração expressa de vontade do autor da herança, escolhendo as pessoas que pretende beneficiar e a porção do patrimônio que será deixado para cada uma delas. É aquela em que a transmissibilidade de herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, denominado de testamento, instrumento da vontade, destinado a produzir as consequências jurídicas com a morte do testador (FARIAS, 2015, p. 203).

Observando-se aqui, um espaço de incidência do Princípio da Autonomia Privada, na medida em que o testador, respeitados determinados parâmetros normativos de ordem pública, terá a liberdade de escolher, dentre os seus sucessores, aquele (s) a quem beneficiar e, ainda, de determinar o montante de seu patrimônio será transferido após sua morte. Porém, esse poder de dispor livremente em testamento sofre restrições no caso de existência de algum herdeiro necessário (GAGLIANO, 2014, p. 43).

Na hipótese acima, à disposição, somente tornar-se-á possível, quando da metade do patrimônio líquido disponível, por conta do imperioso respeito à legítima. Assim impõe o art.1.789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. A sucessão legítima, nesse caso, evidenciará a sua função limitativa da autonomia privada, em face da existência de herdeiro necessário (FARIAS, 2015, p. 203).

Ademais, quando não possuindo herdeiro necessário, mas não dispondo o titular integralmente do seu patrimônio no testamento, os bens remanescentes se submeterão à sucessão legítima, que apresentar-se-á agora, como uma visível função subsidiária (FARIAS, 2015, p. 203).

Essa duplicidade de funções da sucessão legítima explicita a possibilidade de concomitância entre a sucessão legítima e testamentária, ora quando o autor da herança tem herdeiros necessários, somente podendo dispor da cota disponível em testamento: ora quando, apesar de não obter herdeiros necessários, o titular do patrimônio opta por não dispor da integralidade do seu patrimônio na declaração de última vontade. Nessa segunda situação, os bens não testados ficarão para os herdeiros legítimos facultativos existentes, a exemplo dos colaterais (FARIAS, 2015, p. 204).

Haverá uma prevalência da sucessão testamentária, em consequência homenagem à autonomia privada, consagrada a regra de que somente incidem as regras da sucessão legítima se não houver testamento, se nele não se dispuser integralmente do patrimônio (também denominado de testamento incompleto) ou, de forma findável, se ele for inválido ou caduco. Em que pese dizer: a sucessão legítima é subsidiária, somente incidindo em suprimento da vontade do titular dos bens (art.1.788, CC) (FARIAS, 2015, p. 204).

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO

Após visto a perspectiva histórica em relação ao instituto da sucessão, especificamente da legítima, percebe-se que o direito brasileiro, formado a partir do direito romano germânico e recepcionado pelo país, através da época da colonização, resultou na legislação específica do Código Civil de 1916 que, posteriormente, culminou na Lei vigente de 2002.

No Brasil, a sucessão legítima, ainda está revestida de grande importância. De um lado, porque havendo herdeiro necessário, há uma imposição legal de incidência dessas regras, pelo menos no que diz respeito à porção indisponível. Por outro, em decorrência de uma constatação social de que o brasileiro, tradicionalmente, não é dado à celebração de testamento, o que gera a conclusão de que se satisfaz com a ordem de vocação sucessória oferecida pelo Código Civil (FARIAS, 2015, p. 204-205).

Coligi-se, que a grande maioria da população brasileira acolhe a sucessão intestada, baseada na ordem de vocação hereditária, como a maneira desejada de transmissão do patrimônio após a morte. Ao levar em consideração os laços afetivos e uma certa obrigação natural, de origem religiosa, remontando a transmissão da manutenção do culto na antiga Grécia e Roma, de deixar algo aos seus familiares. Nesses termos, importante se faz averiguar a realidade que alicerçou e ainda perdura na sociedade atual, como se verá nos tópicos seguintes (FARIAS, 2015, p. 205).

3.1 Disposições legais no Código Civil de 1916

Para Pontes de Miranda (2012, p. 244) sucessão legítima descansa seus fundamentos na existência de vínculo familiar, ou, na falta de elementos de família e de cláusula testamentária, de vínculo estatal, o que de certo modo é compreensível como o era nos primitivos, no tocante à comunidade.

Acresce a essa condição o fundamento de que toda sucessão legítima toma por base, o fato do falecido não ter feito testamento, presumindo a lei sua

vontade, determinando o destino de seus bens. Em outras palavras, a ordem de chamamento decorrerá dessa presunção legal de afetividade do falecido para com seus parentes, cônjuge e companheiros (TARTUCE, 2011, p. 145).

Nesses termos, segundo Orlando Gomes (2004, p. 3), o Código Civil de 1916 está interligado, de forma latente, a evolução histórica do Direito das Sucessões, mais precisamente, de seu resgate, a partir do Direito Romano. No Direito das XII Tábuas, em que o *pater familias* tinha absoluta liberdade de dispor dos seus bens para depois da morte, mas, se falecesse sem testantar, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui* (eram filhos sob pátrio poder, a mulher e outros parentes sujeitos ao *de cuius*); *agnati* (as pessoas sob o mesmo pátrio poder ou que a ele se sujeitariam se o *pater familias* não estivesse morto); e *gentiles* (os membros de uma mesma *gens*).

O sistema foi substituído pelo *direito pretoriano*, que admitiu quatro ordens de sucessíveis: *liberi*, *legitimi*, *cognati* e cônjuge sobrevivente. A primeira classe compreendia os *sui heredes* e os *emancipati*. A segunda, os *consanguinei* e os *agnati*. A terceira, todos os parentes até o sexto grau. A quarta, o marido, ou a mulher (GOMES, 2004, p. 4).

É somente no Direito *justinianeus*, conquanto incluísse os parentes cognados, que a sucessão legítima passa a se fundar unicamente no parentesco natural. A ordem da vocação hereditária era: descendentes; ascendentes, juntamente com irmãos bilaterais; irmãos consanguíneos ou uterinos; outros parentes colaterais (GOMES, 2004, p. 4).

Os parentes mais próximos excluía os mais remotos. A viúva pobre, por *sucessão irregular* introduzida Novela 117, recolhida a herança se faltassem todos os herdeiros. A *lex Julia et Papia Poppea* prescrevera o direito do Estado à sucessão, quando ocorresse a *vacantia*. Já no *Direito germânico primitivo* a sucessão baseou-se na *copropriedade familiar*, vindo, em primeiro lugar, os filhos varões e, em seguida, os irmãos do defunto, tios paternos e maternos (GOMES, 2004, p. 4).

No Direito pátrio, a ordem da vocação hereditária foi, até 1907, a seguinte: descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge sobrevivente, fisco. Com a Lei nº 1.839, desse ano, alterou-a, trazendo para o terceiro grau o cônjuge supérstite e limitando o parentesco transversal ao sexto grau. O

revogado do Código Civil observou-a, mas a sucessão dos parentes colaterais foi reduzida, em lei extravagante, ao quarto grau (GOMES, 2004, p. 4).

Tanto a Lei nº 883 como a 4.121 modificaram, circunstancialmente, o direito hereditário do cônjuge sobrevivente. A Constituição Federal trouxe duas disposições importantes acerca do direito sucessório: a do artigo 5º, inciso XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do artigo 227, § 6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção (GOMES, 2004, p. 4).

A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, criou, nas relações concubinárias, o direito de sucessão em favor do companheiro sobrevivente, sobre a totalidade da herança, na falta de descendentes ou ascendentes. Posteriormente, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulando o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, instituiu, ainda no campo da sucessão entre companheiros, o direito real e habitação sobre imóvel destinado à residência da família, enquanto vivesse o companheiro sobrevivente ou não constituísse nova união ou casamento (GOMES, 2004, p. 4-5).

A Lei n 1.050, de 14 de novembro de 2000, acrescentou o § 3º ao artigo 1.611, atribuindo ao filho deficiente físico incapacitado para o trabalho igual direito concedido no § 2º ao cônjuge casado pelo regime de comunhão universal. Por fim, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o Código Civil vigente, apresentando como principal inovação no direito sucessório a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes (GOMES, 2004, p. 5).

Diferentemente do que propunha o Código de 1916, em que vigorava a ordem de vocação hereditária, assim transcrita: Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – Aos descendentes; II – Aos ascendentes; III – Ao cônjuge sobrevivente; IV – Aos colaterais; V – Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Pelo dispositivo artigo acima, deixando o *de cuius* descendentes, os ascendentes, cônjuge e colaterais não eram chamados a suceder. Dessa forma, deveria ser cumprida a vontade presumida do morto. Tendo-se filhos, presumia-se que o falecido gostaria que todos os seus bens fossem entre eles partilhados, assim não iria existir concorrência com ascendentes ou mesmo com o cônjuge do falecido.

Por outro lado, se não deixasse descendentes, chamar-se-ia a segunda classe de herdeiros, os ascendentes. E em último caso, excluídos estavam o cônjuge e os colaterais e, por fim o fisco (TARTUCE, 2011, p. 163-164).

Essa ordem existiu porque na vigência do Código revogado, aplicava-se a regra na qual a existência de herdeiros de uma classe excluía do chamamento da sucessão herdeiros da classe seguinte, ou seja, inexistia, como regra, a concorrência sucessória entre cônjuge e os descendentes ou ascendentes do falecido (TARTUCE, 2011, p. 164).

Com o Código Civil de 2002, rompe-se a tradição outrora existente, o cônjuge alcança à condição de herdeiro necessário (art. 1.845 do CC), tendo direito à legítima. Em outras palavras, deixa o cônjuge de ser herdeiro facultativo e passa a ser necessário, gerando sua maior proteção (TARTUCE, 2011, p. 169).

Declara Maria Berenice Dias (2013, p.113) que a lei reserva fração da herança ao cônjuge, assim como ao companheiro, que herdaram em concorrência com os herdeiros que os antecedem (descendentes e ascendentes). Sobre a fração que fazem jus, cônjuge e ao companheiro são eles herdeiros necessários, pois contemplados por determinação legal. O autor da herança não pode dispor em testamento sobre a legítima (art. 1.857 § 1º, CC).

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, bem como a proibição de tratamento discriminatório com relação aos filhos, ocorreu com a Constituição Federal de 1988 (DIAS, 2013, p. 112).

3.2 A sucessão legítima no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 revela, ainda, uma nítida preferência pela sucessão legítima, apesar da manutenção de vários institutos da sucessão testamentária que caíram em desuso, em homenagem à tradição. A preferência legal reflete a realidade social, pois a população brasileira utiliza-se apenas residualmente de testamentos. Ao definir o conteúdo da sucessão legítima, o legislador teve o propósito de expressar com maior fidelidade o modelo que a sociedade entende como adequado e justo (LÔBO, 2014, p. 71).

Nessa acepção, se a população prefere não fazer uso do modelo testamentário, na quase totalidade das sucessões hereditárias ocorridas no Brasil,

presume-se que o modelo de sucessão legítima é bem aceito. Pode-se argumentar com a inércia das pessoas, até pelo desconhecimento da sucessão testamentária ou pelos custos decorrentes da elaboração de testamentos, mas se a sucessão legítima não correspondesse aos valores sociais, em sua aferição média, dificilmente teria o elevado grau de aplicação que se reveste (LÔBO, 2014, p. 71).

A Constituição de 1988 tem como direito fundamental o direito à herança e não o direito à sucessão em geral. Portanto, quando o testamento colidir com a sucessão legítima, esta prevalece e não mais a autonomia da vontade do testador. As normas legais da sucessão legítima não podem ser contrariadas pela vontade do testador, salvo quando de forma expressa, facultar-lhe o poder de escolha. Por tais razões fundamentais, não se compreende por que o Código Civil de 2002 continua a localizar institutos que são, exclusiva ou primacialmente, integrados à sucessão legítima (LÔBO, 2014, p. 72).

Ainda segundo Paulo Lôbo (2014, p. 72), as mudanças dos papéis da família foram contributos decisivos para a redefinição da ordem de vocação hereditária, pois esta não pode ser opção arbitrária do legislador, vez que promana de raízes profundas nas concepções sociais reinantes em cada tempo.

Nesse sentido, as inclusões, exclusões e preferências decorrem de valores morais, políticos, religiosos, afetivos. Explicando-se assim, as razões da exclusão no passado dos filhos extramatrimoniais da ordem de vocação hereditária em relação a herança deixada por seus pais biológicos, que nem mesmo poderiam contemplá-los em seu testamento.

Enquanto perdurou a exclusividade legal da família matrimonial, os parentes extrapatrimoniais não existiram para o direito das sucessões. De igual modo, ao cônjuge era preterido em favor de parentes colaterais distantes, que chegaram a atingir o décimo grau, no direito brasileiro. Reflexo da legislação brasileira anterior a 1907, de ordem de vocação hereditária: descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau de consanguinidade, cônjuge sobrevivente, Fazenda Pública (LÔBO, 2014, p. 73).

Somente com a Lei n.1.839, de 1907, o cônjuge foi alçado à terceira classe na ordem de vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais limitados ao sexto grau e a Fazenda Pública. Essa ordem foi mantida no Código Civil de 1916, tendo sido modificada posteriormente, a limitação dos colaterais ao quarto grau. Porém, as grandes mudanças ocorreram,

principalmente após a Constituição de 1988, com a igualdade de direitos sucessórios dos filhos de qualquer origem, à preferência ao cônjuge sobrevivente, à inclusão do companheiro de união estável, à limitação dos parentes colaterais (LÔBO, 2014, p. 73).

Como bem pontua Maria Berenice Dias (2013, p. 113) não há qualquer justificativa plausível para que a lei outorgue tratamento desigual ao viúvo e a quem vivia em união estável com o *de cujus*. Desde a Constituição Federal não se justifica esta diferenciação, uma vez que a união estável foi reconhecida com entidade familiar juntamente com o casamento (art. 226, §3º, CF/88).

Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002, ao regular a união estável, tratou satisfatoriamente do assunto, aproveitando as conquistas e avanços já incorporados ao nosso direito positivo ao indicar os elementos que a caracterizam, os impedimentos para a sua constituição, os deveres dos companheiros e o regime das relações patrimoniais entre eles, aproveitando as lições da doutrina e jurisprudência (RODRIGUES, 2003, p. 117).

Para Paulo Lôbo (2014, p. 73), percebe-se na contemporaneidade e não apenas na realidade brasileira, uma viragem em prol dos que integram o núcleo familiar, em detrimento dos laços de parentesco mais extensos, ou seja, é dizer, das relações de família no lugar das relações de parentesco, que constituíam o modelo do direito tradicional das sucessões.

Após vigor da Constituição de 1988, extinguiram-se as distinções entre descendentes, de maneira especial entre os filhos, ficando proibidas as denominações discriminatórias. Isso porque, todos são iguais em direitos e deveres, inclusive sucessórios, independentemente de origem biológica ou socioafetiva, nessa situação, incluindo-se a adoção, a posse de estado de filho e a concepção por inseminação artificial heteróloga.

Para fins de sucessão, não pode haver distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, matrimoniais e extramatrimoniais, biológicos e não biológicos (LÔBO, 2014, p. 73).

O Código Civil de 2002, como não podia mesmo deixar de fazer, acolheu essas conquistas, reafirmando que estão suprimidas todas as normas que vigoraram no passado e, que estabeleciam distinções odiosas entre descendentes,

desnívelando os filhos, conforme a origem da filiação, até por imperativo constitucional (art. 227, § 6º) (RODRIGUES, 2003, p. 108).

Nesses termos, o Código Civil de 2002 adota, de forma resumida, a seguinte ordem sucessória: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, parentes colaterais. Herdeiros da classe seguinte só herdam se faltarem os herdeiros da classe anterior. Porém, a ordem não se resume a essas classes de herdeiros, porque dentro de cada classe existe subordens ou graus; nestes, os parentes mais próximos preferem aos mais remotos.

Todos os herdeiros legítimos são titulares de direitos em relação à herança deixada pelo *de cuius*. Todavia, em razão da ordem de vocação hereditária, o exercício do direito fica sujeito à precedência nessa ordem ou à falta do que precederia cada titular (LÔBO, 2014, p. 73-74).

A possibilidade de alguém transmitir seus bens, por sua morte, é instituto de grande antiguidade, encontrando-se consagrada, entre outros, nos direitos egípcios, hindu e babilônio, dezenas de séculos antes de Cristo. Todavia, as razões pelas quais a lei resguarda o direito hereditário têm variado no correr dos tempos. Por outro lado, não são poucas as vozes que, hoje como no passado, contestam tanto a legitimidade quanto a conveniência da sucessão hereditária (RODRIGUES, 2003, p. 4).

Reconhecer que houve uma evolução significativa do direito sucessório, principalmente quanto à legítima, desde os primórdios, quando começou a ser pensada, e mais precisamente, nos Códigos Civil de 1916 até se chegar ao de 2002. O direito de progeneração e varonia, entretanto, perpetua-se em muitas civilizações, inspirado em outras razões de ordem política e social de considerável relevância. A primeira e principal delas é o propósito de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre vários filhos (RODRIGUES, 2003, p. 4-5).

É de grande relevância ressaltar, durante esse processo evolutivo, que antigas regras sobre sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecimento da família, não levavam em consideração o sentido de equidade, ou seja, o instituto de “aquinhoar” igualmente os descendentes, ou os parentes em igualdade de grau.

Entretanto, foi nesse sentido que o direito hereditário foi evoluindo, visto que hoje, na quase totalidade dos países, a sucessão legítima se processa entre

herdeiros que se encontram no mesmo grau e que, por conseguinte, recebem partes iguais (RODRIGUES, 2003, p. 5).

Com efeito, os anseios de realização profissional plena dos filhos em relação a seus pais, a superação do caráter indissolúvel do casamento, agregados à pluralidade de mecanismos familiares, assim como a pulverização da expressão afetiva, dentre outros, marcam um novo tempo, que é típico do século XXI, passando a exigir uma nova conformação sucessória (FARIAS, 2015, p. 206).

O que leva a sucessão legítima, na contemporaneidade, assumir uma função esvaziada, haja vista os filhos disporem de condições mais favoráveis de aquisição patrimonial em relação aos seus próprios pais, quando comparadas às condições vivenciadas na vigência do Código Civil de 1916, e que ainda perduram no Código vigente de 2002.

Na lei não houve mudança significativa quanto a função, e sim quanto aos graus de se suceder, de se garantir direito a herança ao companheiro para o caso de união estável, de se abrir espaço para filiação resultante de procriação fora do casamento, bem como para o caso de inseminação homóloga e heteróloga.

Alguns acontecimentos abordados no Código Civil de 2002, antes inexistentes no de 1916 passam a vigorar, não tendo nada a ver com a função da legítima em si. Nesse contexto, permanece latente a condição de amparo material aos descendentes. Contudo, o que se questiona é justamente essa função estritamente patrimonial da herança, de forma geral e indiscriminada, para amparar os sucessores independentemente da necessidade dessa garantia.

4. A FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Desarmônico com o que preconiza a evolução dos modelos de família do século XXI, o Código Civil de 2002 em relação ao de 1916, quanto ao instituto da sucessão legítima, permanece com uma reprodução de discurso, alicerçada na ideia de amparo material aos sucessores em relação aos seus sucedidos. Dois sistemas que não mais se coadunam na atualidade, clamando por uma ressignificação, haja vista ainda estar pautados no reconhecimento da afetividade e necessidade de titularidade de bens, baluartes do século XIX.

Nesses termos, quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil que corresponde à transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte.

Sendo a herança uma garantia constitucional assegurada, evidente a sua grande relevância, somente por emenda constitucional poderá ser abolida. Assim, mais do que extinguir a sucessão legítima, propõe-se um novo fundamento para se ancorar na contemporaneidade, liberto de amarras, como se verá a seguir.

4.1 Amparo material dos parentes próximos

O modelo que vigora com o Código Civil de 2002 corresponde a uma repetição do anterior de 1916, socorrido na ideia de transmitir os bens para garantir o patrimônio dos sucessores, ainda persistindo na categoria de função garantidora de formação patrimonial para as gerações seguintes.

De certo, até anunciadas reformas nos dias correntes, prendeu-se inadvertida ou teimosamente ao passado, quer ligado ao conceito de família correspondente à sua estrutura arcaica, de tipo patriarcal, quer a um conceito de propriedade que ignora sua função social, já admitida na Constituição.

A imagem da família legítima, oriunda exclusivamente do casamento civil, ofuscava a família natural, mesmo constituída pelo matrimônio religioso, e projetava intoleráveis limitações no direito hereditário. A exemplo, quando o Código Civil

restringia quantitativamente a sucessão dos filhos simplesmente naturais, reduzindo seu quinhão à metade da quota que coubesse ao filho legítimo, ou ao proibir terminantemente o reconhecimento, voluntário ou coativo, dos filhos adulterinos e dos incestuosos. Enquanto dilatava até o sexto grau a sucessão dos parentes da linha colateral, beneficiando longínquos parente. Reforçando, que esse quadro sofreu ligeiras alterações.

No entanto, outra é, hoje, a concepção da família e outros, conseqüentemente, deveriam ser os pressupostos da sucessão legítima. A principiar pela composição, reduzida, como se acha, aos pais e filhos, e quando muitos aos avós e netos, cujos interesses, como grupo que deve manter-se coeso, se devem regular sem sacrifícios da sua *ratio* atual. Democratizada com as mudanças advindas ao equilíbrio das posições que seus membros ocupam no grupo e sofrendo, cada dia mais, a intervenção do Estado através de leis ou da fiscalização do judiciário.

Indaga-se a função da legítima vigente, se ainda também adequada, ao considerar que os sucessores, têm na atualidade, mais rapidamente oportunidades de ascensão financeira, ou seja, melhores condições de subsistência asseguradas, quando comparada à realidade de seus antecessores: pais, avós, etc. Dispensando-se a segurança fruto de imposição legal, aos sucessores necessários.

Um padrão que vem sendo prejudicial para o ambiente da família, na medida em que não se está priorizando a “necessidade” e sim uma vaidade, apriorística de interesses predominantemente individualistas, em se levar adiante o direito pessoal que assiste, a uma quota parte resguardado por lei na herança.

Portanto, se é “direito meu” à herança, vai-se levá-lo até as últimas conseqüências, mesmo que não se esteja carecendo. Na grande maioria das vezes, culminando em litígios que levam fadados anos para serem curados.

Muito mais coerente seria vincular o patrimônio à lei, caso o sucessor não tenha condições de realizar-se ou gerar sua própria renda, situação vivenciada diante de incapazes, que nesse caso, até se justificaria. O que não daria ensejo, dessa forma, a contendas que se arrastam nos tribunais, por anos a fio. Deixando de existir motivo para conflitos futuros.

O sucessor *causa mortis* era o continuador do culto familiar, nas bases que fundaram o direito de suceder. A continuação da pessoa do morto no culto doméstico era uma consequência necessária da condição assumida de “herdeiro”. A situação assim se apresentava porque o direito de propriedade estabeleceu-se para efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular.

Nesse contexto, deveria haver sempre um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguísse e, assim continuar íntegro o patrimônio. O lar não poderia nunca ficar desamparado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade. De tal modo, a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Por essa razão, o testamento sempre foi importante, em Roma e nos demais povos antigos, bem como o instituto da adoção. A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar, segundo acreditavam (VENOSA, 2013, p. 2-3).

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente na instância privado: o Estado também tem maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito sucessório, agora como princípio constitucional, previsto no artigo 5º XXX, da Constituição Federal de 1988, está também protegendo a família e ordenando a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço (VENOSA, 2013, p. 4).

A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) se transfere dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: abalizada de sucessão legítima. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo copiosa a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.

Indaga-se a respeito o testamento ser tão pouco utilizado entre a sociedade de maneira geral. Uma primeira resposta será justamente porque a ordem de chamamento hereditário feito pela lei atende, em geral, ao vínculo afetivo familiar. Normalmente, quem tem patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes. E são eles que estão colocados em primeiro lugar na

vocação legal. Entre nós sendo possível, pois historicamente arraigado, a convivência da sucessão legítima com a sucessão testamentária.

Outra noção essencial no direito das sucessões é a que decorre da ideia de propriedade. Só se transferem bens e direitos pertencentes a alguém. A ideia central da sucessão deriva, portanto, da conceituação de propriedade e, como tal, sendo dela reflexo, depende do tratamento legislativo. Assim, tanto mais amplo será o direito sucessório quanto maior for o âmbito da propriedade privada no sistema legislativo e vice-versa (VENOSA, 2013, p. 5).

Daí porque só se falar em direito das sucessões quando a sociedade passa a conhecer a propriedade privada. Enquanto, no curso da civilização, a propriedade for coletiva, pertencente a um grupo social, não haverá sucessão individual.

A noção de propriedade individual foi fator de agregação da família. Quando se corporifica a família, nasce a propriedade privada. Com a família e a propriedade surge o direito sucessório como fator de continuidade desse corpo familiar.

4.2 Reconhecimento da afetividade

No direito sucessório, mais especificamente, na sucessão legítima, a afetividade está mais interligada a ideia de família suplantada, seja desde os primórdios, aliada a ideia de vínculos de consanguinidade, ou no propósito de homenagear e abranger todas as famílias numa perspectiva constitucional e de respeito ao afeto e à dignidade da pessoa humana, cujo principal ideal seria de continuidade de cultos religiosos, bem como o próprio patrimônio individual.

A sucessão legítima é a regra no modelo jurídico brasileiro. As ligações de afetividade entre os membros da família, como regra, têm tamanho destaque que as pessoas não se preocupam em firmar um testamento como forma de beneficiar certas pessoas com a herança, porque o legislador já estabeleceu a presunção de que este seria o interesse da parte, do autor da herança, caso tivesse que testar (RODRIGUES, 2011, p. 251).

A forma de transmissão da herança, pela lei, leva em conta as pessoas às quais ordinariamente o *de cuius* gostaria de deixar a sua herança, porque são aquelas que, em razão do estreito vínculo afetivo, naturalmente lhes deixaria o patrimônio.

A Constituição Federal elevou a afetividade à categoria de direito constitucional tutelado, ao afirmar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado (CF 266). Ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais é o afeto. Por isso a lei civil ainda faz presumir esses laços de amor quando não são determinados por escolha em disposição de última vontade.

O direito sucessório tem dimensão social quando apresenta por finalidade garantir a segurança familiar. Assim, não só no âmbito da família, mas também quando se fala em sucessão, é impositivo invocar o princípio da dignidade humana, que corresponde a presença de fundamento de validade constitucional, terreno fecundo para o reconhecimento de garantias e direitos fundamentais (DIAS, 2013, p. 34).

A família é o elemento propulsor de nossas maiores prosperidades e, ou mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos. “Somos e estamos umbilicalmente unidos a nossa família” (GAGLIANO, 2013, p. 38).

Nesse contexto, fica claro que o conceito de família se reveste de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo a sociedade um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não se correr o risco de cair no lugar comum de uma retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicação prática (GAGLIANO, 2013, p. 39).

Esse discurso constitui o alicerce que vinga na atualidade, porém não sendo razoável garantir a legítima para herdeiros que têm condições gerarem seus patrimônios, de autonomia financeira plena.

No mundo atual, não se fala de pluralidade e sim de diversidade. Nestes termos, na diversidade, não se deveria prestar a igualdade de amparo material quando diante de sucessores. Isso porque as pessoas são diferentes, cada qual

com uma realidade. E que o justo não é tratar todos igualmente e sim, tratar cada um dentro da sua singularidade. A desigualdade daquele que não pode gerar renda própria, não poderá ser barganhada, em detrimento daquele que a alcança.

Diante da evolução familiar, não é possível apresentar um conceito até mesmo único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Demonstrando-se assim a grande mudança por que passaram os paradigmas da família do século XX (GAGLIANO, 2013, p. 39).

Vale dizer, que o Estado e a Igreja deixaram de serem necessárias instâncias legitimadoras da família, para que se pudesse, dessa forma, valorizar a liberdade afetiva do casal na formação de seu núcleo familiar (GAGLIANO, 2013, p. 42).

Na mesma linha, acompanhando a mudança de valores e, especialmente, o avanço científico, a exemplo das técnicas de reprodução humana assistida, cuidou-se também de imprimir dignidade constitucional aos denominados núcleos monoparentais, formados por qualquer dos pais e sua prole. O que não esgota o sistema constitucional, vez que apenas se lançou as bases das categorias familiares mais comuns, sem se pretender exauri-las.

Especialmente por considerar que o conceito de família não tem matiz único, tem-se a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros arranjos familiares socialmente construídos. Tudo isso demonstra a dimensão fluídica do conceito de família (GAGLIANO, 2013, p. 42).

Diante de todo o exposto, o que se tem que pensar é que quando se está propondo uma nova função para a legítima deverá esta ser garantidora de quem. Todos indiscriminadamente, independentes da condição de cada um. Isso já foi um modelo. Para o mundo de hoje, século XXI, não mais se justifica.

O que se vê, na atual, para a realidade daqueles que são filhos, é que normalmente são estes os que mais se apropriaram do conhecimento e que mais

dispõem de suporte financeiros. A organização familiar mudou de configuração. A função garantidora no modelo atual não faz mais sentido.

4.3 Necessidade de titularidade de bens

No sistema jurídico vigente no Brasil, a herança é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, como reza o inciso XXX do art. 5º da Carta Magna. Trata-se, portanto, de cláusula pétreia que não pode ser afrontada, sequer, pelo poder constituinte derivado.

Democratizada com as mudanças advindas no equilíbrio das posições que seus membros ocupam no grupo e sofrendo, cada dia mais, a intervenção do Estado através de leis e fiscalização, a família moderna revela forte tendência, na sua constituição e no curso de sua existência, a impregnar-se do “espírito do contrato”, com manifestos reflexos no campo patrimonial e, desse modo, no Direito das Sucessões.

Efetivamente, o direito de herança é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será conduzida com a morte do respectivo titular, caracterizando a necessidade de titularidade dos bens. Confirma-se, pois, a transmissibilidade das relações jurídicas de conteúdo econômico.

Ademais, a herança é um bem jurídico imóvel universal e indivisível, que formada, com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao falecido, atribui-se uma natureza, estabelecendo um condomínio e uma composses dos bens integrantes do patrimônio transmitido, que somente serão dissolvidos com a partilha (ROSENVALD, Nelson, 2016, p. 34).

Todavia, até anunciadas reformas nos dias correntes, prendem-se inadvertida ou teimosamente ao passado, num conceito ainda de família correspondente à sua estrutura arcaica, do tipo patriarcal, revestida da autoridade de propriedade, principalmente, no que se refere à sucessão legítima. Sobre esse aspecto, o moderno direito das sucessões foi o produto de um embate prolongado entre o direito romano e o antigo direito germânico, com certa influência do direito canônico (MONTEIRO, 2009, p. 4).

Como bem pontua Washington Monteiro (2009, p. 4), caracterizou-se primeiro pelo absoluto respeito à liberdade de testar, compreensiva de todo o patrimônio do testador. Essa liberdade constituía a mais enérgica expressão do individualismo romano, justamente pelo verdadeiro horror que os romanos tinham pela morte sem testamento. Para eles, nenhuma desgraça superava a de falecer *ab intestato*, maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer sem testamento. Findar-se *ab intestato* significava uma espécie de vergonha.

O direito germânico dará significância à sucessão testamentária, quando, apesar de desconhecê-la, e por se alicerçar na concepção de os herdeiros “são feitos por Deus”, implanta a convicção da necessidade do vínculo de sangue. E da luta entre as duas mentalidades resultou afinal sua fusão, de modo que o direito contemporâneo se acha igualmente penetrado por ambas as concepções: os parentes, herdeiros pelo sangue, são os sucessores legítimos, se não houver testamento, ou se este não prevalecer (MONTEIRO, 2009, p. 4).

Importante frisar e relembrar, que absoluta não é a liberdade de testar, como outrora sucedia no primitivo direito romano. Atualmente ainda persiste, pelo menos no nosso direito, se o testador tem herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge sucessíveis, somente poderá dispor da metade de seus bens.

Caminhando, a contramão, das mudanças de critérios de parentescos, de relações de afetividade ente homens e/ou mulheres que só refletem nas questões patrimoniais, não mais numa condição de rigidez. Um padrão ultrapassado, ao se ter em vista um reconhecimento de laços extremosos, em que se deveria preconizar acima de tudo o convívio.

A necessidade de repensar o modelo vigente de sucessão legítima talvez seja um modo de também se reduzir o quantitativo de demandas judiciais em torno da discussão de quem ficará com o que depois da morte de um parente. É preciso superar o discurso do Código Civil Brasileiro, que tanto o de 1916 como no de 2002, só reforçam a existência de um sistema da quota fixa, de freios ao poder de dispor por ato de última vontade.

4.4 A sucessão legítima como reserva patrimonial exclusiva em face da impossibilidade de formação patrimonial autônoma dos herdeiros

Diante das dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma preservadora da legítima, a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a sua lassidão. Deveria, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa incapacitante. Situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança.

Contudo continuar a vigorar a extensão à proteção patrimonial as pessoas maiores e capazes será permanecer na subversão do razoável. Essa restrição ao direito do testador já encontrou respaldo em sociedades antigas, em que a maior riqueza de uma família era fundiária, não se sustentando mais nos dias contemporâneos (GAGLIANO, 2014, p. 37).

A preservação da legítima culmina por suscitar discórdias e desavenças familiares, impedindo o *de cuius*, de dispor do seu patrimônio amealhado como bem entender. Ademais, se quiser beneficiar um descendente seu ou esposa, que mais lhe dedicou acalanto, especialmente nos últimos anos da sua vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, significasse iniquidade, uma vez que o direcionamento de seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade.

É preciso superar o que ainda propõe o sistema jurídico brasileiro ao estabelecer diferentes possibilidades sucessórias procurando conciliar a autonomia privada e a especial “proteção da família”.

Por essa realidade, repudia-se injustificada a manutenção da reserva absoluta e inflexível da legítima, que é fruto do sistema dual sucessório consagrado, embora seja a opção do legislador brasileiro.

Avigorando o quão necessário poder dispor, ainda em vida, de tudo que se tem, da forma que bem quiser. Discurso não adequado à realidade de contemporânea. Uma função esvaziada que só culmina em divergências

intermináveis entre os membros da família para se saber como serão partilhados os bens.

Quando se distinguir que não cabe mais essa garantia da legítima, deixará de ter sentido o conflito, ou seja, de se digladiarem filhos entre si, ou com cônjuge, ou com companheiro. Haja vista, só prosseguir porque são herdeiros, pois se assim não fossem não teriam interesses em litigar.

CONCLUSÃO

A pesquisa cuidou de se debruçar sobre a Sucessão Legítima, pelo fato do Direito Civil Brasileiro abraçar o Sistema da Divisão Necessária, em que ao autor da herança é apenas dada uma relativa margem de disponibilidade dos bens, caso existam herdeiros considerados necessários. Metade da herança, obrigatoriamente, tocará a essa espécie de herdeiros, haja vista estão resguardados pela lei. Não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor dessa quota reservada.

O que o legislador pretendeu, ao resguardar o direito dessa categoria de herdeiros, foi precisamente dar-lhes certo amparo patrimonial, impedindo que o autor da herança dispusesse totalmente do seu patrimônio.

Apesar da evolução do Código Civil de 2002 em detrimento do Código de 1916 paira a insatisfação e a crítica ao direito de dispor dos bens quando se está diante da imposição legal, bem como em se restringir e se determinar sobre quanto deve ser disposto.

É como se ainda vivesse um retrocesso constante e desmedido, diante da evolução familiar, que não mais requer tanta singularidade. Deixando de existir o filho que, necessariamente, terá que dar continuidade ao patrimônio da família, pois já dispõe de condições garantidoras de seu próprio sustento.

Diante dessa limitação é que se justificou um estudo específico acerca da manutenção desse estado de coisas. Qual seja a impossibilidade de disposição de todos os bens ainda em vida, afim de garantir a legítima, em excluir os desdobramentos que naturalmente decorrem da futura disputa desses bens. Normalmente desenrolados anos a fio em processos judiciais que muitas vezes dividem os membros da família.

Através dos estudos realizados no presente trabalho se verificou a necessidade de ressignificação da legítima diante da atual realidade das famílias, e assim contribuir para mudança de paradigma.

A necessidade de identificação do fundamento jurídico contemporâneo da legítima sobre pena toma-o como esvaziado, haja vista o direito sucessório ter

sofrido modificações em função das mudanças sociais não se podendo mais afirmar hoje que da idade antiga (continuação de rituais religiosos), passando pela idade medieval (concentração de riquezas – propriedade individual, típico do feudalismo), e pela idade moderna (garantia de amparo material aos sucessores) até a contemporaneidade esse fundamento permanecesse inalterado.

O que ainda é latente é que modelo que vigora com o Código Civil de 2002 corresponde a uma repetição do anterior de 1916, socorrido na ideia de transmitir os bens para garantir o patrimônio dos sucessores, ainda persistindo na categoria de função garantidora de formação patrimonial para as gerações seguintes.

De certo, até anunciadas reformas nos dias correntes, prende-se inadvertida ou teimosamente ao passado, quer ligado ao conceito de família correspondente à sua estrutura arcaica, de tipo patriarcal, quer a um conceito de propriedade que ignora sua função social, já acolhida na Constituição.

No entanto, outra é, hoje, a concepção da família e outros, conseqüentemente, deveriam ser os pressupostos da sucessão legítima, ao considerar que os sucessores, têm na atualidade, mais rapidamente oportunidades de ascensão financeira, ou seja, melhores condições de subsistência asseguradas, quando comparada à realidade de seus antecessores: pais, avós, etc. Dispensando-se a segurança fruto de imposição legal, aos sucessores necessários.

A preservação da legítima culmina por suscitar discórdias e desavenças familiares, impedindo o *de cuius*, de dispor do seu patrimônio amealhado como bem entender. Ademais, se quiser beneficiar um descendente seu ou esposa, que mais lhe dedicou acalanto, especialmente nos últimos anos da sua vida, poderia fazê-lo por testamento, sem que isso, significasse iniquidade, uma vez que o direcionamento de seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade.

Um padrão que vem sendo prejudicial para o ambiente da família, na medida em que não se está priorizando a “necessidade” e sim uma presunção, de interesses predominantemente individualistas, em se levar adiante o direito pessoal, a uma quota parte resguardado por lei a herança. Não sendo razoável garantir a legítima para herdeiros que têm condições de gerarem seus patrimônios, de autonomia financeira plena.

Muito mais coerente seria vincular o patrimônio à lei, caso o sucessor não tenha condições de realizar-se ou garantir sua própria renda, situação vivenciada diante de incapazes, que nesse caso, até se justifica. O que não daria ensejo, dessa forma, a contendas que se arrastam nos tribunais, por anos a fio. Deixando assim de existir motivo para conflitos futuros.

A forma de transmissão da herança deve levar em conta as pessoas às quais ordinariamente o *de cujus* gostaria de deixar a sua herança, porque são aquelas que, em razão do estreito vínculo afetivo, naturalmente lhes deixaria o patrimônio.

A ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros arranjos familiares socialmente construídos. Tudo isso demonstra a dimensão fluídica do conceito de família.

A Constituição Federal elevou a afetividade à categoria de direito constitucional tutelado. Sendo assim, ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais deve ser o afeto. Especialmente por considerar que o conceito de família não tem matiz único.

REFERÊNCIAS

- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Editora Martin Claret. São Paulo, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 6. Direito das sucessões. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Sucessões**. Coleção curso de direito civil; v.7. São Paulo. Atlas, 2015.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**, v. 7. São Paulo. Saraiva, 2014.
- _____. Direito de família, v.6. São Paulo. Saraiva, 2013;
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro. Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v.7: direito das sucessões/ Carlos Roberto Gonçalves. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões**, v. 20 (arts. 1784 a 1856) / Giselda Maria Fernandes Novais Hironaka: coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. – 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Pontes de. **Direito das sucessões: sucessão em geral: sucessão legítima**. Atualizado por Giselda Maria Fernandes, Novaes Hironaka e Paulo Netto Lôbo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v.6. Direito das sucessões. 37. ed. São Paulo. Saraiva, 2009;
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v.6. Direito das sucessões. Rio de Janeiro. Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito Civil**. Direito das sucessões, v. 6/ atual. Carlos Roberto Moreira. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito das sucessões, v. 7, 26. ed. ver. E atual. Por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo. Saraiva, 2003;

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito Civil**: família e sucessões. 6. ed. São Paulo. Rideel, 2011;

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: sucessões, v.7, 2. ed. São Paulo. Jus Podivm, 2016;

TARTUCE, Flávio. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2011;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões, v. 7, 13. ed. São Paulo. Atlas, 2013.