



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JÉSSIKA STEFFANY CASTRO DA COSTA

**A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS EM CONFRONTO COM O
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

BRASÍLIA

2018

JÉSSIKA STEFFANY CASTRO DA COSTA

**A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS EM CONFRONTO COM O
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA

2018

JÉSSIKA STEFFANY CASTRO DA COSTA

**A LEGITÍMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS EM CONFRONTO COM
O PRÍNCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Professor Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA, 12 DE SETEMBRO DE 2018.

BANCA AVALIADORA

Professor Luciano de Medeiros Alves
Professor Orientador

Professor Avaliador

RESUMO

A presente pesquisa tem o escopo de expor como um consagrado instituto pertencente ao Direito das Sucessões e ao ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a legítima, tem sido objeto de controvérsias entre os doutrinadores desse ramo, de modo que se fará a análise da legítima colocando-a em confronto com um dos princípios basilares do Direito Civil, e conseqüentemente, do Direito das Sucessões, o princípio da autonomia privada. De modo que perpassa-se pelas noções básicas e históricas tanto do instituto da legítima quanto do princípio da autonomia privada, e do próprio Direito das Sucessões em si, para possibilitar o melhor entendimento do conflito existente entre eles.

Nesse sentido, em uma análise do Direito comparado quanto ao tema e também do pensamento de autores civilistas, demonstra-se a visão de que o instituto da legítima necessita de revisão para se adequar aos novos modelos sociais que surgiram na atualidade, em especial aos novos núcleos familiares que estão sendo formados não apenas com parentes consanguíneos, mais também com amigos e indivíduos ligados por laços de afetividade.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Legítima. Princípio da Autonomia Privada. Herdeiros Necessários. Sucessão testamentária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 EVOLUÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES E DA LEGÍTIMA	8
1.1 Conceituação do Direito das Sucessões	8
1.2 Da Evolução do Direito das Sucessões no Direito Estrangeiro	9
1.2.1 Direito Romano	10
1.2.2 Direito Português	12
1.3 Da Evolução Do Direito das Sucessões no Direito Brasileiro	14
1.3.1 Antes do Código Civil de 1916	14
1.3.2 Código Civil de 1916	15
1.3.3 Código Civil de 2002	16
1.4 A Sucessão Legítima e a Sucessão Testamentária	17
1.4.1 Sucessão legítima	18
1.4.2 Sucessão Testamentária	18
1.5 Herdeiros Necessários e a Legítima	19
1.5.1 Breve histórico da figura dos herdeiros necessários	20
1.5.2 Restrições ao direito à legítima	21
1.5.3 A intangibilidade da legítima	22
2 O PRÍNCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	24
2.1 Autonomia privada como princípio	25
2.2 Conceito de Autonomia Privada	26
2.2 A Autonomia Privada em Roma	27
2.3 Desdobramentos da Autonomia Privada	28
2.4 Relativização da autonomia privada	31
3 A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E O PRÍNCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	36

3.1 Análise da legítima no Direito Comparado	36
3.1.1 Países que adotam a legítima	37
3.1.2 Países que não adotam a legítima	39
3.2 Aspectos positivos e negativos da legítima	40
3.2.1 Aspectos positivos	41
3.2.2 Aspectos negativos	42
3.3 A necessidade de se repensar a legítima com base no princípio da autonomia privada	44
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa insere-se no Direito das Sucessões, ramo do Direito Civil que trata das regras para nortear os procedimentos que serão realizados no momento da divisão do patrimônio de um indivíduo, quando esse vier a falecer, assim, um dos institutos do ramo sucessório é a legítima, a qual determina que a metade do patrimônio do *de cuius* obrigatoriamente será destinada aos herdeiros necessários, que são conceituados como a classe de herdeiros que possuem o direito à legítima, sendo eles os descendentes, ascendentes e cônjuge. Por conseguinte, o Direito Sucessório rege-se por princípios, dentre eles, o princípio da autonomia privada, que é entendido como o princípio que determina que deve-se conceder aos sujeitos de direito a liberdade de reger sua vida privada sem a constante interferência estatal.

Nesse sentido, ao analisar a legítima e o princípio da autonomia privada, ambas as categorias pertencentes ao Direito Civil, percebe-se que tais tópicos são aparentemente conflitantes entre si, posto que o primeiro é fruto de uma determinação estatal imposta sobre os indivíduos e o segundo busca exatamente deter a exacerbada intervenção estatal na vida privada dos membros de uma sociedade. Assim, é importante firmar um debate sobre o tema, tendo em vista que no campo do Direito não pode haver conflito de modo a prejudicar a coesão do sistema jurídico.

Assim, a problemática que se impõe nesse trabalho é a de que a manutenção da legítima acaba por causar situações de injustiça e severas limitações ao princípio da autonomia privada, em virtude de que se determinado sujeito, com seus próprios esforços, construiu seu patrimônio, deveria ter o direito de transferi-lo a quem escolhesse, independentemente de haver vínculo sanguíneo ou matrimonial. Portanto, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: É necessária a revisão da legítima dos herdeiros necessários, tendo por base o princípio da autonomia privada?

Para responder ao problema de pesquisa, no capítulo 1 e 2, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, após a exposição teórica dos principais tópicos para permitir a melhor elucidação do tema, se utilizará do arcabouço histórico para compreender o que levou o Brasil a adotar a legítima.

No capítulo 3 será analisado o Direito Comparado, para entender o contexto de cada país que justificou a adoção ou não da legítima, bem como quais são as normas de cada país e em que elas diferem do modelo brasileiro. Ainda, serão expostos os pontos positivos e negativos da legítima, embasando-se em autores e filósofos que debateram sobre o tema.

Por fim, será demonstrado como a legítima necessita de revisão, novamente recorrendo-se aos autores que efetuaram pesquisa sobre o tema.

1 EVOLUÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES E DA LEGÍTIMA

Para iniciar o presente trabalho se faz necessário construir uma base que permita o entendimento dos diversos institutos que compõem o direito civil e, mais especificamente, o direito sucessório.

Por conseguinte, para iniciar o estudo se conceituará o direito sucessório, passando-se por sua evolução tanto no direito estrangeiro quanto no direito pátrio. Após, serão abordadas a sucessão testamentária e a sucessão legítima, quanto a esta, objeto do presente trabalho, serão feitas algumas pontuações e relações com a figura dos herdeiros necessários.

1.1 Conceituação do Direito das Sucessões

Dentre os ramos do Direito Civil, encontra-se o Direito das Sucessões, cujas normas que o disciplinam estão contidas no último livro do Código Civil.

O Direito das Sucessões pode ser conceituado como o estudo do conjunto das normas e demais disposições acerca da transferência de bens do *de cuius* para seus herdeiros.

“Compreende-se por Direito das Sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte.

É justamente a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 36)

Ou seja, havendo o evento morte, os efeitos jurídicos que decorrerão a partir daí, principalmente em relação ao patrimônio do *de cuius*, serão objeto de regulação pelo Direito Sucessório, que é concebido como um dos ramos mais completos e complexos do Direito Civil, em razão de abarcar uma série de outros ramos do direito civilista, como o direito de família e o direito das obrigações, e, por esse motivo, é o último ramo a ser estudado.

Além de que, conforme pensamento de Tartuce (2017), tendo em vista que o direito sucessório regula as situações fáticas que giram em torno do último evento da vida, qual seja, a morte, logicamente, fecha o estudo do Código Civil.

Assim, pode-se observar que o Código Civil começa dispondo sobre as normas que regulam o nascimento e o início da personalidade do indivíduo, e termina dispondo normas que regulam o fim da personalidade do indivíduo.

Logo, se o Direito existe para regulamentar os eventos mais relevantes da vida humana, não poderia deixar de normatizar as consequências que advêm do evento morte, principalmente as consequências patrimoniais. Assim, sendo tal evento algo imprevisível, ao menos seus efeitos jurídicos poderão ser previstos. Nos dizeres de Nanni (2012, p. 778):

“De fato, se a morte é um acontecimento inevitável na vida humana, ficaria frustrada a garantia que se procura proporcionar à família se não fosse possível ao titular de determinado acervo patrimonial ter a certeza que os seus bens serão transmitidos, após a sua morte, aos seus herdeiros.”

Portanto, tendo-se entendido o que significa a acepção “Direito das Sucessões”, é importante entender por que alterações e mudanças históricas o mesmo passou para se chegar ao que se tem hoje.

1.2 Da Evolução do Direito das Sucessões no Direito Estrangeiro

A evolução histórica do Direito das Sucessões varia conforme cada país, tendo em vista as especificidades de cada nação e seu grau de evolução, assim, em razão de ser o sistema brasileiro o principal enfoque de estudo do presente trabalho, é que se faz necessária a análise da evolução histórica de dois sistemas que influenciaram o atual direito pátrio, quais sejam o direito sucessório romano e português.

Por consequência, a necessidade de se estudar as raízes históricas dos institutos pertencentes ao Direito se dá na medida em que não são figuras estanques, pelo contrário, são fruto de uma lenta evolução, que perpassa diversos momentos históricos, e sofre influência de diversos países e nações.

Em razão de ser o Direito uma ciência social, tem-se que usualmente os eventos ocorrem no âmbito da sociedade e geram problemas e questões a serem resolvidas, para depois, ante a necessidade de solucionar tais problemas, vir o Direito e propor uma resposta jurídica que resolva o problema, e para tal resolução, é preciso que sejam analisados os antecedentes históricos que giram em torno da questão a ser solucionada.

“Nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas físicas, o estudioso não pode provocar fenômenos para estudar as suas consequências. É óbvio que não se pratica um crime nem se celebra um contrato apenas para se lhe examinarem os efeitos. Portanto, quem se dedica às ciências sociais tem seu campo de observação restrito aos fenômenos espontâneos, e o estudo destes, na atualidade, se completa com o dos ocorridos no passado. É por isso que, se o químico, para exercer sua profissão, não necessita de conhecer a história da química, o mesmo não sucede com o jurista”. (ALVES, 2016, p.2)

Portanto, muitas vezes para se entender o presente é necessário se recorrer ao estudo do passado, em razão de lá estarem as raízes dos institutos existentes hoje.

Assim sendo, passa-se ao estudo da evolução histórica.

1.2.1 Direito Romano

De acordo com as ideias de Gonçalves (2017) e Carvalho (2017), o direito sucessório teve origem em Roma a partir da Lei das Doze Tábuas, que foi considerada uma das primeiras leis escritas existentes no mundo, ela prescrevia que o *pater familias* era livre para desfazer-se de seus bens *post mortem* como bem entendesse, por meio do testamento, que era uma figura de extrema importância, pois o Direito Romano antigo era baseado no núcleo familiar, sendo que não era de bom tom que alguém falecesse sem deixar testamento. Porém, se tal situação ocorresse, a Lei das XII tábuas relacionava quem deveria suceder o *de cuius*:

“Nesse tempo, ainda, estabeleceram-se classes de herdeiros preferenciais, na seguinte ordem, em caso de inexistir testamento:

- a) Os *sui*, ou *heredes sui et necessarii*, isto é, os filhos sob pátrio poder (atualmente ‘poder familiar’), a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cuius*. O Código Civil adotou a expressão ‘herdeiros necessários’. Nessa classe se incluíam os *heredes necessarii*, que eram os escravos libertados no testamento e concomitantemente herdeiros.
- b) Os *agnati*, ou as pessoas sob o então chamado pátrio poder (no Código Civil vigente ‘poder familiar’), ou que se subordinavam ao *pater familias*, sendo contemplado o agnado mais próximo.
- c) Os *gentiles* – ou pessoas que pertenciam aos membros da mesma *gens*, ou da estirpe.” (RIZZARDO, 2015, p. 3)

Ressalta-se que nesse sistema caso o falecido deixasse dívidas, e essas ultrapassassem o patrimônio da herança, deveriam ser arcadas pelos herdeiros com seu próprio patrimônio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017)

Após a Lei das XII Tábuas, veio o sistema pretoriano, no qual surge da *bonorum possessio*, que expande a ordem da vocação.

O sistema do direito pretoriano foi o período em que os pretores, espécie de juízes que interpretavam a lei, passaram a implementar diversas mudanças, dentre elas, a instituição da *bonorum possessio*, que podia ser entendida como a possibilidade de se ter a posse de bens do *de cuius* sem a necessidade de testamento, que normalmente era requerida por aqueles que estavam excluídos da herança. Nessa sistemática, o pretor estabeleceu a ordem de chamamento.

Primeiramente, na figura da *Bonorum possessio unde liberi*, eram chamadas todas as pessoas livres, em segundo, na *Bonorum possessio unde legitimi*, estavam aqueles incluídos na Lei das XII Tábuas, ou seja, os indivíduos que estavam sob a subordinação do *pater familias*, em terceiro, na *bonorum possessio unde cognati*, estavam os que não seriam considerados descendentes do *pater*, e, conseqüentemente, pela Lei das XII Tábuas, estariam excluídos da herança, em seguida, na *Bonorum possessio unde vir et uxor*, estava o cônjuge. (OLIVEIRA, I., 1998)

Após o sistema pretoriano, veio o sistema do direito imperial, com as seguintes modificações:

Foi instituído o direito de a mãe suceder aos bens do filho antes dos irmãos e irmãs paternos, além do inverso, o filho passou a poder suceder aos bens da mãe antes dos irmãos e irmãs paternos, além disso, ampliou-se a sucessão para os demais ascendentes após a figura materna. (OLIVEIRA, I., 1998)

Por fim, veio o sistema de Justiniano, que, segundo Marky (1995), unificou todos os períodos anteriores, tendo adotado definitivamente a figura da sucessão por consanguinidade. Estabeleceu-se a seguinte ordem de sucessão: em primeiro lugar seriam chamados à sucessão os descendentes do falecido, em seguida, em concorrência, seriam chamados os ascendentes, os irmãos dos mesmos pais e sobrinhos, em terceiro lugar seriam chamados os irmãos de apenas um dos pais e sobrinhos, em quarto lugar estavam os cognados, e não havendo nenhuma dessas classes de herdeiros, o cônjuge era chamado à sucessão.

Portanto, pode-se sintetizar que:

" No direito romano havia três sistemas de vocação hereditária: o do direito quiritário, baseado exclusivamente no princípio agnático; o do direito pretoriano, que corrigiu o sistema quiritário pela introdução de novas regras em favor dos parentes cognáticos; e o do direito imperial da época pós-clássica, culminando com a legislação justinianéia, que fez prevalecer, com exclusividade, o parentesco cognático."(MARKY, 1995, p. 185)

Pelo exposto, percebe-se que paulatinamente, o direito romano foi deixando de lado a sucessão testamentária, e adotando a sucessão legítima.

1.2.2 Do Direito Português

O Direito Português, principalmente no que toca ao ramo do direito sucessório, sofreu grande influência do Direito Romano, tanto que nos primórdios de seu direito foi utilizada a ordem de vocação hereditária do sistema Justiniano.

Um dos primeiros códigos a vigorarem em Portugal foi o Código Visigótico, que era a legislação do povo bárbaro conhecido como visigodos, povo que tomou parte do território Europeu, após a queda do Império Romano. (CARMINATE, 2011)

“Quando Roma dominou a Península Ibérica, vários povos já haviam habitado o lugar, como os Celtas, Iberos, Tartésios, Cartagineses, Fenícios, Gregos e os Celtiberos, destacando-se entre estes os Lusitanos, que habitavam o centro e o Norte do que é hoje Portugal. Os romanos sofreram resistência destes últimos, mas no século II a.C. os lusitanos absorveram a cultura dos invasores. A partir do século V, os povos bárbaros germânicos começaram a invadir a Península Ibérica, principalmente os Alanos, Vândalos e Suevos. Com isso, outra tribo, a dos Visigodos, fez acordo com os romanos e tomou a região, momento em que o direito visigótico passou a dominar a região, por intermédio do Código Visigótico.” (MACIEL, 2016, p. 20)

No que toca à questão sucessória, O Código Visigótico dispunha que sucederiam o *de cujus* os parentes em linha reta, primeiramente os descendentes, e, em não havendo esses, herdariam os ascendentes. Entre os descendentes, não havia distinção entre homens e mulheres. Assim, os parentes colaterais só entravam na sucessão se não houvessem parentes em linha reta.

Quanto à questão testamentária, dispunha que existia o direito de dispor dos próprios bens por testamento, mas, somente se não houvessem descendentes. Além disso, o Código também prescrevia que era proibida a deserdação dos descendentes.

Em relação ao cônjuge, apenas entrava na sucessão se não houvessem parentes consanguíneos até o sétimo grau.

Após o Código Visigótico, as legislações que vieram a ter grande relevo foram as Ordenações do Reino, sendo consideradas propriamente direito português, foram três ordenações: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas.

Conforme o estudo de Carminate (2011), as Ordenações Afonsinas pouco

inovaram na questão sucessória, tendo absorvido a ordem sucessória presente no Código Visigótico, as mesmas disponham que o *de cuius* tinha a liberalidade de, por meio de testamento, dispor de 1/3 do seu patrimônio da forma que quisesse.

As Ordenações Manuelinas também não efetuaram grandes mudanças no campo do direito sucessório.

Por fim, as Ordenações Filipinas, semelhantes as outras, também não trouxeram nada de novo para o campo do Direito das Sucessões.

Conforme demonstra Carminate (2011, p. 23), é “interessante observar que, apesar de fortemente influenciadas pelo direito romano, as Ordenações não seguiram a ordem de vocação hereditária estabelecida por Justiniano, tendo sido adotada a ordem estabelecida no código visigótico [...]”.

Após as Ordenações, merecem destaque o Código Civil de 1867, de 1966 e a reforma do Código Civil de 1977.

Nas lições de Costa (1997), o Código Civil de 1867, o primeiro código civil português, em matéria sucessória trouxe como inovação a abolição do princípio da essencialidade da instituição de herdeiro, de raízes romanas. Quanto a ordem sucessória permanecia sendo primeiro os descendentes, em segundo os ascendentes, e na falta dos dois, os irmãos e os sobrinhos.

O Código Civil de 1966 trouxe como mudança a separação dentro da sucessão legal dos institutos da sucessão legítima e sucessão legitimária, além de que prescreveu que na sucessão dos descendentes, a quota da legítima era de metade ou 2/3 da herança, quando concorresse apenas um filho ou mais de um. Logo, a quota disponível era de metade ou de um terço. Na sucessão dos ascendentes, aos pais cabiam metade da herança, já aos demais ascendentes, na falta dos pais, apenas 1/3. De modo que as quotas disponíveis eram de metade ou de 2/3.

Em 1977 foi realizada uma reforma do Código Civil de 1966, na qual consagrou-se a igualdade entre os filhos e entre homens e mulheres, inovou-se na questão da sucessão do cônjuge, tendo o colocado para suceder junto com os ascendentes e descendentes. Assim, quando concorresse com os filhos, a quota do cônjuge não poderia ser inferior a 1/4 da herança, Já se não houvessem descendentes, o cônjuge concorria com os ascendentes, sendo 2/3 para ele e 1/3 para os ascendentes. (COSTA, 1997)

Portanto, o Código de 1966 é a legislação que encontra-se em vigor atualmente, com as alterações trazidas pela reforma de 1977.

1.3 Da Evolução Do Direito das Sucessões no Direito Brasileiro

O Direito Brasileiro passou por uma lenta evolução quando se trata de direito sucessório.

Conforme se demonstrará a seguir, tivemos dois Códigos de grande importância, o Código Civil de 1916 e o Código Civil 2002, sendo esta a legislação civilista que está em vigor. Sendo que desde a independência do Brasil em 1822 até a elaboração do Código Civil de 1916, o país regeu-se por disposições esparsas que não regulamentavam de forma plena os atos que ocorriam na ordem civil, diversos projetos foram elaborados ao longo dos anos 1800, porém, por diversas razões não foram promulgados, como será exposto a seguir.

1.3.1 Antes do Código Civil de 1916

O Brasil durante muito tempo incorporou a legislação de Portugal, de modo que, diferentemente de outras nações, tardiamente veio a ter sua própria Constituição e legislação esparsas.

Inicialmente, foi elaborada a Constituição do Império do Brasil, de 1824, a qual determinou que houvesse a elaboração de um Código Civil. Sendo que em 1850, houve a criação do Código Comercial Brasileiro, porém não pôde ser considerado como um ordenamento tipicamente civil. (POLETTO, 2013)

Em 1858, Augusto Teixeira de Freitas elaborou uma consolidação da leis civilistas esparsas, sendo que tal ordenamento continha uma seção específica que tratava do Direito das Sucessões, como exemplo, tinha-se o art. 1.006, o qual dispunha que os herdeiros legitimários seriam somente os descendentes e ascendentes, por sua vez, o art. 1.008 prescrevia que era necessária a expressa instituição dos herdeiros necessários. (POLETTO, 2013)

Em seguida, foram apresentados diversos projetos de um Código Civil Brasileiro, em 1882 foi apresentado o Projeto Felício Santos, em 1893 o Projeto de Antônio Coelho Rodrigues, o qual prescrevia em seu art. 2.499 a figura da legítima dos ascendentes e descendentes, sendo que o art. 2.501 dispunha a possibilidade de redução da legítima para usufruto dos bens legitimários, ambos os projetos não lograram êxito. (POLETTO, 2013)

Posteriormente, em 1907, criou-se a Lei Feliciano Pena, trazendo a

inovação no campo do Direito das Sucessões, ao colocar o cônjuge a frente dos colaterais na ordem sucessória. (POLETTTO, 2013)

Em seguida, foi elaborado o Código Civil de 1916.

1.3.2.Código Civil de 1916

A importância de se expor as normas sucessórias do Código Civil de 1916, para além do estudo histórico, se dá na medida em que a incidência das normas de tal código ainda poderá ocorrer, em razão de ser aplicada a lei vigente ao tempo da morte.

No Código Civil de 1916 não havia a denominação herdeiros necessários, porém, existia a disposição de que o testador não poderia dispor de mais da metade de seus bens se existissem ascendentes e descendentes, logo, de forma implícita reconhecia que eram herdeiros necessários os descendentes e ascendentes, de modo que, o cônjuge só entraria na sucessão se não houvessem aquelas classes de herdeiros. Além disso, não era possível que classes diferentes de herdeiros concorrem entre si:

"o estabelecimento da ordem de chamada para suceder era verdadeiramente seccionada, vale dizer, era feita por etapas vocatórias que não se interpenetravam e que não admitiam concorrência, como se os herdeiros de primeira ordem subordinassem os herdeiros de segunda, os de terceira, ou e os de quarta ordens, inexistindo entre eles qualquer espécie de concorrência, ou seja, inexistindo qualquer chance de coordenação entre herdeiros de classes diferentes, num mesmo momento de convocação." (HIRONAKA, 2005, p. 24)

Outra questão relevante no Código Civil de 1916 é que ainda não existia a igualdade entre filhos, prescrevia o art. 337 que eram legítimos "os filhos concebidos na constância do casamento[...]" e, ainda, no art. 358 dispunha que os filhos adulterinos não podiam ser reconhecidos. Quanto aos filhos adotivos, conforme análise de Pacheco (2003, p. 235), "[...] proibindo o Código Civil de 1916, a adoção pelo casal que tivesse filhos, atribuiu ao filho adotivo, quando concorresse com o filho legítimo aparecido após a adoção, a metade da quota deste."

Quanto a questão da sucessão dos colaterais, o Código de 1916, em sua redação original dispunha que haveria a sucessão até o sexto grau.

Em relação a sucessão testamentária, previa o Código que coexistiria com a sucessão legítima, bem como que era livre a instituição de herdeiros e a disposição

dos bens, desde que respeitasse a cota dos herdeiros necessários. (PEREIRA, 2017)

No Código de 1916, em seu art. 1.611, a ordem de vocação hereditária adotada era a de primeiramente serem chamados a suceder os ascendentes, em seguida, os descendentes em, por fim, o cônjuge, sendo que esse último não era considerado herdeiro necessário, o que gerava diversas críticas de escritores civilistas. Como explicação para tal exclusão, Venosa (2013, p. 161) aduz que "entendeu o Código de 1916 de não considerar o cônjuge herdeiro necessário, acreditando que possuindo meação já lhe estaria assegurado um patrimônio de manutenção e sobrevivência". De modo que, por ser no código anterior, o regime de bens principal o da comunhão universal, muitos entendiam que não teria razão a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário. (FERMENTÃO, 2010)

Por ter gerado duras críticas a exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários, "a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) introduziu o direito hereditário concorrente de usufruto, assim como o direito real de habitação, de acordo com o regime de bens". (VENOSA, 2017, p. 169)

Em relação ao companheiro, não era contemplado como herdeiro de forma alguma, vindo a ser protegido pelo Direito apenas com o advento da Constituição de 1988.

Após a Constituição de 1988, se fez necessária a criação de um novo Código Civil que se adequasse a norma forma democrática de se pensar o direito, a qual surgiu com a Constituição Cidadã, pelo fato de o Código de 1916 estar ligado a pensamentos já ultrapassados, assim, foi elaborado o Código Civil de 2002.

1.3.3 Código Civil de 2002

Conforme apontamento de Euclides de Oliveira (2004), as inovações trazidas pelo Código de 2002 foram na questão da vocação hereditária, dando especial destaque a figura do nascituro.

Ainda, na sucessão testamentária:

"[...] o Código vigente resolve antigo questionamento sobre a extensão temporal do conceito de prole eventual, a saber, até quando se lhe garante a vocação hereditária. Por disposição de seu art. 1.799, inc. I, com explicitação no art. 1.800, somente prevalece por dois anos a nomeação, pelo testador, de filhos ainda não concebidos, de pessoas por ele designadas e vivas para sucedê-lo." (OLIVEIRA, I. 2004, p. 59)

Porém, a maior das inovações trazidas pelo Código foi a concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes, ou seja, além de ser chamado a suceder, em terceiro grau, quando não houverem ascendentes e descendentes, pelo novo diploma, o cônjuge também partilhará a herança junto com os ascendentes e descendentes. No caso dos descendentes, será excluído da partilha da herança em alguns regimes de bens. (CARVALHO NETO, 2015)

Em razão disso, o cônjuge passou a figurar junto com os ascendentes e descendentes como herdeiro necessário, tendo agora uma série de direitos, tais como:

“Ao cônjuge o legislador confere a qualidade de herdeiro necessário (art. 1845), o que de pronto lhe assegura direito sobre a metade dos bens da herança, a chamada legítima, da qual só será afastado por indignidade ou por deserdação (art. 1846). Vedada a gravação de sua legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, salvo se houver justa causa, declarada no testamento (art. 1848).” (VIEGAS, 2007, p.8)

Percebe-se então que o Código Civil de 2002, atento as significativas modificações que ocorreram na sociedade, regulou situações que ainda não eram de forma eficiente tratadas pela legislação como a situação do companheiro e do nascituro.

Acerca das disposições quanto aos herdeiros necessários, o Código Civil de 2002 trouxe o cônjuge como herdeiro necessário, assim como os descendentes e ascendentes, além de que estabeleceu que o cônjuge irá concorrer com os ascendentes e descendentes, quanto a estes de forma condicionada, a depender do regime de bens, e ainda, desde que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos. (BOECKEL, 2006)

Pelo exposto, atendendo as reivindicações de escritores civilistas, o Código Civil de 2002 alinhou-se as ideias trazidas pela Constituição de 1988.

1.4 A Sucessão Legítima e a Sucessão Testamentária

Dentro do direito das sucessões existem duas espécies sucessórias, quais sejam a sucessão legítima e a sucessão testamentária, ambas são aceitas no ordenamento jurídico pátrio, apesar de possuírem inúmeras diferenças entre si e diversas peculiaridades, como será demonstrado a seguir.

1.4.1 A Sucessão Legítima

A sucessão legítima é aquela decorrente da lei, sendo que o Código Civil abstratamente previu quem seriam as pessoas que prioritariamente partilhariam os bens do *de cuius*.

Tal tipo de sucessão ocorrerá quando o *de cuius* não tiver deixado testamento. Inicialmente, ao se analisar a legítima, pensa-se que seria uma forma de sucessão supletiva, que teria lugar em casos excepcionais, quando não houvesse testamento. Ocorre que, o testamento não foi adotado como prática comum pela sociedade brasileira, de modo que é a sucessão legítima que impera no nosso país. A sucessão legítima também será aplicada quando existirem bens que não foram contemplados no testamento, bem como quando esteja presente algum vício nas disposições do testamento. Assim, a legítima é uma figura de especial importância para o direito das sucessões, posto que incide com bastante frequência.

“Pela sucessão legítima, a lei determinará quem serão herdeiros, a ordem de vocação hereditária, bem como a parcela dos bens que caberá a cada um. Na ausência de disposição de vontade por parte do sujeito, por meio do testamento, a lei é aplicada como critério sucessório.” (DANTAS, 2015, p. 22)

Pelo exposto, pode se notar que a intenção inicial é que a legítima seja de aplicação subsidiária, o que não ocorre de fato, posto que vem sendo o instituto mais aplicável para reger as relações sucessórias.

1.4.2 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária apresenta-se como a outra forma de se suceder, sendo uma forma mais livre, em que a própria pessoa estipula quem serão os herdeiros, quais bens pertencerão a quem, dentre outras disposições.

Tartuce (2017, p. 349) conceitua que o “testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto *mortis causa*.”

Apesar de se levar em conta a liberdade do testador, o testamento deve observar as formalidades legais, mas, sempre respeitando a vontade do *de cuius*, tanto que há previsão expressa de que o testamento deve ser interpretado sempre buscando preservá-la, conforme art. 1.899 do Código Civil. (PACHECO, 2003)

Não é prática comum em nosso país a elaboração do testamento, discorrendo sobre essa figura, Venosa (2012) elenca os motivos que poderiam justificar a não utilização dessa modalidade sucessória:

“[...] ao lado das causas que comumente se apontam, tais como a excelência da sucessão legítima, como tendência natural dos titulares de patrimônio, ou o apego à vida, porque testar é se lembrar da morte, há o fato de que o excesso de solenidades do testamento, com risco sempre latente de o ato poder sofrer ataques de anulação após a morte, afugenta os menos esclarecidos e mesmo aqueles que, por comodismo, ou receio de ferir suscetibilidades, não se abalam em pensar em disposições de última vontade.”

De fato, pelo ordenamento jurídico brasileiro prezar pela proteção do patrimônio, é que existem inúmeras formas de se anular um testamento e um certo rigorismo para defini-lo como válido, principalmente quando se trata de um testamento particular, aquele feito sem a presença de uma autoridade pública.

Por conseguinte, pode-se enumerar como características do testamento o fato de ser ato unilateral, voluntário, personalíssimo, solene e revogável a qualquer tempo, em que podem conter disposições tanto patrimoniais quanto não patrimonial, como o reconhecimento de um filho. (POLETTTO, 2013)

Quanto aos tipos de testamento, tem-se o testamento público, cerrado e particular, além dos testamentos especiais, quais sejam: marítimo, aeronáutico e o militar. (POLETTTO, 2013)

Como requisitos gerais do testamento tem-se que deve ser escrito pelo próprio testador, lido por no mínimo três testemunhas e assinado pelas mesmas. (SOUZA, 2014)

1.5 Herdeiros Necessários e a Legítima

A figura dos herdeiros necessários e a legítima estão intimamente relacionados, sendo os herdeiros os sujeitos a quem o objeto da legítima será ligado, de modo que, não faria sentido a existência da legítima se a lei não houvesse criado um rol de pessoas a quem esta fosse destinada.

Os herdeiros necessários são uma classe de herdeiros que por lei tem preferência na sucessão dos bens do falecido, mais que isso, existindo tais herdeiros e havendo herança, eles necessariamente irão herdar os bens deixados. São eles, conforme disposição do art.1.845 do Código Civil, os descendentes, ascendentes e o

cônjuge. Para eles é reservada a legítima, ou seja, a garantia de que metade do patrimônio do *de cuius* os pertencerá.

“Os herdeiros necessários são os elementos pessoais qualitativos e impeditivos da transmissão da sucessão legítima. São qualitativos, pois as pessoas beneficiadas pela lei com o requisito da imprescindibilidade terão resguardados os seus direitos quanto a eventual herança. Já o efeito impeditivo se relaciona à impossibilidade de que o testador possa dispor no testamento de mais de 50% dos bens.” (SOUZA, 2014, p. 45)

Assim, a razão da existência de tais indivíduos pode ser compreendida pela necessidade de permanência do patrimônio dentro do próprio núcleo familiar, ou pelo fato dos herdeiros necessários serem aqueles que estavam mais próximos do *de cuius* ou, em muitos casos, por dependerem dele financeiramente.

1.5.1 Breve histórico da figura dos herdeiros necessários

A figura dos herdeiros necessários no contexto histórico foi surgindo paulatinamente, sendo que no direito romano primitivo não existia, em razão de ser dada total preferência para a sucessão testamentária.

A primeira forma que surgiu de se limitar a sucessão testamentária foi a determinação de que o indivíduo que fosse elaborar um testamento devia expressamente determinar qual dos familiares iria excluir da sucessão. Posteriormente, com a figura da "*querela inofficiosi testamenti*", era possível se anular o testamento em que não estivessem presentes os familiares mais próximos. No período de Justiniano já apareceu uma figura que se aproximou da legítima, protegendo os ascendentes, descendentes e parentes colaterais. (BOECKEL, 2006)

Merece destaque o direito germânico, em que ao contrário do direito romano, inicialmente tinha-se uma restrição à liberdade de disposição do patrimônio do *de cuius*, sendo que, ao longo do tempo, foi admitindo-se mais liberdade. (BOECKEL, 2006)

No que toca aos herdeiros necessários dentro da legislação brasileira, o estudo desse instituto começa a partir das Ordenações Filipinas, em que não havia propriamente a nomenclatura herdeiros necessários, mas poderiam ser considerados como tais os descendentes, ascendentes e parentes até o 10º grau da linha colateral, sendo que apenas na ausência dos mesmos é que o cônjuge herdaria.

Posteriormente, na consolidação das Leis Civis proposta por Feliciano

Pena os herdeiros considerados necessários eram os descendentes e colaterais até o 10º grau. Em 1907, o cônjuge passou a suceder antes dos colaterais, porém não era herdeiro necessário, além de estes entrarem na sucessão apenas até o 6º grau. (RODRIGUES E., 2013)

“No século XIX, vigorava em nosso país regra que garantia aos herdeiros necessários uma quota correspondente a dois terços da herança. O Projeto Beviláqua, de 1889, seguiu essa mesma orientação. Porém, em 1907, através da Lei Feliciano Pena, a parte indisponível foi reduzida para metade do patrimônio hereditário, limite que foi mantido pelo Código Civil de 1916 e também pelo de 2002. O novo Código Civil, todavia, trouxe algumas inovações em relação ao rol dos herdeiros necessários, à possibilidade de imposição de certas restrições à legítima.” (BOECKEL, 2006, p.137)

Portanto, a lei sempre buscou selecionar um rol de herdeiros que mereciam uma proteção maior na sucessão e que deveriam ter preferência na ordem de vocação hereditária.

1.5.2 Restrições ao direito à legítima

A legítima, apesar de ser a regra no Direito Sucessório Brasileiro, e ser usualmente mais aplicada que a figura do testamento, possui formas de limitação, como a imposição de cláusulas limitadoras da legítima.

A clausulação da legítima é a possibilidade de o *de cujus* inserir em testamento cláusulas que restrinjam a legítima, são elas a incomunicabilidade, a impenhorabilidade e a inalienabilidade. Todavia, não pode inseri-las ao seu arbítrio, devendo justificar o motivo de tal conduta. (RODRIGUES S., 2003)

A cláusula da incomunicabilidade é aquela que disporá que o bem herdado não irá comunicar entre os cônjuges. (RODRIGUES S., 2003)

A cláusula da impenhorabilidade é aquela que prescreve que, nas palavras de Tartuce (2017, p. 444): “o bem relacionado não pode ser objeto de penhora judicial, ou seja, não pode ser constrito para os fins de satisfação patrimonial de terceiros, caso de credores da parte relacionada.”.

Já a cláusula da inalienabilidade é aquela que impedirá que o herdeiro que vir a tornar-se proprietário do bem o aliene, ou transfira a titularidade do mesmo de qualquer forma, de modo que terá os demais atributos da propriedade como o uso, gozo e reivindicação, porém não terá o atributo da disposição. (RODRIGUES S., 2003)

A inserção de tais cláusulas no testamento, que restringem a legítima é

considerada uma proteção ao núcleo familiar, na medida em que equilibra a vontade do testador, que não é totalmente livre e também os interesses dos herdeiros. Porém, também são alvo de críticas, em razão de impedirem a circulação de bens, que, para os defensores de um Estado atuante representa uma privação para o governo, que não arrecadará impostos derivados das transmissões imobiliárias, “constituindo-se em elemento de insegurança das relações jurídicas, afetando os interesses da sociedade pela obstrução no movimento das riquezas”. (GIORGIS, 2004, p.148)

Outra restrição à legítima é o instituto da deserdação, o qual é aplicado quando os herdeiros necessários cometem alguma falta grave contra o titular do patrimônio da herança, tais como ofensa física, injúria e desamparo, assim, em ocorrendo tais condutas, o autor da herança poderá em testamento deserdar os herdeiros, desde que fundamente tal exclusão. (MELLO, 2017)

1.5.3 A intangibilidade da legítima

A intangibilidade da legítima pode ser concebida como um dos princípios que norteiam o Direito das Sucessões, que tem o significado de representar a legítima um núcleo protegido previamente pela lei, o qual não pode ser afastado por vontade da parte, qual seja, o *de cujus*, em outro dizer, significa que, tendo a lei reservado 50% do patrimônio para os herdeiros necessários, tal reserva, constituindo-se como uma espécie de proteção, deve ser respeitada.

Como bem observa Nanni (2012, p. 839) citando Maximiliano, “a legítima é intangível: não pode ser diminuída na essência, ou no valor, por nenhuma cláusula testamentária.”

Desse modo, pode-se dizer que tal princípio é um verdadeiro limitador de outro princípio, o da autonomia privada, que no campo sucessório, é representado pela sucessão testamentária, assim, caso um indivíduo decida realizar um testamento, esbarrará na intangibilidade da legítima, e se verá privado de poder dispor livremente de seu patrimônio, pelo menos no que toca a metade de seu patrimônio.

Portanto, pode-se perceber que o ordenamento civilista brasileiro adotou um sistema sucessório ponderado, equilibrado, em que tem-se a sucessão legítima e testamentária, uma representando a vontade da lei e outra representando a vontade do indivíduo, o que representa o novo modelo de Estado adotado em nosso país, em que há uma certa intervenção do Estado na vida privada, regulando algumas situações

mas que permite também que em alguns pontos da vida das pessoas, essas possam exercer sua liberdade.

2 O PRÍNCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada pode ser entendida como o principal princípio do Direito Privado, e, mais propriamente, do Direito Civil. É compreendida como a liberdade que o indivíduo tem de constituir diversas relações jurídicas e escolher como elas ocorrerão. Também é entendida como o direito do particular de não ter a intervenção do Estado em suas relações particulares.

Pode ser conceituada como:

"[...] a possibilidade de as pessoas, numa relação jurídica estabelecida, pautarem, como bem lhes aprouvesse, dentro dos limites legais, a própria conduta, tornando-se cada uma delas, num procedimento de mútua barganha, árbitra dos próprios interesses." (MIRANDA, 2003, p. 53)

Sua importância se traduz não apenas no Direito Civil, pois tem aplicação, ainda que reduzida, no Direito Constitucional:

" Quanto à importância do tema e do seu estudo, a autonomia privada constitui-se em categoria lógica e princípio fundamental do direito civil e do direito constitucional [...] e também em categoria histórica e dogmática, consagrada que foi como expressão de liberdade individual." (AMARAL, 2006, p. 348)

Assim, é preciso vislumbrar o Direito Civil como um ramo em que, diferentemente dos ramos do Direito Público, impera maior liberdade do indivíduo, pois rege situações que, usualmente, fazem parte pessoas que estão no mesmo nível, em igualdade, como é o caso da pactuação de negócios jurídicos e contratos.

O princípio da autonomia privada possui grande amplitude, de modo que para compreendê-lo é necessário analisar sua origem, ou seja, em que momento surgiu e começou a ser utilizado, por isso se remeterá a Roma, cidade que foi berço do nascimento do Direito, ademais, sua conceituação também é objeto de debate, adiantando-se que não há uma conceituação uniforme, pois não há nem mesmo o consenso se a autonomia seria um princípio. Em seguida, serão expostos os desdobramentos da autonomia privada, seus diferentes modos de aplicação, principalmente nos diferentes sub-ramos do direito civil, abordando-se brevemente a questão da diferenciação feita entre autonomia da vontade e autonomia privada.

Por fim, será trazida à baila a questão da limitação da autonomia privada,

com a discussão atual de constitucionalização do direito civil ou também chamada de publicização do direito civil.

2.1 Autonomia privada como princípio

Existem diversas ferramentas que auxiliam na compreensão e interpretação do direito civil, dentre essas ferramentas estão os princípios, assim, a autonomia privada pode ser entendida como um princípio na medida em que orienta como se deve interpretar as diversas normas civilistas, especialmente no Direito das Sucessões, no que toca a sucessão testamentária, como a regra que determina que na análise do testamento se deve buscar interpretar a vontade do testador, constante no artigo 1.899 do Código Civil.

“Entendida a autonomia privada como um princípio fundamental de direito civil, todas as suas normas devem com ela harmonizar-se e, mais, promovê-la. Além disso, o intérprete, diante de casos concretos que permitem uma multiplicidade de entendimentos, deve conferir à norma a interpretação com maior conformidade possível à autonomia privada.” (CARMINATE, 2011, p.132)

Sendo, portanto, classificada como um princípio, seguindo a regra geral proposta pelos filósofos Dworkin e Alexy, não terá sempre aplicação, e poderá ser afastada ou reduzida quando em confronto com outro princípio, como o princípio da função social, com a técnica chamada de “ponderação”, que consiste na análise em um caso concreto de qual princípio melhor se aplicaria ao caso. (BETIOLI, 2015)

“Pela ponderação de valores ou interesses se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, à vista do caso concreto, impondo a supremacia de um sobre o outro. Note-se que o aplicador do Direito não pode arbitrariamente escolher um dos interesses em jogo e anular o outro; deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade; não há aqui superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas simplesmente a determinação da solução que melhor atende a situação apreciada.” (BETIOLI, 2015, p. 201)

Logo, a consequência lógica do enquadramento da autonomia privada como um princípio é a de que usualmente se buscará aplicá-la na medida do possível, ou seja, em algumas situações tal princípio cederá espaço para outro de maior importância e relevância, ou mesmo será aplicada conjuntamente com os princípios de ordem pública, o que demonstra que os princípios geralmente não se contrapõem, apenas se complementam. Ademais, não significa que por ser um princípio a

autonomia privada possui menos força normativa, pelo contrário, a tendência atual no Direito é de que as normas positivadas em forma de leis, devem respeitar os princípios concebidos como importantes para o meio social.

2.2 Conceito de Autonomia Privada

A autonomia privada significa a liberdade que é garantida a um sujeito de atuar sem que fatores externos maculem a sua vontade ou impeçam o exercício dessa liberdade, representa antes de tudo um anseio que cada ser humano possui de guiar-se por si mesmo. “Etimologicamente, o termo autonomia tem origem no grego *autós*, que significa próprio, a si mesmo, e *nomos*, que significa norma, lei, ou seja, significa sob esse aspecto, autogoverno ou o direito de criar as suas próprias normas.” (BORGES, 2007, p. 60)

Tal conceito varia com o passar do tempo e mudança do comportamento dos indivíduos.

“A liberdade é talvez um dos direitos mais antigos reconhecidos à pessoa, ainda quem em dados momentos históricos os destinatários da liberdade tenham ficados restritos a determinados grupos. Por isso mesmo é, também, inexoravelmente, um dos direitos que historicamente mais sofreu evolução e redimensionamento em seu conteúdo, tanto que a liberdade está pulverizada em praticamente todas as relações jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada.” (PAUL, 2008, p. 14)

Ao se conceituar a autonomia privada é preciso abordar a sua relação com a autonomia da vontade, sendo que estudiosos entendem que seriam sinônimos, já outros entendem que possuem sentido diversos.

“Para alguns, autonomia da vontade seria o gênero, do qual se constituiriam espécies a autonomia pública e a autonomia privada. Seriam variações em razão do sujeito que assume o poder de determinar o ato, se ente particular ou ente público. Entretanto, ambas vincular-se-iam diretamente à vontade.” (NAVES, 2014, p.83)

Para Vicente Ráo, autonomia privada seria o exercício da autonomia da vontade, ou seja, a autonomia da vontade seria a parte teórica e a autonomia privada a aplicação da teoria na realidade. Já para Francisco Amaral a autonomia da vontade seria a liberdade individual e a autonomia privada o poder normativo do particular. (NAVES, 2014)

O certo é que, independentemente da discussão entre autonomia privada e autonomia da vontade, ambas representam o núcleo de liberdade existente no

Direito que permite a atuação do indivíduo sem as amarras impostas pelo Estado e pelo ordenamento jurídico. Ademais, “a autonomia privada autoriza ao indivíduo a criar normas jurídicas, detentoras de eficácia plena no ordenamento, atando os particulares que a elas se obrigarem.” (CATALAN, 2002, p. 435)

A autonomia privada dispõe de três formas de funcionamento, funciona como um poder jurídico conferido ao particular pelo próprio ordenamento, como um princípio aberto, ou seja, não é algo que é imposto ao cidadão, a pessoa pode escolher como se utilizará dessa autonomia, e tem ainda a função interpretativa, buscando extrair-se da norma a aplicação que confira um âmbito maior de liberdade. (AMARAL, 2006)

2.2 A Autonomia Privada em Roma

O nascimento da ideia de autonomia privada, assim como diversos institutos do Direito Civil, pode ser atribuído aos romanos.

Tem-se um brocado romano que pode ser associado a ideia de autonomia privada, o chamado “*ius civile is vigilantibus scriptum*” ou, “o direito é escrito para os vigilantes”, que, nas palavras de Baldus (2011, 43), passaria a ideia de que “qualquer pessoa poderia, em princípio, dispor livremente de seus bens e deveria sofrer as consequências das próprias decisões.”

Por conseguinte, na história romanística inicialmente se teve uma forte ligação à religião, o que não permitia ao indivíduo atuar de forma plenamente livre, pois estava adstrito as regras religiosas, posteriormente, as raízes sacrais foram sendo abandonadas e passou-se a adotar sistemas em que imperava a autonomia privada do indivíduo. “O direito romano se amolda onde a liberdade e a propriedade sejam respeitadas, onde a formação contratual e as disposições testamentárias sejam possíveis”. (BALDUS, 2011, p. 49)

Outra contribuição importante do direito romano foi a ideia de que a autonomia privada valia para o direito em si, em outras linhas, a prática era que as pessoas no seio da sociedade tivessem a liberdade de resolver seus problemas entre si e regular suas relações jurídicas, sem a intervenção constante do Estado, de forma que o direito seria a *ultima ratio*, só entraria em cena se os particulares não chegassem a um consenso e escolhessem levar sua lide ao Estado. (BALDUS, 2011)

Em outro aspecto, certos indivíduos dentro da sociedade romana possuíam

maior liberdade para tratar de diversas questões em relação à seus pares, como a figura do *pater familias* e o *imperium* do cônsul, que possuíam o poder de tomar “[...] decisões sobre a vida e morte de filhos ou, respectivamente, de cidadãos.” (BALDUS, 2011, p. 52)

Por fim, deve-se entender que a autonomia privada no direito romano era visualizada em casos concretos, pois não haviam muitos escritos que tratavam sobre o tema, de modo que não se havia a consciência de que tal instituto era um princípio basilar do direito romano.

“Que um diálogo com o direito romano seja útil para se obter um olhar inteligente sobre a lei, ou para se obter uma tal capacidade de diferenciação, deveria ser por si só compreendido. É este direito que criou importantes elementos materiais do BGB, bem como das demais codificações de base romanísticas – sejam europeias, sejam latino-americanas -, mas a criação de tais elementos materiais se deu sem a criação de generalização. São os casos concretos romanos que estão por detrás de nossas normas jurídicas.” (BALDUS, 2011, p. 71)

O certo é que a forma de pensar e aplicar o direito em Roma serviu de influência e base para o direito moderno, cujos brocados e conceitos firmados no direito romano são utilizados por diversos ordenamentos jurídicos atuais, por conseguinte, sendo a autonomia privada utilizada no direito romano, ainda que de forma implícita, também fez e faz parte do direito moderno, especialmente do direito civil.

2.3 Desdobramentos da Autonomia Privada

A autonomia privada pode ser vista sob duas óticas: uma ótica positiva e outra negativa, a ótica positiva seria o fato do sujeito poder agir livremente na estipulação de contratos e demais práticas de sua vida privada, já a ótica negativa se impõe ao Estado, que deverá respeitar a vontade do indivíduo, e se abster de intervir em suas relações privadas, sendo que essa posição negativista vem sendo atualmente deixada de lado. (CATALAN, 2002)

A autonomia privada também pode ser diferenciada pelo aspecto objetivo e subjetivo, o subjetivo representa a manifestação de vontade interna do sujeito, sem levar em conta o meio que o rodeia e sua exteriorização, já o objetivo é entendido como a manifestação de vontade de forma exterior. (BORGES, 2007)

Há ainda a chamada autonomia existencial, a qual tem incidência que

ultrapassa o Direito e significa a autonomia da pessoa para fazer escolhas e proteger sua privacidade, representa ainda o “conteúdo da liberdade individual no que se refere às livres opções do indivíduo para a concretização do que reputar compatível para se realizar como pessoa.” (HUPSEL, 2013, p. 137)

Outro importante desdobramento da autonomia privada é sua diferente forma de atuação dentro do Direito Civil, sendo que dentro dos direitos reais atua de uma forma e quanto aos direitos pessoais possui atuação distinta, dentro dos direitos pessoais, como o ramo dos contratos ou das obrigações, a autonomia privada tem incidência mais ampla, sendo o contrato considerado "o instrumento dessa autonomia, o meio pelo qual ela se manifesta", pois é livre sua criação, ou seja, o indivíduo pode criar espécies de contratos que não estão previstos na lei, e decidir como será regida a relação que surgirá desse novo contrato estabelecido. (GUILHERME, 2003, p. 283)

É no direito das obrigações que a autonomia privada ganha maior destaque, ao se reconhecer a vontade e sua manifestação como elementos essenciais que integram a pactuação de negócios jurídicos. Porém, tal vontade não é absoluta.

“[...] embora a vontade sempre tenha sido considerada o elemento propulsor dos negócios jurídicos – e, por isso, dos testamentos – não existe dúvida de que sua compreensão tem de ser realizada à luz dos elevados princípios constitucionais protetivos da pessoa humana, considerada em seus variados e diversos interesses, necessidades, exigências, qualidades, condições econômicas e sociais [...]” (GUILHERME, 2003, p. 230)

No ramo dos contratos a autonomia privada se reveste de liberdade contratual, englobando a liberdade de contratar, ou seja, a liberdade de decidir se celebrará ou não o contrato, e se celebrado, qual será seu conteúdo. (OLIVEIRA M., 2014). “Destarte, observa-se que as pessoas até podem escolher o que contratar, com quem contratar e outros aspectos da relação jurídica, mas não poderão disciplinar de forma individual aspectos e existência e validade do negócio jurídico.” (DANTAS, 2014, p. 7)

Porém, no que toca ao direito dos contratos é importante abordar a questão do dirigismo contratual, movimento inaugurado recentemente que tem por objetivo diminuir as desigualdades que ocorriam nas celebração de contratos, em que um dos lados da relação jurídica apesar de ser a mais vulnerável, acabava assumindo obrigações excessivamente onerosas, por ser entendimento de que no ramo contratual as partes estão no mesmo nível.

“O dirigismo contratual, portanto, se destaca pela intervenção do Estado por meio de legislação específica com objetivo de fazer prevalecer o interesse coletivo, protegendo o economicamente mais vulnerável do domínio do economicamente mais forte, minimizando as desigualdades entre as partes que celebraram os contratos.” (OLIVEIRA M., 2014, p. 86)

Por conseguinte, nos direitos reais a atuação da autonomia privada é mais restrita, tendo em vista que envolvem questões patrimoniais que são amplamente protegidas no ordenamento brasileiro. "O direito real não pode ser objeto de livre convenção, está limitado e regulado expressamente por norma jurídica", o que significa dizer que, diferentemente dos contratos, no direito real o indivíduo não pode, por exemplo, criar novas formas de oneração de um bem imóvel. (GUILHERME, 2003, p. 290)

Assim, buscando explicar a limitação existente nos direitos reais, Guilherme (2003, p. 290) aponta dois motivos para tal limitação:

“É mister notar que a autonomia da vontade nos direitos reais tem um campo de incidência muito pequeno em virtude de principalmente dois aspectos:
(i) por ser o direito real *erga omnes*
(ii) por gerar os direitos reais uma obrigação passiva universal, consistente no dever geral de abstenção da prática de qualquer ato que os atinja.”

De modo que, merecem mais proteção estatal os direitos reais por geralmente serem direitos que envolvem não só um sujeito no polo ativo e outro sujeito no polo passivo que firmam relação que interessa e possui efeitos apenas entre eles, pelo contrário, as relações envolvendo direitos reais importam para toda a sociedade e também para o Estado, pois envolvem transmissão e circulação de riqueza.

Atenção especial merecem os ramos do Direito de Família e do Direito das Sucessões, pois ambos possuem normas que envolvem tanto os direitos pessoais como os direitos reais, além disso, possuem proteção constitucional, como a figura da família, que está prevista no art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. Tem-se também a proteção da herança, instituto pertencente ao direito das sucessões, que está prevista no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal “é garantido o direito de herança (BRASIL, 1988). Logo, semelhantemente ao direito real, esses ramos terão uma limitação na aplicação da autonomia privada por envolverem questões complexas que terão especial atenção do Estado.

“Consequências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos,

do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento. "(AMARAL, 2006, p. 357)

Portanto, o que se percebe é que apesar do Direito Civil ser uno e ser um ramo privatista, dentro de seus ramos ocorrerá uma variação na aplicação da autonomia privada, que ora terá incidência ampla, em relação aos direitos que interessam apenas as partes que firmam a relação jurídica, ora será severamente limitada, por existirem direitos que interessam e influem em toda a sociedade e no Estado.

2.4 Relativização da autonomia privada: a constitucionalização do Direito Civil

Com o advento da Constituição de 1988 começou-se um movimento dentro do Direito Privado chamado de “constitucionalização” ou “publicização”, o que significa que atualmente os diversos ramos do direito privado devem ser vistos sob ótica e obedecendo normas de ordem pública, da função social e as normas constitucionais.

A mudança que foi percebida com o advento da constituição de 1988 foi a de que anteriormente a ela o direito civil era considerado o direito comum, o ordinário, ou seja, o direito que servia de base à aplicação dos demais direitos, em razão de o direito civil deter a força de conter todos os direitos inerentes a uma pessoa, sendo suficiente para fazer com que as relações sociais ocorressem de maneira equilibrada, já com o advento da Constituição, passou a mesma a ser o parâmetro que todos os ramos do direito, inclusive o direito civil, deveriam observar, detendo tal legislação máxima do Estado a centralidade do direito. (ROCHA, 2018)

A tendência de se priorizar a sociedade em detrimento ao indivíduo não é prática moderna apenas, tendo em vista que já em Roma e na Grécia Antiga era usual que tudo fosse pensando para a sociedade, conhecida como *polis*, em que se falava não em indivíduo, mas em cidadão, o que significa que o enfoque era a pessoa em relação a sociedade, nunca isoladamente, de modo que as questões relevantes para a *polis* eram discutidas em praça pública, onde o debate era aberto a todos. Ocorre que, com o advento do feudalismo, houve uma mudança drástica, nesse período a figura do senhor feudal era a de maior relevância, privilegiando-se o direito de propriedade que o mesmo detinha, pois era o senhor das terras e tinha liberdade de impor sua vontade sobre todos os que estivessem em seu território. (ROCHA, 2018)

É antecessor do modo de se pensar nos interesses do todo, o período canônico, compreendido pelo momento em que as regras criadas pela igreja serviram de base para o direito, nesse período ainda era destacado o indivíduo como agente principal de atenção, o cristianismo “coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas.” (AMARAL, 2006, p. 352)

Posteriormente, no início do século 20 ocorreram as guerras mundiais, eventos que trouxeram a necessidade de se repensar a ampla liberdade concedida ao indivíduo, percebeu-se que não se bastava liberdade se os indivíduos não eram iguais para exercer a liberdade e suas manifestações. Então o Estado passou de uma visão em que buscava dar ênfase o indivíduo e a sua autonomia, para o entendimento de que era preciso colocar a liberdade em consonância com a igualdade e a solidariedade, não mais o indivíduo em si, mas para e em relação ao outro. (ROCHA, 2018)

A necessidade de se repensar o direito civil pela faceta constitucional no período pós-guerra impulsionou as nações a promulgar constituições mais humanas e solidárias, que começaram a entrar em conflito com a legislação civilista, que tinha o viés mais individualista. (SCHREIBER, 2013)

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe essa nova visão do Direito, de modo que todas as legislações tiveram que se adequar as normas ali contidas. Por conseguinte “... a Constituição Brasileira não repeliu a livre iniciativa, nem repugnou a propriedade privada. O que fez foi atrelar o exercício dessas situações jurídicas à realização de valores sociais.” (SCHREIBER, 2013, p. 19)

A constitucionalização de matérias teve origem pelo crescimento e conquista de direitos, o direito civil não perdeu importância, passou a ter mais densidade pela interpretação segundo a constituição. (ROCHA, 2018)

“Destarte, em que pese a importância de tal poder concedido aos particulares, a autonomia privada não pode ser utilizada como carta em branco nas mãos do indivíduo, e por consequência resta sujeita a limites, alguns impostos por normas de natureza cogente, e que, portanto, devem ser respeitadas, enquanto outros, são criados pela própria sociedade, que se convencionou denominar bons costumes.” (CATALAN, 2002, p. 436)

De modo que, com esse novo modelo, o Estado agora detém um papel mais atuante na ordem jurídica e econômica, mesmo nas relações em que nos polos estejam dois particulares.

O que justifica a atenuação da aplicação da autonomia privada é que a mesma é voltada ao indivíduo considerado singularmente, e no atual estado da sociedade é entendimento que não é mais plausível favorecer apenas um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, tanto que o Direito começou a tratar e proteger interesses coletivos e difusos, como o direito a preservação do meio ambiente. (HIRONAKA, 2004)

“As limitações sofridas pela autonomia privada na contemporaneidade têm como origem a ideologia montada com o advento do Estado Social, em que há uma busca pela abolição ou ao menos amenização das desigualdades sociais oriundas do período burguês. Nestas condições há um aumento no papel de atuação do Estado, que passa a intervir na esfera econômico-privada, visando inserir nessa seara limites baseados em fins de interesse público.” (PIRES; ADOLFO, 2015, p. 179)

Tal visão de Estado que passa a buscar preservar mais os interesses da coletividade é inspirada na corrente filosófica do Utilitarismo, propagada pelos filósofos Bentham e Mill, cujo pensamento era que sempre deve-se buscar a felicidade e o bem-estar da sociedade como um todo, “essa doutrina aceita o sacrifício de uma minoria em nome do bem geral” (MARCONDES, 2011, p.188).

Ainda, tem-se atualmente a observância dos direitos fundamentais, principalmente os esculpidos no art. 5º da Constituição Federal, de modo que tanto os indivíduos no momento em que formam suas relações devem ter em mente que há interesses jurídicos tutelados constitucionalmente que são irrenunciáveis e, portanto, não serão objeto de pactuação para sua redução, bem como os magistrados e demais aplicadores do Direito deverão observar tais disposições.

A essa aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas chama-se a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que representa a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois há o entendimento de que não é apenas o Estado que viola direitos fundamentais, os particulares também os violam, assim, as relações entre particulares passaram a ser objeto de questionamento em função de descumprimento ou desrespeito de direitos fundamentais, de modo que em tais relações deve-se exigir o respeito aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Novo direito constitucional que veio dar a todo ser humano cada vez mais condições de viver segundo os princípios que lhe garantam expandir seus direitos e manter sua identidade, respeitado o que cada um é e quer ser, e a garantia da

pluralidade, pois cada ser humano é único, e todos são dignos.

Ocorre que, o novo sistema de constitucionalização do Direito Civil tem sofrido duras críticas, posto que tem de certa forma reprimido o campo de liberdade que haveria nesse ramo, além de estar levando para o campo constitucional matérias que poderiam ser debatidas no campo infraconstitucional, o que gera uma Constituição inflada e pouco efetiva, além de abarrotar o Supremo Tribunal Federal com processos.

"Se por um lado devemos refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civilista, por outro, devemos ficar atentos a esse influência, para não transformar o Direito Civil em um direito de "não liberdade", já que a gênese do direito privado é a liberdade e autonomia das partes." (MELLO, 2017, p. 13)

Pelo exposto, é possível perceber que o princípio da autonomia privada sofreu diversas variações em sua aplicação desde o surgimento do direito civil codificado, principalmente por sofrer influências políticas e econômicas refletidas na organização do Estado, o que significa que em um Estado que adota o sistema do liberalismo, haverá maior aplicação da autonomia privada, o que ocorreu no passado, como preleciona Carminate (2011, p. 128):

"Como no liberalismo, vigente nos séculos XVIII e XIX, o conceito de liberdade era negativo, relacionado à não-intervenção estatal, a concepção de autonomia da vontade estava relacionada à ausência de interferência externa no poder dos indivíduos de se autodeterminar, conferindo aos mesmos a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos com ampla liberdade."

De outro modo, nos sistemas em que o Estado tem uma postura mais atuante, os chamados Estados sociais, tal princípio terá incidência limitada.

Assim, a tendência atual é a de existirem Estados mais intervencionistas que tem como papel a busca pela proteção dos valores essenciais da sociedade, tais como os direitos fundamentais e o movimento de publicização e constitucionalização do direito privado, que atuam como limitadores da autonomia privada.

Além da influência externa exercida pela Constituição, há ainda diferentes formas de aplicação do princípio em debate dentro dos sub-ramos civilistas, sendo que, conforme exposto anteriormente

e, direitos com o cunho mais patrimonialista como os Direitos Reais, e direitos que afetam não apenas os envolvidos em uma relação jurídica, mas a sociedade como um todo, como os direitos de Família e Sucessões, terão redução da

aplicação da autonomia privada, já o Direito obrigacional e contratual, por interessarem apenas aos sujeitos da relação jurídica, terão a maior atuação da autonomia privada.

Por fim, estando construída a base teórica do Direito das Sucessões e principalmente dos institutos da legítima e dos herdeiros necessários, além da abordagem quanto ao princípio da autonomia privada, se faz necessário abrir o debate quanto ao confronto entre a sucessão legítima, que representa o império da vontade da lei dentro de um ramo do direito civil, direito considerado predominantemente privado e o princípio da autonomia privada, que ainda é concebido como o principal princípio do direito civil.

3 A LEGÍTIMA DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E O PRÍNCIPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Tendo-se abordado os conceitos necessários para se viabilizar a compreensão do tema presente nesse capítulo, passa-se ao cerne da discussão, qual seja, de que maneira o instituto da legítima limita a aplicação do princípio da autonomia privada.

Além disso, é importante entender quais são os argumentos utilizados para defender a existência da legítima no ordenamento jurídico, além de contrastar tais argumentos com os argumentos que embasam a visão de que é necessário revisar tal instituto, ou mesmo aboli-lo do ordenamento pátrio. As críticas referentes ao modelo sucessório não pertencem apenas ao campo do Direito, sendo que filósofos antigos chegaram a abordar o assunto.

Por conseguinte, tendo em vista que o debate existente no Brasil sobre a necessidade de se repensar a legítima ainda se encontra apenas em âmbito doutrinário, se buscará analisar as legislações de outros países, recorrendo-se ao Direito Comparado como forma de possibilitar uma visão mais ampla sobre o presente tópico.

3.1 Análise da legítima no Direito Comparado

A sucessão legítima não é aplicada em todos os países, sendo que existem países que aplicam apenas a sucessão testamentária, como os EUA e o México, e, ainda, como no caso brasileiro, existem países que permitem a coexistência da sucessão testamentária e da sucessão legítima em seu ordenamento.

Ademais, apesar de a tendência ser a de que os países se unam cada vez mais em blocos, como o MERCOSUL e a União Europeia, a conjectura atual é a de que as legislações continuam sendo formuladas internamente em cada país, porém, muitos países sofrem a influência de legislações de outros países, principalmente em relação aos países colonizados por outras nações, como é o caso brasileiro, em que a legislação brasileira em muito se assemelha com a legislação portuguesa.

Em uma análise global, o que se percebe é que os modelos econômicos adotados pelos países costumam ditar a forma sucessória, assim, no caso dos Estados Unidos, nação em que se adota o liberalismo e o capitalismo, há uma ampla

liberdade sucessória, em que o indivíduo tem autonomia para dispor da forma que bem entender de seus bens. Já em países com o viés mais inclinado para as ideias socialistas ou que possuem um sistema capitalista mais brando, a tendência é haver maior intervenção do Estado, principalmente nos ramos do Direito de cunho mais patrimonial.

3.1.1 Países que adotam a legítima

Um dos países que adotam a legítima, em semelhança com o modelo brasileiro, é a Itália, em que existe tanto a sucessão legítima, advinda da lei, quanto a sucessão testamentária.

“O art. 565.º, do CC italiano consagra a sucessão legítima. Conforme esse preceito, não existindo testamento, a herança é transferida ao cônjuge, descendentes, ascendentes, outros parentes e, por fim, ao Estado, de acordo com a ordem e regras estabelecidas no presente título. Por outro lado, segundo o art. 536.º do CC italiano, a lei reserva uma parte da herança na ausência de testamento para certos herdeiros necessários: cônjuge, filhos legítimos e ilegítimos e ascendentes legítimos.” (FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 47)

O que justifica a opção italiana pela utilização da legítima é a questão de que sua população possui um forte vínculo familiar, além de que a Itália é conhecida por ser um país tradicionalista, de modo que o povo italiano busca preservar suas raízes hereditárias de parentesco.

O direito francês também adota o modelo sucessório da legítima, sendo nomeada como "reserva hereditária", a qual "está definida pelo art. 912 do Código Civil como sendo a parte da propriedade e dos direitos sucessórios que a lei garante a determinados herdeiros." A reserva hereditária se dá na medida em que o *de cuius* só poderá dispor de metade de seus bens, caso possua um filho, em havendo dois filhos, só poderá dispor de um terço de seu patrimônio, e, acima de dois filhos, a limitação será de poder dispor de apenas um quarto de seus bens. Por fim, na existência de cônjuge, só é permitida a disposição de três quartos da herança. (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 104)

A constituição alemã consagra em seu artigo 14 a proteção a liberdade testamentária, porém, também é considerada constitucional a existência da legítima. Na ordem de vocação hereditária alemã, primeiramente são chamados a suceder os descendentes, os quais têm direito à metade da herança do falecido, em concorrência

com o cônjuge, os filhos ou ascendentes detêm 3/8 da herança e o cônjuge 1/8, “que, em suma, significa que entre todos a legítima é a metade da herança e que a outra metade é de livre disposição”. No caso alemão, a legítima é “um direito de crédito em relação àquele que fora beneficiado com a herança.” (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 108)

No sistema argentino a legítima está prevista no artigo 3.591 do Código Civil, sendo que o rol de herdeiros necessários é o mesmo do Direito Brasileiro, tendo como diferença a porção, que no caso argentino é variável conforme a qualidade do herdeiro necessário. (CARMINATE,2011)

O sistema espanhol possui a “legítima variável, de acordo com a quantidade e qualidade dos herdeiros “forzosos” sobreviventes.” (CARMINATE,2011, p.85). Os herdeiros “forzosos” são os herdeiros necessários.

A disposição acerca da distribuição da cota legítima entre os herdeiros está disciplinada no artigo 808 do diploma civil espanhol:

“O primeiro parágrafo do dispositivo supra citado fixa a legítima dos descendentes em dois terços do acervo hereditário. No parágrafo anterior, o legislador demonstra haver distinção entre as duas terças partes que compõem a legítima, dispondo que de uma delas pode se valer o testador para “melhorar” a herança de algum, ou de alguns, dos descendentes. Deve-se dividir a herança, previamente, em três terços, sendo um deles a parte disponível, outro correspondente à legítima propriamente dita, consistente no mínimo a ser atribuído aos descendentes.” (CARMINATE,2011, p.86)

Por fim, o sistema português possui a legislação que serviu de base para a elaboração do ordenamento jurídico brasileiro, como foi demonstrada no capítulo 1, mas, possui algumas peculiaridades no que toca ao regime da legítima, pois no sistema brasileiro a legítima sempre é garantida pela metade do patrimônio do *de cujus*, independente da classe de herdeiro que irá suceder, já em Portugal a divisão da quota para preservação da legítima varia conforma a classe de herdeiro necessário, assim:

“[...]estabeleceu-se que a legítima pertencente ao cônjuge em caso de não concorrência é de metade da herança. Existindo concorrência, entre cônjuge e descendentes de primeiro grau a legítima direcionada ao cônjuge será de dois terços, e no caso de não haver cônjuge sobrevivente a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.” (SOUTO,2017, p. 63)

Pelo exposto, pode-se inferir que os países que adotam a legítima como

regime sucessório possuem o rol semelhante de herdeiros necessários, mudando apenas a nomenclatura que se dá aos mesmos, porém, como diferença entre as nações, tem-se que varia o percentual de patrimônio que será destinado para garantia da legítima.

3.1.2 Países que não adotam a legítima

São poucos os países que adotam o modelo de ampla liberdade sucessória, sendo mais comum que as nações adotem a legítima de forma a coexistir com a sucessão testamentária.

Assim, os Estados Unidos e a Inglaterra são as duas nações que consagram o sistema de ampla liberdade testamentária, o que se justifica principalmente por serem países em que impera fortemente o sistema capitalista:

“O sistema denominado *capitalista* consagra uma ampla liberdade de disposição por parte do *de cujus*, ou seja, consagra uma ampla transmissibilidade dos bens individualmente apropriados pelo autor da sucessão. Esse sistema é um corolário ao princípio da autonomia privada e, por consequência disso, deve ocorrer uma ampla liberdade de testar por parte do autor da sucessão, acarretando uma supremacia da sucessão voluntária sobre a sucessão legal, o que garante ao autor da sucessão uma ampla liberdade de selecção dos seus sucessores.” (FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 43)

A Inglaterra é um dos países no qual há a ampla liberdade de disposição de bens *post mortem*, assim, a legítima não tem lugar no ordenamento inglês, uma das razões para tanto seria a de que seu sistema jurídico é de *comum law*, o que significa que sua legislação não é baseada em leis previamente elaboradas pelo legislativo, sendo seu ordenamento composto por precedentes judiciais formado com base em decisões reiteradas dos tribunais em casos concretos.

Porém, o sistema inglês possui uma peculiaridade, o *Inheritance (Provision for Family and Dependants)*, regulamento de 1975, que prevê o *de cujus* pagaria uma espécie de alimentos aos seus dependentes, “caso algumas pessoas ligadas ao falecido comprovem ter necessidade podem requerer uma espécie de auxílio financeiro, que será proporcionado pela herança do falecido. (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p.109), sendo que não é aplicado em todos os casos, devendo o juiz analisar se é necessário concedê-lo.

Os Estados Unidos, país colonizado pela Inglaterra, também adota a ampla liberdade para testar. No sistema americano adota-se o modelo de federalismo em que é possível que os estados possam legislar com autonomia sobre alguns temas, como é o caso da legítima:

“A maioria dos estados americanos não regulou qualquer tipo de legítima para os descendentes ou ascendentes do testador. Apenas aos filhos menores e garantido o direito de pedir alimentos da herança, o qual vigora apenas até a maioridade. Ocorre que aos cônjuges sobreviventes é garantida uma parte da herança do falecido, geralmente, um terço, esboçando-se aí um tipo de legítima que beneficia apenas os cônjuges supérstites.” (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 110)

Por fim, o México é também um dos países que adotam a liberdade testamentária, principalmente pelo fato de sofrer forte influência do sistema estadunidense, e, em semelhança com o ordenamento inglês, estabelece o pagamento de alimentos para aqueles dependentes usualmente incluídos na legítima em países que a adotam.

“O Direito Sucessório mexicano determina que o testador deverá deixar alimentos para seus descendentes menores de 18 anos; para os descendentes que estão impossibilitados de trabalhar independentemente de suas idades; ao cônjuge supérstite quando ele esteja impedido de trabalhar ou não tenha bens suficientes, enquanto não contrair novas núpcias; e aos ascendentes;” (VALADARES; RODRIGUES JÚNIOR, 2016, p. 111)

Portanto, pode-se inferir que os três países adotam o sistema da liberdade sucessória principalmente por possuírem sua economia fortemente capitalista, além de que, possuem ferramentas jurídicas para garantir que os parentes de quem faleceu, caso necessitem, possam perceber auxílio financeiro.

3.2 Aspectos positivos e negativos da legítima

A legítima é um dos temas controversos dentro do direito civil, e por consequência, causa divisão na opinião de estudiosos e doutrinadores, sendo que alguns levantam argumentos para defender a manutenção desse instituto no ordenamento brasileiro.

Já outros doutrinadores entendem que há motivos para se repensar a existência da legítima, posto que representa uma limitação ao princípio da autonomia privada. Diante disso, no estudo da legítima é essencial pontuar seus aspectos

positivos e negativos, para elucidar quais as razões que podem justificar sua manutenção da forma como está presente hoje no Código Civil brasileiro, ou as razões que poderão acarretar sua revisão.

3.2.1 Aspectos positivos

Como aspecto positivo da legítima tem-se que ela possibilita a manutenção dos vínculos familiares, o que significa que, ao dispor que o patrimônio do *de cujus* deve passar para os parentes mais próximos, o Código Civil privilegia o núcleo familiar, presumindo-se que é vontade do indivíduo que sua família fique com o seu patrimônio. Ademais, o Brasil possui inúmeras empresas familiares, em razão de ser um país tradicionalista, assim, costuma-se passar a administração de tais estabelecimentos de geração para geração e, em razão disso, viabiliza tal conduta o fato de a lei determinar a aplicação obrigatória da legítima.

“Entende-se que a sucessão legítima, existe até mesmo como uma forma de controle social, pois preserva-se o núcleo familiar que é de extrema importância para a formação da sociedade, já que é nesse primeiro ambiente de contato social que o indivíduo desenvolve e aperfeiçoa sua moral e se desenvolve como um ser pensante e pulsante, que pode contribuir para o crescimento da comunidade e justamente por essa razão necessita de um ambiente saudável para que possa progredir em sua existência e venha a ser uma fonte de trabalho.” (SOUTO,2017, p.31)

Assim, em outras palavras, a intenção do Estado ao regulamentar a sucessão brasileira, é proteger o núcleo familiar básico constituído pelos herdeiros necessários, principalmente os descendentes e o cônjuge. Tendo em vista que é no seio familiar que o indivíduo prepara-se para ser inserido na sociedade. Logo, é outro aspecto positivo a circunstância de a legítima possibilitar a aplicação da função social à propriedade, pois a família é parte essencial para a sociedade, e ao preservar seus interesses, indiretamente, preservar-se os interesses da sociedade como um todo.

Por conseguinte, os artigos 3º, inciso I, e 226 da Constituição Federal refletem a preocupação do Estado com tal proteção, ao consagrarem como princípios constitucionais os princípios solidariedade familiar e proteção integral à entidade familiar. (CARMINATE,2011)

“Para a doutrina majoritária contemporânea, portanto, a legítima consagraria a autonomia privada, pois a limitação à liberdade de dispor do patrimônio estaria justificada na proteção integral à família do proprietário

dos bens, equilibrando ambos os princípios constitucionais.”
(CARMINATE,2011, p.90)

Outro aspecto positivo da legítima é a concepção de que ela reflete a mudança ocorrida no Direito Civil com o advento da Constituição, em que deu-se destaque à proteção do indivíduo, e não mais apenas ao patrimônio. De modo que é entendimento atual o de que existem valores maiores do que a mera acumulação de riquezas pelo Estado, sendo que na atual conjectura o Estado deve adotar posturas que busquem conceder às pessoas a maior qualidade de vida possível, e dentre tais posturas, está a de possibilitar que os parentes de uma pessoa que faleceu tenham condições de manter-se após tal evento.

Outro aspecto positivo da legítima é a de possibilitar que os sujeitos não precisem se preocupar com a destinação que será dada ao seu patrimônio após a morte, posto que a lei já determinou o que será feito, de modo que podem prosseguir em sua vivência sem ter que dispender o seu tempo realizando uma série de procedimentos para determinação da destinação de seus bens, bem como também trazem tranquilidade aos seus herdeiros, tendo em vista que não ficarão temerosos de ficarem desamparados após o falecimento de seu provedor.

Portanto, percebe-se que a legítima possui o viés positivo de ser um instrumento jurídico predominantemente protetor, visando preservar o núcleo familiar, a propriedade e importantes valores constitucionais como a solidariedade.

3.2.2 Aspectos negativos

Um dos aspectos negativos da legítima, o qual representa o tema do presente trabalho, é que a mesma limita o princípio da autonomia privada, além de que o Estado, ao presumir que o indivíduo teria a intenção de deixar seus bens para o rol estabelecido pela lei, está adotando uma conduta que anula severamente a vontade individual, mesmo que permita que haja a elaboração de um testamento, pois não será possível que os herdeiros necessários sejam privados da herança, mesmo que essa seja a vontade do *de cuius*, sendo que apesar haver os institutos da indignidade e deserdação, nos mesmos não é a vontade do indivíduo que impera, e sim a do magistrado, um terceiro alheio as complexidades inerentes a cada núcleo familiar.

Ademais, contrastando-se o aspecto positivo de que a legítima possibilita a

proteção da família, há também o aspecto negativo, qual seja o de que não se protege todo o rol familiar, mas apenas alguns parentes selecionados pela lei.

Logo, não é argumento plausível o de que a legítima busca preservar a instituição da família, pois “o que é mais importante em uma relação familiar é o laço de solidariedade, não a transmissão patrimonial.” (ROSEVALD; FARIAS, 2015, p. 30). Além de que, é tema que gera discussões e disputas no seio familiar.

“O fundamento da solidariedade para manter a legítima não se sustenta, pois nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários.” (DANTAS, 2015, p. 20)

Como outro aspecto negativo tem-se o de que a legítima tem beneficiado pessoas que não precisam da herança, explica-se:

“Com dados da sociedade francesa de 1817, em que a expectativa de vida do homem era de 39 anos e 5 meses - e já em 1984 era de 70 anos e 6 meses para os homens, e de 78 anos e 2 meses para mulheres-, constatou que, no século XIX, os descendentes herdavam de seus antecedentes aos 14 anos, já nos dias de hoje, o mesmo ocorre aos 50 ou até mesmo aos 60 anos. Solidifica assim a opinião de que, hoje, na idade em que as pessoas herdaram, elas já possuem independência financeira e não mais necessitam do auxílio familiar.” (TEIXEIRA, 2015, p. 397)

Assim, o patrimônio da herança tem como objetivo suprir as necessidades financeiras do parente que eventualmente ficou desamparado com a morte de seu familiar, pois de alguma forma dependia dele, razão pela qual não faz sentido destiná-la para alguém que dela não necessita, principalmente se houver outras pessoas que possuíam maior contato com o morto e dele dependiam, ainda que não fossem parentes.

Por conseguinte, é também aspecto negativo da legítima a limitação que exerce no direito de propriedade, pois impedirá que o proprietário de determinados bens possa dispô-los:

“Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também em afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, por ser considerado de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/ fruir, dispor e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41)

Além de que, o argumento de que a legítima existe para amparar os

parentes que dependem do *de cuius* não é plausível para sustentar a manutenção do instituto, posto que no estágio contemporâneo de evolução do Direito, existem outros mecanismos de proteção, como a seguridade social e os contratos de seguro de vida. “Sendo assim, nos termos da legislação previdenciária, nenhum dependente do autor da herança ficará desamparado após sua morte, uma vez que a estes é garantido o benefício previdenciário da pensão por morte.” (CARMINATE, 2011, p. 140)

Em conclusão, como último aspecto negativo está o de que a legítima “acarreta um fator de diminuição de estímulos ao trabalho e à produção, levando os sucessíveis legitimários a espera de viver à custa da herança deixada pelo falecido.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41). O que ocorre mais comumente em famílias onde há vultoso patrimônio a ser herdado, em que os parentes acabam por se acomodar na posição de saber que terão a herança de um parente como forma de sustento, e, assim, não buscam qualificar-se para o mercado de trabalho e para contribuir para a economia da sociedade em que estão inseridos.

3.3 A necessidade de se repensar a legítima com base no princípio da autonomia privada

A necessidade de se repensar a legítima se dá na medida em que esse instituto foi pensado em virtude de um modelo de sociedade e de pensamento já ultrapassado, sendo que atualmente, principalmente no que se refere ao conceito de família, o que se percebe é que não há mais um tipo estanque de família constituída por cônjuges e descendentes, assim, ao se supor que o rol de herdeiros necessários são ascendentes, descendentes e cônjuge, e que esses devem necessariamente receber a herança do *de cuius*, prejudica-se os novos tipos de famílias que surgiram, como a família constituída apenas de irmãos, ou até mesmo uma família que não tem ligação genética, como é o caso de amigos que se juntam e acabam por formar uma família.

Acrescenta-se a isso, a constatação de que a legítima é uma fórmula extremamente injusta, pois apesar de se ter o entendimento de que são os parentes mais próximos que usualmente amparam a pessoa perto de seus momentos finais, o que se tem percebido é que muitas vezes esses mesmos parentes passam a vida toda sem se importar com o indivíduo, e apenas na ocasião de seu falecimento aparecem para reivindicar a herança, pois a lei estabeleceu que é seu direito, sem estabelecer

qualquer critério para que o mesmo a mereça.

Ademais, sabe-se que a questão da herança é sempre um tema que gera rivalidades na família do *de cuius*, sendo de conhecimento geral que os processos de inventário e partilha costumam se estender por anos por não haver consenso entre a família, gerando inúmeros conflitos entre os parentes, um sempre almejando ter um quinhão maior que o outro.

Por conseguinte, chama-se a atenção para a questão de que a legítima foi pensada inicialmente como forma de sucessão subsidiária, de modo que a regra seria a sucessão testamentária, porém, o que se tem atualmente é aplicação da legítima de forma integral, sendo que a utilização do testamento ficou em segundo plano. O que também necessita de ser revisado, pois as normas quanto à elaboração de testamentos são desnecessariamente burocráticas, inibindo os sujeitos de optarem por sua utilização.

A verdade é que as pessoas pouco conhecem sobre o sistema sucessório brasileiro, preferindo se submeterem a vontade fria da lei, sem saber que possuem o direito, ainda que limitado, de exprimir sua vontade, podendo decidir para quem destinar seu patrimônio, fruto de seu trabalho ao longo de toda vida, levando-se em conta critérios não apenas de vínculo sanguíneo, mas de outros valores como a afetividade, o cuidado e o companheirismo.

“A sucessão voluntária ainda é pouco frequente entre nós por razões de ordem cultural e costumeira. Normalmente, as pessoas não param para pensar na morte, em regular seus bens após a morte. Sabendo que a morte é um acontecimento futuro e certo, nada melhor do que as pessoas refletirem um pouco sobre esse instituto, deixando seu patrimônio para quem melhor mereça e melhor cuidará, dando assim continuidade ao seu patrimônio.”
(FERNANDEZ JÚNIOR, 2014, p. 41)

Inúmeros estudiosos levantaram a crítica quanto ao instituto da legítima, sendo Pablo Stolze Gagliano (2017, p.41) um dos autores brasileiros pioneiros ao debater o tema, o qual afirma que:

“De nossa parte, temos sinceras dúvidas a respeito da eficácia social e justiça dessa norma (preservadora da legítima), a qual, na grande maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência.”

Em sua crítica o autor sugere que a legítima seja reformulada para abarcar somente os parentes que realmente necessitam de amparo financeiro, como o caso

dos descendentes menores de idade e dos que possuem alguma incapacidade que os impeçam de exercer atividade laborativa. (GAGLIANO, 2017). Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias compartilham da mesma visão do autor (2015, p. 29):

“É que, ao nosso viso, a limitação imposta pela legítima somente se justifica quando um dos herdeiros necessários é incapaz, em razão da necessidade de sua proteção especial e integral. Todavia, em se tratando de herdeiros necessários maiores e capazes, não vislumbramos motivo plausível para obstar o ato de disposição gratuito integral pelo titular. Até porque o ofício do pai se impõe *em razão do exercício do poder familiar* – o que não haverá se todos os descendentes forem plenamente capazes.”

Os autores para justificar sua visão, embasando-se nas ideias o pensador Robert Nozick, argumentam que:

“[...] não se pode ignorar os direitos de quem é titular de um patrimônio adquirido pessoalmente, em especial fruto de seu esforço e trabalho, de escolher o caminho que os seus bens devem percorrer, por transmissão sucessória. Sabendo as potencialidades, fraquezas, méritos... de seus familiares e das pessoas que o circundam, o titular precisa ter respeitada a sua vontade (quando não existam herdeiros necessários incapazes, em nosso sentir)” (ROSENVALD; FARIAS, 2015, p. 29)

Clóvis Beviláqua, autor responsável pela elaboração do Código de 1916, em sua obra cita filósofos que se opuseram ao sistema sucessório, como o filósofo Montesquieu que defendia que “a lei natural ordenava aos pais que alimentassem seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros. Ainda, cita o pensador Comte, o qual tinha a opinião de que a sucessão legítima era imoral e “no estado normal da civilização, os filhos depois de receberem uma educação completa, não devem esperar dos pais [...] senão o indispensável para a honrosa inauguração de sua carreira”. (BEVILÁQUA, 2000, p. 52)

Porém, o autor, ao contrário dos filósofos que citou, possui opinião contrária à abolição da legítima, defendendo a necessidade de sua reformulação. “Sendo assim, cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse um elemento perturbador da harmonia social.” (BEVILÁQUA, 2000, p. 54)

Ao se propor a reformulação do instituto da legítima, o que se procura é inserir novos requisitos para evitar injustiças ao se conceder o patrimônio deixado pelo falecido ao seu parente, sem que esse a mereça, deixando, assim, de contemplar indivíduos, que apesar de não possuírem vínculos de consanguinidade, ampararam o

de cuius em momentos de necessidade.

“[...] o que vislumbramos é a possibilidade de o merecimento ser parte dos requisitos para herdar, contemplado pela lei, quando não houver disposição de vontade do sucedido, ou estipulado livremente pelo autor da herança, sem qualquer imposição. Sendo que em nossa proposição, este merecimento seria derivado do cuidado.” (SPÍNOLA, 2017, p.130)

Destaca-se que a reformulação da legítima permitiria sua adequação ao princípio da autonomia privada, pois entende-se que os mesmos não são figuras totalmente incompatíveis entre si, uma vez que podem coexistir no ordenamento brasileiro:

“É possível, contudo, compatibilizar a legítima com a autonomia privada do testador. [...] Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável, e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários. Assim para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.” (CARMINATE, 2011, p. 142)

O que significa que deve-se alterar a competência para decidir a quem será a destinação dos bens fruto da herança, não sendo mais a lei responsável por tal determinação, por ser um instrumento estável que não é capaz de acompanhar as peculiaridades de cada caso, posto que em um núcleo familiar pode haver harmonia, e ser vontade de um pai deixar seus bens para seu filho, mas, já em outro núcleo familiar, pode ocorrer de a relação entre pai e filho não ser harmoniosa, e o pai poder preferir deixar seus bens a um estanho com quem possui mais afinidade.

Por conseguinte, o que se propõe não é a abolição da legítima, mas sua revisão com o objetivo de limitar sua aplicação, para dar maior destaque ao princípio da autonomia privada, por compreender-se que faz mais sentido deixar que o sujeito detentor de seu patrimônio escolha aquele que merece receber sua herança, por possuir maior entendimento dos acontecimentos e sentimentos que permeiam suas relações sociais com as pessoas que o rodeiam, de modo que ele selecionaria quais critérios deveriam embasar sua escolha e em qual proporção.

“A autonomia privada não determina o que cada indivíduo deve fazer com seu acervo hereditário, apenas vai ofertar a possibilidade de escolha à cada um, que pode chegar a conclusão de qual seja a melhor decisão no que tange seu acervo patrimonial, sem necessidade da interferência do Estado nessa decisão. É através da autonomia da vontade que essa liberdade de escolha

é possível, permitindo assim que outros princípios, também, se concretizem como o da livre iniciativa, pois permite ao testador dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe convier.” (SOUTO,2017, p.75)

Pelo exposto, analisando-se os argumentos utilizados tanto para manutenção da legítima como para sua revisão, observa-se que os argumentos para revisão possuem maior relevância e adequam-se ao modelo contemporâneo de sociedade, devido ao fato de que, analisando-se a história, observa-se que legítima surgiu em um período em que havia uma dependência dos parentes entre si, em que as mulheres e os filhos estavam condicionados a viver sobre a autoridade do homem, considerado o único provedor do lar, porém, com a passagem dos séculos, as mulheres conquistaram autonomia e espaço no mercado de trabalho, tendo na sua maioria condições de se sustentar, além de que os filhos passaram do trabalho concentrado no núcleo rural familiar, como era o caso da agricultura de subsistência, para o trabalho fora da relação familiar, sendo que cada vez mais cedo conquistam sua independência e deixam seus lares para constituir os próprios. Logo, entende-se que a revisão da legítima é medida que se impõe para garantir que os ditames do direito sucessório esteja em consonância com as transformações pelas quais passou a sociedade.

CONCLUSÃO

A temática do presente trabalho foi a exposição teórica de um segmento normativo do Direito Sucessório, denominado de legítima, efetuando uma análise do mesmo sob a ótica do princípio de base privatista da autonomia privada. A relevância da discussão se manteve presente pelo fato de haver interesses que extrapolaram o âmbito jurídico, afetando instituições que fazem parte da base de construção da sociedade, como a família.

Nesse sentido, utilizou-se primeiramente do arcabouço teórico para compreensão das regras sucessórias, partindo-se de uma visão generalista acerca dos regimes sucessórios que são aplicados no Brasil, para chegar-se ao instituto da legítima e abordar suas peculiaridades, também foi realizado um estudo sobre a história das codificações brasileiras e estrangeiras para possibilitar o entendimento da evolução pela qual passou o Direito das Sucessões.

Por conseguinte, passando-se para o estudo do princípio da autonomia privada, foi percebido que com as novas configurações do Direito, começaram a acontecer relativizações a tal princípio, principalmente pela tendência de constitucionalização do Direito Civil.

Em seguida, com o objetivo de responder a problemática imposta de que seria necessária a revisão da legítima dos herdeiros necessários, tendo por base o princípio da autonomia privada, foram analisados os ordenamentos de países em que impera a liberdade de disposição do patrimônio do *de cuius*, como os EUA e o México, percebendo-se que tal liberdade guarda relação com o modelo econômico adotado, o capitalismo, já nos casos dos países que preferem utilizar a sucessão legítima, como a Itália, notou-se que a escolha se justifica no tradicionalismo existente na nação e principalmente pela proximidade e força dos vínculos familiares, características semelhantes às brasileiras. Ademais, foram expostos os aspectos negativos da legítima, sendo o principal deles o fato de gerar a desnecessária intervenção do Estado na vida privada que retira o âmbito de liberdade de escolha dos indivíduos, além de, por ser uma fórmula genérica, acabar por não abarcar todas as especificidades de cada relação familiar. Também foram expostos os aspectos positivismo, como a possibilidade da legítima efetivar o princípio da solidariedade familiar.

Como ponto derradeiro, no último tópico confrontou-se a legítima com o

princípio da autonomia privada, buscando-se expor as visões de autores como Pablo Stolze e Clóvis Beviláqua, sobre a necessidade de revisão da legítima.

Por todo o exposto, embasando-se nas reflexões de diversos autores do ramo civilista, pode-se entender que o instituto da legítima deve passar por uma revisão levando-se em conta a evolução pela qual passou a sociedade, e também o conceito de família, havendo na conjectura atual novas categorias complexas de núcleos familiares que estão fora do âmbito de proteção da legítima como instituto pensado para o século passado.

Assim, a revisão é necessária pois notou-se que a tendência de intervenção do Estado, por meio do legislador, nesse aspecto específico do Direito das Sucessões mostra-se descabida, uma vez que o indivíduo mais apropriado para decidir a destinação de seus bens é a própria pessoa que o construiu, de modo que na nova sistemática do Direito, que consagra as ideias pós-positivistas, buscando-se dar maior aplicabilidade aos princípios e utiliza a técnica de ponderação entre valores, entende-se que no tocante ao tema da legítima dos herdeiros necessários, deve prevalecer a aplicação do princípio da autonomia privada em detrimento daqueles princípios que protegem a questão da legítima, como o princípio da solidariedade familiar, em razão de este princípio já ser protegido por outras figuras normativas dentro do Direito Previdenciário.

Logo, propõe-se que o Poder Legislativo, em conjunto principalmente com a sociedade, como maior interessada no tema, reformule o instituto da legítima, ademais, é preciso que haja uma simplificação das regras sucessórias, pois o que se percebe é que apenas os integrantes do campo jurídico possuem compreensão sobre o assunto, sendo que a maior parcela da população, englobando aqueles que sofrem cotidianamente a limitação sucessória de seu patrimônio, desconhecem as regras atinentes ao ramo sucessório.

Portanto, a revisão da legítima que se propõe não é apenas jurídica, envolve também questões sociais e econômicas, o que demonstra sua relevância, e a importância de ampliar o debate, incluindo os diversos segmentos da sociedade e, por fim, buscando-se dar maior notoriedade ao princípio da autonomia privada, que encontra-se deixado de lado com o advento do Estado Social.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BALDUS, Christian. Autonomia Privada Romana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, p. 41-72, fev. 2011.
- BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Red Livros, 2000.
- BOECKEL, Fabrício Dani de. Herdeiros Necessários. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 26, n. 26, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74206/41902>>. Acesso em: 27 maio. 2018.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).
- CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: Estudo crítico e propositivo. 2011. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia Privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. **Revista "Scientia Iuris"**. v. 6, mai. 2002. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>>. Acesso em: 03 junho. 2018.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **A liberdade de Testar e a Quota Legitimária no Direito Português**. Coimbra: Coimbra editora, 1997.
- DANTAS, Renata Marques Lima. [Autonomia Privada no Direito Sucessório: A necessidade de revisar a permanência da legítima](#). **Revista eletrônica Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 183, set. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>>. Acesso em: 03 junho. 2018.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário em defesa da dignidade humana**, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d2dbf39ab407d4f>>. Acesso em: 27 maio, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A justa causa no novo testamento. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo e (coord.). **Questões Controvertidas: Série Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2004. p. 148.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14, p. 281-296, abri. /jun. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, e (coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, p. 23-60. jan./dez.2005.

HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial**. 2013. Dissertação (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

MACIEL, *José Fabio Rodrigues*; AGUIAR, Renan. **História do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCONDES, Hilton Japiassú Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Sucessões: Direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade. Autonomia Privada: conceito, atuação e limites. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Paulo, n. 9, p. 53-60, set. 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: Noções e princípios fundamentais. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSES, Paulo Magalhães, e (coord.). **10 anos do Código Civil: Desafios e perspectivas**.

São Paulo: Atlas, 2012. p. 778.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito Pela Perspectiva da Autonomia Privada: Relação Jurídica, Situações Jurídicas e Teoria do Fato Jurídico na Segunda Modernidade.** Belo Horizonte: Arraes, 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. **Sucessão legítima à luz do novo código civil,** 2004.

Disponível em:

<http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/768/633>. Acesso em: 27 maio, 2018.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano.** Canoas: Ulbra, 1998.

OLIVEIRA, Márcio Rodrigues. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. **Revista “Legis Augustus”.** v. 5, n. 2, jul.-dez.2014. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/560/512>>. Acesso em: 03 junho. 2018.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à Autonomia Privada.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito das sucessões.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,** v. 7, n. 2, mai./agos. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>>. Acesso em: 03 junho. 2018.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserção.** São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A Constitucionalização do Direito Civil.** Palestra proferida no Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Taguatinga – DF, em 21 de maio de 2018.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Elizete Maria da Conceição. **A sucessão do cônjuge casado no regime de comunhão universal e parcial de bens em concorrência com os**

descendentes: uma análise constitucional à luz do princípio da isonomia. 2013. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Pará de Minas, Pará de Minas.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOUTO, CELENE OLÍMPIA SPÍNOLA SOUTO. **Problematização da obrigatoriedade da legítima.** 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Bahia.

SOUZA, Stela Maris Vieira de. **Inventários e Partilhas.** 3. ed. Campo Grande: Contemplar, 2014.

SPÍNOLA, Pedro de Figueirêdo. **ÉTICA, FAMÍLIA, AFETO E DIREITO:** o cuidado como requisito para herdar e os casos de multiparentalidade. 2017. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2017. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/371/1/DISSERTACAOPEDROSPINOLA.pdf>>. Acesso em: 30 julho. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEXEIRA, Daniele Chaves. A necessidade de revisitar o instituto da legítima. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi, e (coord.). **Direito Civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. cap.18, p.389-402.

VIEGAS, João Francisco Moreira. **Reflexões sobre o novo código civil:** mudanças operadas no direito da família e das sucessões, 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/226/reflexoes%20novo%20codigo%20civil_Viegas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 maio. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Testamento: Estrutura, princípios e modalidades. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSES, Paulo Magalhães, e (coord.). **10 anos do Código Civil:** Desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 853.