

FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES EM OUTROS SISTEMAS E NO BRASIL

FOUNDATIONS OF SUCCESSION LAW IN OTHER SYSTEMS AND IN BRAZIL

Flávio Tartuce

Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Professor titular permanente dos programas de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Coordenador e Professor dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Patrono do curso *on-line* de Direito Negocial e Imobiliário da Escola Brasileira de Direito – Ebradi.

Autor, entre outras obras, da coleção *Direito civil*, em seis volumes, pela GEN/Forense. Advogado, Consultor Jurídico, Parecerista e Árbitro.

Resumo: O presente artigo procura analisar os fundamentos do direito das sucessões, tendo como parâmetros Portugal, Itália, Peru, Chile e Brasil, para chegar à análise posterior de manutenção ou não da legítima – quota dos herdeiros necessários –, na realidade nacional. Para tanto, foram estudadas algumas referências doutrinárias nesses países, tidas como *marcos fundamentais*, todos eles com justificativas plausíveis a respeito da proteção da reserva. Visa-se demonstrar a variação na fundamentação a respeito do tema, notadamente sobre a razão de ser da sucessão legítima, e chegar a conclusões que servem para o nosso país.

Palavras-chave: Direito civil. Direito das sucessões. Sucessão legítima. Fundamentos.

Abstract: This article seeks to analyze the foundations of Succession Law, taking Portugal, Italy, Peru, Chile and Brazil as parameters, in order to lead to the subsequent analysis of whether or not to keep the “legítima” – quota of the necessary heirs –, in the national reality. For this purpose, some rules of analysis were studied in these countries, taken as *fundamental marks*, all of them with plausible justifications concerning the protection of the reserve. The goal is to demonstrate the variation in the reasoning about the theme, notably about the causes for the legitimate succession, and to reach conclusions that are useful to our country.

Keywords: Civil law. Succession law. Legitimate succession. Foundations.

Sumário: **1** Esboço da pesquisa e suas razões – **2** Os fundamentos da sucessão em Portugal. A propriedade privada como norte – **3** O direito civil italiano e a solidariedade familiar – **4** Direito peruano. A legítima e a fundamentação sucessória na ordem econômica, na propriedade e na família – **5** As sucessões no Chile. Vínculos familiares, patrimônio e as contestações à legítima, diante das recentes mudanças sociais e econômicas. A concentração das rendas e de riquezas – **6** A gênese do direito das sucessões no Brasil. Direito de família e propriedade. Uma necessária sincronização ou alinhamento – **7** Conclusões

1 Esboço da pesquisa e suas razões

Este artigo científico serve como orientação de estudo das pesquisas que tenho desenvolvido no meu estágio pós-doutoral perante o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Professor Associado José Fernando Simão, em que investigo a legítima – quota destinada aos *herdeiros necessários* ou *reservatários* –, como cerne do direito das sucessões, e sua eventual revisão.

Por óbvio que, para se verificar se a legítima deve ou não subsistir no direito brasileiro, ou mesmo ser revisitada em seu percentual, é preciso analisar os fundamentos sucessórios que lhe dão esteio. Há tempos – desde Clóvis Beviláqua e a pré-elaboração do Código Civil de 1916 –, a legítima é contestada e debatida pelos juristas. Isso tem acontecido no início de cada século, com o surgimento de teses e afirmações individualistas, até que eventos catastróficos de dimensão mundial aconteçam, como parece se dar neste início de século XXI, com a recente pandemia de Covid-19.

Voltando ao passado, relata Clóvis Beviláqua que na tramitação do então projeto do Código Civil de 1916 a regra da plena liberdade de testar – sem qualquer proteção da legítima – chegou a ser aprovada no Senado, tendo sido rejeitada na Câmara dos Deputados, o que ele denominava como “desastrosa inovação”.¹ Na sequência, demonstra os principais argumentos de ordem moral e jurídica para essa *plena liberdade*, repelindo-os um a um, o que representa debate sobre a *função social da herança*.

Como *primeiro argumento contra a legítima*, o direito de testar seria uma simples aplicação do direito de livre disposição atribuído ao proprietário do bem. Em suma, haveria um exercício pleno da autonomia privada relacionado ao direito fundamental à propriedade. Beviláqua procura afastar esse argumento com base no fato de não ser o direito à propriedade absoluto, tendo em vista, principalmente, a sua função social. Sobre a constatação de que a Constituição Federal da época assegurava o exercício do direito da propriedade de forma plena, o jurista insiste nas limitações existentes a respeito desse direito subjetivo, inclusive no Texto Maior. Em resumo, sustenta ser esse um “argumento sem valor”.²

Como *segundo argumento*, a *herança forçada* seria uma injusta restrição à liberdade individual. A suposta injustiça é afastada, por Beviláqua, pelos fundamentos de proteção da família contra o arbítrio do indivíduo, “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. p. 751.

² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. Edição histórica. p. 752.

obrigação de sustentar”.³ Neste ponto, como se verá, está um dos fundamentos do direito das sucessões brasileiro, como também ocorre em outros países que serviram de base para esta pesquisa.

O *terceiro argumento* é no sentido de que a liberdade de testar serviria para consolidar a *autoridade paterna*, porque o pai teria o direito de transmitir o seu patrimônio ao filho mais digno de sua estima. Para Beviláqua, tal dedução é uma *ilusão*, pois a hipocrisia, a intriga e a ganância afastam a boa-fé dos pais, lançando discórdia entre os irmãos.

Por fim, como *quarto argumento*, a liberdade de testar desenvolveria a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades que lhe deem o devido sustento, havendo um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho. Beviláqua aponta ser esse o argumento “mais valioso”, mas que, para ele, deve ser afastado diante de outras considerações de maior peso:

a educação convenientemente dirigida obterá a mesma vantagem de desenvolver a capacidade de direção da vida, sem as funestas consequências da liberdade de testar, entre as quais avultam a inflação do egoísmo, que é retrocesso à animalidade, e a dispersão do grupo familiar, que impede o cultivo de afeições, que somente no circuito familiar se podem desenvolver. E esta falha prejudica, enormemente, o aperfeiçoamento moral do homem.⁴

Tendo debatido todos os argumentos a respeito do afastamento da legítima, a sua proteção foi estabelecida, no Código Civil de 1916, no seu art. 1.576, segundo o qual, “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Fez o mesmo o Código Civil de 2002, pela repetição da regra acima no seu art. 1.789.

Voltando-se ao cerne da investigação proposta por este artigo científico, indaga-se quais seriam os fundamentos da sucessão. Para chegar a uma conclusão – mesmo que parcial –, serão analisados os entendimentos doutrinários de dois países da Europa e dois da América Latina, na linha do que foi pesquisado até o presente momento. Os dois países da Europa escolhidos são Portugal – constantemente visitado por este autor – e a Itália – pela proximidade dos sistemas e domínio da língua, desde os meus estudos de doutorado. Os países da América

³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. Edição histórica. p. 753.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. Edição histórica. p. 754.

Latina são Peru e Chile, com os quais manteve contato desde o início dos estudos pós-doutorais.

2 Os fundamentos da sucessão em Portugal. A propriedade privada como norte

Para as conclusões dos fundamentos do direito das sucessões em Portugal, foram utilizados três doutrinadores: José de Oliveira Ascensão, Inocêncio de Galvão Telles e Jorge Duarte Pinheiro. Os três autores pesquisados demonstram ser a propriedade privada um norte fundamental para o direito sucessório naquele país.

Iniciando-se por Ascensão, aduz que algumas Constituições associam o direito das sucessões a tal instituto, caso do art. 14 da Constituição alemã e do art. 62, item 1, da Constituição portuguesa.⁵ Sabe-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 não faz essa associação direta. O direito de propriedade está nos incs. XII e XXIII do seu art. 5º; enquanto o direito à herança no seu inc. XXX; ambos tratados como direitos fundamentais, verdadeiras *cláusulas pétreas*.

Pontua também o jurista: “pensamos que a admissão da sucessão por morte é uma consequência necessária da admissão da propriedade privada”.⁶ O doutrinador restringe a sua investigação aos sucessores privados nesta parte da obra, e não à sucessão do Estado. Em seguida, demonstra que podem existir restrições *qualitativas* e *quantitativas* à sucessão. Como *restrições qualitativas*, certos bens podem ser retirados da sucessão; já como *restrições quantitativas*, o Estado pode participar cada vez mais da sucessão, através da imposição de impostos.⁷

Apesar dessa fundamentação na propriedade, demonstra Ascensão haver uma estrita ligação entre as categorias do direito de família e das sucessões, o

⁵ Conforme o art. 14 da Lei Fundamental da República Alemã: “[Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]. (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. (3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários” (texto traduzido – Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020).

Por sua vez, prevê o art. 62 da Constituição da República Portuguesa: “Artigo 62º. Direito de propriedade privada. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 26.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 26-28.

que conduz a uma necessária sincronia entre propriedade e família, que ainda será aqui aprofundada.⁸ Como último aspecto a ser destacado, toca ele no ponto relativo à legítima e aos fundamentos sucessórios, expondo que foi mantida a polêmica relativa à plena liberdade de testar, em Portugal:

os que defendem o princípio da legítima insurgem-se contra o arbítrio que podia representar a exclusão dos familiares e querem portanto proteger a família; os que defendem o princípio da liberdade de testar preferem o arbítrio de uma escolha feita por lei, a escolha feita por um actor qualificado, que é testador. Parece que neste campo as tradições têm uma importância fundamental e que o sistema é bom ou mau, atinge ou não os seus objetivos, consoante a situação de cada país.⁹

Na realidade portuguesa, portanto, foi mantida a ideia de proteção da família, como controle social ao exercício da faculdade de dispor, retirada do direito subjetivo de propriedade.

Quanto à legítima, em Portugal, essa é variável, podendo ser de um terço, metade ou dois terços do patrimônio do falecido. Conforme o art. 2.156º do Código Civil português, entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos chamados “herdeiros legitimários”. O comando seguinte estabelece que são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima (art. 2.157º). A respeito da legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (art. 2.158º). No que diz respeito à legítima do cônjuge e dos filhos, caso haja concorrência ou concurso entre eles, é de dois terços da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais (art. 2.159º). Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima (art. 2.160º). Por seu turno, a legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. E, se o autor da sucessão não deixar descendentes, nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade

⁸ Nas suas exatas palavras: “é muito estrita a ligação dos institutos familiares e sucessórios. É primariamente uma proteção da família que é visada. Dá-se posição especial aos familiares mais próximos (e não só na linha recta) no mecanismo de sucessão” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 28).

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 28.

ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes (art. 2.161^o do Código Civil português). Essas são as regras fundamentais a respeito do seu cálculo.

Inocêncio Galvão Telles, considerado outro *clássico* do direito sucessório português, trata do tema deste artigo em capítulo de importante livro, em que analisa conjuntamente os fundamentos da sucessão do Estado e das pessoas privadas.¹⁰ Segundo ele, o Estado seria, pelo sistema português, um sucessor propriamente dito e um sucessor de direito privado, ou seja, um herdeiro, pelo que consta do art. 2.153^o do Código Civil português. Conforme o comando, “o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro”.

Entrando no cerne principal desta discussão, leciona que a *razão de ser* do instituto sucessório é a propriedade individual ou pessoal, eis que,

uma vez que os indivíduos podem ser proprietários no sentido geral ou amplo da palavra, isto é, podem ter um patrimônio maior ou menor, podem ter bens e dívidas, podem ser sujeitos de direitos sobre coisas, de créditos, de débitos, é forçoso que alguém se lhes substitua nessas posições quando falecem que tenham um ou mais sucessores, tomado o termo com a amplitude que atrás ficou definida para este efeito.¹¹

Nesse contexto, “na origem da propriedade está afinal o trabalho, um esforço maior ou menor, que a legitima e a torna conforme com o direito material e mesmo uma imposição sua”.¹²

Mas, segundo Galvão Telles, a propriedade não deve ser concebida como algo puramente *egoísta*:

como existindo no mero interesse do proprietário e menos ainda como um instrumento de dominação ou opressão dos mais fortes relativamente aos mais fracos. Sempre esteve nos espíritos, com maior ou menor nitidez, a ideia de que a propriedade também serve o interesse geral; mas antigamente, dentro de uma visão individualista, partia-se

¹⁰ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 256.

¹¹ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 258.

¹² GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 263.

do pressuposto da preestabelecida harmonia entre o interesse do indivíduo e o interesse da colectividade.¹³

Nesse contexto, surge a função social da propriedade, uma vez que ela também deve aproveitar à sociedade. O jurista faz incursão histórica e associa essa proteção a valores da Igreja católica, notadamente às encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo Anno* (1931).¹⁴ Assim, a função social da propriedade não atende apenas ao Estado, mas também à família, tendo fundamentos em premissas cristãs.¹⁵

Sobre a tutela da *legítima*, ou *reserva*, quota destinada aos herdeiros necessários, Galvão Telles ensina que, sem ela, a função social da propriedade, em sua projecção familiar, não teria a relevância pretendida, afirmação que tem o meu apoio.¹⁶ Merece relevo, pela importância histórica e para a compressão dos fundamentos sucessórios, os seguintes marcos temporais citados por ele, a respeito da irrestrita liberdade de testar, mas com restrições que foram percebidas em tempos passados: a) desde a Lei das XII Tábuas, no direito romano, não haveria qualquer restrição a respeito dessa liberdade; antes dela havia a proteção dos parentes próximos, com a necessidade expressa de deserdação desses parentes e depois com a tutela dessas partes, em uma quota então denominada de *legítima*, com fundamento no dever de piedade (*officium pietatis*); b) os sistemas anglo-saxônicos são geralmente referidos como exemplos de individualismo, em que não há sucessão necessária; porém, o autor demonstra que já existiam movimentos contra esse “estado de coisas”, mesmo nesses países; c) nos países de sistema romano-germânico, demonstra-se a existência de doutrinadores que pregam o fim da legítima, caso de Le Play, na França, e de Alberto Pires de Lima, em Portugal, ambos alvo de críticas.¹⁷

¹³ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 264.

¹⁴ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 265.

¹⁵ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 265-269.

¹⁶ “Essa quota, que se diz reserva ou legítima, é intocável, só para além dela podendo exercer-se as faculdades dispositivas. Sem esta forma de sucessão a função social da propriedade na sua projecção familiar não adquiria o relevo suficiente, ficando à inteira mercê do querer do testador. A função social da propriedade na sua projecção estadual acha-se em matéria sucessória suficientemente assegurada pelo respectivo imposto que, sendo de sua natureza imperativo, se sobrepõe à vontade dos particulares, tanto do *de cuius* como dos sucessores. Mas família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou acautelada por meio da sucessão necessária” (GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 277).

¹⁷ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 277-281.

Por fim, observe-se que, assim como Ascensão, Galvão Telles defende fortemente a proteção da legítima, pela sua estrita relação com a função social da propriedade. Todavia, anote-se que o último autor entende que devem ser procurados mecanismos que evitem a fragmentação da propriedade.¹⁸ Nesse contexto, são citados a *partilha em vida*, o *legado por conta da legítima* e o *legado em substituição da legítima*, previstos nos arts. 2.029º, 2.163º e 2.165º do Código Civil português; respectivamente.¹⁹ Não se pode negar que se trata de institutos que visam ao que hoje se denomina *planejamento sucessório*, que tem sido estudado por este autor no seu estágio pós-doutoral.

Chegando-se à doutrina contemporânea, a obra de Jorge Duarte Pinheiro merece destaque, pelo enfrentamento dos problemas atuais, que existem não só na realidade portuguesa como também na brasileira, que inclusive conduziu aos nossos estudos pós-doutorais. Primeiro, por apontar a existência de uma “crise” do direito das sucessões, citando Pamplona Corte-Real, destacando-se, entre os outros aspectos para tanto, o seu *imobilismo* e o seu *caráter vetusto*, eis que a matéria *parou no tempo*, como diz.²⁰

Apesar de reconhecer certa identidade e conexões com o direito de família, reconhece a autonomia entre as matérias, uma vez que,

apesar de haver entre eles pontos de contacto, quer o Direito de Família quer o Direito das Sucessões são ramos autônomos de Direito Civil institucional. O Direito das Sucessões preocupa-se com o destino do património de uma pessoa que faleceu; o Direito de Família ocupa-se

¹⁸ “Sabido que seria inteiramente desaconselhável pôr de lado a sucessão legítimária, aliás, com fundas raízes históricas em nosso país, o que importava, ao fazer-se a renovação do nosso direito civil, era criar instrumentos jurídicos que permitissem na medida do possível, sem ofensa da legítima, evitar a fragmentação excessiva da propriedade ou de conjuntos de bens cuja unidade conviesse conservar” (GALVÃO TELLES, Inocência. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 280-281).

¹⁹ Vejamos o conteúdo das normas, com intuito didático: “Art. 2.029º. (Partilha em vida) 1. Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legítimários, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocam nos bens doados. 2. Se sobrevier ou se tornar conhecido outro presumido herdeiro legítimário, pode este exigir que lhe seja composta em dinheiro a parte correspondente. 3. As tornas em dinheiro, quando não sejam logo efectuados os pagamentos, estão sujeitas a actualização nos termos gerais. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11). [...] Art. 2163º. (Proibição de encargos). O testador não pode impor encargos sobre a legítima, nem designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro. [...] Art. 2165º. (Legado em substituição da legítima). 1. Pode o autor da sucessão deixar um legado ao herdeiro legítimário em substituição da legítima. 2. A aceitação do legado implica a perda do dinheiro à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do dinheiro ao legado. 3. Se o herdeiro, notificado nos termos do nº 1 do artigo 2049º, nada declarar, ter-se-á por aceite o legado. 4. O legado deixado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível do autor da sucessão; mas, se exceder o valor da legítima do herdeiro, é imputado pelo excesso, na quota disponível”.

²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 24-25.

das ligações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pessoas vivas.²¹

As lições trazem a notória divisão entre sucessão e meação, entre a herança e aquilo que foi pactuado por cônjuges e companheiros em vida, sendo necessário sempre revisitar tal fracionamento, pois ainda são comuns e notórias as confusões entre os institutos aqui no Brasil. Como se sabe, a sucessão é projetada para após a morte; a meação, pela sua natureza contratual atinente ao regime patrimonial dos bens no casamento ou na união estável, gera efeitos com as pessoas ainda vivas.

Para motivar a impugnação do entendimento de que o direito das sucessões seria uma “parcela” do direito de família, Duarte Pinheiro detalha que a sucessão não opera exclusivamente para beneficiar os familiares do falecido e que

a propriedade só “é mais familiar do que pessoal” quando os bens integram o património comum dos cônjuges; e, mesmo nesta hipótese, o cônjuge não adquire, necessariamente, por via hereditária, os bens que formavam o activo patrimonial comum dos cônjuges; e, mesmo nesta hipótese, o cônjuge sobrevivente não adquire, necessariamente, pela via hereditária, os bens que formavam o activo patrimonial comum (alguns podem vir a caber a terceiros).²²

Como se pode perceber, o doutrinador acaba confirmando a linha dos autores clássicos, de que, em Portugal, a propriedade privada é o norte fundamental do direito das sucessões, abrandada pela sua função social e familiar.

3 O direito civil italiano e a solidariedade familiar

No direito italiano foram pesquisados três autores a respeito dos fundamentos do direito das sucessões, pela ordem no tempo: Luigi Cariota Ferrara, Massimo Bianca e Angelo Spatuzzi. Nas suas lições, foi encontrado um mesmo princípio, qual seja a solidariedade familiar, dentro de exposições relativas às *funções da sucessão legítima*.

Luigi Cariota Ferrara afirma que a sucessão legítima, seja em sentido amplo ou estrito, encontra seu fundamento imediato na vontade da lei, tendente a atuar

²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 31.

²² PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 31.

nos *interesses da família*.²³ Para fundamentar o seu entendimento, são citados os arts. 565 e 572 do Código Civil italiano. De acordo com o primeiro comando, na sucessão legítima, a herança é atribuída ao cônjuge, aos descendentes, aos ascendentes, aos colaterais, aos outros parentes e ao Estado, na ordem e segundo as regras estabelecidas no próprio título da codificação italiana. Por seu turno, a segunda regra mencionada prevê que, se a pessoa morre sem deixar prole, nem genitores, nem outros ascendentes, nem irmãos ou irmãs ou seus descendentes, a sucessão será aberta em favor do parente ou dos parentes próximos, sem distinção de linhas, seja ela paterna ou materna. Ademais, pela parte final desse preceito, a sucessão não tem lugar entre parentes além do sexto grau.²⁴ Como se pode notar, o sistema italiano tutela amplamente a família, ao reconhecer a possibilidade de sucessão dos parentes além do quarto grau, como ocorre no sistema brasileiro.

Massimo Bianca, igualmente tratando das funções da sucessão baseada em causa morte, especialmente a sucessão legítima, pondera que a herança em favor dos parentes (*congiunti*) tem como fundamento o *princípio da solidariedade familiar*.²⁵ Em continuidade, ensina que, em se tratando de *stretti congiunti* – assim considerados o cônjuge, os descendentes e na falta desses os ascendentes –, a solidariedade familiar prevalece até sobre a autonomia privada, pois esses *legitimados* têm o direito de receber uma quota do patrimônio do falecido, a reserva (*riserva*), compreendida pelos bens residuais e pelos bens dotais.²⁶ Essas pessoas, ademais, podem fazer valer o seu direito de reserva também contra a vontade testamentária, com o fim de obter uma quota da herança. Se, eventualmente, a redução da disposição testamentária não for suficiente para se chegar a tal montante protetivo, os *parentes legitimados* podem, no sistema italiano, pedir até mesmo redução das doações feitas pelo falecido.²⁷ E arremeta que a sucessão em favor desses parentes é, em sentido amplo, uma sucessão legítima porque tem fundamento em um *direito sucessório familiar*, tendo um título específico e autônomo denominado como *sucessão necessária*.²⁸

²³ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Le successioni per causa di morte: parte generale*. Ristampe della Suola di specializzazione in diritto civile dell'Univerità de Camerino. Numero 46. A cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Schientifique Italiane, 2011. p. 171-172.

²⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Le successioni per causa di morte: parte generale*. Ristampe della Suola di specializzazione in diritto civile dell'Univerità de Camerino. Numero 46. A cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Schientifique Italiane, 2011. p. 172.

²⁵ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – Le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II. p. 533.

²⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – Le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II. p. 533.

²⁷ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – Le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II. p. 533.

²⁸ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia – Le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. II. p. 534.

Sobre a legítima ou reserva, a Itália também consagra uma variação. Como legitimados, repise-se, o art. 536 do *Codice* elenca o cônjuge, os filhos e os ascendentes. Ao filho único, como regra geral, é reservada a metade do patrimônio do falecido; em havendo dois filhos ou mais, a reserva é de dois terços do patrimônio (art. 537). Em favor dos ascendentes, a reserva é de um terço dos bens do morto, como regra (art. 538). A respeito do cônjuge, a reserva volta a ser a metade dos bens do *de cuius*, salvo se houver concurso ou concorrência com os filhos, hipótese em que terá direito a um terço ou um quarto dos bens, a depender da qualificação dos filhos com os quais concorre (arts. 540 e 542 do Código Civil italiano). Como última regra a ser destacada, o art. 544 da norma codificada italiana estabelece que, quando alguém morre sem ter filhos, mas ascendentes e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio e um quarto para os ascendentes.

Como último doutrinador pesquisado, destaque-se artigo de Angelo Spatuzzi, publicado nos cadernos do Departamento de Negócios e de Ciências Jurídicas da Universidade da Calábria, tratando da autonomia testamentária e da liberdade da pessoa.²⁹ Abordando fenômeno sucessório *mortis causa*, o autor associa a herança à propriedade privada e à família. Sobre a propriedade privada, cita o art. 47 da Constituição da República italiana, que incentiva e protege a economia em todas as suas formas, favorecendo o acesso à propriedade, especialmente à moradia e às terras para produção agrária.³⁰ Sobre a relação entre a propriedade privada e a transmissão hereditária, é mencionado o art. 832 do *Codice*, que trata dos atributos ou faculdades do domínio jurídico, assim como faz o art. 1.228, *caput*, do Código Civil brasileiro.³¹

Superada a fundamentação na propriedade privada, Spatuzzi pondera sobre a *salvaguarda das relações familiares*, lecionando ser necessário equilibrar a autonomia do proprietário com o *princípio da solidariedade familiar*, e repetindo os dois doutrinadores antes citados. Acrescenta, ainda, que o fenômeno sucessório não é estranho à tutela dos interesses coletivos, como se dá com a constante intervenção fiscal do Estado nas questões atinentes à herança. Segundo ele – na mesma linha do que vem ocorrendo no Brasil –, a sucessão deve levar em conta

²⁹ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli, 2014.

³⁰ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli, 2014. p. 10.

³¹ Código Civil italiano: “Art. 832 Contenuto del diritto Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico”. O Código Civil Brasileiro, por sua vez, estabelece no seu art. 1.228, *caput*, que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

a concepção de entidades familiares além da *família nuclear* retirada do art. 29 da Constituição da República italiana, que reconhece o direito de família como sociedade natural fundada no matrimônio.³²

Dito de outra forma, a família deve ser baseada em múltiplos modelos, abrangendo, por exemplo, a união de fato (*coppia di fatto*), ou seja, o que aqui denominamos de união estável.³³ Cita, por fim e a respeito dessa solução ampliativa de tutela, decisão da Corte Constitucional italiana, de 7.4.1988, que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 392/1978, na parte que não previa entre os legitimados a suceder no contrato de locação o convivente *more uxorio*, genitor dos filhos naturais havidos com o locatário falecido.³⁴ A solidariedade familiar como fundamento sucessório serviu, de acordo com o autor, para fundamentar o *decisum* superior.

Como se percebe, portanto, a Itália – não só na doutrina, mas também em decisões jurisprudenciais superiores – tem estabelecido uma clara relação entre a sucessão legítima e a *solidarietà familiare*, entendimento que pode servir de alento também no direito privado brasileiro, como se verá.

4 Direito peruano. A legítima e a fundamentação sucessória na ordem econômica, na propriedade e na família

Na investigação do direito civil peruano – do qual me aproximei nos dois últimos anos –, notadamente pelos contatos realizados com Enrique Varsi, e cujo sistema pude conhecer pessoalmente em pesquisas realizadas *in loco* durante o período inicial dos estudos pós-doutorais, foram levados em conta dois autores: Juan A. Olavarría Vivian, Augusto Ferrero Costa e Benjamín Aguilar Llanos, todos indicados pelo citado Professor da Universidade de San Marco.

O que se percebe pela doutrina pesquisada é uma correlação direta entre fundamentos da sucessão, tutela da legítima e razões de ordem econômica. Mas também são citadas, como ocorre nos outros países ora pesquisados, a propriedade a família.

³² SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli, 2014. p. 11.

³³ Exatamente como tem ocorrido no Brasil, o doutrinador usa o termo “nova família” (*nuova famiglia*) ou “famílias”, no plural (*famiglie*) (SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli, 2014. p. 12).

³⁴ SPATUZZI, Angelo. Autonomia testamentaria e libertà della persona. *Collana: Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, nuova serie, 31, Napoli, 2014. p. 12-13.

Cabe esclarecer que a *tutela da legítima*, no Código Civil peruano, está prevista no art. 723, segundo o qual constitui a parte da herança da qual não pode dispor livremente o testador quando tem *herdeiros forçados*. Pelo art. 724 da mesma legislação, são herdeiros forçados os filhos e demais descendentes, os pais e demais ascendentes e o cônjuge.³⁵

Segundo Olavarría Vivian, a legítima tem *duplo fundamento*, de ordem jurídica e econômica. Primeiro, é produto da grande influência que exerce o direito de família sobre o direito das sucessões. Por meio da legítima, e ante o desamparo que pode causar a perda do *cabeza familiar*, o chefe familiar ou de quem dá o sustento familiar, o instituto trata de conservar a união e a coesão dos integrantes da família, assegurando-lhe de forma exclusiva uma parte importante do patrimônio do falecido. Em resumo, diz o jurista peruano, a legítima é uma reserva que tem como beneficiários, principalmente, os membros integrantes da família nuclear do autor da herança.³⁶ O fundamento econômico, ainda segundo ele, baseado na reciprocidade, tem esteio na premissa de que a riqueza não pode criar uma pessoa por si só, sendo necessária a ajuda de outras pessoas, quais sejam aquelas que formam o núcleo familiar mais próximo.³⁷

Sobre as quotas da legítima no Peru, pertinente esclarecer que os parâmetros são os seguintes: a) quanto aos descendentes e o cônjuge, proteção de 2/3 do patrimônio do falecido, conforme o art. 725 do Código Civil daquele país;³⁸ e b) ascendentes, amparo da metade do patrimônio do *de cujus* (art. 726).³⁹ Há, portanto, uma *legítima variável*, de acordo com os familiares que sucedem, diferentemente do sistema brasileiro, em que a legítima é fixa. A codificação peruana estabelece, por fim e a respeito da temática, que quem não tem descendentes, ascendentes ou cônjuge tem a livre disposição da totalidade de seus bens, por testamento (art. 727 do Código Civil).

Augusto Ferrero Costa, por sua vez, ao tratar dos fundamentos da sucessão, afirma a existência de *duas balizas*, que remontam ao direito romano, quais sejam a família e a propriedade. Sobre a família, o jurista cita Michel Grimaldi, doutrinador francês, e leciona que o legislador deve prevenir as incoerências ao realizar a reforma do direito pessoal da família, levando em conta as consequências existentes no direito patrimonial de família.⁴⁰ A respeito da propriedade, pondera

³⁵ OLAVARRÍA VIVIAN, Juan A. *Comentarios al derecho de sucesiones*. Lima: Escolani, 2010. p. 102-103.

³⁶ OLAVARRÍA VIVIAN, Juan A. *Comentarios al derecho de sucesiones*. Lima: Escolani, 2010. p. 102-103.

³⁷ OLAVARRÍA VIVIAN, Juan A. *Comentarios al derecho de sucesiones*. Lima: Escolani, 2010. p. 102-103.

³⁸ Código Civil peruano: "Art. 725. Quem tem filhos ou outros descendentes, ou cônjuge, pode dispor livremente de um terço de seus bens".

³⁹ Código Civil peruano: "Art. 726. Quem tem pais e outros ascendentes pode dispor livremente de metade dos seus bens".

⁴⁰ FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. p. 86.

que, ao mesmo tempo que a pessoa pode dispor do seu patrimônio em vida, a título oneroso ou gratuito, não seria possível impedir o exercício do direito *mortis causa*, seja pela vontade declarada ou presumida, na linha do que estabelece o legislador.⁴¹ Sobre as matérias que formam a substância do direito patrimonial de família, Ferrero Costa destaca que são três: a) os regimes matrimoniais; b) as sucessões e c) as liberalidades. Em arremate final, fala na trilogia de interesses envolvidos, a do testador, a da família do morto e do Estado, todas fundadas em razões econômicas.⁴²

Benjamín Aguilar Llanos, por fim, investiga o fundamento da sucessão hereditária, interrogando: por que existe a sucessão, qual a razão de sua existência, por que é importante, quais são os objetivos que persegue e por acaso podemos prescindir dela?⁴³ Na sequência são demonstradas duas grandes teorias: a) *teoría da continuação da personalidade jurídica do falecido*, considerada errada e defasada, pois baseada em ficções e abstrações que não condizem com a realidade; e b) *teoría da continuação do patrimônio do morto*, considerada predominante no Peru, como em outros países do modelo romano-germânico, o que mais uma vez demonstra a importância das questões de ordem econômica.⁴⁴

Sobre essa vertente teórica prevalecente, o autor demonstra a existência de três fundamentos. De início, existem os *fundamentos familiares*, uma vez que estes auxiliaram o autor da herança na construção do patrimônio, presente também o afeto presumido do *de cuius* pelos sucessores próximos, uma vez que à aquisição patrimonial não se pode atribuir um intuito individualista ou egoísta.⁴⁵ Para ele, essa tese explica a sucessão legítima, mas não a testamentária.

Pela *doutrina econômica e social*, parte-se da premissa de que a pessoa somente construiria as suas riquezas sob a premissa de transmissão para alguém. Caso contrário, as pessoas se converteriam em destruidores dos próprios bens ou em um “peso morto para a sociedade”.⁴⁶ Aguilar Llanos considera essa afirmação importante, pois, além de explicar a existência da sucessão, termina afirmando a necessidade de um “bom direito hereditário”, como uma espécie de alavanca econômica para o desenvolvimento da sociedade.⁴⁷

Por fim, pela *tese dos fundamentos jurídicos*, as razões que justificam o direito sucessório estariam na propriedade privada e no direito das obrigações.

⁴¹ FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. p. 86.

⁴² FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2012. p. 86.

⁴³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 39.

⁴⁴ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 41.

⁴⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 39.

⁴⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 42-43.

⁴⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 43.

Na propriedade, pela possibilidade de disposição dos bens pelo autor da herança, como faculdade decorrente desse direito subjetivo, aqui antes pontuada. No direito das obrigações, pelas atribuições do passivo do morto, uma vez que, pelo art. 1.218 do Código Civil peruano, as obrigações se transmitem aos seus herdeiros, como premissa geral.

Destaca, ainda, o doutrinador que o art. 2º, inc. XVI, da Constituição peruana, assim como fizeram as Constituições alemã e portuguesa, estabeleceu a antes citada relação entre sucessão e propriedade privada, o que fundamenta a sua adesão também a esta teoria, que acaba por complementar a anterior.⁴⁸

De toda sorte, o que se percebe, no sistema peruano, é uma constante fundamentação em razões econômicas, notadamente na necessidade de circulação patrimonial e de riquezas, além da pessoa do falecido.

5 As sucessões no Chile. Vínculos familiares, patrimônio e as contestações à legítima, diante das recentes mudanças sociais e econômicas. A concentração das rendas e de riquezas

No direito civil chileno, nossas pesquisas se concentraram nos trabalhos de Manuel Somarriva Undurraga – em versão atualizada por René Abeliuk M. –, Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila. Curioso observar que os dois últimos doutrinadores são pai e filho, sendo o primeiro falecido, ou seja, o segundo continua a sua obra. Todas as indicações foram feitas pelo Professor Cristian Banfi Del Rio, Professor de Direito Civil da Universidade do Chile.

Começando com o trabalho de Undurraga, diz-se que a justificação da sucessão por causa morte está no patrimônio, pois ela evita a existência de perturbações relativas à morte da pessoa, como dúvidas de contratantes e de outras pessoas que mantinham vínculos jurídicos com o morto.⁴⁹ Sobre os seus fundamentos, cita, como é comum, a propriedade particular. E afirma que a sucessão por decorrência da morte tem sido reconhecida desde muito tempo e é difícil que possa chegar a desaparecer.⁵⁰

⁴⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de derecho de sucesiones*. Breña: Pacífico, 2014. p. 44.

⁴⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 17.

⁵⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 18.

Sobre os interesses convergentes sobre determinada sucessão, são apontados pelo doutrinador chileno: a) o *interesse individual* do titular do patrimônio; b) o *interesse familiar*, dado que a aquisição do conjunto de direitos e obrigações deixados por uma pessoa ao morrer deve levar em conta uma parte importante da família do falecido e o ambiente em que este viveu; e c) o *interesse social*, uma vez que a pessoa, ao acumular seu patrimônio, necessitou do concurso da sociedade. Sobre o último, o jurista pontua a existência de dois aspectos principais.⁵¹ O primeiro deles é que na *sucessão intestada*, ou seja, na legítima, a lei elenca as pessoas que a vão suceder. Na falta delas, o Fisco, como representante econômico do Estado e da sociedade, passa a herdar do “causante”, do falecido. O segundo aspecto de manifestação do interesse social diz respeito ao imposto de herança que devem pagar os herdeiros e legatários.⁵²

Sobre a liberdade de testar, Undurraga expõe a existência de dois sistemas, o de *liberdade absoluta* e o de *liberdade restringida de testar*, no último caso com a necessidade de respeito à quota dos herdeiros forçados ou *forzosos*.⁵³ Demonstra o doutrinador a crítica feita ao segundo regime, no sentido de que os filhos, sabendo que irão herdar dos seus pais, acabam por perder todo o incentivo de trabalhar para formar seu próprio patrimônio, dedução que também é ouvida em outros países como argumento de relevo, inclusive no Brasil. No primeiro sistema, por outra via, como os filhos não têm a segurança absoluta de herdar, afirma-se que irão se esforçar por formar, por si sós, uma sólida situação.⁵⁴

De todo modo, apesar dos fortes argumentos, o autor chileno demonstra que se pode contra-argumentar que o sistema da liberdade absoluta é igualmente perigoso pois o falecido, em muitos casos, pode ser alguém desapegado de sua família, com falta de carinho em relação a ela, o que pode fazer com que legue os seus bens por testamento a pessoas totalmente estranhas, não obstante sejam os seus parentes meritórios e dignos de ajuda, tendo em vista atos de solidariedade praticados no passado.⁵⁵ Por isso, nota-se no autor uma forte argumentação baseada em razões sociais e nos vínculos familiares.

⁵¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019, t. I. p. 18-19.

⁵² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019, t. I. p. 19.

⁵³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019, t. I. p. 19.

⁵⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019, t. I. p. 19.

⁵⁵ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho sucesorio*. Versión de René Abeliuk M. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019, t. I. p. 19.

No direito civil chileno, de toda forma, impressionaram-me muito os argumentos sociais e econômicos retirados da obra de Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila, pai e filho.⁵⁶ Para começar o estudo do tema, ao tratar dos fundamentos do direito das sucessões, demonstram a existência de dois pilares aqui tão citados: a *propriedade privada* e a *afeição* ou *solidariedade familiar*.⁵⁷ Sobre essa justificação familiar, contudo, ponderam que ela tem perdido força nos últimos anos, pois haveria justificativa a ela nos tempos em que a vida era breve, de modo que os filhos poderiam usar a herança para o sustento familiar com a morte de seus pais, sendo a família o centro da vida econômica familiar. Porém, hoje em dia, segundo os doutrinadores, na generalidade dos casos, quando ocorre a morte de seus pais, os filhos são pessoas que já passaram pela plenitude de suas vidas, em um sentido patrimonial, uma vez que a média de expectativa de vida tem superado os 75 anos em muitos países. Destacam, também, que a família perdeu o papel econômico de sustento de seus membros, o que faz com que a sucessão deixe de cumprir o seu papel, que justifica o seu fundamento familiar, como ocorre igualmente com as amplas limitações à liberdade de testar existentes no regime chileno.⁵⁸

Anote-se que o art. 1.167 do Código Civil chileno traz limitações à liberdade de testar, prevendo a proteção, entre outros institutos, da legítima.⁵⁹ O art. 1.181 da mesma codificação preceitua que a legítima é a quota dos bens do defunto que a lei assegura a determinadas pessoas, chamadas de *legitimários*, a saber: a) os filhos, pessoalmente ou representados por sua descendência; b) os ascendentes; e c) o cônjuge sobrevivente (art. 1.182 do Código chileno).

A legítima, no Chile, também é variável entre 50% e 75% do patrimônio do *de cuius*, havendo diferenças nos cálculos das atribuições patrimoniais, a depender do herdeiro (arts. 1.184 a 1.187). O *monte mor líquido* é dividido da seguinte forma: a) 50% é a *mitad legitimaria*, também chamada de *legítima rigorosa*, que pertence aos herdeiros necessários, e que não pode, de modo algum, ser objeto de disposição em testamento; b) 25% é a *cuarta de mejoras*, que pode ser objeto de testamento para melhorar (*mejorar*) a situação dos legitimários ou de outros

⁵⁶ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 22-43.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 22-24.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 24.

⁵⁹ Código Civil chileno: “Art. 1167. Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2. Las legítimas; 3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. § 1. De las asignaciones alimenticias que se deben a ciertas personas”.

descendentes que não sejam legitimários, como os netos, c) 25% é a *cuarta de libre disposición*, que pode ser livremente objeto de testamento para qualquer pessoa. Além dessa variação, chama-se de *legítima efectiva* o somatório da *legítima rigorosa* com a *cuarta de mejoras*.⁶⁰

Voltando-se à argumentação desenvolvida, Ramón Domínguez Benavente e Ramon Domínguez Águila, ao tratarem da liberdade de testar no sistema chileno, acrescentam às suas conclusões fatos sociais relevantíssimos que devem ser considerados a respeito das atribuições patrimoniais *post mortem*. Segundo eles, indubitavelmente, as limitações ora citadas têm como fundamento a ideia de família e os interesses sociais que existiam no momento de elaboração do Código Civil chileno. Porém, perguntam se nos dias atuais ainda se justifica um regime tão estrito de limitações à liberdade, ante a realidade da família de hoje. Sobre a média de vida dos chilenos – como antes pontuado –, hoje gira em torno dos oitenta anos de idade. Disso resulta que, na maioria dos casos, quando falece o “pai de família” (chefe familiar), seus filhos são pessoas já chegando à terceira idade, com sua vida feita, bem ou mal, e com filhos, que são netos do *de cujus*, em plena atividade. Assim, o recebimento da herança, por vezes, acaba sendo um mero *bonus* aos herdeiros.⁶¹

Os juristas também destacam que o casamento, como instituição geradora da família, deixa de ser a única fonte da existência da família, destacando os grupos familiares uniparentais e também os decorrentes de uniões não matrimoniais. Apontam, ainda, que geralmente o divórcio se dá antes da dissolução do casamento por morte, ou seja, antes da viuvez. Além disso, os meios para assegurar a vida durante uma velhice mais prolongada são múltiplos para as pessoas das classes mais ricas, pois estas podem se socorrer não somente de pensões como de um variado sistema de seguros. Por fim, a importância da propriedade imobiliária cedeu espaço para o sistema econômico e liberal de mercado.⁶²

Nessa nova realidade familiar – e também econômica –, Domínguez Benavente e Domínguez Águila colocam em dúvida a possibilidade de se manter um sistema de limitação da vontade testamentária tão amplo. E perguntam: qual papel efetivo cumpre, por exemplo, a instituição da legítima para filhos que são maiores e com

⁶⁰ Como esclarecido, por mensagem eletrônica, pelo Professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira, que recomendou o seguinte texto para a compreensão do sistema chileno: BARRÍA PAREDES, Manuel. La intangibilidad cuantitativa de la legítima en el Código Civil Chileno: una mirada desde el derecho sudamericano. *Revista de Derecho Privado*, n. 35, p. 129-161, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5532/7205>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁶¹ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 35.

⁶² DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 35-36.

uma vida formada, e com um destino que eles mesmos traçaram, e sobre o qual pouca influência poderia gerar a aquisição de bens que eram do falecido?⁶³

De fato, são argumentos fortes e que merecerão por mim um maior aprofundamento em estudos posteriores. O Chile, assim como o Brasil, viveu uma grande concentração de rendas e patrimônio nos últimos anos. Os principais debates sucessórios, tanto lá como aqui, não se pode negar, dizem respeito às famílias com grande patrimônio, até porque a maioria delas não deixa ativos para os seus sucessores. Nessas famílias, mais abastadas, em geral, a expectativa de vida é maior e a instrução, mais desenvolvida. Haveria razão para se manter a legítima nessas realidades familiares e sociais? Essa é uma dúvida que ainda pretendo responder, e, caso a resposta seja negativa, existe um forte argumento para que a reserva seja revisitada.

6 A gênese do direito das sucessões no Brasil. Direito de família e propriedade. Uma necessária sincronização ou alinhamento

Chegando-se à realidade brasileira, sobre os fundamentos sucessórios levaremos em conta, neste artigo científico, as lições de Orlando Gomes, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rolf Madaleno, doutrinadores que têm a minha preferência para este estudo sobre o direito das sucessões, sem prejuízo de muitos outros que tenho utilizado em minhas pesquisas.

Ao tratar da *justificação do direito das sucessões*, Orlando Gomes aponta uma certa “condenação” da disciplina, por razões diversas, citando Lassale, que a combateu por basear-se em ideias anacrônicas, quais sejam a de continuação da vontade do defunto e a compropriedade aristocrática da família romana. Menciona o jurista baiano, ainda, que outros sustentaram, com o apoio de Saint-Simon, que o Estado deveria ser o “herdeiro universal das fortunas privadas”, obtendo sem violência a transferência de todos os bens ao domínio público.⁶⁴ Por fim, entre os *negacionistas*, aponta que Menger “preconiza a proibição de se transmitirem, *mortis causa*, os bens de produção, admitindo, entretanto, o direito de disposição dos bens de consumo”.⁶⁵

⁶³ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramon. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2019. t. I. p. 36.

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

⁶⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

Por seu turno, ainda conforme Orlando Gomes, entre os que afirmam positivamente o direito das sucessões, o argumento mais forte é o de que a herança

não é mais do que a extensão da propriedade privada além dos limites da vida humana. O próprio Menger reconhece que está intimamente ligado o destino das duas instituições, a propriedade e sucessão. Se a apropriação individual de bens de qualquer espécie é legalmente protegida, e até estimulada, não se justifica a expropriação com a morte do proprietário. Em todos os tempos, a sucessão tem sido admitida e, até nos povos que aboliram a propriedade privada dos bens de produção, ocorre em relação aos bens de uso e consumo, como no Código Civil soviético (art. 416).⁶⁶

Com base em Cimbali, ensina que a propriedade é constituída sob o impulso de fatores diferentes, que concorrem para a sua formação e a sua garantia:

são *elementos subjetivos* que se tripartem. O *elemento individual* prepondera em sua aquisição. O *familiar*, na sua conservação. O *social*, em sua garantia. Enquanto vive, os três fatores compartilham das utilidades da propriedade. Por sua morte, cada um dos três fatores reivindica a parte lhe que cabe.⁶⁷

Arremata dizendo que a sucessão *mortis causa* encontra a sua justificação e a sua fundamentação nos mesmos princípios que fundam o direito de propriedade individual.⁶⁸ Essa é uma conclusão muito comum no direito civil brasileiro, no sentido de que o direito de propriedade – atualmente previsto no art. 5º, inc. XXII, da Constituição e no art. 1.228 do Código Civil – estriba a sucessão.

Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka, em sua tese de titularidade, defendida perante o Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aponta fundamentos diferentes para o direito das sucessões e para a transmissão sucessória no transcorrer dos tempos. Cita, de início e nas civilizações antigas, a necessidade de se ocupar o lugar do *pater familias*. Destaca, ainda, a necessidade de se preservar a força da família.⁶⁹

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3.

⁶⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3.

⁶⁹ “Vale dizer, o que, enfim, fundamenta e justifica o fenômeno da transmissão sucessória? O fundamento mais antigo que se noticia é de ordem cultural e também religiosa, pois o sucessor ocupava o lugar do

Sucessivamente, aponta, os jusnaturalistas procuraram compreender a sucessão – assim como se dá com a propriedade – como mera construção positivista, podendo “ser abolida logo que isso interessasse às conveniências sociais”.⁷⁰

Seguindo nos seus estudos, assinala a corrente defendida por Cimbali e D’Aguano, para quem o

fundamento da sucessão encontrava sua ênfase em pesquisas biológicas que buscavam demonstrar existir uma espécie de continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes e descendentes, não apenas das características genéticas mas também psicológicas. Como conclusão, os estudiosos advertiram que a permissão legal acerca da transmissão do patrimônio do morto para seus descendentes operava-se por razões de ordem biopsíquica. Com o passar do tempo, essa corrente de matiz biológico foi enriquecida com novos fundamentos, como a afeição e unidade familiar, atualizando e humanizando o tema.⁷¹

Giselda Hironaka destaca, assim como Orlando Gomes, a abordagem feita pelos socialistas que negavam a propriedade privada, mas, mesmo assim, mantiveram a sucessão legítima.⁷² Ao final, sustenta, o que também é defendido

pater familias falecido, dele herdando tanto o poder sobre o núcleo familiar regido pelo acervo patrimonial quanto as obrigações religiosas, tornando-se o responsável pelo culto aos antepassados e aos deuses domésticos. No entanto, e como foi possível analisar antes, neste estudo, a permanência do patrimônio, a ânsia pela sua integridade e pela manutenção de sua continuidade, estas sim, foram as atividades mais importantes e destacadas do sucessor, no seio da família e da cidade, porque era uma forma de *manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos*. Foi nesse período, então, que se desenvolveu o princípio medieval da primogenitura, iniciando-se a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. Tese (Concurso Público de Professor Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 – Edital FD 44/2009. p. 394).

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. Tese (Concurso Público de Professor Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 – Edital FD 44/2009. p. 394.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder*: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. Tese (Concurso Público de Professor Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 – Edital FD 44/2009. p. 394-395

⁷² “Já os socialistas, ao negarem a legitimidade ao direito de propriedade privada, entendendo pertencerem os bens ao Estado e a ele devendo, por isso, retornar, em benefício de toda a comunidade, negarem, igualmente, legitimidade à transmissão *causa mortis* de bens de produção e consumo, uma vez que, se a permitissem, estariam reforçando as desigualdades sociais existentes e premiando, com a aquisição derivada de propriedade, pessoas que não concorreram para sua aquisição, pela única forma socialmente entendida como apta a legitimar a utilização dos bens que pertencem, em última análise, à sociedade como um todo, qual seja, o trabalho. Por esse motivo, o primeiro Estado de inspiração socialista aboliu o direito sucessório por meio de um decreto, em 27 de abril de 1918, determinando que os bens do *de cuius* fossem (re)incorporados ao patrimônio do Estado. Contudo, a abolição do direito sucessório não

por muitos autores brasileiros, caso de Caio Mário da Silva Pereira, Itabaiana de Oliveira e Clóvis Beviláqua, que a justificativa do direito das sucessões tem as suas bases na necessidade de se fazer um alinhamento – ou uma sincronização – entre o direito de propriedade e o direito de família:

esta corrente procura demonstrar que o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria além de uma expectativa de continuidade patrimonial, quer dizer, na simples manutenção dos bens na família, como forma de acumulação de capital que, por sua vez, estimularia a poupança, o trabalho e a economia, porém, mais que isso, o grande fundamento da transmissão sucessória habitaria o fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.⁷³

Assim também vejo a correta fundamentação da sucessão na realidade jurídica e social brasileira.

Por fim, quanto a Rolf Madaleno, em obra recentemente lançada, igualmente aponta a necessidade de se conceber a sucessão a partir dessa relação. Segundo ele:

embora a instituição familiar careça de personalidade jurídica, cada integrante desse grupo é uma pessoa, sujeito de direitos e, acentuadamente, a família e sua concepção sofreram profundas e importantes mudanças em seus aspectos históricos, sociais e filosóficos. Com a edição da Carta da República em 1988, a família brasileira mereceu especial tutela jurídica de seus membros, até porque ela é considerada a base da sociedade (CF, art. 226). A família, como círculo afetivo, natural e cultural, identifica-se por suas características biológicas, psicológicas, éticas, econômicas e sociais, constituindo-se em um grupo cada vez mais estreito, com limitação dos seus vínculos de parentesco e cuja subsistência é assegurada pelo casal que forma

perdurou, historicamente, e a promulgação de um Código Civil russo permitiu a transmissão dos bens do falecido a seus herdeiros, até um montante especificado, vindo alterar-se, ainda mais, com o correr do tempo, e assemelhando-se a cada fase, e a cada vez mais, ao direito continental. O retorno do direito sucessório ao ordenamento jurídico dos países socialistas, portanto, nada mais pode representar que o reconhecimento, como legítimos, dos títulos de propriedade dos particulares que, assim, deixariam de ter mero usufruto vitalício dos bens em seu poder, uma vez que readquiririam o caráter da perpetuidade” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese (Concurso Público de Professor Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 – Edital FD 44/2009. p. 395-396).

⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese (Concurso Público de Professor Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 – Edital FD 44/2009. p. 395-396.

a entidade familiar e cuja sobrevivência os cônjuges ou conviventes também buscam garantir criando lastro patrimonial e mecanismos de transferência das suas riquezas aos seus herdeiros mais próximos.⁷⁴

No trecho seguinte está a conclusão de que o patrimônio conduz à sucessão legítima e testamentária, inclusive como direito fundamental,

assim como a organização da família conduz à sucessão legítima e, dentro dela, à noção de sucessão necessária para a proteção mínima dos herdeiros parentes e familiares mais próximos ao sucedido, preservando, dentro da família, as riquezas patrimoniais e com ela a sua organização, além de pela via reflexa manter o Estado forte e economicamente estável.⁷⁵

Como antes pontuado, a legítima em 50% do patrimônio do falecido foi mantida no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002, havendo na sincronização entre propriedade e família um forte entrave para que seja revista em percentual ou mesmo extinta na nossa realidade jurídica. Os estudos que seguirão demonstrarão – ou não – se é viável superar essa barreira.

7 Conclusões

O presente artigo procurou trazer reflexões parciais dos meus estudos pós-doutorais sobre a tutela da legítima, com a investigação da realidade jurídica sobre os fundamentos sucessórios em quatro países, além do Brasil.

Em Portugal, como se percebeu, tem-se fundado a sucessão legítima na propriedade privada, mas não se ignora uma relação indireta com o direito de família. A legítima é variável, entre a metade e dois terços do patrimônio, estando baseada na função social da propriedade em sua projeção familiar.

Na Itália, o fundamento principal da sucessão tem sido a solidariedade familiar, havendo também um sistema de legítima variável, que pode ser de um quarto, um terço, metade ou dois terços do patrimônio do falecido.

Entre os países da América Latina escolhidos, o Peru tem uma legítima variável na mesma proporção de Portugal, e, além da propriedade e da família, tem se fundamentado a sucessão em razões econômicas, notadamente na ideia de continuidade patrimonial do falecido.

⁷⁴ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

⁷⁵ MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

Já o Chile tem um sistema de legítima variável e complexo, que vai de 50% a 75% do patrimônio do *de cuius*. Em sua doutrina foram encontradas contestações sociais e jurídicas relevantes à legítima e à própria sucessão, que leva em conta o aumento da expectativa de vida, a concentração de renda e o desenvolvimento das famílias mais abastadas, em que se concentram os principais debates sucessórios. Penso que tais argumentos servem para a realidade brasileira, e pretendo aprofundá-los nos meus estudos que seguem.

Como se viu, no Brasil, tem prevalecido o argumento de que a sucessão procura alinhar a propriedade à família, o que justificaria a manutenção da legítima e em 50%, em um regime fixo, sem variações. Mas não seria o caso de se instituir entre nós um sistema de legítima variável? Seria o caso, nesse regime, de diminuir ou aumentar tal percentual? Ou não existem razões para se manter um sistema já consolidado, efetivo para a nossa realidade social? Tais questões serão respondidas na sequência dos meus estudos pós-doutorais.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020.

Recebido em: 14.04. 2020

1º parecer em: 28.04.2020

2º parecer em: 31.05.2020