

AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO: A NECESSIDADE DE REVISAR A PERMANÊNCIA DA LEGÍTIMA

Renata Marques Lima Dantas¹

RESUMO: O presente artigo visa analisar a autonomia privada no direito sucessório em especial quanto à extensão do patrimônio que pode ser objeto de testamento. Aborda-se a questão da limitação da autonomia privada decorrente da legítima tanto no testamento quanto no planejamento sucessório. Assim, pontua-se acerca da estrutura e função da autonomia privada, bem como sua limitação para passar a discutir a necessidade de manutenção da legislação da forma que se encontra (limitando-se em 50% o patrimônio a ser testado) ou se é possível pensar em *de lege ferenda* para o caso e em que medida.

Palavras-Chave: *sucessão, autonomia privada, legítima, disposição.*

ABSTRACT: This article aims to analyze the private autonomy in braileiro inheritance law . Deals with the issue of limitation of autonomy due to legal restrictions both in the will and in succession planning. So if scores - on the structure and function of autonomy as well as its limitation to move on to discuss the need for maintenance of way legislation is (limited to 50% equity to be donated) or if you can think of legislative change

Key-words: *succession , private autonomy , testament*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 AUTONOMIA PRIVADA 2.1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA 2.2 LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA 2.2.1 Lei 3 DIREITO SUCESSÓRIO SOB O FOCO DA LEGÍTIMA 3.1 O TESTAMENTO: EXPRESSÃO MÁXIMA DE AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO 3.2 ASPECTOS ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA 4 A NECESSIDADE DE LEGE FERENDA QUANTO À LEGÍTIMA 4.1 O FALSEAMENTO PROPOSTO POR KARL POPPER 4.2 REFUTANDO OS FUNDAMENTOS PARA MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS

¹ Mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Advogada. Especialista em Direito Civil e Consumidor, autora de diversos artigos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratar da autonomia privada no direito sucessório, em especial no que tange à sua limitação no testamento em face da legítima. Entende-se que o instituto da legítima está ancorado em fundamentos que não mais se sustentam na realidade jurídica atual de forma que se revela premente novas soluções legislativas nesse tocante.

Embora haja alguma discussão doutrinária acerca da autonomia privada no direito sucessório, não há qualquer tentativa de alteração legislativa nesse sentido.

Destarte, no primeiro capítulo aborda-se a autonomia privada, fazendo-se a necessária distinção entre esta e a teoria da autonomia da vontade com fins a expor a evolução pela qual o direito privado e a própria teoria do negócio jurídico passou. Ainda no primeiro capítulo são tratados os limites à autonomia privada, em especial, a lei.

No segundo capítulo, é tratado o direito sucessório brasileiro sob o foco da legítima, fazendo uma abordagem específica do testamento como expressão da autonomia privada, bem como da sucessão legítima uma vez que é imperioso para este trabalho traçar todos os fundamentos que sustentam esse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, é posta a necessidade de alteração legislativa para se rever a questão da legítima. Nesse sentido, busca-se apoio da metodologia proposta por Karl Popper para quem toda verdade científica está sujeito a contestação que poderá falseá-la e, em seguida, fazer surgir nova teoria.

Assim, realizou a refutação da ideia de que a legítima deve permanecer no direito brasileiro chegando-se à conclusão de que isso não se sustenta diante da nova perspectiva do direito privado.

2 AUTONOMIA PRIVADA

2.1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia privada é conceito fruto de evolução da forma de conceber o direito privado, em especial o negócio jurídico. Não se pode olvidar que na época do liberalismo econômico falava-se em autonomia da vontade a qual estava lastreada no individualismo; no exercício de um querer ser capaz de gerar direitos. Assim, importante fazer a devida distinção.

Notadamente, a noção de autonomia da vontade esteve calcada em um voluntarismo que colocou a vontade em um patamar equiparado à lei no que tange à produção de consequências jurídicas. Assim, em um campo ilimitado, a vontade seria capaz de criar o direito para uma situação concreta.

Segundo a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa ideia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora de um contexto social. Uma vez declarada a vontade esta, em geral, teria força de desencadear efeitos jurídicos.²

Luigi Ferri aponta a necessidade de se distinguir autonomia privada de autonomia da vontade especialmente porque “*las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son*”³. Para o mencionado autor, a diferenciação precípua entre ambas está no fato de que na autonomia da vontade se eleva por demais a vontade psicológica dos sujeitos o que seria capaz de gerar *de per se* efeitos jurídicos o que não ocorre na autonomia privada.

Atualmente, tendo o caminho do direito privado seguido por uma ideia de funcionalização e solidariedade não se sustenta a defesa dos dogmas da vontade que, em uma redução por demais simplista, tinha o seu fundamento em uma formal liberdade de que todo e qualquer indivíduo possui de se submeter a determinado contrato sem considerar o contexto em que uma relação contratual esteja inserida. Assim, os fundamentos da autonomia da vontade eram a liberdade contratual (vista sob enfoque formal) e manutenção irrestrita do pactuado.

² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53.

³ FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 5

Daniel Sarmento ao analisar os três pontos da teoria moral aponta como terceiro aspecto o individualismo. Nesta teoria, os indivíduos eram tidos como iguais e podiam exercer ao máximo sua autonomia privada. Ocorre que essa visão é incompatível com a constituição brasileira a medida que está tem como aspecto central a promoção da igualdade substancial.⁴

Nesse sentido, com a evolução do direito privado, especialmente, quanto à ideia de função, revelou-se insustentável a manutenção da noção de autonomia da vontade como geradora de efeitos jurídicos. “Desde que se abandonou a teoria da vontade a evolução da doutrina prosseguiu no sentido de socialização do Direito. Esvanece o individualismo inspirador da Escola Clássica”.⁵

Passa-se então da noção de autonomia da vontade, em que se considerava que as partes tinham total liberdade de negociação⁶, sem se cogitar a ideia de igualdade substancial, para passar a tratar o conceito de liberdade com intervenção estatal com vistas a premissa de que para se exercer a autonomia livremente, deve-se estar garantido o acesso a determinados bens essenciais, assim como deve ser reconhecido que em certas situações há diferença efetiva de autodeterminação por parte dos sujeitos contratantes.

Ao ponderar sobre a manifestação da autonomia no negócio jurídico, Emílio Betti atenta que “o instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de querer no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática. Pode-se dizer [...] que ele até garante e protege a autonomia privada [...]”⁷

Reconhece-se que a autonomia privada não se manifesta apenas nos negócios jurídicos, entretanto, em razão do corte temático deste artigo, as noções de autonomia da vontade,

⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus interesses provados na perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 276.

⁶ Nesse sentido importante a distinção de Roxana Cardoso Brasileiro Borges entre autonomia jurídica individual e autonomia privada “Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando uma faculdade de atuar licitamente. A licitude da conduta reside, nesse aspecto na ausência de sua proibição. O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações”. (p.46-47)

⁷ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora 1969, p.107

autonomia privada e liberdade serão sempre tratadas à luz do negócio jurídico. Inclusive, porque aqui adota-se o enquadramento jurídico do testamento como negócio jurídico unilateral, ideia que será melhor desenvolvida mais adiante.

Assim, autonomia privada pode ser definida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”⁸. Integra, portanto, o conceito de autonomia privada além da vontade das partes, os limites estabelecidos pelo direito os quais, na leitura atual, incluem-se tanto as vedações legais com definições expressas, quanto as cláusulas com conteúdo mais aberto como os da boa-fé, função social...

Destarte, foi proposital a escolha da expressão no título deste tópico, assim como na titulação deste artigo. Embora alguns autores se valham da expressão autonomia da vontade, a opção conceitual realizada neste trabalho desemboca para a expressão autonomia privada. Isso porque se reconhece que, no tocante ao direito sucessório, a situação legislativa do ordenamento jurídico brasileiro consagra a restrição de cinquenta por cento do patrimônio para ser testado, óbice que não pode ser transposta pela simples vontade das partes.

Obviamente, no presente trabalho não é reconhecida a possibilidade da autonomia privada poder ultrapassar esse limite legal, ao contrário, analisa-se o tema a fim de verificar se pela ideia de autonomia privada é possível pensar em necessidade de alteração legislativa sobre essa temática. Assim, revela-se imprescindível tratar dos limites aos quais a autonomia privada está submetida, tendo por enfoque maior a lei.

2.2 LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

Certo que o poder jurídico da autonomia privada, assim como qualquer outro poder ou direito, não é absoluto, possuindo limites que a depender do universo que esteja a se falar irá variar. No que se refere a alguns direitos de personalidade ou até no direito de família a autonomia privada é mais restrita que no campo das obrigações.

La autonomía del grupo familiar no es verdadera autonomía, es decir, no es autonomía privada. Los poderes familiares, y em primer lugar la patria

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e contratos em espécie**. Vol. 4. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.141.

potestade, son poderes discretionales a los que es inherente el deber de perseguir um fin no adventicio ni libremente assumido, sino um fin necesario. [...] La naturalidade de la sociedade familiar [...] significa precisamente, em mi opinión, que las tareas, los intereses que le están confiados se le imponen por encima de cualquier elección, de cualquier arbitrio [...]⁹

Observa-se que Luigi Ferri ao ponderar sobre a autonomia no direito de família é enfático ao expor que sequer se poderia falar em autonomia privada à medida que o poder familiar deve ser exercido nos termos discricionários que a lei determina. Concorda-se em parte com o autor, pois embora em relação ao dever de cuidado, de educação não possa haver o exercício de autonomia no sentido de se afastar dessa função, mas existem diversos aspectos da relação familiar que são regidos pela autonomia privada, como por exemplo, a escolha do regime de bens.

De toda sorte, seja com mais ou menos incidência a autonomia privada os seus limites estarão postos. A doutrina diverge quanto a eles, entretanto, focando-se na utilidade para este trabalho, passa-se a tratar da lei.

2.2.1 Lei

Conforme conceituado acima, a autonomia privada é o poder jurídico que as pessoas possuem para determinar as regras as quais estarão submetidas em um negócio jurídico¹⁰, observando-se os limites legais.

[...]os pressupostos, assim como a maioria dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos em geral, não estão sujeitos à disposição das pessoas, por não serem atingidos pelo poder da autonomia privada, uma vez que estão sob outra competência, a da lei, ou seja não estão ao alcance do sujeito de direito, mas do legislador.¹¹

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

⁹ FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, 317-318

¹⁰ Relembra-se o corte temático realizado neste artigo de que embora a autonomia privada não se manifeste exclusivamente nos negócios jurídicos patrimoniais, aqui será feita tal restrição.

¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.58

e existência e validade do negócio jurídico. Ademais, existem determinadas consequência jurídicas que os particulares também não podem dispor de forma contrária.

No caso específico do tema deste artigo, tem-se que no testamento - que é manifestação da autonomia privada no direito sucessório, o testador poderá definir quem será o destinatário de 50% dos seus bens, poderá decidir, a forma que irá realizar o negócio (pública, particular ou cerrada), mas jamais poderá alterar critérios de existência ou validade aos quais o negócio esteja submetido.

Logo, os negócios jurídicos tidos como inexistentes ou ilegais esbarrarão no limite da lei e não haverá que se falar em autonomia privada que permita sua validade no mundo jurídico.

O plano da existência está relacionado com o ser, requisitos básico que algo deve ter para ser considerado existente no mundo jurídico.

Embora a legislação civil não preveja, de forma expressa, quais os requisitos de existência do negócio jurídico há concordância na literatura jurídica de que devem estar presentes a manifestação de vontade, agente, objeto e forma.¹²

A manifestação de vontade, no negócio jurídico, corresponde ao consentimento emanado das partes (ou de um sujeito no caso do negócio unilateral); o agente é o sujeito de direito; o objeto consistirá na coisa tangível ou intangível que espelha o conteúdo da declaração de vontade; e a forma será a via de manifestação da vontade.

Certo que sem os referidos elementos não se poderá falar em existência de qualquer negócio jurídico e, portanto, não poderá produzir nenhum efeito.

Não existindo juridicamente, o negócio sequer precisará ser desconstituído judicialmente (como exigem os franceses), porque a inexistência é o 'não ser'. Logo, não tendo vocação para produzir qualquer efeito, não há necessidade de declarar o negócio inexistente como tal. Excepcionalmente, apenas, é possível a declaração judicial de inexistência do negócio, em razão de efeitos indiretos gerados por

¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico. Existência. Validade e Eficácia**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83.

ele. É o exemplo do casamento celebrado por um Delegado de Polícia ou por um Juiz do Trabalho. O ato em si é inexistente e, como tal, não se mostra necessária a propositura de uma ação para declará-lo como tal.¹³

É certo que a existência do negócio jurídico é necessário a manifestação da declaração de vontade.

Essa declaração decorre do poder que o ordenamento jurídico confere às pessoas de regularem sua vontade, com liberdade, desde que não atentem contra a lei, as normas de ordem pública, os bons costumes, e respeitem a função social.

O objeto do negócio jurídico, por sua vez, refere-se ao bem, à coisa em si mesma, devendo ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Finalmente, a forma diz respeito à observância da lei para que seja exteriorizada a declaração de vontade. Atualmente, vigem em nosso ordenamento jurídico a forma livre, salvo disposição específica na lei em sentido contrário. É o que dispõe o art. 107 do Código Civil.¹⁴

Exemplo de exceção à regra é o art. 108 do mesmo Código: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Como a especificidade da forma integra a substância do próprio negócio jurídico, o seu descumprimento acarreta a nulidade do ato, nos moldes do inciso V do art. 166.¹⁵

Nesse sentido, estando presentes os citados requisitos, há de se reconhecer a existência do negócio jurídico e, passar-se, a análise da validade do mesmo.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 439-440.

¹⁴ **Art. 107.** A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

¹⁵ **Art. 166.** É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

Ultrapassado aspecto da existência, revela-se possível adentrar o plano da validade. A fim de se verificar a validade de um negócio jurídico, gênero que tem o contrato como espécie, tem-se como ponto de partida o art. 104 do Código Civil o qual dada a relevância para o tema deste trabalho merece transcrição integral:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁶

Observa-se que aqui os elementos necessários para a existência do negócio jurídico continuam presentes, entretanto com as respectivas qualificações que lhe reconhece validade.

A validade é, desta forma, a qualificação que deve existir em um negócio jurídico para assim ser compreendido, consistente no fato de que o mesmo deve estar de acordo com o que determina a lei para lhe atribuir validade.

Não se fala apenas da existência de agente, mas que o mesmo seja capaz e, chama-se atenção, legitimado. Indiscutível que a capacidade deve ser vista à luz da teoria das incapacidades de modo que deve ser observada a capacidade geral prevista nos arts. 3º e 4º do Código Civil¹⁷.

Não se pode esquecer, todavia, que além da capacidade geral referida “exige-se a capacidade especial para o negócio de que se trata”¹⁸: a legitimidade - que é exigida por lei.

¹⁶BRASIL. **Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum***. Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros, 1999, p. 280.

Não basta a capacidade do agente para conferir validade ao negócio celebrado.

É preciso ainda que não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, não obstante goze de plena capacidade. Em outras palavras, é necessário, além da capacidade, haver legitimidade, segundo noção desenvolvida pelos processualistas adotada pelos cultores do Direito Civil.¹⁹

Assim, é certo afirmar que o agente, para realizar o negócio jurídico sem a necessidade de representação ou assistência deve ser maior de idade e estar em pleno gozo da capacidade civil. Mas não é só, deve estar legitimada para manifestar direta e validamente sua vontade naquele contrato específico.

Nos dizeres de Vicente Rao:

A capacidade não consiste apenas na aptidão para o exercício dos direitos, mas, mais do que isto, na aptidão para a prática dos atos (negócios jurídicos), ou seja, na aptidão das pessoas para governarem por si, sua vida jurídica, autodeterminando e manifestando ou declarando e executando sua vontade, no campo do direito.²⁰

Com efeito, a lei estabelece, muitas vezes, restrições à faculdade de contratar, que também podem ser chamadas de impedimento. Por exemplo, no caso do art. 497 do Código Civil, que proíbe compra e venda entre tutor e tutelado, ou, ainda, o art. 496, que prevê a anulabilidade do mesmo contrato entre ascendentes e descendentes sem que os demais e o cônjuge (salvo no regime de separação obrigatória de bens) expressamente o consintam.

A manifestação de vontade, por sua vez, para que seja válida, deve ser livre e consciente, sob pena de nulidade ou anulabilidade do contrato. Pode ser expressa ou tácita e, ainda, manifestada diretamente pela parte ou por terceiro que a represente (mandatário). O caso do testamento não se reconhece a possibilidade de manifestação tácita da vontade.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347.

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico. Existência. Validade e Eficácia**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

No que tange ao objeto, quando fala-se na necessidade de que mesmo seja lícito, possível e determinado ou determinável, fala-se, em verdade, da possibilidade material ou física do objeto.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges ao tecer críticas aos fatores limitantes da autonomia privada, especificamente quanto à lei ressalta que

[...]no direito civil as principais limitações são relacionadas ao conteúdo ou objeto do negócio jurídico, uma vez eu ele deve ser lícito e possível, além de determinável. Quanto a isso um dos maiores problemas está em que muitos autores incluem no conceito de ilicitude não apenas a contrariedade à lei, mas a contrariedade à moral, à ordem pública e aos bons costumes.²¹

Neste trabalho, adota-se a contrariedade ao dispositivo de lei como fator determinante mesmo quando se trate de lei inconstitucional que ainda integre o ordenamento jurídico tendo em vista que não é dado ao sujeito a possibilidade de desrespeitar a lei ainda que entenda pela sua inconstitucionalidade, salvo, obviamente, se esta já estiver declarada pelo Poder Judiciário.

3 DIREITO SUCESSÓRIO SOB O FOCO DA LEGÍTIMA

3.1 O TESTAMENTO: EXPRESSÃO MÁXIMA DE AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO

A autonomia privada no direito sucessório brasileiro tem sua manifestação mais expressiva no testamento. Por ele, é possível estabelecer as disposições de última vontade do testador para valerem após sua morte.

O testamento, como reconhecido pela maioria da doutrina, é considerado como negócio jurídico. Os que não assim entendem não fazem a distinção entre ato e negócio jurídico.

Do ato jurídico se extraem duas figuras distintas. Diz ato jurídico strictu sensu aqueles em que ao sujeito que os pratica é vedado escolher o enquadramento em uma categoria jurídica, bem como escolher os efeitos que deles emanarão. Dos negócios jurídicos, também atos jurídicos, o sujeito que

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 134.

o pratica também poderá eleger em qual categoria o enquadrará, bem como em certa medida, poderá predeterminar os efeitos que o ato irá produzir.²²

Como no Código Civil de 1916 o conceito de testamento estava atrelado à possibilidade de disposição do patrimônio muito se discutiu na doutrina se caberia no testamento dispor acerca de questões não patrimoniais. Essa discussão encontra-se superada e o atual Código Civil prevê expressamente no §2º do art. 1857 a viabilidade de testamento com cláusulas de caráter não patrimonial.

É exatamente nesse art. 1857 do Código Civil que está regulada a sucessão testamentária “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.” Em princípio, verifica-se a concessão de autonomia privada total para o testador, permitindo-lhe testar tudo quanto tenha interesse.

Ocorre que no §1º do referido dispositivo legal é previsto que “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”. De tal previsão, verifica-se que a autonomia estará limitada, não podendo ultrapassar o percentual destinado à legítima dos herdeiros necessários.

Tem-se então um fator limitador (a lei) que é expresso ao não permitir que a vontade do testador alcance a totalidade de seu patrimônio no caso de haver herdeiro necessário. Todavia, em que medida isso se justifica? Por que não permitir que o testador disponha de todo o seu patrimônio?

Para responder a esses questionamentos impende ponderar acerca da sucessão legitimária a fim de saber os fundamentos que levaram o legislador a prevê a legítima.

3.2 ASPECTOS ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

²² LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr, Fredie, EHRHARDT Jr, Marcos. **Revisitando a Teoria do fato Jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

A sucessão no direito brasileiro pode ocorrer de duas formas: legítima ou testamentária. Tais modalidades podem coexistir ou não. Certo que na ausência de testamento caberá com exclusividade a sucessão legítima ao passo que não havendo herdeiros necessários pode ocorrer apenas a sucessão testamentária. Ainda, pode haver sucessão legítima juntamente com a sucessão testamentária.

Pela sucessão legítima, a lei determinará quem serão os 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.

Observa-se que, ainda que exista a disposição patrimonial pelo testamento este somente poderá abarcar cinquenta por cento dos bens de modo que em relação à outra metade caberá a sucessão legítima, nos termos do art. 1846 do Código Civil.

Tanto a preocupação com a herança quanto com a proteção à legítima não é algo novo no Direito, ao contrário, desde a antiguidade o tema é assunto premente, estando atrelado à ideia de continuidade familiar, bem como norteadas por aspectos religiosos. Em Roma,

O conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao pater familias de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: sui, agnati e gentiles. Os heredi sui et necessarij eram os filhos sob o poder do pater e que se tornavam sui iuris com sua morte: os filhos, os netos, incluindo-se também, nessa qualificação, a esposa. Os agnati eram os parentes mais próximos do falecido. Entende-se por agnado o colateral de origem exclusivamente paterna, como o irmão consanguíneo, o tio que fosse filho do avô paterno, e o sobrinho, filho desse mesmo tio. A herança não era deferida a todos os agnados, mas ao mais próximo no momento da morte (agnatus proximus). Na ausência de membros das classes mencionadas, seriam chamados à sucessão os gentiles, ou membros da gens, que é o grupo familiar em sentido lato²³

Muitos ordenamentos jurídicos tiveram suas influências no direito romano a exemplo do antigo direito português que nas Ordenações do Reino previa herdeiros necessários lhe

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. Vol 7. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.17.

destinando dois terços do patrimônio do falecido. Apenas por meio do Decreto 1839/1907 foi que a Lei Feliciano Pena reduziu a porção destinada à legítima para metade do patrimônio.²⁴

É certo que em alguns sistemas jurídicos atuais se “desconhecem a figura do herdeiro necessário e da legítima hereditária, como assim ocorre, primordialmente, nos países de tradição da *commom law*.”²⁵ Chama-se atenção de que também em sistemas da *civil law* existem ordenamentos jurídicos que também não preveem a reserva da legítima

[...]o código civil mexicano, em seu art. 1374 impõe como única obrigação ao testador uma pensão alimentícia ao consorte ou companheiro e a certos parentes consanguíneos, no que é acompanhado pelas principais legislações na América Central, como por exemplo o Código Civil de Honduras, art. 1147.²⁶

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 manteve a legítima em metade do patrimônio do falecido o que foi mantido pelo Código Civil de 2002.

[...] a sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da divisão necessária, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros – herdeiros necessários -, entre os quais deve ser partilhada no mínimo metade da herança [...] Herdeiro necessário, assim, é o parente com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar.²⁷

Acerca dos fundamentos sobre os quais se vale a manutenção da legítima, Flávio Tartuce (em que pese sua visão crítica sobre o tema), por compromisso doutrinário, elenca os quatro fundamentos de Clóvis Beviláqua para manter a legítima: a) o direito de propriedade não é absoluto; b) deve-se proteger a família do arbítrio do indivíduo; c) beneficiar um único filho implica em estimular a ganância; d) se for dada educação adequada a legítima não ensejará o ócio do herdeiro.²⁸

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. Vol 6. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 33.

²⁵ POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdação**. São Paulo: Saraiva 2013, p.157

²⁶ POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdação**. São Paulo: Saraiva 2013, p. 158

²⁷ CAHALI, Francisco. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. Vol 6. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.56-57.

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. Vol 6. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 34-35.

Rabindranath Capelo de Sousa *apud* Luiz Paulo Vieira de Carvalho atenta que

Poder-se-á presentemente dizer que a sucessão legitimaria tem como fundamento a proteção da família nuclear, num princípio de entreajuda e solidariedade (aliás, em correspondência com particulares e prioritários deveres de alimentos) [...], de modo a assegurar uma base do patrimônio familiar e a garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade.²⁹

Assim, para no ordenamento jurídico brasileiro a manutenção da legítima se funda na relatividade do direito de propriedade, na solidariedade da afetividade familiar e no afastamento da possibilidade de exercício de egoísmo por parte do testador.

Entretanto, de fato tais aspectos não parecem servir ao fundamento que se propõem, nem tampouco afastam tantos outros fundamentos que provocam a discussão acerca da exclusão da legítima fazendo reinar a autonomia privada num campo que deveria ser mais ampla uma vez que essencialmente patrimonial.

4 A NECESSIDADE DE LEGE FERENDA QUANTO À LEGÍTIMA

Não é de hoje que vozes dissonantes da concepção de guarnecer a legítima têm aflorado. Entretanto, a discussão acerca da legítima não tem tido o tratamento que merece. Reconhecendo-se a lei como limite à autonomia privada, não se tem como defender que atualmente seja possível fundamentar um negócio jurídico, especificamente, um testamento com desrespeito a esta porção.

Entretanto, a partir de diversos fundamentos contrários aos que defendem a permanência da legítima é possível se pensar na possibilidade de sua discussão a fim de se promover uma alteração legislativa no instituto que hoje já não se amolda mais à nova concepção funcionalizada do direito civil.

Como há muito afirmou Montesquieu a herança é algo determinado por lei política/civil, ato de vontade humana, não é lei natural que haja uma transmissão de bens.

²⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 428.

A lei natural ordena que os pais sustentem os filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. A divisão dos bens, as leis sobre esta divisão, as sucessões após a morte daquele que recebeu esta divisão, tudo isto só pode ter sido regulamentado pela sociedade e, por conseguinte, pelas leis políticas ou civis.³⁰

Todavia, considerando que o Brasil se orienta por uma política capitalista, a noção de herança para os familiares até faz sentido, diferentemente de países comunistas em que parte do patrimônio se reverte em favor do Estado. Entretanto, o mesmo não vale para a legítima.

Embora a legítima tenha sido instituto considerado como verdade incontestável no direito brasileiro, se posta sob o ponto de vista científico hipotético dedutivo de Karl Popper verificar-se-á a possibilidade de revê-la à luz de contra-argumentos.

4.1 O FALSEAMENTO PROPOSTO POR KARL POPPER

Karl R. Popper é criador do método hipotético-dedutivo por meio do qual algo tido como verdade é possível ser testado constantemente. De fato, Karl R. Popper não estava preocupado com a realidade no sentido de comprovar algo e dizer que seja real. Ao contrário, estava apenas preocupado com a regra da ciência, com a objetividade científica mesmo sabendo que ela não existe.

Partindo do método proposto por Karl R. Popper, em linhas bem gerais, tem-se uma regra, analisa-se um caso e se chega a um resultado. O resultado é uma hipótese que nunca é final, a hipótese é um resultado que precisa ser falseado eternamente, será sempre provisória considerando que a

Nossa ignorância é sóbria e ilimitada. De fato, ela é, precisamente, o progresso titubeante das ciências naturais [...] que constantemente abre nossos olhos mais uma vez à ignorância, mesmo no campo das próprias ciências naturais. [...] A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém também, descobrimos que onde acreditávamos pisar em solo firme e seguro,

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 505.

todas as coisas são, na verdade, inseguras e, em estado de alteração contínua.³¹

Por este raciocínio Karl R. Popper expõe que toda teoria, na verdade, terá certa falibilidade que permitirá a mesma ser criticada, até mesmo porque ainda que se admitisse que fosse formulada uma teoria tida como verdadeira não se teria como fazer tal afirmativa. Nesse ponto Daniel Nicory do Prado expõe a noção de verdade para Karl R. Popper ao afirma que

O conceito de verdade popperiano de verdade é a ‘verdade correspondência’, ou seja, a adequação dos fatos às afirmações que sobre elas são feitas. Por isso, é um conceito que pressupõe a existência de uma realidade objetiva comum para além das percepções humanas; não por acaso, ele chama essa ideia de ‘teoria da verdade objetiva’.³²

Nesse sentido, ter-se-á em ciência sempre uma resposta provisória para uma formulação. “Com seu critério – a falseabilidade –, Popper transfere para o momento da crítica da teoria a possibilidade de identifica-la como científica[...]”³³.

Karl R. Popper afirma que a ciência não avança fazendo generalizações a partir de observações mas fazendo conjecturas ousadas que devem ser testadas. Ao formular hipótese será “a audácia e a originalidade da solução sugerida que determinam o valor ou a ausência do valor de uma empresa científica”³⁴

É a falseabilidade que dá poder a uma teoria científica. Primeiro é necessário ter em mente que o valor de um conhecimento científico não vem da observação de experiências mas da possibilidade de a teoria ser contrariada, ou melhor, falseada. Com a ideia de que a teoria precede a experiência, os falsificacionistas como Karl R. Popper admitem que toda explicação científica é hipotética e quanto mais uma teoria puder ser falseada melhor será ela.

³¹ POPPER, Karl Raymund. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silvas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13

³² PRADO, Daniel Nicory do. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.45.

³³ MACHADO, Cristina de Amorim. **Popper, a Demarcação da Ciência e a astrologia**. In: OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org). **Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper**. Curitiba: Círculos de Estudos Bandeirantes, 2012, p. 51.

³⁴ POPPER, Karl Raymund. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silvas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 15

[...]só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade de um sistema, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei porém que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico.³⁵

As teorias científicas são propostas como hipóteses e são substituídas por novas hipóteses quando são falsificadas. Então Karl R. Popper aponta critérios para uma boa teoria científica da seguinte forma: deve ser clara e precisa; deve permitir falseabilidade e; deve ser ousada para progredir em busca de um conhecimento mais aprofundado sobre a realidade.

Sob esta premissa metodológica, pode-se falsear a teoria de que a legítima é fundamento de proteção do núcleo familiar, intocada no direito brasileiro, confrontando-a com críticas a fim de saber se a mesma se mantém.

4.2 REFUTANDO OS FUNDAMENTOS PARA MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA

A ignorância é ilimitada como bem afirma Popper.³⁶ Considerar a legítima como o fundamento de salvação da família como até hoje foi posto no direito brasileiro quase como que sem contestação não implica necessariamente na constatação da verdade de modo a neste campo pisar em solo firme.

Um dos principais motivos que os defensores da manutenção da legítima sustentam é que a mesma se funda no direito de propriedade e que este deve estar orientado com a sua função social o que o relativiza de modo que a intervenção estatal nesse aspecto pode sim limitar a disposição testamentária a 50% do total dos bens.

Esse argumento pode ser refutado tanto com no próprio direito de propriedade. Não há dúvida que, como qualquer outro direito, a propriedade não pode ser exercida em caráter absoluto,

³⁵ POPPER, Karl R.. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 9ª ed. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 42

³⁶ POPPER, Karl Raymund. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silvas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

mas que nesse direito a autonomia privada é bastante ampla também não há dúvida. As faculdades de usar, gozar, reivindicar e dispor são próprias do direito de propriedade e a sua relativização está relacionada com a necessidade de se atribuir uma função social e orientar as condutas pela boa-fé, entretanto, em limitar tal direito ao necessário repasse de 50% a herdeiros necessários não revela nenhuma função social. Ao contrário, viola o exercício do direito de propriedade.

[...]essa restrição do testador também implica afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual, como se sabe, pode 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.³⁷

Ato contínuo, existe o fundamento da proteção familiar a embasar a manutenção da legítima.

Revela-se inquestionável que a Constituição Federal concedeu ampla proteção à família com o objetivo de resguardar não só o núcleo familiar como um todo, mas no sentido da promoção da dignidade de cada membro.

Ocorre que, é fato que a proteção a cada membro da unidade familiar não necessariamente estará assegurada ao se criar classes de herdeiros e, em alguns deles, considera-los necessários.

A preservação da legítima culmina por suscitar, como dito, discórdias e desavenças familiares, impedindo, ademais, o de cujus de dispor do seu patrimônio como bem entendesse. Ademais, se quisesse beneficiar um descendente seu ou a esposa, que mais lhe dedicou afeto, especialmente nos últimos anos de sua vida, poderia fazê-la por testamento, sem que isso em nosso sentir significasse injustiça ou desigualdade, uma vez que o direcionamento de seu patrimônio deve ter por norte especialmente a afetividade. Ressalvamos apenas a hipótese de concorrerem à herança filhos menores ou inválidos, caso em que se deveria preservar-lhes, por imperativo de solidariedade familiar, necessariamente parte da herança.³⁸

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59

Notadamente, o direito de sucessões não está voltado a efetivamente proteger cada membro familiar. Uma exceção foi a Lei nº 10050/2000 que incluiu o art. 1611, §3º no antigo Código Civil para prever direito real de habitação quando, havendo um único imóvel residencial, coubesse ao filho órfão portador de deficiência que não pudesse trabalhar. Esta visão está muito mais atrelada à ideia de efetiva proteção à família do que uma previsão em abstrato de proteção a determinadas pessoas que, em muitas das vezes, não necessitam de nenhum amparo essencial.

[...]a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.³⁹

Atenta-se ainda, aproveitando-se para refutar o argumento de que a legítima implica em garantia da solidariedade que a legislação brasileira não proíbe que as pessoas disponham onerosamente em vida de mais de 50% de seu patrimônio, ao contrário, o sujeito de direito pode livremente fazer o que sua vontade determinar com seu patrimônio, desde que seja onerosamente. Assim, pela legislação brasileira é concebível que um particular resolva usar todo seu patrimônio em bens fúteis, sem nenhum caráter altruísta, todavia, é-lhe vedado, se tiver herdeiros necessários, doar ou dispor por testamento de todo o seu patrimônio para pessoas necessitadas, imbuído de um cunho solidário.

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.

Por fim, quanto ao argumento da legítima afastar o egoísmo que pode estar ínsito no ser humano tem-se que, ao contrário do que se pensa, pode estimular o ócio. Flávio Tartuce, ao apontar os argumentos favoráveis à revisão da legítima aponta que

³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protacao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>> Acesso em 12 dez 2014.

A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária.⁴⁰

Ademais, se for considerar que a herança é decorrente de vínculo afetivo entre *de cuius* e os herdeiros “nada impediria que ele beneficiasse os últimos por testamento, de acordo com sua livre manifestação de vontade.”⁴¹

Assim, mesmo reconhecendo que a autonomia privada esteja limitada no direito sucessório em face da legítima, demonstra-se que ao submeter essa fronteira legal à críticas ela não se sustenta, revelando-se bastante necessária a alteração legislativa no sentido de ampliar a autonomia privada no testamento, afastando-se a regra da legítima.

5 CONCLUSÃO

A autonomia privada é poder jurídico conferido ao particular para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico. Integra, portanto, o conceito de autonomia privada além da vontade das partes, os limites estabelecidos pelo direito.

No que tange ao direito sucessório, tem-se que no testamento há a manifestação da autonomia privada mais evidente, embora esteja limitada pois o testador poderá definir quem será o destinatário de 50% dos seus bens, bem como a forma que irá realizar o negócio (pública, particular ou cerrada), mas jamais poderá alterar critérios de existência ou validade aos quais o negócio esteja submetido.

O art. 1857 do Código Civil regula a sucessão testamentária prevendo que “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. Vol 6. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 35

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

de sua morte.” Em princípio, verifica-se a concessão de autonomia privada total para o testador, permitindo-lhe testar tudo quanto tenha interesse.

Ocorre que no §1º do referido dispositivo legal é previsto que “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”. De tal previsão, verifica-se que a autonomia estará limitada, não podendo ultrapassar o percentual destinado á legítima dos herdeiros necessários.

Pela sucessão legítima, a lei determinará quem serão os 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.

Acerca dos fundamentos sobre os quais se vale a manutenção da legítima, apresenta-se basicamente o direito de propriedade não ser absoluto, a proteção da família e o exercício da solidariedade.

Embora a legítima tenha sido instituto considerado como verdade incontestável no direito brasileiro, se posta sob o ponto de vista científico hipotético dedutivo de Karl Popper verificar-se-á a possibilidade de revê-la à luz de contra-argumentos.

Submetendo os fundamentos da legítima à técnica de falseamento proposta por Karl Popper entende-se que as faculdades de usar, gozar, reivindicar e dispor são próprias do direito de propriedade e a sua relativização está relacionada com a necessidade de se atribuir uma função social e orientar as condutas pela boa-fé, entretanto, em limitar tal direito ao necessário repasse de 50% a herdeiros necessários não revela nenhuma função social. Ao contrário, viola o exercício do direito de propriedade.

O fundamento da solidariedade 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.

Ademais, se for considerar que a herança é decorrente de vínculo afetivo entre de cujus e os herdeiros não é possível verificar que a eleição de determinadas pessoas para serem seus herdeiros implique em algo que se deva discordar.

Diante disso, revelando-se a manutenção da legítima no direito brasileiro algo insustentável propõe-se que seja realizada alteração legislativa no sentido de ampliar a autonomia privada no testamento e, nos demais institutos decorrentes, a exemplo da doação, sugerindo-se que a discussão passe a integrar Projeto de Lei.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico. Existência. Validade e Eficácia.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil.** São Paulo: Red Livros, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** *Vade Mecum* Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** *Vade Mecum* Saraiva. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2014.

CAHALI, Francisco. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões.** Vol 6. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil.** Teoria Geral. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Curso de Direito Civil. Contratos. Teoria Geral e contratos em espécie.** Vol. 4. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. Vol 7. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr, Fredie, EHRHARDT Jr, Marcos. **Revisitando a Teoria do fato Jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Cristina de Amorim. **Popper, a Demarcação da Ciência e a astrologia**. In: OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org). Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper. Curitiba: Círculos de Estudos Bandeirantes, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorio-necessidade-de-revisao/14753>> Acesso em 12 dez 2014.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade Sucessória e Deserdação**. São Paulo: Saraiva 2013.

POPPER, Karl Raymund. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silvas. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl R.. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 9ª ed. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

PRADO, Daniel Nicory do. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SOUZA, Maria isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. Vol 6. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.