

DOI: 10.33242/rbdc.2021.02.006

# A EXTENSÃO DO DIREITO À SUCESSÃO FORÇADA

## THE EXTENT OF FORCED HEIRSHIP

**Raphael Rego Borges Ribeiro**

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.  
Ph.D. Student na University of Ottawa (Canadá).  
Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia.

---

**Resumo:** Neste artigo, investigamos os critérios de determinação das limitações quantitativas à autonomia privada testamentária. Utilizamos o direito civil-constitucional como metodologia e referencial teórico. Descrevemos o que é e para que serve a sucessão forçada. Observamos que a legítima dos herdeiros necessários estruturada no Código Civil de 2002 é um modelo rígido e abstrato, contrário a uma hermenêutica de finalidade aplicativa e com resultados potencialmente insatisfatórios em relação aos fins a que se destina. Concluímos que deve haver um esquema flexível, que se adapte às circunstâncias do caso concreto tanto em uma dimensão objetiva (a extensão do patrimônio hereditário) quanto em uma dimensão subjetiva (a presença ou a ausência de interesses constitucionalmente legítimos dos sucessores forçados). Defendemos a atribuição de maior discricionariedade ao juízo sucessório para que, à luz da Constituição e dentro de parâmetros legislativamente estabelecidos, conforme a extensão da sucessão forçada às peculiaridades de cada sucessão.

**Palavras-chave:** Direito das sucessões. Sucessão testamentária. Testamento. Legítima. Herança.

**Abstract:** In this paper, I investigated the criteria of determining quantitative restraints to testamentary freedom. I used the Civil-Constitutional Law both as methodology and theoretical framework. I described what forced inheritance rights are and what is their function. I noticed that the forced share, as established in the Brazilian 2002 Civil Code, is a stringent, abstract system, which both is contrary to a renewed hermeneutical theory and has potentially unsatisfactory outcomes. I concluded that there should be a flexible scheme that is able to adapt to concrete circumstances, both in an objective sense (the amount of the deceased's property) and a subjective sense (the presence or absence of forced heirs' constitutionally legitimate interests). I argued that the Civil Code should attribute more discretionary powers to probate courts, to let judges find the proper extent of forced heirship to each case, within parameters determined by the legislature and in light of the Constitution.

**Keywords:** Law of succession. Testamentary succession. Will. Forced share. Inheritance.

**Sumário:** Introdução – **1** A restrição quantitativa da autonomia privada testamentária – **2** A sucessão forçada com extensão rígida e abstrata: a insuficiência do modelo da legítima – **3** A sucessão forçada com extensão variável: da abstração à concretude – Conclusão

## Introdução

O movimento de constitucionalização do direito civil historicamente tem tido reflexos muito tímidos no direito das sucessões. O Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002 permanece basicamente oitocentista: patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e excessivamente apegado a formalismos e abstrações. Uma das abstrações mais significativas de todo o *Codex* diz respeito à legítima dos herdeiros necessários: a regra de intangibilidade de 50% do patrimônio hereditário se aplica de forma neutra e universal a qualquer sucessão, independentemente das circunstâncias concretas, tanto objetivas quanto subjetivas.

Neste artigo, debruçamo-nos sobre a pergunta: a estrutura da sucessão forçada atualmente codificada é adequada para desempenhar adequadamente a função a que o instituto se destina? Acreditamos que não. Entretanto, não aderimos acriticamente aos clamores pela abolição dos limites à autonomia privada testamentária. Aqui, sustentamos as possibilidades tanto da superação do atual esquema disfuncional quanto da adoção de outro modelo que, mesmo que ainda imperfeito, potencialmente produza resultados mais satisfatórios à luz da sua própria razão de existir. Focaremos apenas no aspecto quantitativo, ou seja, na extensão objetiva da sucessão forçada. Por questões de tempo e espaço, e para manter a profundidade do estudo, não analisaremos os critérios utilizados pelo ordenamento para definir os sujeitos beneficiados pelo instituto; isso não significa que aderimos à opção codificada, apenas reconhecemos que a respectiva investigação merece espaço próprio. Em outras palavras, partindo de uma definição normativa prévia de quem será reconhecido como sucessor forçado, refletiremos sobre o quanto essa pessoa deve ser contemplada hereditariamente de forma compulsória.

Nosso primeiro objetivo é descrever o que é a sucessão forçada e por que ela é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nosso segundo objetivo é demonstrar que a sucessão forçada estruturada pelo Código Civil de 2002, com extensão fixa e abstrata, é insuficiente para cumprir a função a que se destina. Nosso terceiro objetivo é identificar as possibilidades e limites da positivação de uma sucessão forçada com extensão variável, que prestigie as circunstâncias concretas.

Utilizaremos a metodologia civil-constitucional, notadamente no que diz respeito à força normativa da Constituição, à “filtragem constitucional” dos institutos de direito privado e a uma renovada hermenêutica com fins aplicativos. Deduziremos os resultados da aplicação dessas premissas à sucessão *causa mortis*. Recorreremos também ao método indutivo para, de exemplos específicos das estruturas de sucessão forçada, tirar conclusões mais amplas sobre as suas funcionalidades. Consultaremos as legislações pertinentes e revisaremos a bibliografia especializada. Adotaremos como marcos teóricos as doutrinas do

direito civil-constitucional e da teoria crítica do direito civil. Não teremos pretensão totalizante, não queremos apresentar respostas prontas e acabadas; optamos por uma abordagem problematizante.

A justificativa remota para nossa pesquisa é política: defendemos que no Brasil haja mais pesquisas descritivas e normativas em direito das sucessões e que esse ramo deixe de ser tratado institucionalmente como mero apêndice do direito de família. A justificativa imediata é técnica: a sucessão forçada estruturada pelo Código Civil de 2002 é disfuncional, e a superação do *status quo* normativo ruim demanda a demonstração de (a) que o instituto é mal regulamentado e (b) que existem alternativas legislativas viáveis.

## 1 A restrição quantitativa da autonomia privada testamentária

O direito à sucessão forçada se trata da restrição quantitativa à autonomia privada testamentária decorrente do prestígio normativamente dado aos interesses hereditários de certas pessoas próximas ao *de cuius*. A regulamentação da transmissão patrimonial *causa mortis* demanda escolhas políticas quando se equilibram a vontade do sujeito que morre, de um lado, e os deveres deste para com certos indivíduos, de outro lado. A sucessão forçada decorre de um juízo normativo no sentido de que, em determinadas hipóteses, os interesses das pessoas ligadas ao falecido por vínculos hereditariamente relevantes prevalecerão até mesmo em relação à vontade real expressa em testamento. Feita tal ponderação – que desse modo se revela como um construído, não como um dado –, o sistema normativo atribui um direito a tais pessoas com vínculo sucessório especialmente protegido: uma porção do patrimônio hereditário necessariamente as beneficiará, de modo que elas não poderão ser privadas da respectiva herança por mero ato unilateral do testador. Este direito funciona como restrição quantitativa à liberdade testamentária na medida em que, ao testar, o disponente deverá observar os valores correspondentes à sucessão forçada; se não o fizer, a eficácia das disposições de última vontade poderá ser desafiada. Ressaltamos ainda que o aspecto forçoso se dá exclusivamente em relação ao *de cuius*; há um *direito* à sucessão forçada, não um *dever*, no sentido de que o sucedido é compulsoriamente sujeito aos seus limites, todavia o sucessor não é em qualquer hipótese obrigado a aceitar a herança.

A sucessão forçada não se confunde com a legítima dos herdeiros necessários, na medida em que aquela é gênero do qual esta é uma espécie. Quando cada ordenamento jurídico regulamenta a sucessão forçada, decisões diversas são tomadas sobre sujeitos e objeto – respectivamente quem será beneficiado e a extensão desse benefício hereditário obrigatório. Em termos subjetivos, é feito

um juízo valorativo sobre quais vínculos com o *de cujus* devem ser hereditariamente prestigiados mesmo em detrimento da liberdade de testar; nesse sentido, o direito pode ser atribuído somente ao cônjuge ou companheiro sobrevivente;<sup>1</sup> apenas aos descendentes incapazes; a um grupo mais amplo de familiares etc. Em termos objetivos, cada sistema normativo estabelece qual a porção da herança destinada à sucessão forçada. A opção pode ser por um percentual único aplicável a qualquer sucessão (ilustrativamente, 50% do patrimônio). Da mesma forma, pode-se escolher um percentual variável de acordo com as circunstâncias de cada caso: maior ou menor fração a depender do tamanho da herança (*e.g.*, 75% se a herança for menor do que a quantia X, ou 10% se a herança for maior do que o valor Y); maior ou menor fração a depender do grau de proximidade entre sucessor e sucedido (*e.g.*, 60% se os beneficiados forçados forem descendentes do morto, 20% se forem ascendentes); maior ou menor valor a depender das necessidades concretas dos sucessores forçados (*e.g.*, 100% em caso de dependência absoluta em relação ao morto e incapacidade total para o trabalho, 10% em caso de reduzida necessidade). Por outro lado, o ordenamento pode estabelecer um valor invariável mínimo para toda a sucessão forçada (*e.g.*, só se atendem as disposições testamentárias depois de assegurado que a quantia W será partilhada por todos os beneficiados pela herança obrigatória); um valor invariável mínimo para cada beneficiado (*e.g.*, o testamento só será cumprido depois de que cada sucessor forçado receber a quantia Z); ou um percentual mínimo obrigatório para cada sucessor (*e.g.*, o testamento só será eficaz quanto ao patrimônio que restar depois de assegurados 20% a cada herdeiro necessário). Há a possibilidade de se determinar a transmissão obrigatória de direitos sobre bens específicos sobre os quais recaiam interesses especiais, determinados aprioristicamente ou casuisticamente (*e.g.*, a propriedade ou o usufruto do imóvel residencial do núcleo familiar). Por fim, a sucessão forçada pode também ser estruturada como a obrigação imposta aos beneficiados testamentários de suportar o pagamento de prestações aos sucessores forçados, de modo a atender às necessidades destes. Desse modo, percebemos que também a regulamentação da sucessão forçada é um construído, e não um dado; conseqüentemente, a legítima dos herdeiros necessários entendida como a reserva de metade do patrimônio hereditário é meramente uma opção legislativa, e não um modelo inalterável.

Nos parágrafos acima, compreendemos *o que* é o direito à sucessão forçada. Entretanto, devemos também entender *por que* o ordenamento infraconstitucional brasileiro reconhece tal direito, atribuindo-o a determinados familiares do

<sup>1</sup> Registramos ainda que um número significativo de jurisdições confere tratamento sucessório distinto para o casamento e a união estável; entre outros aspectos, é mais comum que se entenda apenas o cônjuge como sucessor forçado, mas não o companheiro.

autor da herança ao mesmo tempo em que limita o exercício da autonomia privada testamentária.

Alguns setores doutrinários defendem a abolição ou a substancial redução da sucessão forçada no Brasil, com a conseqüente adoção do sistema de amplíssima liberdade testamentária existente nos Estados Unidos. Considerando as peculiaridades de cada legislação estadual,<sup>2</sup> de modo geral no sistema norte-americano existe apenas uma proteção do cônjuge contra a deserdação integral, sem que haja sucessão forçada em favor de qualquer outra pessoa, inclusive descendentes. (Ressaltamos que a reconhecida tendência de se assegurar ao cônjuge sobrevivente uma proteção sucessória minimamente adequada demonstra que nem mesmo entre a significativa maioria das jurisdições norte-americanas a liberdade de testar é entendida como um direito plenamente ilimitado.) Discordamos profundamente dos clamores acríicos pelo transplante do modelo estadunidense para o ordenamento brasileiro, em especial na medida em que a inexistência de restrições quantitativas à autonomia privada testamentária tanto (a) vai na contramão das opções normativas da absoluta maioria das jurisdições ocidentais – não apenas as de *civil law*, mas também as de *common law* e os sistemas jurídicos mistos –; quanto (b) se trata de solução incompatível com a metodologia civil-constitucional.

Thomas J. Oldham relata que basicamente todos os países ocidentais criaram proteções aos interesses hereditários dos cônjuges sobreviventes.<sup>3</sup> Entretanto, especificamente nos Estados Unidos, de modo geral os descendentes não estão protegidos contra a deserdação arbitrária por parte dos seus ascendentes; por configurar uma tendência contrária à adotada pelas demais jurisdições, Oldham considera a postura norte-americana uma aberração. Semelhantemente, Ralph Brashier critica o poder que, nos Estados Unidos, os ascendentes têm de afastar basicamente todos os direitos sucessórios dos seus descendentes.<sup>4</sup> Até mesmo algumas tentativas legais de proteger as crianças vêm se mostrando tímidas e insuficientes. Já se notou também uma tendência de pais privarem de herança aqueles filhos dos quais eles não têm a guarda. Brashier igualmente considera que o sistema norte-americano se afasta do restante do mundo ocidental, inclusive até mesmo dos países cujo esquema hereditário se originou nos princípios

<sup>2</sup> Por exemplo, a Louisiana adota um sistema semelhante à legítima dos países de *civil law*, enquanto na Geórgia historicamente não há qualquer proteção sucessória, sendo amplíssima a liberdade de testar. Por outro lado, alguns estados protegem ao menos os filhos incapazes de prover o próprio sustento. Ademais, a fração da herança à qual o cônjuge tem direito (*forced share*) varia de acordo com cada legislação estadual.

<sup>3</sup> OLDHAM, J. Thomas. What does the US system regarding inheritance rights of children reveal about American families? *Family Law Quarterly*, v. 33, 1999. p. 268-270.

<sup>4</sup> BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004. p. 91-92.

da *common law* inglesa.<sup>5</sup> (Aqui ressaltamos que jurisdições do Reino Unido, do Canadá, da Austrália e da Nova Zelândia adotam o sistema da *family provision*, sobre o qual trataremos na seção 3.3.) Para o mencionado autor, o direito das sucessões nos Estados Unidos, principalmente em relação a filhos menores, é constrangedoramente primitivo.<sup>6</sup> Por outro lado, Brashier reconhece que a sucessão forçada em favor de adultos capazes não tem acolhimento na cultura local, uma vez que o que se espera deles é autossuficiência, ou seja, prover pelo próprio sustento.<sup>7</sup>

Thomas J. Oldham, procurando uma explicação para esse fenômeno, entende que se trata de uma consequência do fraco vínculo existente entre pais e filhos na cultura dos Estados Unidos.<sup>8</sup> Ele igualmente argumenta que tal sistema também pode ser explicado pela resistência do individualismo norte-americano de aceitar interferência do Estado na distribuição de sua propriedade, o que consequentemente gera antipatia pelo esquema de sucessão forçada. Semelhantemente, Ronald Chester identificou no individualismo norte-americano a explicação para os Estados Unidos, basicamente sozinhos entre as nações ocidentais, permitirem a deserção dos filhos pelos pais.<sup>9</sup> Segundo ele, lá há uma tolerância extrema pelo controle sobre a própria propriedade, não tendo a família estima o suficiente para superar os interesses individuais do proprietário.

Alguns setores doutrinários contemporâneos consideram a existência de restrições ao ato de testar como um inadequado elemento de paternalismo do ordenamento jurídico.<sup>10</sup> Ocorre que esse cenário de ilimitado poder de testar não era tolerado pelo sistema brasileiro nem mesmo sob a vigência do paradigma oitocentista do assim chamado “direito civil tradicional”. Mesmo no altamente individualista, voluntarista e patrimonialista regime do Código Civil de 1916, a doutrina reconhecia a existência de restrições à liberdade testamentária. A título

<sup>5</sup> BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004. p. 118.

<sup>6</sup> BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004. p. 118.

<sup>7</sup> BRASHIER, Ralph C. *Inheritance law and the evolving family*. Philadelphia: Temple University Press, 2004. p. 100.

<sup>8</sup> OLDHAM, J. Thomas. What does the US system regarding inheritance rights of children reveal about American families? *Family Law Quarterly*, v. 33, 1999. p. 271-273. Segundo Oldham, nos Estados Unidos, as pessoas encaram com mais facilidade a perspectiva de se mudar para outra cidade ou estado; semelhantemente, um adulto vivendo com seus pais é considerado um fracasso e um problema social. O autor sugere que as regras que facilitam a deserção encorajam os filhos a manter contato e proximidade com os pais.

<sup>9</sup> CHESTER, Ronald. Should American children be protected against disinheritance? *Real Property, Probate and Trust Journal*, v. 32, n. 3, 1997. p. 406-407.

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 155-169.

ilustrativo, Carlos Maximiliano defendeu que a autonomia da vontade<sup>11</sup> do testador deve ser respeitada e prevalecer ainda que mal orientada ou injusta – *dicat testator et erit lex*.<sup>12</sup> Ainda assim, o mesmo autor já então ressaltava que os textos legais imperativos ou proibitivos e a ordem pública são limites às disposições testamentárias. De acordo com Carlos Maximiliano, a liberdade plena de testar decorre de um impulso individualista e egoísta, que deve ser abrandado pela ação dos meios familiar e social; a sucessão forçada, então, “foi instituída para limitar o arbítrio do pai, que muitas vezes, de modo injustificado, não atende às necessidades, nem aos méritos dos filhos”.<sup>13</sup>

Considerando a necessidade de superação do civilismo oitocentista e de transição para o paradigma neoconstitucionalista que temos adotado no Brasil, entendemos ser evidente a total incompatibilidade com a noção de um direito civil constitucionalizado a adoção de um sistema sucessório notadamente individualista e voluntarista como o norte-americano, focado essencialmente na perspectiva do *de cuius* e do seu amplíssimo poder de disposição patrimonial. Restrições à autonomia privada existem em qualquer área, em maior ou menor grau, até mesmo em matéria de contratos paritários; havendo fundamentos constitucionais para elas, não há que se falar em paternalismo. Por essa razão, sustentamos que não cabe a abolição nem a redução significativa do direito à sucessão forçada no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Do mesmo modo, compreendemos especialmente ser um grave equívoco conceitual tratar da liberdade de testar como se os únicos interesses tutelados pela sucessão hereditária fossem os titularizados pelo falecido. A herança é um instituto bifocal, de essência relacional, que envolve um vínculo intergeracional.<sup>14</sup> Nesse sentido, a sucessão *causa mortis* necessariamente engloba uma dupla ordem de interesses: o sucedido tem direito a deixar herança, e o sucessor tem direito a receber herança.<sup>15</sup> (Ressaltamos que o próprio ordenamento identifica vínculos hereditariamente relevantes e, assim, imputa a determinadas pessoas a qualidade de sucessor; essa tarefa transcende a sucessão forçada, envolvendo a

<sup>11</sup> Em se tratando de autor cuja atuação se deu em meados do século XX, natural nele encontramos referência à “autonomia da vontade” em vez de “autonomia privada”. Mantivemos o termo original por fidelidade acadêmica, todavia ressaltamos o anacronismo de se utilizar “autonomia da vontade” em avançados anos do século XXI.

<sup>12</sup> Em tradução livre feita pelo próprio Maximiliano, “fale o testador, e o que disser será lei” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. II. p. 87-88).

<sup>13</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. I. p. 346.

<sup>14</sup> KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012. p. 497.

<sup>15</sup> MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003. p. 161.

regulamentação da transmissão intestada como um todo.) No momento de conformação normativa do instituto, os valores preeminentes em cada ordenamento orientarão a decisão político-jurídica de a qual aspecto será dada maior ênfase, o que não significa em absoluto que o outro aspecto poderá ser completamente eliminado. Analogamente, no atual estado da teoria, não se concebe mais um direito das obrigações em que apenas o credor tenha interesses protegidos, ou um direito de família que ordinariamente atribua direitos a apenas um dos cônjuges ou companheiros. O que se deve buscar é equilíbrio e ponderação na tutela dos direitos e deveres dos sujeitos do fenômeno obrigacional, do fenômeno familiar e, obviamente, também do fenômeno sucessório.

Fazer testamento é um direito fundamental implicitamente tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente ao art. 5º, XXX da Constituição Federal.<sup>16</sup> Da perspectiva do sucedido, a herança pode ser entendida, em sua dimensão subjetiva, tanto como uma liberdade quanto como uma competência:<sup>17</sup> testar. O direito de fazer testamento, do mesmo modo que os direitos fundamentais em geral, não é absoluto ou irrestrito: resguardado o seu núcleo essencial, a autonomia privada testamentária está sujeita a restrições qualitativas e quantitativas, notadamente quando em concorrência ou colisão com outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos.

À luz da metodologia civil-constitucional, entendemos que não há nem poderia haver um direito subjetivo de testar ilimitado e absoluto. De acordo com Gustavo Tepedino, a autonomia privada é funcionalizada e tem seu valor social assegurado em razão da sua imprescindível submissão aos princípios constitucionais, que estão no vértice da hierarquia normativa.<sup>18</sup> De igual modo, para Daniel Sarmento, a autonomia privada não é absoluta e deve ser conciliada primeiramente com a autonomia privada alheia, bem como com outros valores constitucionais como a democracia, a igualdade, a solidariedade e a segurança.<sup>19</sup> Por essa razão, os

<sup>16</sup> RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/6743>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>17</sup> Aqui nos referimos às duas últimas categorias da tríplice divisão da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy: direitos a algo, liberdades e competências (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 193). O próprio Robert Alexy se refere expressamente à competência para fazer testamento como protegida contra a ação erosiva do legislador (p. 244).

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. 2007. p. 3. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-normas-constitucionais-e-direito-civil-na-construcao-unitaria-do-ordenamento>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 155.

interesses patrimoniais não são protegidos como fins em si mesmos, mas como meios de concretização da realização existencial da pessoa e de interesses socialmente relevantes.<sup>20</sup> Tais afirmações foram feitas em contextos mais amplos, todavia se aplicam perfeitamente aos testamentos.

O direito de testar não é um fim em si mesmo. Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil, a liberdade testamentária sofre uma alteração estrutural, passando por um juízo de compatibilidade com os princípios que conformam e orientam o nosso sistema normativo. Como Luiz Edson Fachin ensina, o direito civil brasileiro contemporâneo deve abandonar a noção de titularidades absolutas e também superar os debates que se restringem a abordar limites exógenos da propriedade e do contrato; o que se deve buscar é uma “teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.<sup>21</sup>

Em atenção à metodologia civil-constitucional, podemos encontrar na aplicação da teoria geral dos direitos fundamentais à herança a justificativa suficiente para a tutela do direito à sucessão forçada. Para isso, reiteramos a nuance da dupla titularidade: o sucedido tem direito a deixar herança, e o sucessor tem direito a receber herança. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolve uma complementação da eficácia dessas normas, ou seja, o desenvolvimento de conteúdos normativos que, autônomos em relação à sua dimensão subjetiva, mantém sua exigibilidade – uma “mais-valia jurídica”.<sup>22</sup> Dos possíveis desdobramentos da “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais, destacamos aqui os seus efeitos na esfera privada. Desse modo, o direito fundamental à herança é dotado de eficácia horizontal, no sentido de não ser oponível apenas aos poderes públicos, mas também aos sujeitos privados. Daniel Sarmento ensina que “existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”;<sup>23</sup> entendemos que tal afirmação se aplica perfeitamente ao direito à herança.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 179.

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 153.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 245. Igualmente sobre a desnecessidade de desigualdade de poderes entre particulares para a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais: LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

O conteúdo normativo do direito do sucedido a deixar herança (especificamente em relação ao seu desdobramento, o direito a fazer testamento) por vezes entra em tensões com o direito do sucessor a receber herança. Da ponderação entre tais direitos fundamentais, há efeitos horizontais recíprocos: os interesses do sucedido conformam e limitam o direito do sucessor, e os interesses do sucessor conformam e limitam o direito do sucedido. Com fundamento na solidariedade familiar,<sup>24</sup> a opção normativa brasileira se deu no sentido de resolver as mencionadas tensões privilegiando a proteção sucessória de certas pessoas que guardam um vínculo especial de proximidade familiar para com o autor da herança. Assim, o poder de disposição *causa mortis* que este tem é restringido quantitativamente pela eficácia horizontal do direito fundamental à herança daquelas. Em tese, a extensão dessas restrições poderia ser (a) definida para cada sucessão, com regras casuisticamente construídas a partir de parâmetros orientadores; ou (b) decidida de forma universal, com regras gerais e abstratas. No Código Civil de 2002, a escolha legislativa foi pela segunda opção, tendo sido tal decisão político-jurídica operacionalizada por meio da adoção do sistema da intangibilidade da legítima: o legislador apresenta uma solução apriorística, neutra e universal para eventuais tensões concretas entre sucedido e sucessor, determinando uma reserva intangível de 50% do patrimônio hereditário em toda sucessão na qual haja herdeiros necessários. Discutiremos a respeito desse modelo nas seções seguintes.

Em resumo, a sucessão forçada estabelece limites à autonomia privada testamentária, que assim é conformada à tábua axiológica da constitucional; trata-se de uma decorrência da incidência do direito fundamental à herança na relação entre particulares. Decorrente de um juízo de ponderação entre direitos fundamentais, a existência de restrições é fundamentada em interesses constitucionalmente relevantes e merecedores de tutela, não havendo que se falar em incompatibilidade da sucessão forçada com a Constituição Federal. Por essa razão, ao testamento que ultrapassar tais fronteiras quantitativas deverá ser recusado cumprimento, no todo ou em parte.

A solidariedade familiar deve impulsionar, direcionar e limitar toda a sucessão hereditária, inclusive a feitura do testamento. A sucessão forçada é um reconhecimento normativo de que, em algumas circunstâncias, o autor da herança não observa os deveres decorrentes da solidariedade familiar ao exercer a sua liberdade testamentária, especificamente no sentido de proteção sucessória minimamente adequada a determinadas pessoas. Da ponderação entre o poder jurígeno da autonomia privada e deveres decorrentes de mandamentos constitucionais, o ordenamento jurídico opta pela prevalência destes. Em tais hipóteses,

<sup>24</sup> A solidariedade familiar, por sua vez, decorre especialmente (a) do dever geral constitucional de solidariedade; (b) da solidariedade intergeracional; e (c) de a família ser a base constitucional da sociedade.

é diretamente contrariado o mito (tantas vezes acriticamente repetido em sede doutrinária) de que o testador é quem melhor sabe determinar qual o destino ideal para o seu patrimônio para depois da sua morte.

Aprendemos com Luiz Edson Fachin que a ideia tradicional do direito subjetivo é marcada pelo individualismo, envolvendo as tensões entre liberdade, igualdade e propriedade.<sup>25</sup> Podemos facilmente identificar essas características especificamente em relação ao direito subjetivo de testar.<sup>26</sup> Atendendo aos princípios da ordem de vocação hereditária,<sup>27</sup> a sucessão legítima assegura, em tese, a igualdade formal entre as pessoas que guardam o mesmo vínculo familiar para com o *de cuius*. Diferentemente, dispondo da sua propriedade por meio do testamento, o sucedido pode alterar a situação jurídica dos sucessores modificando o esquema legal de distribuição do patrimônio hereditário. Para ficarmos nos exemplos mais comuns, o testador tem a liberdade de vocacionar à sucessão quem originalmente não seria chamado, ou de aumentar o quinhão de alguém em relação ao que esta pessoa receberia por força de lei.

Na medida em que as decisões no campo sucessório influenciam o bem-estar patrimonial e existencial alheio e têm um impacto econômico e social significativa, o testador tem o dever de refletir sobre as possíveis consequências de suas ações, inclusive em uma análise custo-benefício.<sup>28</sup> Duas das principais reflexões que o autor da herança deve realizar são: (a) até que ponto as desvantagens de se afastar das regras de sucessão *ab intestato* são compensadas pelas vantagens de beneficiar alguém por meio de disposição testamentária?; e (b) as pessoas consideradas pelo ordenamento como hereditariamente vinculadas a mim estão suficientemente contempladas em meu testamento ou nos bens que seguirão as regras da sucessão intestada? Acreditamos inclusive que fazer tais ponderações se trata de dever jurídico, não apenas moral, decorrente, entre outros aspectos, da incidência do princípio da boa-fé sobre o ato de dispor por testamento. Apesar de essa incidência infelizmente não ser especificamente mencionada de forma expressa no Código Civil de 2002, não podemos considerar que a sucessão testamentária está imune ao paradigma da eticidade que deveria se refletir em toda a codificação. Consequentemente, há deveres anexos impostos pela boa-fé ao

<sup>25</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 53.

<sup>26</sup> Para os fins deste artigo, focaremos nas disposições testamentárias de caráter patrimonial. Isso não significa que damos menos importância às disposições extrapatrimoniais do testamento. Nosso recorte se justifica em razão da relação intensa entre as restrições quantitativas à autonomia privada testamentária e as cláusulas patrimoniais.

<sup>27</sup> Princípio da preferência de classes e princípio da preferência de grau dentro de cada classe.

<sup>28</sup> KREICZER-LEVY, Shelly. Deliberative accountability rules in inheritance law: promoting accountable estate planning. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 45, n. 4, 2012. p. 939.

agente no exercício da liberdade de testar, assim como pacificamente há no exercício da autonomia privada contratual; o que muda é o conteúdo dos referidos deveres de conduta, em razão da natureza do ato a que dizem respeito.

Do ponto de vista normativo, entretanto, atribuir exclusivamente ao disponente a necessária ponderação custo-benefício envolvendo o testamento é particularmente problemático por três razões. Em primeiro lugar, identificamos a existência de diversos vieses cognitivos que impactam as tomadas de decisões humanas, o que demonstra serem ingênuas e sem fundamento as expectativas de que as pessoas de modo geral façam escolhas 100% racionais.<sup>29</sup> Nesse sentido, como revela Giselda Hironaka, há um grande caráter afetivo no ato de testar, e este caráter é evidenciado no delicadíssimo momento de definição daquilo que será destinado a cada sucessor.<sup>30</sup> O cálculo afetivo, segundo Hironaka, provavelmente influencia a distribuição de quinhões, tornando mais pesado e difícil o ato de testar. Em segundo lugar, prestar excessiva reverência à vontade do testador, conferindo-lhe irrestrito poder jurígeno, significa se manter anacronicamente preso ao voluntarismo característico do direito civil oitocentista. Não estamos mais sob o paradigma em que o poder da autonomia individual era o centro de gravidade do direito privado.<sup>31</sup> Atualmente, os atos de vontade – entre os quais se encontram os testamentos – devem necessariamente passar por um controle de merecimento diante da Constituição. O testador não pode permanecer sendo encarado como o bom e velho burguês cujos atos não são questionados à luz dos mandamentos constitucionais.<sup>32</sup> Em terceiro lugar, a despeito de absolutamente não podermos presumir isso de todos os atos *causa mortis*, devemos reconhecer que a disposição testamentária pode eventualmente ser motivada por razões vingativas, injustas, egoístas, mesquinhas da parte do testador.<sup>33</sup> Seja por qualquer desses motivos, o ordenamento jurídico (a) abandona sua postura excessivamente voluntarista; (b) reconhece que o autor da herança pode descumprir para com os deveres impostos pela solidariedade familiar ao elaborar o seu testamento; e (c) por isso protege determinadas pessoas com interesse especial na herança, atribuindo-lhes o direito à sucessão forçada.

<sup>29</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>30</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 303.

<sup>31</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan. 1999. p. 39.

<sup>32</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento – Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 10.

<sup>33</sup> KREICZER-LEVY, Shelly; PINTO, Meital. Property and belongingness: rethinking gender-based disinheritance. *Texas Journal of Women and the Law*, v. 21, 2011. p. 127.

Conclusivamente, compreendemos que o direito à sucessão forçada é plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988. Contudo, ao reconhecermos a constitucionalidade da restrição quantitativa à autonomia privada testamentária, de modo algum estamos concordando com a forma como ela foi regulamentada pelo Código Civil de 2002. Como veremos na seção seguinte, a atual codificação se manteve presa a um modelo excessivamente rígido e marcado pela abstração, que justamente por esses motivos é potencialmente insuficiente para atender satisfatoriamente aos mandamentos da solidariedade constitucional.

## 2 A sucessão forçada com extensão rígida e abstrata: a insuficiência do modelo da legítima

Na seção anterior, compreendemos *o que* é o direito à sucessão forçada e *por que* ele é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro. Na presente seção, analisaremos *como* o Código Civil de 2002 tratou da restrição quantitativa à autonomia privada testamentária e demonstraremos a insuficiência do modelo codificado.

Ressaltamos aqui mais uma vez que qualquer modelo de sucessão forçada – inclusive o da legítima – não é um dado, mas um construído, fruto de opções políticas no processo legislativo. Ao positivar a extensão quantitativa da sucessão forçada, a codificação poderia ter feito diversas escolhas, entre as quais ilustrativamente listamos: (a) ter aumentado o percentual indisponível, de forma a significativamente amenizar o elevado voluntarismo que ainda marca a sucessão testamentária; (b) ter adotado uma quota variável a depender da extensão do patrimônio hereditário; (c) ter assegurado a cada herdeiro necessário um valor ou um percentual mínimo a ser respeitado antes de cumpridas as disposições testamentárias; (d) ter garantido de algum modo que, concretamente, a eficácia do testamento não comprometa as funções da sucessão forçada. O legislador deveria ter agido com total consciência das consequências e limitações do modelo adotado; contudo, assim como de modo geral em relação a todo o Livro V da Parte Especial, tal decisão político-legislativa aparentemente foi feita com pouca ou nenhuma reflexão.<sup>34</sup> Presentificando o pretérito,<sup>35</sup> o Código Civil de 2002 meramente repetiu a opção da codificação de 1916.

<sup>34</sup> Inspirado nas reflexões mais amplas feitas por Sabrina Fernandes em: FERNANDES, Sabrina. *Se quiser mudar o mundo: um guia político para quem se importa*. São Paulo: Planeta, 2020. E-book. loc. 475. Sobre a crítica ao livro V da Parte Especial: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/31687>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>35</sup> Usamos aqui a expressão cunhada por Luiz Edson Fachin em: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 75.

Nesse sentido, o legislador de 2002 no atual art. 1.789 reproduziu *ipsis litteris* o quanto disposto pelo art. 1.576 da codificação de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente acredita estar adequadamente e suficientemente protegendo a família – o mais adequado inclusive seria dizer os membros da família – e promovendo a solidariedade familiar ao instituir a intangibilidade da legítima, uma opção legislativa comum entre os países do *civil law*. Assim, o legislador brasileiro estabeleceu que todo patrimônio do indivíduo é abstratamente dividido em duas porções de 50% cada. De um lado, uma metade correspondente à legítima dos herdeiros necessários, à qual, depois de aberta a sucessão, adicionam-se, no curso do inventário, os bens trazidos por colação. De outro lado, a outra metade correspondente à parte disponível, que pode ser disposta em testamento com amplíssima – porém não irrestrita – liberdade.<sup>36</sup>

O Código Civil de 2002 manteve dessa maneira um sistema de restrição quantitativa à liberdade testamentária com um critério fixo, invariável, e aplicável de modo indiscriminado e universal a todas as sucessões forçadas. O sucedido é livre para decidir a destinação póstuma de metade seu patrimônio; a outra metade é compulsoriamente destinada a certas pessoas, que receberão ainda que contra eventual vontade expressa do autor da herança. Em relação ao autor da herança, a intangibilidade da legítima é considerada matéria de ordem pública e, portanto, inderrogável por sua manifestação de vontade. Desse modo, se o testador ultrapassar esse critério quantitativo, as disposições poderão ser reduzidas aos limites da porção disponível.<sup>37</sup> A regra acolhida pela codificação atual independe das circunstâncias concretas, entre as quais podemos mencionar (a) a extensão do patrimônio sucessível; (b) os vínculos reais entre sucedido e sucessor forçado, tanto no sentido geral do grau de proximidade do parentesco quanto a relações de afeto, de cuidado ou de dependência entre os sujeitos da sucessão; e (c) as necessidades específicas do herdeiro necessário, bem como a eventual ausência delas.

Ainda no regime anterior, Pontes de Miranda defendeu que a porção disponível tem como função mediar, de um lado, a liberdade do proprietário e, de outro, o direito dos descendentes e ascendentes; é a margem que a lei dá para o testador distribuir os seus bens com mais plasticidade e talvez até mesmo mais

<sup>36</sup> Mesmo em relação à parte disponível, existem restrições qualitativas (ilustrativamente, as restrições do art. 1.901 do Código de 2002) e limitações subjetivas (a título de exemplo, as pessoas previstas no art. 1.801 da codificação).

<sup>37</sup> O remédio estabelecido no Código Civil para os eventuais prejudicados é a redução das disposições testamentárias, disciplinada nos arts. 1.966, 1.967 e 1.968. A solução aqui se encontra no plano da eficácia e, portanto, é menos gravosa do que o caso das doações inoficiosas (art. 549), cuja sanção se encontra no plano da validade.

justiça.<sup>38</sup> Segundo Pontes de Miranda, conciliam-se assim todos os interesses: “os da sociedade e os da família com os da amizade e do reconhecimento”.<sup>39</sup> Semelhantemente, Orosimbo Nonato considerou o legislador brasileiro “bem inspirado” ao acolher o instituto da legítima, limitando a liberdade de testar em defesa dos interesses da família e consequentemente da sociedade.<sup>40</sup> Muitas décadas atrás, o mencionado autor criticou aqueles que defendem liberdade plena de testar por duas razões: na medida em que a pessoa é elemento da sociedade, a ideia de limitação é ínsita à de liberdade; além disso, a propriedade não é direito absoluto, tendo se esvaziado o conceito pretendido pelo Código Civil francês.

Já no regime do Código Civil de 2002, Heloisa Helena Barboza considera que o sistema da legítima conforme estruturado na lei é adequado à orientação constitucional, “na medida em que de um lado, preserva os direitos à liberdade (aqui traduzida em autonomia) e à propriedade, e de outro assegura aos integrantes da família uma parcela do patrimônio do autor da herança, efetivando o princípio da solidariedade”.<sup>41</sup> Atualmente, a doutrina de modo geral segue esse entendimento. Alguns autores defendem que somente deveria haver sucessão forçada em casos de vulnerabilidade; ainda assim, os que sustentam tal ideia também aderem à ideia de que a solidariedade constitucional se cumpre em tais hipóteses com a intangibilidade de metade do patrimônio hereditário. (Na verdade, entendemos que se trata de proposta muito pouco inovadora, na medida em que o sistema de reserva legítimária permanece objetivamente idêntico; a única mudança é subjetiva, com o acréscimo de um requisito – vulnerabilidade – para qualificar o familiar como herdeiro necessário.) Entretanto, acreditamos que o instituto da legítima positivado no *Codex* mostra-se inadequado para atender às funções constitucionais da sucessão forçada.

Identificamos na estruturação da legítima na atual codificação uma manutenção do excessivo apego a abstrações, típico do paradigma oitocentista do civilismo clássico. A reserva abstrata de 50% do patrimônio hereditário imposta

<sup>38</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005. v. IV. p. 79. Pontes de Miranda escreveu sua obra sob a vigência do Código de 1916, portanto, antes da alteração legislativa que alçou o cônjuge à condição de herdeiro necessário. Ressaltamos ainda que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer o entendimento de que o companheiro também goza do *status* de herdeiro necessário.

<sup>39</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005. v. IV. p. 79.

<sup>40</sup> NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. II. p. 358.

<sup>41</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 322.

uniformemente a todas as sucessões (se houver herdeiros necessários) se trata de um exemplo de legislação pretensamente *one size fits all*, que se pretende universalmente aplicável, sem distinções, e por isso mesmo indevidamente desconsidera de modo absoluto as particularidades dos casos concretos. Conforme já mencionamos, na opção feita pelo legislador brasileiro, é especialmente ignorada a relação entre os reais interesses dos herdeiros necessários, de um lado; e o tamanho do acervo hereditário, de outro. Identificamos aqui três potenciais incompatibilidades com o direito civil-constitucional: uma de natureza hermenêutica e duas de natureza substancial.

A abstração excessiva da estrutura de sucessão forçada escolhida pelo legislador brasileiro é incompatível com o modelo de interpretação defendido pela metodologia civil-constitucional, consubstanciado (a) em critérios hermenêuticos inovadores, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação;<sup>42</sup> (b) na substituição do positivismo legislativo clássico pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal;<sup>43</sup> e (c) no papel criativo do intérprete, cuja atividade deve promover os valores constitucionais e reconhecer a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos.<sup>44</sup> O Código Civil de 2002 estabelece uma solução única e invariável para toda e qualquer ponderação entre solidariedade familiar e liberdade de testar. Conforme essa regra, ao juízo sucessório não é dada qualquer margem de discricionariedade para adaptar a extensão das partes disponível e indisponível às circunstâncias concretas de cada sucessão. Em matéria de reserva legitimária, o juiz continua sendo encarado somente como *la bouche de la loi*.

Por outro lado, o atual sistema brasileiro da sucessão forçada pode se afastar substancialmente da noção de um direito civil constitucionalizado, por frustração das exigências da solidariedade constitucional, em dois sentidos diametralmente opostos: tanto quando a legítima é pequena demais quanto quando ela é grande demais. Em primeiro lugar, a legítima não cumpre sua função quando 50% do monte sucessível correspondem a uma extensão patrimonial pequena demais para assegurar uma proteção minimamente adequada para as pessoas que ela busca beneficiar. Em segundo lugar, a legítima é disfuncional quando a reserva de metade do patrimônio se revela manifestamente excessiva ou desproporcional para os fins a que se destina a sucessão forçada.

<sup>42</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

<sup>43</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 10, out./dez. 2016. p. 14.

Imaginemos um indivíduo que morre deixando um filho menor de idade e, como patrimônio sucessível, apenas um automóvel avaliado em 30 mil reais. Permitido pelo Código Civil de 2002, esse sujeito testou em favor do seu amigo, plenamente capaz e empresário de sucesso, deixando-lhe metade do seu único bem. A lei brasileira presume que a solidariedade familiar estará satisfeita com o descendente incapaz recebendo em dinheiro metade do valor do carro (ou eventualmente ficando com o veículo, tendo que pagar ao sucessor testamentário a quantia referente à outra metade). Defendemos que essa presunção é equivocada. Evidentemente o caso em questão é exagerado. Ocorre que acreditamos que a solução legal é criticável tanto na hipótese ora desenhada quanto em qualquer circunstância na qual, especificamente por força do exercício da liberdade de testar, sobrem aos herdeiros necessários bens insuficientes para a realização da função familiar da herança.

Encontramos em outras jurisdições uma postura distinta diante de situações como a descrita. Por exemplo, na Califórnia, há um tratamento específico quando o valor total do patrimônio hereditário é consideravelmente pequeno (até 20 mil dólares), podendo-se até deixar de lado, *a priori*, a autonomia testamentária do falecido. Nesses casos, chamados de *small estate set-aside*, os pequenos espólios podem ser totalmente direcionados para se garantir a subsistência ao cônjuge supérstite e aos filhos menores.<sup>45</sup>

Identificamos na mencionada lei californiana o mérito de sobrepor, em cenários específicos, os interesses dos dependentes vulneráveis à liberdade de disposição do testador. Contudo, não a consideramos a solução ideal, por preestabelecer um teto genérico e fixo (e consideravelmente baixo) à aplicabilidade do *small estate set-aside*. Conseguimos imaginar situações em que tal regra permaneceria insuficiente para assegurar os interesses constitucionalmente tutelados dos dependentes do *de cuius*. Imaginemos um falecido que deixa três descendentes incapazes e somente um imóvel de 1 quarto, avaliado em 200 mil reais. O valor relativamente elevado do bem pode desnaturar a ideia de “pequeno espólio”, mas ainda assim não justifica que metade dele seja legado a um terceiro, com potencial de comprometer o direito à moradia digna daqueles filhos vulneráveis.

Ressalvamos que não pretendemos interditar aos mais pobres o ato de testar. O exercício da autonomia privada testamentária não está subordinado à pobreza ou à riqueza do indivíduo. O fator condicionante é a responsabilidade para com certas pessoas, cujas personalidades teriam sua proteção e desenvolvimento prejudicados

<sup>45</sup> *California Probate Code*, 6600 e seguintes. A lei californiana dá certa margem de discricionariedade ao magistrado, que considerará, entre outros aspectos, as necessidades do cônjuge sobrevivente e dos filhos menores, a vontade do falecido e outros fatores relevantes. Ver também: FRIEDMAN, Lawrence M. *Dead hands: a social history of wills, trusts, and inheritance law*. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 36.

pelo não recebimento do adequado patrimônio sucessório. Até mesmo montes hereditários mais amplos podem ser inteiramente necessários ao cumprimento dos deveres do *de cuius* decorrentes da solidariedade constitucional: pensemos no caso de uma herança consistente em um investimento no valor de 1 milhão de reais, cujos rendimentos são destinados integralmente ao custeio de tratamento e remédios em benefício de um dependente acometido de uma doença rara. Disposição testamentária que destine a um terceiro a metade desse enorme valor pode comprometer até mesmo os direitos à vida e à integridade física do dependente doente. Diferentemente, após esse sujeito se curar ou morrer, não mais se encontra presente a circunstância que poderia afetar a eficácia do testamento.

Por outro lado, se a legítima dos herdeiros necessários é fundamentada na solidariedade familiar, dificilmente podemos a utilizar para justificar o recebimento de grandes fortunas por cada sucessor nos casos de enormes heranças. Nas hipóteses de patrimônios hereditários muito amplos, a intangibilidade de 50% resulta em uma legítima de valor absoluto consideravelmente elevado, que ultrapassa e muito os fundamentos de proteção à pessoa do herdeiro e desenvolvimento da sua personalidade. A título ilustrativo, relembremos de Antônio Ermírio de Moraes, que em 2014 morreu deixando um patrimônio de quase 4 bilhões de dólares (correspondentes, à época, a aproximadamente 9 bilhões de reais).<sup>46</sup> Se localizado inteiramente no Brasil, seu patrimônio englobaria uma parte indisponível correspondente a 4,5 bilhões de reais. Simplesmente não conseguimos admitir que a promoção da dignidade dos seus sucessores requer a reserva de um valor tão alto.

O exemplo exagerado do parágrafo anterior nem precisaria ir tão longe. Há produção doutrinária substancial demonstrando que transmissão intergeracional de patrimônio tem um grande potencial de contribuir para a concentração de riqueza dentro das famílias.<sup>47</sup> Nesse contexto, compreendemos que a proteção

<sup>46</sup> Dados retirados da *Folha de S.Paulo* (ANTÔNIO Ermírio de Moraes tinha uma das 500 maiores fortunas do mundo. *Folha de S.Paulo*, 25 ago. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/08/1505488-antonio-ermirio-de-moraes-tinha-uma-das-500-maiores-fortunas-do-mundo.shtml>) e do portal *UOL* (PARTE do patrimônio de Antônio Ermírio de Moraes irá para caridade. *UOL*, 25 ago. 2014. Disponível em: <https://glamurama.uol.com.br/parte-do-patrimonio-de-antonio-ermirio-de-moraes-ira-para-caridade/>. Acesso em: 20 out. 2020).

<sup>47</sup> Sobre as relações entre transmissão intergeracional de riqueza e aumento das desigualdades sociais, recomendamos, entre várias outras obras: ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, n. 89, 1990; CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 44, out./dez. 2010; DOMINGUES, Nathália Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes, 2017; HALLIDAY, Daniel. *Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath*. Oxford, England: Oxford University Press, 2018; KOTLIKOFF, L. J.; SUMMERS, L. H. The role of intergenerational transfers in aggregate capital accumulation. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 4, 1981; MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003; PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014; RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. *Revista Jurídica*

patrimonial à família não é nem um valor absoluto nem a única dimensão da solidariedade constitucional, que também engloba os interesses da sociedade como um todo. Na seção anterior, verificamos que as restrições quantitativas ao direito fundamental de testar se embasam em interesses constitucionalmente relevantes; contudo, não há na Constituição Federal a proteção à perpetuação de dinastias cujo capital herdado se reproduz sozinho em uma velocidade superior à qual pode ser consumido. Dessa forma, qualquer sucessão forçada que permita e legitime a existência de uma classe de herdeiros rentistas – aqueles que “vivem de renda” dos frutos da herança – contraria a sua própria *raison d’être*. (Evidentemente, tais problemas também existem em relação à sucessão testamentária; suas causas, consequências e possíveis remédios demandam uma reflexão em espaço próprio. Fazendo essa ressalva, por limitação de tempo e espaço, aqui estabelecemos um recorte temático e nos limitamos a apontar as contradições estruturais internas da sucessão forçada.) Em vez de cumprir a sua função, no sentido de assegurar aos membros a proteção e o desenvolvimento das suas personalidades, a sucessão forçada aqui se apresenta excessiva e consequentemente disfuncional, aumentando em vez de reduzir as desigualdades sociais.

Uma possibilidade de conformar a sucessão hereditária de grandes fortunas aos interesses da sociedade como um todo, e não apenas da família do *de cuius* rico, é uma decisão política, social, econômica e jurídica de estímulo à filantropia testamentária. Bill e Melinda Gates, por exemplo, deixarão os seus 100 bilhões de dólares quase integralmente para a caridade, reservando para cada um de seus filhos “apenas” 10 milhões de dólares.<sup>48</sup> No Brasil, além de culturalmente improvável, isso não seria juridicamente permitido. Questionamo-nos quantas fundações poderiam ser criadas por testamento no interesse coletivo, todavia não o são porque, além de no Brasil não haver verdadeiramente qualquer incentivo normativo para tanto, a dotação necessária pode não caber na parte disponível. O legislador determina que a riqueza – não importa o quanto grande nem se o sucessor é dependente do *de cuius* ou não – necessariamente permaneça na família.

Não é necessário recorrer à transmissão de grandes fortunas para compreender que a intangibilidade de 50% pode ser desproporcional às funções a que se destina. Independentemente da extensão do patrimônio sucessível, nas situações

---

*da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 113, out. 2015/jan. 2016; READ, Harlan Eugene. *The abolition of inheritance*. New York: The MacMillan Company, 1918.

<sup>48</sup> SALTMAN, Kenneth J. From Carnegie to Gates: the Bill and Melinda Gates Foundation and the Venture Philanthropy Agenda for Public Education. In: KOVACS, Philip E. (Ed). *The Gates Foundation and the Future of US Public Schools*. New York: Routledge, 2010. p. 1. Dados atualizados da Forbes disponíveis em <https://forbes.uol.com.br/negocios/2019/04/fortuna-de-bill-gates-alcanca-us-100-bi/> e <https://forbes.uol.com.br/fotos/2017/10/6-bilionarios-que-nao-deixarao-suas-fortunas-para-seus-filhos/>.

em que os sucessores forçados são plenamente capazes e inseridos no mercado de trabalho, o argumento da solidariedade familiar perde força na ponderação de interesses constitucionalmente relevantes da qual decorrem as limitações à autonomia privada testamentária. Nesses casos, a sucessão forçada pode ser substancialmente reduzida, sem prejuízo à proteção e à promoção da personalidade das pessoas por ela beneficiadas. Isso é particularmente (porém não exaustivamente) verdadeiro quando o testador utiliza o seu ato de última vontade para contemplar pessoas com quem ele mantinha vínculos relevantes (de afeto, de dependência, de cuidado), mas que permanecem invisíveis à vocação hereditária intestada.<sup>49</sup> Em tais circunstâncias, o maior prestígio ao conteúdo do testamento, de um lado, e uma reserva legitimária menor, de outro lado, podem estar em plena conformidade com os valores constitucionais.

Nos exemplos acima, observamos que a reserva de 50%, que se propõe neutra e universalmente aplicável, potencialmente deixará de cumprir as funções a que se destina. Em muitos casos esse percentual será insuficiente, enquanto em outros casos a legítima englobará valores desproporcionalmente superiores aos interesses legítimos dos herdeiros, não podendo assim ser justificada com base em solidariedade. Na primeira hipótese, as circunstâncias concretas justificam restrições quantitativas mais intensas à autonomia privada testamentária. Na segunda hipótese, as limitações à liberdade de testar podem ser razoavelmente menores. Sem uma reassignificação da sucessão forçada, direito imposto e realidade se divorciam.<sup>50</sup> Portanto, defendemos que o instituto da transmissão *causa mortis* obrigatória seja conformado por elementos de concretude de cada sucessão, que se manifestam em duas dimensões inexoravelmente correlacionadas: em termos objetivos, a extensão do patrimônio hereditário; em termos subjetivos, a presença ou ausência de interesses específicos, constitucionalmente relevantes, dos sucessores forçados.

Em resumo, observamos a incompatibilidade hermenêutica e substancial entre, de um lado, a genérica reserva de uma fração do patrimônio hereditário e, de outro, a metodologia civil-constitucional. Compreendemos que a atual estrutura da sucessão forçada, apegada a um regramento excessivamente geral e abstrato, torna-se potencialmente inservível para a função a que se destina. As restrições quantitativas à liberdade de testar não são obsoletas, entretanto a reserva legitimária hoje

<sup>49</sup> A título ilustrativo, Daniel Monk relata que, antes de as legislações ou os tribunais reconhecerem a existência de direitos sucessórios legítimos nas relações entre pessoas do mesmo sexo, foi a liberdade de testar que permitiu que homossexuais beneficiassem seus parceiros (MONK, Daniel. *Sexuality and succession law: beyond formal equality*. *Feminist Legal Studies*, v. 19, 2011. p. 231).

<sup>50</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 29, n. 29, 1996. p. 150.

posta se revela disfuncional. Trata-se de uma reprodução anacrônica do direito civil oitocentista, cuja pretensão de cientificidade, neutralidade e universalidade espaço-temporal levou à criação de categorias jurídicas que, em um contexto de sociedade em mudanças, passam a se chocar com os fatos.<sup>51</sup> Por essa mesma razão, defendemos que simplesmente aumentar ou diminuir a fração indisponível, mantendo-se uma regra universalmente e indistintamente aplicável, é uma solução insatisfatória. Em verdade, o exagerado apego a abstrações é uma doença sistêmica da qual padece todo o Livro V da Parte Especial do *Codex*; somente modificar o percentual destinado à legítima equivaleria a um simples curativo.<sup>52</sup> Do mesmo modo, acrescentar uma norma semelhante ao *small estate set-aside* e outra excepcionando a reserva de 50% em caso de estabelecimento de fundação seriam meros tratamentos dos sintomas, e não da patologia em si. Para que o direito das sucessões positivado se aproxime da realidade social, supere os reducionismos e efetivamente promova o projeto e os valores estampados na Constituição,<sup>53</sup> a cura envolve superar um modelo abstrato de transmissão forçada por um esquema que privilegie a concretude, mais atento às peculiaridades objetivas e subjetivas de cada sucessão. Não se trata de mero processo de substituição, porém de rompimento. É o que observaremos na seção seguinte.

Por fim, visualizamos desde logo dois eventuais argumentos que podem ser doutrinariamente suscitados para defender o sistema da legítima conforme atualmente positivado. Em primeiro lugar, pode-se argumentar que a reserva de 50% se trata de uma ponderação validamente feita pelo legislador, que é quem tem a legitimidade democrática para apresentar uma solução apriorística para as tensões entre o direito à sucessão forçada e o direito de testar. Em segundo lugar, pode-se alegar que a positivação da legítima se trata de mera adesão à tradição consagrada no direito civil pátrio.

Discordamos de ambas as supramencionadas oposições à superação do atual modelo da legítima. Primeiramente, reconhecemos a competência constitucionalmente atribuída ao legislador para regulamentar a sucessão hereditária; contudo, opções ruins e malfeitas não são defensáveis, justificáveis ou sustentáveis simplesmente porque quem as tomou tinha competência formal para tanto. Conforme exaustivamente demonstramos acima, a escolha legislativa produz

<sup>51</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 37; 67; LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* *Direito civil constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 20.

<sup>52</sup> FERNANDES, Sabrina. *Se quiser mudar o mundo: um guia político para quem se importa*. São Paulo: Planeta, 2020. E-book. loc. 770.

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 590-591.

resultados insatisfatórios e substancialmente incompatíveis com a Constituição Federal.

Por outro lado, acreditamos que alegações como “sempre foi assim” ou “já-mais se adotou outro modelo no Brasil” são de uma enorme pobreza normativa e argumentativa. Percebemos que essa postura cultua a estrutura tradicionalmente adotada, ainda que o instituto jurídico não esteja adequadamente cumprindo a sua função. Identificamos aqui exatamente o que Katharine K. Baker mencionou em outro contexto: existe uma tendência de se deixar sobreviver um sistema incoerente, anacrônico e inconsistente em razão, em grande parte, do medo do que vai acontecer se ele for abandonado.<sup>54</sup> A doutrina civilista mais apegada ao passado oitocentista lamentavelmente costuma recorrer a tais pretextos em diversas áreas, como ilustrativamente quando ainda se controvertiam a existência e a validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tanto defender quanto desafiar o *status quo* normativo são opções políticas, e a segunda escolha evidentemente exige mais coragem, por ser um caminho argumentativo mais árduo e sujeito ao risco de reação repressora.<sup>55</sup> Felizmente, o inexorável avanço impulsionado pela dimensão prospectiva<sup>56</sup> da metodologia civil-constitucional tem sido no máximo dificultado, porém não impedido por tais raciocínios. Rejeitamos essa postura conservadora, na medida em que ela é incompatível com a noção da “filtragem constitucional” do direito das sucessões: nosso papel não é manter a sucessão hereditária como ela é, mas a transformar naquilo que ela *deve ser* à luz da Constituição.

### 3 A sucessão forçada com extensão variável: da abstração à concretude

Na seção anterior, concluímos pela inadequação do estabelecimento de uma extensão fixa e absoluta para a sucessão forçada. Inferimos que a previsão rígida e abstrata da reserva de 50% do patrimônio hereditário é insuficiente para atender satisfatoriamente à função dos limites quantitativos à autonomia privada testamentária. Sustentamos a necessidade de um modelo flexível de transmissão hereditária obrigatória, que possa se adaptar às circunstâncias concretas de cada sucessão *causa mortis*, tanto em relação ao tamanho do patrimônio quanto aos

<sup>54</sup> BAKER, Katharine K. Bargaining or biology – The history and future of paternity law and parental status. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 14, n. 1, 2004. p. 5.

<sup>55</sup> FERNANDES, Sabrina. *Se quiser mudar o mundo: um guia político para quem se importa*. São Paulo: Planeta, 2020. E-book. loc. 487.

<sup>56</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 86.

interesses constitucionalmente legítimos dos familiares do falecido. Nesta seção, sem excluir a possibilidade de outras alternativas, analisaremos 3 diferentes mecanismos que trazem elementos de concretude à limitação da liberdade de testar. Refletiremos especificamente sobre (a) a possibilidade de uma reserva legítima maior para patrimônios hereditários menores e vice-versa; (b) a restrição ao conteúdo do testamento com base na natureza especial dos bens sucessíveis; (c) a discricionariedade judicial para ajustar o conteúdo do testamento com base nas circunstâncias concretas.

### **3.1 Reserva legítima inversamente proporcional ao tamanho do patrimônio hereditário**

A primeira possibilidade de diminuir a excessiva abstração da sucessão forçada consiste em relacionar o percentual indisponível à extensão do patrimônio sucessivo. Nesse sentido, para adequadamente beneficiar os sucessores forçados, heranças menores demandariam uma reserva legítima maior. Ilustrativamente, o sujeito que deixa 100 mil reais só poderia dispor livremente de 10% dos seus bens. Por outro lado, a intangibilidade de uma fração mais reduzida de montes hereditários mais vultosos já seria suficiente para atender à função à qual se destina a sucessão forçada. A título de exemplo, o indivíduo que tem 10 milhões de reais poderia dispor em testamento de 80% do seu patrimônio, sendo na hipótese a porção indisponível, em valores absolutos, suficiente para proteger suficientemente as pessoas obrigatoriamente beneficiadas pela lei.

Consideramos essa solução insatisfatória, na medida em que seu foco recai exclusivamente sobre as particularidades objetivas de cada sucessão; indevidamente deixando de observar a dimensão subjetiva, tal medida pode continuar trazendo resultados disfuncionais. Mantendo os exemplos suscitados anteriormente, os interesses de herdeiros necessários que já são milionários *a priori* não justificam a reserva de 90% de uma herança de 100 mil reais. Da mesma forma, as necessidades específicas de um familiar em situação de extrema vulnerabilidade (por razões de saúde, por exemplo) podem justificar a intangibilidade de uma fração superior a 20% de um monte sucessível avaliado em 10 milhões de reais.

Observamos assim que, se o sistema foca apenas nas circunstâncias objetivas – a extensão do patrimônio a ser partilhado –, ignorando as peculiaridades subjetivas – os interesses concretos dos herdeiros obrigatórios –, qualquer fração aprioristicamente estabelecida para a sucessão forçada, ainda que variável, é arbitrária e potencialmente insuficiente para os fins a que o instituto se destina.

### 3.2 Reservas de bens sobre os quais recaem interesses específicos

Uma segunda possibilidade de estruturação da sucessão forçada atenta às circunstâncias concretas é a definição dos limites à autonomia privada testamentária com base na natureza específica dos bens que compõem o patrimônio hereditário, à luz dos interesses especiais dos sucessores forçados nos respectivos bens. Em sua excelente obra sobre a função promocional do testamento, Ana Luiza Maia Nevares defendeu uma sucessão *causa mortis* mais preocupada com a natureza particular dos bens que estão sendo transmitidos e dos interesses aos quais eles se referem.<sup>57</sup> Notamos que há aqui uma preocupação tanto com a dimensão objetiva quanto com a dimensão subjetiva da sucessão concreta. Consideramos que um modelo assim seria muito mais consistente com sua própria *raison d'être* do que o anterior. A título apenas ilustrativo, poderiam ser excluídos do poder de disposição por ato de última vontade do proprietário (a) os imóveis qualificados como residenciais, se e à medida que imprescindíveis para assegurar o direito à moradia de determinados familiares; ou (b) os móveis e imóveis cuja exploração econômica é imprescindível à subsistência do núcleo familiar.

A conformação normativa do modelo de sucessão forçada focado na natureza dos bens transmitidos pode prestigiar a ação legislativa, de um lado; favorecer a discricionariedade judicial, de outro; ou estabelecer um meio-termo entre elas. No primeiro caso, dando-se maior ênfase ao papel do Legislativo, na codificação haveria um rol exaustivo dos bens excluídos do âmbito de proteção da liberdade testamentária em razão da sua própria natureza. Essa solução em tese asseguraria maior segurança jurídica e previsibilidade; apesar disso, os evidentes vestígios de apego à abstração permaneceriam gerando eventuais resultados insatisfatórios. Rejeitamos o mito do legislador onisciente, que consegue antecipar e adequadamente regulamentar todos os cenários futuros. As possíveis dinâmicas entre patrimônio hereditário e interesses constitucionalmente legítimos dos sucessores forçados são na realidade complexas e diversas; listas taxativas simplesmente não são aptas a captar todas as nuances dessas relações. Se a lei disser que todo imóvel residencial está além do poder de disposição por testamento, é até possível que em uma maioria de casos essa determinação seja benéfica aos herdeiros necessários. Entretanto, a mesma norma será inadequada naquele caso em que o sucessor forçado já tem o seu direito à residência garantido por meios próprios, e o sujeito eventualmente beneficiado em testamento, não.

<sup>57</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento – Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84.

Na segunda situação, prestigiando-se o papel do Judiciário, o juízo sucessório teria ampla margem para estabelecer a partir das circunstâncias concretas quais bens não poderiam ter sido dispostos em testamento. Essa estrutura teria o maior potencial para determinar satisfatoriamente o que é bem indisponível ou não. Contudo, corre-se o risco de esvaziar e conseqüentemente desestimular o exercício da autonomia privada testamentária: o testador não tem como antecipar quais bens serão considerados além do seu poder de disposição; já estando morto quando o bem for eventualmente classificado como intangível, não terá como beneficiar de outro modo o sucessor testamentário. O juiz do inventário considerará ou não que o imóvel deverá ser destinado à residência dos herdeiros necessários e, portanto, não suscetível de disposição testamentária? Se há o risco de o estabelecimento empresarial ser classificado como indisponível, por que se dar ao trabalho e se sujeitar aos custos de formalizar uma disposição *causa mortis* a seu respeito? O autor da herança não tem qualquer parâmetro que lhe permita saber como orientar a própria conduta em matéria de manifestação de última vontade. Além disso, discricionariedade judicial ilimitada é terreno fértil para arbitrariedades.

O terceiro cenário, de meio-termo entre o papel da lei e do juiz, consistiria na previsão em lei de parâmetros orientadores – tanto para o juiz da sucessão quanto para o disponente – de quais interesses constitucionalmente legítimos, titularizados por certas pessoas com vínculos reconhecidos como hereditariamente relevantes, interditam a inclusão de determinados bens em manifestações de última vontade (*e.g.*, subsistência, manutenção do padrão de vida, moradia). Esses parâmetros podem vir acompanhados ou não de uma lista exemplificativa dos bens sobre os quais especificamente recaem os respectivos interesses. Não vemos razões para que não seja estendido ao direito das sucessões o prestígio dado à técnica de legislar por cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, superando-se assim a ideia de uma atividade jurisdicional resumida à lógica formal de subsunção.<sup>58</sup> Ainda que não seja um modelo perfeito, a conformação legislativa da discricionariedade judicial tende a reduzir tanto os decisionismos quanto o apego às abstrações; do mesmo modo, tende a equilibrar as peculiaridades de cada sucessão com as exigências mínimas de segurança e previsibilidade.

### 3.3 *Family maintenance*

Uma terceira possibilidade de estruturação da transmissão *causa mortis* obrigatória atenta às circunstâncias concretas consiste na atribuição de discricionariedade

<sup>58</sup> SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 10, out./dez. 2016. p. 14-16.

ao juízo sucessório para que conforme o conteúdo do testamento aos interesses específicos dos sucessores forçados. É nesse sentido que aqui analisaremos a *family provision*, ou ainda *family maintenance*, um instituto do direito anglo-saxônico que limita a liberdade de testar dando ao Judiciário o poder de alterar as disposições testamentárias para beneficiar a família do testador ou, de modo geral, pessoas que dele dependiam.<sup>59</sup> Esse sistema não se confunde com o mencionado anteriormente, na medida em que não há reserva de bens específicos. O ordenamento parte da presunção relativa de que o autor da herança respeitará uma proteção patrimonial suficiente, pela via intestada ou testamentária, para os seus sucessores forçados; entretanto, essa presunção pode ser afastada à luz das circunstâncias concretas.

Acerca da *family provision*, Shelly Kreiczler-Levy comenta que a limitação à liberdade de testar não é rígida, pois o testador não tem uma obrigação predefinida de reservar partes do seu patrimônio para sucessores específicos; entretanto, o sistema reconhece sua obrigação de sustento em relação a algumas pessoas, e esse dever é analisado pelo Judiciário no momento de cumprimento das disposições testamentárias.<sup>60</sup> O juiz vai avaliar se o testador adequadamente deixou provisões para aqueles que dele dependiam; em caso negativo, o magistrado pode discricionariamente ajustar o conteúdo do testamento, assegurando a manutenção dos dependentes do *de cuius*. Trata-se de regime adotado em boa parte do mundo da *common law*, com exceção dos Estados Unidos. Cada jurisdição adota o próprio sistema, definindo quem são as pessoas que podem recorrer a esse remédio e quais os critérios que o Judiciário levará em consideração.

Elizabeth High descreve a *family provision* como um mecanismo de balanceamento entre a liberdade de testar, de um lado, e o dever de sustento, de outro.<sup>61</sup> Segundo a mencionada jurista, a completa liberdade testamentária ainda existe, mas há também o poder judicial de modificar o testamento de forma a assegurar a provisão em favor daqueles que dependiam do falecido. Assim, se um dependente é deixado sem recursos para subsistência digna, o juiz ordenará que o espólio realize o pagamento de prestações em benefício dessa pessoa em situação de vulnerabilidade. O valor dessas prestações levará em consideração fatores como o tamanho do espólio, a idade, as habilidades e as necessidades das partes. A flexibilidade da *family maintenance* significa que cada caso será resolvido com

<sup>59</sup> SAWYER, Caroline; SPERO, Miriam. *Succession, wills and probate*. 3. ed. London, England: Routledge, 2015.

<sup>60</sup> KREICZLER-LEVY, Shelly. Religiously inspired gender-boas disinheritance – What’s law got to do with it. *Creighton Law Review*, v. 43, 2010. p. 678.

<sup>61</sup> HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, v. 17, 1984. p. 321.

base em suas próprias circunstâncias.<sup>62</sup> Dessa forma, às vezes se dará mais ênfase à liberdade de testar; e às vezes se assegurarão aos dependentes provisões que superam a metade do patrimônio hereditário, se suas necessidades ou o eventual reduzido valor da herança assim demandarem. Por outro lado, se os familiares ou outras pessoas não dependem do autor da herança, a liberdade de testar deste permanece ampla.

Joseph Laufer comparou o sistema flexível da *family provision* com o rígido esquema de fração indisponível (*forced share*)<sup>63</sup> adotada por diversos estados americanos.<sup>64</sup> De acordo com Laufer, a *family maintenance* se mostra mais adequada e moderna do que a *forced share* notadamente por duas razões. Em primeiro lugar, ela respeita melhor a autonomia testamentária na medida em que não se opera automaticamente em favor de qualquer potencial sucessor legítimo que não tenha sido contemplado pelo testamento. Aqueles interessados que contam com recursos suficientes para a própria manutenção não serão beneficiados por esse remédio.<sup>65</sup> Em segundo lugar, a *family provision* normalmente não se cumpre com a transferência, de uma vez só, de parcela da propriedade hereditária, mas com o pagamento de prestações periódicas de natureza alimentar.<sup>66</sup> Essas prestações são definidas pelas necessidades dos dependentes, de acordo com as exigências de cada situação em particular. Dessa forma, atendem-se simultaneamente aos interesses tanto do dependente quanto dos outros interessados; afinal, os pagamentos poderão cessar caso, por exemplo, em razão de uma mudança nas circunstâncias fáticas, não haja mais o fator “necessidade” ou “dependência”. Joseph Laufer concluiu, por fim, que a discricionariedade dada ao juiz nos sistemas de *family maintenance* permite que sejam exploradas as situações familiares,

<sup>62</sup> HIGH, Elizabeth Travis. The tension between testamentary freedom and parental support obligations: a comparison between the United States and Great Britain. *Cornell International Law Journal*, v. 17, 1984. p. 336.

<sup>63</sup> Que é semelhante à legítima dos herdeiros necessários nos sistemas de *civil law*. Conforme já mencionamos, quase todas as jurisdições estaduais dos Estados Unidos protegem o cônjuge sobrevivente, considerando-o sucessor forçado ao menos de uma parte do patrimônio hereditário, assim chamada fração indisponível ou *forced share*; ao mesmo tempo, há de modo geral pouca ou nenhuma proteção aos descendentes do testador.

<sup>64</sup> LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents' family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, n. 69, 1955. p. 277.

<sup>65</sup> LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents' family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, n. 69, 1955. p. 312.

<sup>66</sup> Na Inglaterra, o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 deu ao cônjuge (e somente a ele) determinados direitos de propriedade face ao espólio, que serão calculados equitativamente levando-se em consideração uma série de fatores; os demais interessados permanecem com direito apenas ao necessário para suprir suas necessidades. Devemos levar em consideração que o direito inglês não adota um regime *default* de comunhão patrimonial na constância do casamento, razão pela qual há uma preocupação especial em resguardar o cônjuge supérstite.

de forma a adequadamente ajustar as questões sucessórias.<sup>67</sup> Essa flexibilidade é uma vantagem em comparação ao rígido esquema de uma divisão patrimonial predeterminada abstratamente na lei, que normalmente leva a resultados insatisfatórios para todos os envolvidos.

Por outro lado, compreendemos que um problema considerável da *family provision* é o significativamente elevado grau de discricionariedade judicial que esse sistema demanda.<sup>68</sup> Mary Ann Glendon argumenta que, a despeito de o sistema da legítima, com regras sucessórias fixas, poder causar injustiça ou resultados desfavoráveis para os envolvidos em determinadas situações, de modo geral ele assegura previsibilidade a um custo baixo.<sup>69</sup> Para Glendon, mesmo com todos os seus inerentes problemas, o esquema de *forced share* não deve ser substituído pela discricionariedade da *family maintenance*, que acaba ignorando a vontade do testador, promovendo a judicialização de conflitos familiares e trazendo confusão para o direito das sucessões, um ramo do direito que funciona razoavelmente bem.<sup>70</sup> Langbein e Waggoner sugerem que uma possível solução para essa questão é assegurar ao sobrevivente necessitado a reserva de uma quantia mínima dos bens do espólio.<sup>71</sup> (Ressaltamos que tal proposta não se confunde com o atual modelo brasileiro de legítima, que não assegura individualmente quantia ou fração mínima alguma, apenas dá ao herdeiro necessário o direito de concorrer com todos os demais de mesmo *status* na partilha dos 50% reservados do monte sucessível. Se for apenas um sucessor forçado, o Código Civil de 2002 lhe atribui a totalidade da reserva legítimária; se forem 20, cada um receberá com natureza compulsória apenas 2,5% do patrimônio hereditário total.) Acreditamos, entretanto, que estabelecer abstratamente um valor em dinheiro reservado para os herdeiros necessários é tão problemático quanto reservar uma fração da herança, pelas razões expostas na seção anterior.

Somos simpáticos ao sistema da *family provision*, especialmente por se tratar de um esquema que tanto reforça o direito de testar quanto expressamente o concilia com os deveres de conduta decorrentes do exercício dessa liberdade, conforme mencionamos na seção 1. Os outros esquemas de sucessão forçada

<sup>67</sup> LAUFER, Joseph. Flexible restraints on testamentary freedom: a report on decedents' family maintenance legislation. *Harvard Law Review*, n. 69, 1955. p. 313.

<sup>68</sup> LANGBEIN, John H.; WAGGONER, Lawrence W. Redesigning the spouse's forced share. *Real Property, Probate and Trust Journal*, n. 22, 1987. p. 314.

<sup>69</sup> GLENDON, Mary Ann. Fixed rules and discretion in contemporary family law and succession law. *Tulane Law Review*, v. 60, 1986. p. 1185.

<sup>70</sup> GLENDON, Mary Ann. Fixed rules and discretion in contemporary family law and succession law. *Tulane Law Review*, v. 60, 1986. p. 1191.

<sup>71</sup> LANGBEIN, John H.; WAGGONER, Lawrence W. Redesigning the spouse's forced share. *Real Property, Probate and Trust Journal*, n. 22, 1987. p. 319-320.

atuam majoritariamente como normas negativas de competência, determinando uma abstenção; ou seja, eles funcionam interditando a liberdade de testar, na medida em que estabelecem o que o testador não pode fazer com determinada porção ou certos bens do seu patrimônio. Por outro lado, a *family maintenance* também atua significativamente como norma de competência positiva, reconhecendo a necessidade também de uma ação, expressa ou tácita: ela pressupõe um ônus atribuído ao testador de assegurar a devida proteção hereditária aos seus sucessores forçados, seja por disposição testamentária, seja pelos bens que seguirão as regras de sucessão intestada em razão de não terem sido incluídos no testamento.

Com o sistema da *family provision*, ordenamento basicamente diz ao sujeito: “você é livre para testar, porém necessariamente deverá se certificar de que certas pessoas estarão de algum modo devidamente contemplados sucessoriamente”. Essa análise inclui as circunstâncias individuais dos sucessores, com proporção entre o grau de interesse concreto do herdeiro e a proteção hereditária que deve ser observada pelo testador. Se, à luz do caso concreto, não houver interesses constitucionalmente legítimos que justifiquem uma interferência judicial na autonomia privada, esta será respeitada. Assim, existe uma confiança normativa na atuação positiva do autor da herança, sem que isso resulte em apego ao individualismo e ao voluntarismo do direito civil clássico. Afinal, se o dever de ponderação não for observado pelo testador, sua manifestação de última vontade estará sujeita a controle de merecimento de parte do juízo sucessório. Isso está perfeitamente de acordo com a metodologia civil-constitucional, uma vez que configuração solidarista do ordenamento é expressa pela complexidade das situações subjetivas, que são compostas de poderes, deveres, obrigações e ônus.<sup>72</sup> Aprendemos com Pietro Perlingieri a necessidade de superação da tendência a se construir os institutos do direito civil exclusivamente em termos de atribuição de direitos; nesse sentido, o mais básico dever que acompanha o direito subjetivo, que o funcionaliza e socializa, é o relativo ao seu exercício em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social, sem provocar danos excepcionais aos outros.<sup>73</sup> Todas essas afirmações logicamente se aplicam ao direito de testar.

<sup>72</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 113; 107.

<sup>73</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 120-121. Semelhantemente, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que a funcionalização outorga um feixe unificado de direitos, deveres, poderes e faculdades ao titular de um direito, para que este seja regularmente exercido em conformidade com sua finalidade social (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 312). No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin relaciona a ideia de interesse social à noção de “distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também

De todo modo, evidentemente esse cenário exige uma mudança de mentalidade da parte de testadores. A sucessão forçada deve deixar de ser encarada como uma norma que sufoca o poder de disposição de propriedade, uma vez que essa perspectiva estimula tentativas de burla por meio de mecanismos jurídicos ou contábeis. Ela deve passar a ser vista como mecanismo atribuidor de uma função promocional à sucessão *causa mortis*, merecendo assim ser respeitada.

Por outro lado, devemos admitir a procedência das críticas suscitadas acima ao sistema da *family provision*, reconhecendo que uma ilimitada discricionariedade do juiz não é desejável nem mesmo compatível com o regime constitucional brasileiro. A ausência de critérios claros do que seria uma proteção suficiente aos herdeiros necessários deixa espaço para o esvaziamento da autonomia privada testamentária, de um lado, ou da própria sucessão forçada, de outro. Por essa razão, rejeitamos uma indiscriminada determinação *ad hoc* e *post mortem* dos parâmetros da necessária atuação discricionária do juiz sucessório. Entendemos que estes parâmetros devem ser preferencialmente estabelecidos de forma clara pela legislação à luz da Constituição – notadamente em relação a quais interesses dos sucessores forçados devem ser privilegiados. Acreditamos que essa postura normativa contribui até mesmo para a mudança de mentalidade a respeito da sucessão forçada e para a consciência dos deveres de conduta impostos ao ato de testar. Ilustrativamente, assim como nos referimos ao modelo anterior, a determinação da *family maintenance* pode ser orientada especificamente pela garantia de subsistência, pela manutenção do padrão de vida ou pelo respeito à moradia.

### 3.4 Da abstração à concretude

Nas subseções anteriores, analisamos três diferentes mecanismos que trazem elementos de concretude à limitação da liberdade de testar. Nenhum deles é perfeito, até mesmo porque não existe perfeição nas construções humanas; todos os esquemas estudados têm suas insuficiências. Por focar exclusivamente na extensão do patrimônio hereditário, o mais problemático é o primeiro modelo, aquele em que (a) heranças menores têm uma quota indisponível maior e vice-versa. Por outro lado, vemos méritos significativos nos dois últimos esquemas, quais sejam, (b) o prestígio a bens sobre os quais recaiam especiais interesses dos sucessores forçados; e (c) o ajuste judicial do conteúdo do testamento em

---

correspondem deveres” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 317). Recordamos aqui também uma pílula de sabedoria popular eternizada nas palavras do Tio Ben, no clássico infantojuvenil *O Homem Aranha*: “com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”.

caso de provisão insuficiente para os sucessores forçados. As soluções (b) e (c) são particularmente interessantes, na medida em que prestigiam a situação concreta tanto objetivamente quanto subjetivamente. Por essa razão, mesmo com suas desvantagens, esses modelos se revelam amplamente superiores à legítima como atualmente positivada; por isso, eles podem e devem estimular e inspirar a reforma da sucessão forçada no Código Civil.

Antecipamos objeções no sentido de que a principal desvantagem dos modelos (b) e (c) é o suposto acréscimo de custos (em sentido amplo, inclusive de tempo). Discordamos desde já dessas alegações por duas razões. Em primeiro lugar, rejeitamos a falsa relação de necessariedade entre o aumento da discricionariedade judicial e um procedimento sucessório menos eficiente. A criatividade normativa pode ser exercida para assegurar que, mantendo o privilégio à concretude e não à abstração, as respectivas discussões sejam necessárias no menor número de casos possível ou solucionadas o mais rapidamente possível. (Analogamente, a doutrina e a jurisprudência também buscam o melhor estabelecimento de filtros à responsabilidade civil, inclusive no sentido de desestímulo às demandas frívolas; todavia, a solução ideal não nos parece passar pela adoção de uma regra rígida determinando taxativamente quais fatos se classificam como danos reparáveis – ainda que tal opção provavelmente resultasse em uma redução do número de ações reparatórias propostas e no tempo da sua duração média.) A análise dos potenciais mecanismos de incentivo e desestímulo relacionados à sucessão forçada, tanto em relação ao momento de feitura do testamento quanto ao contexto da partilha do patrimônio hereditário, merece um estudo próprio e aprofundado, atento às peculiaridades de cada sistema abordado acima, o que aqui não faremos por absoluta limitação de espaço. Para os fins da presente pesquisa, o que não podemos em absoluto admitir é a manutenção de uma norma ruim justificada simplesmente pela inércia cognitiva em relação a modos de operacionalizar de forma mais eficaz uma norma melhor.

Em segundo lugar, acreditamos que essa alegada perda de eficiência, ainda se efetivamente houver, justifica-se se e na medida em que assegurar que a sucessão forçada verdadeiramente respeite a sua razão de existir. Afinal, critérios de eficiência não são fins em si mesmos e, portanto, não são suficientes para a manutenção de normas rígidas e abstratas que não cumprem adequadamente as funções a que se destinam. Devemos recordar que o próprio Richard Posner admitiu que a sociedade de fato está disposta a pagar um preço, em termos de redução de eficiência, em favor de políticas que promovam a noção de justiça.<sup>74</sup> Essa perda de eficiência por razões de justiça em matéria sucessória não é qualquer

<sup>74</sup> POSNER, Richard. Economic approach to law. *Texas Law Review*, v. 53, 1975. p. 778.

novidade em nosso ordenamento: ela já é perfeitamente e pacificamente admitida, por exemplo, em matéria de exclusão por indignidade – excepcionalmente até mesmo por iniciativa do Ministério Público –, de deserdação, de demonstração da justa causa para clausular a legítima, de sonegados. (Outro exemplo de aumento de custos em matéria sucessória admitida pelo Código Civil de 2002 diz respeito à discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal, se a morte se deu após determinado período de separação, em relação tanto à legitimidade sucessória do cônjuge sobrevivente quanto à validade do benefício testamentário em favor do concubino do testador casado. Feita essa anotação, ressaltamos que se trata especificamente de uma postura péssima adotada pela codificação, reflexo do excessivo conservadorismo em matéria familiar do Livro V da Parte Especial.)

Conclusivamente, em conformidade com a metodologia civil-constitucional, acreditamos que a função da sucessão forçada requer que tal instituto seja estruturado com base em um mecanismo flexível, que possa se adaptar às circunstâncias concretas de cada sucessão *causa mortis*, tanto em relação ao tamanho do patrimônio hereditário quanto aos interesses constitucionalmente legítimos dos sucessores forçados. O direito das sucessões deve romper definitivamente com a abstração e prestigiar a concretude. A partir dos modelos que analisamos neste artigo, depreendemos que a lei deve atribuir margem parametrizada de discricionariedade ao juízo sucessório para que este defina, com base nas peculiaridades de cada caso e à luz da Constituição Federal, a extensão do patrimônio hereditário necessária e suficiente para a devida proteção a certas pessoas próximas ao falecido.

## Conclusão

No presente artigo, definimos a sucessão forçada como o juízo normativo no sentido de que, em certas circunstâncias, os interesses hereditários de determinadas pessoas deverão prevalecer até mesmo sobre a liberdade de testar, estabelecendo-se desse modo limites quantitativos à autonomia privada testamentária. Ressaltamos que tanto a opção por adotar um sistema de sucessão forçada quanto o modo de regulamentá-lo trata-se de construídos, não de dados. Estabelecemos ainda que, no ordenamento jurídico brasileiro, a escolha por tal sistema se embasa em um juízo de ponderação relativo à eficácia horizontal do direito fundamental à herança.

Observamos que historicamente tanto o legislador quanto a doutrina majoritária compreendem que as finalidades da sucessão forçada são atendidas no Brasil com a adoção da legítima dos herdeiros necessários, estabelecendo-se a

indisponibilidade de 50% do patrimônio hereditário. Ponderamos que se trata de uma norma com pretensões de neutralidade e universalidade que, ao se aplicar uniformemente a toda e qualquer sucessão, potencialmente produzirá resultados insatisfatórios. Notamos que se trata de um modelo rígido e abstrato, que tanto se afasta de uma renovada hermenêutica quanto frustra os fins a que se destina. Depreendemos que o art. 1.789 do Código Civil de 2002 não apenas repete o texto, mas também o espírito do civilismo oitocentista que havia no Código Civil de 1916.

Defendemos a necessidade de um esquema de cálculo da sucessão forçada que seja flexível e aberto às circunstâncias concretas, em especial a extensão do patrimônio hereditário, de um lado, e a existência ou a ausência de interesses constitucionalmente legítimos dos sucessores forçados, de outro lado. Estudamos três diferentes sistemas que podem ser usados na construção desta passagem da abstração à concretude em matéria hereditária. Identificamos limitações severas à ideia de uma legítima com valor da fração intangível inversamente proporcional ao tamanho da herança. Por outro lado, inferimos que, havendo a devida parametrização da margem de atuação discricionária do juízo sucessório, há mais vantagens do que desvantagens tanto (a) no modelo de reserva de bens com natureza especialmente vinculada a interesses dos herdeiros, quanto (b) na possibilidade de controle judicial do conteúdo do testamento caso não haja provisão hereditária adequada, na própria manifestação de última vontade ou em relação ao patrimônio que nela não foi incluído, em favor dos sucessores forçados. Rejeitamos peremptoriamente argumentos de que o regramento atual deve prevalecer (a) por ter sido uma opção legítima do legislador, (b) por ser uma tradição histórica do nosso ordenamento e (c) por supostamente resultar em menos custos do que os modelos alternativos propostos. Apresentadas as críticas e possibilidades viáveis de mudança, concluímos assim pela necessidade de superação do *status quo* normativo ruim em matéria de limites quantitativos à autonomia privada testamentária.

---

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

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 123-155, abr./jun. 2021.

---

Recebido em: 29.10.2020

1º parecer em: 14.02.2021

2º parecer em: 25.04.2021