

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RODRIGO MAIA BACHOUR

**DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA E DIREITO À HERANÇA:
ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

VITÓRIA

2020

RODRIGO MAIA BACHOUR

**DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA E DIREITO À HERANÇA:
ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em direito.
Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA
2020

RODRIGO MAIA BACHOUR

**DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA E DIREITO À HERANÇA:
ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em direito.

Aprovada em: _____.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Carlos Eduardo Behrmann Rátis
Martins
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Ao meu pai Alexandre e à Bárbara. Sem eles, nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, pela oportunidade de ser seu orientando e por toda orientação e atenção conferida a mim não só ao longo desses dois últimos anos no mestrado, mas desde a graduação quando tive a honra de ser seu aluno e pude perceber seu profundo conhecimento jurídico e seu entusiasmo pelo Direito e pela docência.

Aos membros da banca de qualificação, Professor Dr. Daury Cesar Fabríz, por todos os debates travados sobre deveres fundamentais e orientações conferidas nos dois últimos anos no Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, bem como por compartilhar sua visão crítica acerca da sociedade e do direito, o que contribui muito para o meu desenvolvimento intelectual, e Professora Dra. Paula Castello Miguel, profissional pela qual sempre tive grande admiração e hoje tenho a felicidade de ser seu colega de profissão. Agradeço pela disponibilidade e pelas valorosas e fundamentais colaborações que, certamente, engrandeceram o trabalho final.

Aos membros da banca de defesa, Professor Dr. Daury Cesar Fabríz e Professor Dr. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, referências em âmbito nacional e internacional no que tange ao tema dever fundamental, por aceitarem o convite, por disponibilizarem seu tempo e por contribuírem para o meu desenvolvimento intelectual e profissional.

Aos demais professores do PPGD/FDV com os quais tive oportunidade e privilégio de aprender.

Aos colegas de mestrado, pelos calorosos debates jurídicos e não jurídicos, pelos momentos de descontração e pelo apoio nos momentos difíceis e de angústias, em especial aos amigos Higor, Leily e Arthur.

Ao meu amigo Rafael Dadalto por todo apoio e camaradagem tanto em âmbito profissional quanto em âmbito pessoal.

Aos meus familiares, que sempre me apoiaram de forma ampla e irrestrita nas mais diversas escolhas da vida, inclusive nesse mestrado.

Ao meu grande avô, Aldezir Bachour, por todos os ensinamentos da vida e que, aonde quer que esteja, tenho certeza que sempre está ao meu lado.

À Bárbara, a principal responsável por me dar força, apoio e sabedoria para encarar os diversos desafios dos últimos anos, com todo o seu amor, carinho, companheirismo, compreensão, alegria e paciência! Sem ela, nada disso seria possível.

À Faculdade de Direito de Vitória, pela oportunidade de usufruir de um ensino de excelência.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para esta empreitada.

RESUMO

Analisa a sucessão legítima no ordenamento jurídico brasileiro sob uma ótica constitucional, sobretudo da constitucionalização do Direito Civil, com o objetivo de aferir se a atual normatização da legítima garante ao autor da herança condições de efetivamente cumprir seus deveres fundamentais perante seus familiares, em observância da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da proteção à família, da função social da sucessão e da autonomia privada, ou se é necessário conferir flexibilidade e adequação ao instituto para tutelar as mais diversas especificidades do direito sucessório. Para tanto, foi necessário percorrer pelos contornos dos deveres fundamentais da pessoa humana e eleger um conceito como norte para a pesquisa, qual seja, o elaborado pelo Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, liderado pelos professores Dr. Adriano Sant'Ana Pedra e Dr. Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Após, tendo por base o referido conceito, foi possível aferir que a legítima não pode impedir que o autor da herança cumpra seu dever fundamental junto aos seus familiares. Em outras palavras, não pode impedir que ele destine o patrimônio necessário para que cada membro da sua família atinja uma vida digna. Nesse sentido, elencou-se um rol exemplificativo das pessoas que têm um estado de dependência presumido (vulneráveis), ou seja, de natureza relativa, admitindo-se prova em contrário. Verificou-se, ainda, que na hipótese de os familiares não necessitarem do patrimônio, o autor da herança pode dispor livremente com base na sua autonomia privada. Por fim, foi sugerida uma alteração legislativa no Código Civil de 2002 para que este se adeque aos valores e diretrizes constitucionais, uma vez que o direito fundamental é o de herança e não do percentual de 50% (cinquenta por cento) reservado para a legítima. A pesquisa foi desenvolvida mediante a técnica documental e bibliográfica, por meio do método dialético e possui pertinência com a área de concentração do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória, qual seja, Direitos e Garantias Fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Civil. Direito das sucessões. Legítima. Deveres fundamentais do autor da herança.

ABSTRACT

It analyzes the legitimate succession in the Brazilian legal system from a constitutional point of view, especially the constitutionalization of Civil Law, with the aim of check if the current regulation of the legitimate guarantees the author of the inheritance conditions to effectively fulfill his fundamental duties towards his family, in compliance with the dignity of the human person, solidarity, protection of the family, the social function of succession and private autonomy, or whether it is necessary to grant flexibility and adequacy to the institute to protect the most diverse specificities of inheritance law. For that, it was necessary to go through the contours of the fundamental duties of the human person and choose a concept as a guideline for this research, that is, the one elaborated by the State, Constitutional Democracy and Fundamental Rights Research Group, led by professors Dr. Adriano Sant'Ana Pedra and Dr. Daury Cesar Fabriz, from the *Stricto Sensu* Graduate Program in Fundamental Rights and Guarantees at the Law Faculty of Vitória. After, based on the referred concept, it was possible to verify that the legitimate cannot prevent the author of the inheritance from fulfilling his fundamental duty with his family members. In other words, it cannot prevent him from allocating the necessary assets for each member of his family to achieve a dignified life. In this sense, an exemplary list of people who have a presumed state of dependence (vulnerable) was listed, that is, of a relative nature, allowed evidence to the contrary. It was also found that, in the event that family members do not need the patrimony, the author of the inheritance can freely dispose of it based on their private autonomy. Finally, a legislative amendment was suggested in the Civil Code of 2002 to adapt it to the constitutional values and guidelines, since the fundamental right is that of inheritance and not the percentage of 50% (fifty percent) reserved for the legitimate. The research was developed using the documental and bibliographic technique, using the dialectic method and has relevance to the area of concentration of the Graduate Program of the Law Faculty of Vitória, namely, Fundamental Rights and Guarantees.

Keywords: Constitutionalization of Civil Law. Succession Law. Legitimate. Fundamental duties of the author of the inheritance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

C/C - Combinado com

CC/02 - Código Civil de 2002

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

N. - Número

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE UMA LEITURA CONSTITUCIONAL	15
1.1 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	16
1.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA.....	23
1.3 DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA: PROTEÇÃO E CONTINUIDADE ECONÔMICA DO NÚCLEO FAMILIAR.....	26
2 DEVERES FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
2.1 BAIXA DENSIDADE NORMATIVA E ABSTRAÇÃO SEMÂNTICA DAS NORMAS QUE ESTABELECEM DEVERES FUNDAMENTAIS: ABERTURA E FLEXIBILIZAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	36
2.2 NORMAS DEFINIDORAS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: EXISTÊNCIA DE NORMAS DE APLICABILIDADE IMEDIATA E DE NORMAS DE APLICABILIDADE MEDIATA.....	37
2.3 DESNECESSIDADE DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	39
2.4 IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMIR DEVERES FUNDAMENTAIS POR VIA DE LEI OU EMENDA CONSTITUCIONAL.....	42
2.5 DESNECESSIDADE DE SANÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNDAMENTAIS.....	43
2.6 DEVERES FUNDAMENTAIS ESTÃO FUNDADOS NA SOLIDARIEDADE.....	45
2.7 TITULARES E DESTINATÁRIOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	49
2.8 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	50
2.9 CLASSIFICAÇÕES DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	51
2.10 ‘A FACE OCULTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DEVERES E OS CUSTOS DOS DIREITOS’.....	54
2.11 CONCEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.....	56

3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA COM BASE NOS DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA.....	62
3.1 DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA.....	62
3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA SUCESSÃO: SOLIDARIEDADE E PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	66
3.3 AUTONOMIA PRIVADA: LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E AUTOVINCULAÇÃO DO INDIVÍDUO PARA DECIDIR OS RUMOS DA SUA VIDA EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	71
3.4 PROPOSTA DE FIXAÇÃO DA LEGÍTIMA EM UM PERCENTUAL VARIÁVEL.....	76
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS.....	100

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é expressa no sentido de que a família é a base da sociedade e, por isso, tem especial proteção do Estado (art. 226). Foram elencados no artigo 227 diversos deveres da família, entre eles o de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à alimentação, ao lazer, à educação, à convivência familiar, dentre outros, com absoluta prioridade. Em complemento, o artigo 229 aduz que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, de modo que a inobservância das determinações citadas pode resultar na destituição do poder familiar, bem como eventuais responsabilizações civis e criminais. Além disso, o referido artigo também confere aos filhos maiores o dever de ajudar os pais na velhice.

Logo, a família tem o dever fundamental de promover a dignidade humana dos seus membros, conferindo-lhes a base necessária para a realização da personalidade, por meio da solidariedade, respeito, afeto, união, assistência material, entre outros. No campo sucessório, os familiares se deparam com o direito constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF/88), de modo que o ordenamento jurídico brasileiro impõe algumas limitações legais à disposição de bens, com o intuito de proteger um patrimônio mínimo para a família.

Uma significativa limitação é a instituição da legítima, que garante aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e o cônjuge/companheiro) metade dos bens da herança. Assim, a título ilustrativo, “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento” (art. 1.857, § 1º, CC/02), tampouco ser doada (art. 544 e 549, CC/02). Ocorre que essa restrição à autonomia privada pelo Estado pode gerar algumas distorções. Vejamos o tema sob dois diferentes enfoques.

Primeiro, temos o caso de uma família composta por pai, mãe e três filhos menores em que os genitores possuem poucos recursos. Recebem cerca de um salário mínimo por mês cada, adquiriram ao longo da vida um pequeno patrimônio e, provavelmente, não terão facilidade em cumprir todos os deveres previstos no rol do artigo 227 da Constituição Federal. Situação muito comum na realidade brasileira. Ora, poderiam os genitores efetuar a doação ou dispor em testamento da metade do seu patrimônio para um terceiro e agravar a situação dos filhos? Em outras palavras, poderiam eles, com essa atitude, afastar a chance dos filhos terem alguns dos direitos previstos no artigo 227 da Constituição Federal? Conforme demonstrado anteriormente, o nosso ordenamento jurídico permite essa hipótese.

Por outro lado, vejamos uma situação oposta. A família também é composta por pai, mãe e três filhos menores. Entretanto, o pai é um grande empresário e a mãe uma famosa artista de televisão. Ambos possuem elevados rendimentos mensais. Além disso, também receberam vultuosa quantia em decorrência de herança. Assim, conseguiram acumular um vasto patrimônio. Os pais, muito preocupados com questões sociais, resolveram doar parte do seu patrimônio para ajudar crianças e idosos carentes. Para tanto, calcularam a quantia do patrimônio que precisariam manter para garantir à família todos os direitos previstos na Constituição Federal. Chegaram à conclusão de que com vinte por cento tudo isso era possível. Consideraram que continuariam trabalhando e que, como seus filhos estavam recebendo a melhor educação, estudando nos melhores centros de ensino do país, poderiam prover seu sustento ao concluírem a faculdade.

Assim, eles poderiam doar ou dispor em testamento 80% (oitenta por cento) do patrimônio para entidades filantrópicas voltadas à ajuda de crianças e idosos? Não, já que desrespeitariam a legítima. E se os milionários genitores dessa mesma família não estivessem preocupados com questões sociais, mas apenas em curtir a vida? Com o grande patrimônio acumulado, decidiram parar de trabalhar e resolveram viajar para diversos países, hospedando-se nos hotéis mais luxuosos. Viciados em jogos, dilapidaram boa parte do patrimônio em cassinos. Concomitantemente, realizaram diversas festas com elevadíssimo padrão e se envolveram com drogas, o que consumiu considerável parte dos seus bens. Para completar, o genitor ainda gastou grande quantia da fortuna com prostituição.

Resultado: em poucos anos dilapidaram por completo o patrimônio, de modo que não possuem sequer condições de arcar com a faculdade dos filhos. Essa situação é possível? Sim. A fixação da legítima impediria que isso ocorresse? Não, já que o patrimônio foi utilizado em proveito próprio, onerosamente, sem beneficiar terceiros.

Rapidamente, foi possível demonstrar que a fixação da legítima em 50% (cinquenta por cento) pode gerar distorções indesejadas pelo nosso ordenamento jurídico. A existência do instituto é importante para garantir dignidade aos membros da família, mas entendemos que deve ser revisto quanto à existência de um percentual fixo. Logo, a presente pesquisa pretende responder o seguinte problema: tendo por base os deveres fundamentais da família, é possível flexibilizar a legítima?

Para tanto, o primeiro capítulo aborda a sucessão legítima no ordenamento jurídico brasileiro. É feita uma contextualização do direito sucessório brasileiro contemporâneo, com base na constitucionalização do direito, sobretudo do Direito Civil. Ainda neste capítulo, são explorados o direito fundamental à herança e o instituto da legítima. Essa construção é importante para se verificar o estado atual da arte e, com isso, nos capítulos seguintes, realizar o desenvolvimento do tema para a solução do problema de pesquisa proposto.

O segundo capítulo é destinado aos deveres fundamentais da pessoa humana. São abordados os seus aspectos gerais e algumas peculiaridades para, no final, se chegar a um conceito de dever fundamental da pessoa humana, que juntamente com os demais atributos levantados, servirão de base para a solução do problema de pesquisa exposto anteriormente.

Por fim, no terceiro capítulo, propomos uma solução para o problema apresentado. Tendo por norte os deveres fundamentais da família, a função social da sucessão e a autonomia privada, é sugerida uma alteração legislativa do Código Civil de 2002 com a fixação da legítima em percentual variável, o que tem o condão de adequação ao caso concreto da melhor forma, considerando as diversas peculiaridades existentes nas atuais famílias brasileiras, além de atender aos objetivos constitucionais e evitar distorções indesejadas no ordenamento jurídico.

Para a elaboração dos capítulos, os temas são esmiuçados valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica, por meio do estudo da Constituição Federal de 1988, leis, doutrinas, artigos científicos, teses e dissertações. É utilizado o método de abordagem dialético. Já a justificativa da pesquisa fundamenta-se na necessidade de compreender os deveres fundamentais dos familiares em promover a dignidade humana dos seus membros, conferindo-lhes a base necessária para a realização da personalidade. Nesse contexto, é evidente a relevância da pesquisa, pois embora a medida proposta denote absoluta sintonia com a Constituição Federal e com leis esparsas, existe disposição do Código Civil em sentido contrário, o que demonstra a necessidade de uma nova análise do tema.

A pesquisa possui pertinência com a área de concentração do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória, qual seja, Direitos e Garantias Fundamentais, já que aborda o direito sucessório à luz da Constituição Federal e da dignidade humana dos membros de uma família com o escopo de realização da personalidade. Ademais, está inserida na linha do

Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais¹, liderado pelo professor orientador Dr. Adriano Sant'Ana Pedra e pelo professor Dr. Daury Cesar Fabriz que, de forma pioneira, vem desenvolvendo estudos e projetos acerca dos deveres fundamentais, tema que serve de base e diretriz para o desenvolvimento do presente estudo.

¹ Para maiores informações sobre o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais: <<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9446964354405588>>.

1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE UMA LEITURA CONSTITUCIONAL

No ordenamento jurídico brasileiro, a sucessão pode se dar na forma testamentária ou legítima. A primeira decorre da autonomia privada do testador que, por meio do instrumento denominado testamento, estabelece a destinação do seu patrimônio para após a sua morte. A segunda é determinada pela lei, que elenca a ordem de vocação hereditária daqueles que serão beneficiados pela herança.

A sucessão testamentária deve obedecer ao limite imposto pela sucessão legítima, qual seja, o instituto da legítima.² Trata-se da obrigatoriedade do autor da herança reservar, ao menos, metade do seu patrimônio para os herdeiros necessários, determinados pela lei, por um critério familiar, que são os ascendentes, descendentes e cônjuges.

Nesta pesquisa, interessa-nos o estudo do instituto da legítima. Mas, antes, revela-se necessária uma contextualização do direito sucessório contemporâneo no Brasil para que se possa entender os motivos elencados pelo legislador para a escolha das pessoas beneficiadas pela herança e suas razões para a fixação da legítima em um percentual fixo. Em seguida, será realizada uma análise do direito à herança, o qual representa direito fundamental constitucional, positivado no inciso XXX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por fim, será estudado o instituto da legítima, objetivo principal deste capítulo, para que, após, nos capítulos seguintes, possa ser verificada a possibilidade ou não de sua flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro tendo como norte os deveres fundamentais da pessoa humana, sobretudo os da família.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que as disposições legais não acompanham na mesma velocidade as constantes e frequentes transformações da sociedade. No direito sucessório, além da lei não representar tal desenvolvimento, a legislação vigente (Código Civil de 2002) sofreu poucas alterações em relação ao revogado Código Civil de 1916. Assim, mostra-se imperioso que as disposições legais do direito sucessório sejam interpretadas conforme o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira e, principalmente, em atenção aos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Portanto, o

² Há, ainda, outras hipóteses de restrição da disposição de última vontade do autor da herança por meio de clausulação (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade) e por meio da deserdação. Além disso, temos a hipótese de exclusão por indignidade. Entretanto, considerando o objetivo deste estudo, faremos um corte metodológico excluindo esta análise, que será restrita à limitação imposta pela legítima.

direito sucessório deve ser analisado sob a ótica da constitucionalização do direito, sobretudo, do Direito Civil.

1.1 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ao longo da história, podemos identificar três modelos institucionais: o Estado Pré-moderno, o Estado Legislativo de Direito e o Estado Democrático de Direito. Em apertada síntese, o Estado Pré-moderno era caracterizado pela multiplicidade das fontes normativas e fundava-se no jusnaturalismo. Já o Estado Legislativo de Direito fundava-se no positivismo, tendo como norte o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a produção jurídica era monopólio do Estado. Por sua vez, o Estado Democrático de Direito funda-se na teoria pós positivista, de modo que a legalidade vincula-se a uma Constituição rígida (BARROSO, 2006, p. 15-16).

No Estado Democrático de Direito ocorre a aproximação entre constitucionalismo e democracia. A Constituição passa a impor limites e deveres ao legislador e ao administrador e, dessa forma, deixa de estabelecer apenas a organização dos poderes do Estado, passando a ser compreendida como verdadeira norma jurídica. Nesse cenário a constitucionalização pode ser entendida por três aspectos diversos: (i) pela introdução de uma Constituição a um sistema jurídico que não possuía nenhuma; (ii) pelo processo histórico e cultural que modificou as relações jurídicas entre os que possuíam o poder e os cidadãos, e (iii) pela transformação de um sistema jurídico, fazendo com que este se molde às normas da Constituição (LÓPEZ, 2013, p. 22-23).

Para esta pesquisa, será analisado o último aspecto, para que se possa averiguar o fenômeno da influência da Constituição na perspectiva política e social cuja ideia central é a submissão do direito positivo aos fundamentos de validade constitucional. Assim, será possível firmar uma base de análise do direito sucessório tendo como lente a Constituição Federal e, com isso, verificar se a fixação da legítima nos moldes atuais se adequa às diretrizes constitucionais ou se é necessária uma mudança.

No Brasil, o marco temporal do fenômeno da constitucionalização do direito se dá com a Constituição Federal de 1988. Esta passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, deslocando o Código Civil desta posição, já que este era compreendido como um direito geral

(BARROSO, 2006, p. 37-39). Agora, os princípios constitucionais servem de parâmetro interpretativo para todo o ordenamento jurídico. Além disso, a Constituição passou a tratar de temas que antes eram restritos ao Código Civil, como, por exemplo, o direito de família.

Logo, o Direito Civil, ramo que antes fornecia as categorias, conceitos e classificações, também é afetado pelo fenômeno da constitucionalização do direito. As normas cíveis, que eram analisadas a partir de uma visão estática e atemporal, passam a ter a própria validade extraída da Constituição. Neste sentido, de um viés unicamente patrimonial, o Direito Civil passa a se comunicar com os fundamentos positivados constitucionalmente, passa a ter que enxergar as pessoas em sua dimensão complexa, como sujeito de direitos.

De acordo com Silva (2012, p. 207), a constitucionalização do Direito Civil decorre da Constituição de 1988 ante o tratamento discriminado por ela aos direitos e deveres constitucionais que devem reger as relações entre os sujeitos de direito, tanto na esfera pública quanto na privada. Para ele, essa influência na esfera privada, que inclui as relações familiares, demonstra a eficácia horizontal dos direitos e deveres fundamentais. Na linha do que foi mencionado anteriormente, o autor conclui que a fonte primária para a solução dos conflitos deixa de ser o Código Civil e passa a ser a Constituição Federal, “tendo em vista sê-la o mecanismo de, dentre outros aspectos, compromisso acerca dos fundamentos, objetivos e princípios que regerão todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto nos arts. 1º, 3º e 4º, respectivamente, da CR/88” (SILVA, 2012, p. 207).

Nesse cenário, o Código Civil de 1916 já não estava mais condizendo com a realidade brasileira, que concretizava a urgência da função social do Direito, proporcionada pela citada fase teórica do pós-positivismo, passando a abarcar a relação entre valores, princípios e normas. Assim, em 2002 foi editada a Lei 10.406, dando origem ao novo código, sendo marcado pela inovação da positivação de cláusulas gerais. Este projeto estava sendo pensado desde a década de 1970, mas diversas foram as barreiras para a sua promulgação como lei, até que, com o tratamento das questões privadas na Constituição Federal de 1988, o debate sobre a nova codificação civil se tornou mais urgente, sendo este ajustado a partir do uso de critérios legais abertos devido às normas constitucionais. Deste contexto, surge um novo Código Civil que possui como um de seus princípios fundantes a socialidade (MAZZEI, 2005, p. 11, 45-47 e 72).

O Código Civil de 2002 incentivou o debate sobre um Direito Civil Constitucional e a ideia de um Direito Civil que se relaciona diretamente com as mais variadas disciplinas e que propõe uma crescente publicização de suas normas, buscando a efetivação de valores sociais (ADIERS, 2008, p. 52-58), destacando-se aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana (LANDA, 2002, p. 112), consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF/88).

As normas jurídicas de Direito Privado continuam destinadas a disciplinar as relações jurídicas que venham a ser travadas entre particulares e que estejam motivadas pela satisfação de necessidades individuais. Mas, não ficam restritas a tais objetivos. A proteção que a ordem jurídica confere a tais relações, no entanto, fica submetida e condicionada ao fato de não se colocarem em conflito com os interesses sociais, postos e tidos como relevantes pela Constituição (ADIERS, 2008, p. 58).

Logo, a separação do direito entre público e privado, herança romana, deixou de corresponder à lógica da sistemática jurídica, havendo aqui, na verdade, uma maior fusão entre o interesse público e o privado. Se a Constituição direcionará a atuação legislativa e interpretativa sobre todo o direito, não há mais motivo para proteger o direito privado da esfera pública e vice-versa, pois ambos se sujeitam à mesma normativa constitucional (TEPEDINO, 1991, p. 133-134).

No âmbito do direito sucessório, intrinsecamente relacionado ao patrimônio e à família, o ordenamento jurídico sofreu e continua sofrendo grandes mudanças de valores a partir da Constituição de 1988, ainda que não tenha ocorrido reforma no texto legal. Nesse cenário, revela-se necessário analisar o direito sucessório brasileiro contemporâneo para que, nos próximos capítulos, seja possível averiguar se ele atinge os objetivos constitucionais.

O direito sucessório está presente no Brasil desde sua colonização por Portugal, sendo mantido nas Ordenações Afonsinas, nas Manuelinas e nas Filipinas, de modo que o Código Civil de 1916 deu continuidade ao até então estabelecido: a prevalência da sucessão testamentária, respeitando o testamento como ato de última vontade do finado. Além disso, tratava de forma discriminatória os descendentes, a depender de sua origem, desprezando, também, a família de fato, não formada a partir do casamento (PINTO, 2006, p. 24-30).

O Código Civil de 2002 também não alterou muito o estabelecido normativamente para o direito sucessório, mas, como visto anteriormente, sua interpretação deve ser dada a partir da Constituição Federal de 1988, de modo que se mostra imperioso revisitar os institutos sucessórios a partir do farol constitucional.

A Constituição Federal de 1988 trata o direito das sucessões apenas em dois incisos do seu artigo 5º, no XXI, impondo a lei mais benéfica em matéria sucessória, e no XXX, que eleva a herança como direito fundamental. Todavia, embora o direito das sucessões não esteja expressamente regulamentado na Constituição, a partir do cenário da constitucionalização do direito, passa a ser por ela informado. Isso impõe que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), solidariedade social (art. 3º, III, CF/88), função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88), entre outros, sejam sempre observados. Assim, uma vez que a legislação infraconstitucional não acompanhou os novos valores constitucionais, para que o direito das sucessões possa cumprir sua função social, deve ter por base o dever fundamental da família, a solidariedade e o direito à herança.

Nesse contexto, verifica-se que o direito de família desenvolveu-se mais acerca da tutela das relações familiares, como por exemplo, o artigo 226, §5º, da CF/88, que estabelece o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, o artigo 227, § 6º, da CF/88, que estipula o princípio da igualdade entre os filhos, e os entendimentos jurisprudenciais que permitem o casamento homoafetivo e a parentalidade socioafetiva (SILVA, 2006). Isso demonstra que, a partir da necessidade de adequar as relações familiares aos princípios constitucionais da isonomia, dignidade humana e socialidade, tem-se valorizado a afetividade. Assim, como o direito sucessório guarda intrínseca relação com o direito de família, pois se pauta na proteção de um grupo de pessoas vinculado pelo sangue ou pelo afeto, também deve seguir na mesma linha de desenvolvimento.

Do exposto, verifica-se que o direito sucessório deve ser funcionalizado a partir da afirmação máxima da dignidade de todos os indivíduos. Pela interpretação conjugada dos princípios e valores constitucionais é formado o conteúdo da garantia do mínimo existencial (ou mínimo à uma existência condigna), embora não esteja positivado expressamente.³ Nessa linha, impõe-

³ Sobre o surgimento da ideia de mínimo existencial: SARLET, Infor Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: TEIXEIRA, Angelo Vinchenski. LONGO, Luís Antônio. **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 113-156. E, ainda, para uma análise jurisprudencial de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal brasileiro

se analisar se o direito sucessório como atualmente previsto no Código Civil de 2002 é suficiente para garantir uma existência condigna dos familiares em conformidade com as diretrizes constitucionais ou se é necessário fazer uma releitura com uma consequente flexibilização da legítima. Por isso, no terceiro capítulo a função social da sucessão será mais aprofundada para servir de base para a solução do problema de pesquisa.

De início, vale a ressalva de que o conteúdo da sucessão em sentido amplo abrange a transmissão de patrimônio e relações jurídicas tanto entre vivos, quanto após o falecimento de seu titular, mas, para esta pesquisa, será analisada em sua seara restritiva, qual seja, a transmissão de relações jurídicas patrimoniais do *de cuius* aos seus sucessores (*mortis causa*).

O direito sucessório *causa mortis* pode ser compreendido sob dois aspectos: objetivo e subjetivo. Quanto ao primeiro, reflete um conjunto de normas que regulam a transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. Quanto ao segundo, é compreendido como o direito de suceder, ou seja, receber o acervo hereditário de alguém que faleceu.

Já quanto aos seus efeitos, a sucessão pode ser universal (herança – patrimônio deixado pelo *de cuius*, considerado como um todo indivisível) ou singular (legado – um bem específico deixado para uma pessoa específica). Dessa forma, podem suceder o herdeiro ou o legatário. Quanto aos herdeiros, estes podem ser: (i) legítimos (determinados pela lei), que são classificados em necessários (descendentes, ascendentes e o cônjuge/companheiro, conforme o artigo 1.845 do CC/02⁴, beneficiados pela legítima) ou legais (cujo rol encontra-se no artigo 1.829 do CC/02, e inclui os necessários) ou; (ii) testamentários (beneficiados pelo testamento). Quanto aos legatários, estes somente podem suceder pela via testamentária.

Nessa linha, verifica-se que o Código Civil brasileiro elenca duas formas de transmissão patrimonial após a morte: a sucessão testamentária e a sucessão legítima. Nos termos do artigo 1.786 do CC/02: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”

sobre o mínimo existencial: SARLET, Ingo Wolfgang; ROSA, Thaís Hemann. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 217-248, jan./jun. 2015, p. 238.

⁴ Embora o art. 1.845 não elenque o companheiro como herdeiro necessário, este foi equiparado ao cônjuge para fins de sucessão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários número 646.721 e 878.694, que tinham repercussão geral reconhecida. Enquanto o primeiro analisou a questão da união heteroafetiva, o segundo abordou a união homoafetiva.

Quando o autor da herança não dispõe em testamento como seus bens serão transmitidos aos herdeiros, a lei confere essa ordem de sucessão.

Todavia, embora elencadas duas formas para transmissão, importante observar que a sucessão pode se dar de três modos distintos, conforme aduzido por Carminate (2011, p. 31): (i) integralmente regulada pelo autor da herança, quando este não tiver herdeiro necessário e deixar testamento; (ii) integralmente regulada por lei, quando o falecido não deixar testamento ou este for inválido ou ineficaz; (iii) em parte regulada pelo autor da herança, quando este elabora testamento e, em parte regulado pela lei, quando o *de cujus* possui herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge/companheiro).

Nesta última hipótese, se o autor da herança deixa testamento, são aplicadas simultaneamente a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Seria o caso de o testador não dispor da totalidade dos seus bens no testamento ou no caso de existirem herdeiros necessários, fato que limita as disposições testamentárias (VELOSO, 2014, p. 126). Conforme aduzido por Cateb (2008, p. 9), isso demonstra que a sucessão legítima é supletiva. Se dá quando o autor da herança não deixa testamento, ou quando alguns bens não foram contemplados no testamento e, ainda, quando este for nulo ou caduco.

Entretanto, caso existam herdeiros necessários, as disposições testamentárias devem se ater aos limites da legítima. Assim, Carminate aduz que (2011, p. 33): “Em tais situações, portanto, não se pode afirmar ter a sucessão legítima caráter meramente supletivo, eis que a sucessão legítima necessária independe de disposição de vontade do autor da herança, operando-se de pleno direito”.

Como vimos, herdeiros necessários são os herdeiros legítimos que necessariamente devem ser beneficiados na sucessão. Ou seja, não podem ser excluídos pelo autor da herança. Todo herdeiro necessário é também legítimo, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo herdeiro legítimo é necessário. Temos, então, a sucessão legítima necessária (obrigatória) e a não necessária. Os herdeiros necessários, como dito, não podem ser preteridos pelo titular da herança. Já os facultativos, podem.

Extrai-se do artigo 1.788 do CC/02 que a sucessão legítima é determinada por lei e independe de declaração de vontade do falecido. Beneficia as pessoas previamente definidas na ordem do art. 1.829 do Código Civil de 2002 (descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais).

Conforme já aduzido anteriormente, é importante lembrar que embora o(a) companheiro(a) não tenha sido elencado(a) no rol acima, após uma mutação constitucional ele(a) foi equiparado(a) ao(à) cônjuge para fins de sucessão pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários número 646.721 e 878.694, que tinham repercussão geral reconhecida. Enquanto o primeiro analisou a questão da união heteroafetiva, o segundo abordou a união homoafetiva.

Observa-se uma ordem de preferência legal nos artigos 1.833 a 1.840 do Código Civil de 2002, de modo que os parentes com grau mais próximo excluem os que têm grau mais distante, ressalvada a hipótese de representação, quando um descendente de grau mais próximo é pré-falecido, a hipótese de transmissão, quando o herdeiro pertencente à classe chamada a suceder é substituído após a abertura da sucessão (CARMINATE, 2011, p. 39), e na concorrência de irmãos com sobrinhos do extinto, no caso de sucessão colateral.

A lei parte de uma presunção, com base em critérios políticos e/ou anseios sociais, que as pessoas elencadas são aquelas que o autor da herança gostaria de deixar o seu patrimônio, quando não elaborou um testamento. Parte de uma manifestação de vontade exercida por omissão com o escopo de atingir uma responsabilidade de proteção e de manutenção patrimonial do núcleo familiar, após a perda de um ente. Assim, o silêncio do autor da herança, ou seja, a ausência de testamento, indica que ele pretende beneficiar as pessoas já definidas na ordem legal, que são seus familiares em ordem de proximidade. Tem-se, portanto, uma ordem de vocação hereditária preferencial e estabelecida por lei.

Todavia, a existência de herdeiros necessários não impede que o autor da herança disponha por testamento acerca dos seus bens, mas impõe um limite de 50% (cinquenta por cento), conforme previsão expressa dos artigos 1.789, 1.846 e 1.857, §1º do CC/02, o que representa uma clara limitação à autonomia privada, tema que será aprofundado no terceiro capítulo.

Observa-se, ainda, que o direito sucessório brasileiro confere ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens adotado e sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança, “o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.” (art. 1.831, CC). Esta proteção também é assegurada ao convivente pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96. O referido instituto tem por objetivo, com base no direito constitucional à moradia (art. 6º, CF), garantir que o(a) viúvo(a) não tenha que deixar o único bem imóvel partilhável. Trata-se de

um direito temporário, que se extingue com a morte do(a) viúvo(a), ou quando este(a) se casar novamente.

1.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Expostas algumas considerações sobre o direito sucessório brasileiro à luz da constitucionalização do Direito Civil, seguimos com o estudo da herança, já que esta pode ser compreendida como o conjunto de relações jurídicas patrimoniais que era titularizado pela pessoa falecida, transmitido para os seus sucessores. Esse conjunto é composto, por exemplo, por direitos reais, direitos obrigacionais, créditos, débitos⁵ e outros. Todavia, nem todas as relações jurídicas patrimoniais do falecido são transmitidas aos seus sucessores. Existem exceções decorrentes de algumas especificidades, tais como a titularidade de um direito autoral (art. 41 da Lei nº 9.610/98); o direito ao usufruto, uso e habitação (art. 1.410, I, c/c 1.413 e 1.416, CC/02); enfiteuse (art. 692, III, CC/16). Também não integram o conceito de herança os direitos personalíssimos atinentes ao indivíduo, como os direitos à vida e à honra, por exemplo.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXX, consagrou o direito fundamental à herança, o que impõe a sua interpretação em conformidade com os princípios constitucionais. Trata-se de uma inovação influenciada por outras constituições contemporâneas à sua elaboração, como, por exemplo, a Constituição alemã de 1949, tendo em vista que em nenhuma das constituições brasileiras anteriores o direito à herança veio positivado expressamente (PINTO, 2006, p. 27-34).

Ao estabelecer o direito à herança como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV, CF/88), garante-se um direito de defesa aos cidadãos e evita-se que o Estado extinga o instituto ou o limite excessivamente, o que pode ser percebido com a proibição da tributação de forma confiscatória (art. 150, IV, CF), muito embora a atuação do legislador para a efetivação desse direito seja indispensável (COSTA, 2011, p. 80-82). Inclusive, como vimos anteriormente, o direito à herança é atualmente regulado pelo Código Civil de 2002, que traz duas espécies de sucessão, a legítima e a testamentária, ponderando os interesses da liberdade do testador e da

⁵ No que tange às dívidas do falecido, os herdeiros só responderão até o limite das forças da herança, conforme expressamente previsto no artigo 1.792, CC/02. No mesmo sentido está o Enunciado 343 da Jornada de Direito Civil: “A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.”

proteção econômica familiar, embora tal liberdade seja limitada pela imposição da legítima aos herdeiros necessários (PROVIN, 2015, p. 20).

Conforme exposto por Pinto (2006, p. 13), não se pode negar a existência de correntes socialistas, ainda que minoritárias, contrárias ao direito à herança com base em princípios da justiça e do interesse social. Argumentam que o instituto é decorrente da preguiça e gera desigualdades. Concluem que o trabalho deve ser a única fonte de renda do homem.

Ainda em sentido contrário à herança, Hatem (2009, p. 93-94) lembra os seguintes argumentos: (i) trata-se de um estímulo ao ócio, desmotivando o herdeiro ao trabalho, pois seu patrimônio já estaria assegurado; (ii) as riquezas acumuladas pelo homem são decorrentes da sociedade e do Estado e, por isso, devem a eles retornar; (iii) o direito em análise pode gerar no herdeiro o desejo de morte do titular do patrimônio; (iv) a herança impede que as grandes fortunas saiam do patrimônio de poucos grupos.

Entretanto, Cunha Gonçalves (1956, p. 9) observa que o direito de herança deve ser mantido pelos seguintes motivos: (i) o desejo de transmitir conforto e bem-estar aos entes queridos estimula a atividade humana; (ii) a supressão da herança diminui a vontade de poupar e capitalizar, já que as pessoas não se preocuparão em acumular bens se tiverem que deixar para a coletividade, além de fomentar o desperdício e a prodigalidade; (iii) sem a herança, o poder público perde uma grande fonte de renda decorrente do imposto de transmissão *causa mortis*; (iv) a herança é importante para a coesão familiar, de modo que a família, por ser a base da organização social, não pode ser deixada de lado em proveito da sociedade; (v) o Estado já demonstrou que não consegue utilizar o dinheiro público da melhor forma e com esse patrimônio, não será diferente; (vi) a abolição da herança pode ser facilmente burlada com uma simples doação com reserva de usufruto; (vii) a extinção da herança pode gerar fraudes com negócios jurídicos simulados ou confissões de dívidas inexistentes.

Outrossim, é comum que os herdeiros contribuam de forma direta ou indireta para a evolução patrimonial, ainda que os bens não estejam registrados em seus nomes. Muitas vezes os familiares trabalham em conjunto ou conferem uns aos outros o apoio necessário para o acúmulo de riqueza, de modo que não seria justo retirar-lhes os benefícios de todo o esforço empreendido.

Observa-se, ainda, que não se mostra adequado suprimir o direito à herança como forma de corrigir desigualdades sociais de um país com severos problemas de corrupção. Muitos recursos públicos que poderiam ser destinados em proveito das pessoas de baixa renda são perdidos ou mal empregados em virtude da falta de uma administração séria. Ademais, o Estado possui ferramentas para reverter propriedades improdutivas em prol da sociedade tendo por base a função social da propriedade, além da possibilidade de regulamentar o imposto sobre grandes fortunas, previsto no artigo 153, III da Constituição Federal, e de fiscalizar de forma mais efetiva o correto recolhimento do imposto de renda, medidas que têm o condão de fazer com que aqueles que têm mais recursos, contribuam mais para a sociedade. O Estado pode, ainda, manter a máquina enxuta, gastando apenas o necessário e deixar de pagar salários vultuosos ao funcionalismo público. Não se nega que os agentes públicos merecem ser bem remunerados, mas os exageros devem ser evitados em respeito aos limites de arrecadação e às necessidades públicas.

O direito à herança está em conformidade com a ordem econômica, que é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem como princípios a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, dentre outros (art. 170, CF/88), de modo que garantir o direito de sucessão daquele que trabalhou e poupou seu patrimônio é uma forma de respeito ao seu esforço.

Nesse sentido, apesar das críticas levantadas, os pontos positivos da herança prevaleceram no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com base na família e na propriedade privada, pilares da nossa sociedade. A herança, por se tratar de projeção pós morte do instituto jurídico da propriedade privada, encontra nesta sua razão existencial e, por isso, está com ela diretamente relacionada. Trata-se de manifestação da autonomia privada nas relações jurídicas existentes em decorrência da morte de um ente familiar. A sociedade tem interesse no sentido de que os bens do falecido sejam transferidos aos seus entes queridos o que, inclusive, incentiva a produção, de modo que a não garantia do direito à herança em um sistema que admite a propriedade privada seria incoerente, gerando instabilidades às relações patrimoniais. A propriedade converter-se-ia em usufruto vitalício (COSTA, 2011, p. 83-84).

Observa-se, também, que o direito à herança garante a liberdade e a autodeterminação pessoal, ao assegurar às pessoas o direito de planejar, ainda de que forma limitada, o destino dos seus bens após sua morte e, ao mesmo tempo, a solidariedade familiar, ao destinar parte da herança aos herdeiros necessários.

Assim, a herança mostra-se de suma importância para a manutenção da sociedade atual, sobretudo do núcleo familiar, que manterá suas relações e atividades diárias mesmo após o falecimento de um ente. Nessa linha, deve ser verificado se os limites infraconstitucionais existentes à disposição do patrimônio para depois da morte, de acordo com a conveniência, são suficientes ou exagerados, tendo por norte o dever fundamental de garantir a dignidade dos familiares que precisam de apoio, como, por exemplo, um filho incapaz.

1.3 DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA: PROTEÇÃO E CONTINUIDADE ECONÔMICA DO NÚCLEO FAMILIAR

Conforme já adiantado, legítima é a quota patrimonial dos bens do falecido que, por expressa determinação legal, deve ser destinada aos seus herdeiros necessários, não podendo ser disposta a título gratuito *causa mortis* (por testamento) ou *inter vivos* (doação). São herdeiros necessários os ascendentes, os descendentes e o cônjuge/companheiro do falecido. Os colaterais até quarto grau, embora considerados sucessores legítimos (art. 1.829, IV CC/02), são herdeiros facultativos, podendo ser excluídos da sucessão por disposição de última vontade do falecido. Assim, todo herdeiro necessário é sucessor legítimo, não sendo a recíproca verdadeira.

Em decorrência da isonomia entre os filhos, independentemente do vínculo, os descendentes suscetíveis têm direito a igual quinhão, após, se for o caso, a colação dos bens eventualmente doados pelo falecido a algum filho a título de antecipação de herança. Se o autor da herança houver doado ou disposto em testamento, em favor de algum descendente, bens pertencentes à parte disponível, os herdeiros beneficiados também receberão a fração ideal que compõe a legítima, em paridade com os demais descendentes, conforme aduz o artigo 1.849 do Código Civil de 2002.

Se o falecido era casado (ou convivia em união estável), os descendentes herdarão em concorrência com o cônjuge (ou companheiro) no que tange aos bens particulares, salvo se casado pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens (art. 1.829, I, CC/02). Se os descendentes forem comuns ao cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, a partilha se dará em quotas iguais, mas o cônjuge (ou companheiro) terá direito ao mínimo de um quarto do patrimônio transmissível (art. 1.832, CC/02). Mas, se um dos descendentes for

parente apenas do falecido, a herança será dividida de forma igual entre o cônjuge (ou companheiro) e os descendentes comuns e exclusivos, sem reserva em favor do cônjuge (ou companheiro). No que se refere aos bens comuns, que integram o montante da meação do falecido, devem ser partilhados entre todos os descendentes de forma igual. Confira-se o enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Na falta de descendentes, o artigo 1.836 do Código Civil de 2002 determina que devem ser chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge/companheiro sobrevivente, de modo que o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas, a teor do §1º. Entretanto, “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna”, conforme disposição do §2º.

Na hipótese de o cônjuge/companheiro concorrer com ascendente em primeiro grau, terá direito a um terço da herança. Todavia, se houver apenas um ascendente ou se for de maior grau, terá direito a metade da herança (art. 1.837, CC/02). Por fim, se não houver descendente ou ascendente será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge/companheiro sobrevivente (art. 1.838, CC/02) e, na falta deste, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau (art. 1.839, CC/02) que, como dito anteriormente, embora sejam herdeiros legítimos, não são herdeiros necessários, mas facultativos.

A legítima não é criação do direito brasileiro, mas, em cada sistema jurídico variam “os limites da liberdade de dispor do patrimônio (e, conseqüentemente, os limites da reserva hereditária): ou a sua metade, ou um terço, ou um quinto, ou mesmo escalonando a percentagem em acordo com o número e a qualidade dos sucessíveis, como na França” (COSTA, 2013, p. 717). No Brasil, a limitação imposta é de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio deixado pelo *de cuius*. O art. 1.846 do Código Civil é expresso nesse sentido: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”, de modo que só podem ser privados deste direito nas hipóteses de indignidade e deserdação (arts. 1.814, 1.962 e 1.963 do CC/02). Ultrapassada a parte

destinada aos herdeiros necessários, temos a transmissão inoficiosa. Isso não significa que o ato (testamento ou doação) será invalidado ou anulado, mas a parte que exceder o que poderia dispor, será reduzida até o limite permitido, nos moldes do art. 1.967 do Código Civil.

O principal fundamento da limitação imposta pela legítima é a proteção e a continuidade econômica do núcleo familiar, garantindo-se um patrimônio mínimo para seus membros a partir da restrição patrimonial citada. Assim, a reserva da legítima aos herdeiros necessários deve ser interpretada à luz do princípio da dignidade humana e da solidariedade, pois se relaciona com a manutenção da condição de vida digna daquelas pessoas que, por serem presumidamente próximas ao autor da herança, seja por vínculo consanguíneo, adotivo ou socioafetivo (SOUSA, 2018, p. 47-48), devem ser protegidas.

No mesmo sentido, ao reconhecer a família como base da sociedade, o legislador constituinte zelou pela constituição e manutenção da entidade familiar, bem como de seus membros. Logo, a legítima também tem o escopo de proteção da família como um todo e não apenas dos membros individualmente considerados. Todavia, o conceito de família não pode ser previsto em abstrato, tampouco o rol daqueles que o autor da herança presumidamente possuiria um dever de garantir a vida digna para após da sua morte.

Conforme o exposto sobre a constitucionalização do Direito Civil, os institutos de direito privado devem ser interpretados de acordo com os valores constitucionais, de modo que a reflexão acerca da legítima deve ser guiada pelos princípios e garantias positivados na Constituição Federal, sob o prisma da tutela adequada dos direitos e das pessoas. Assim, os preceitos trazidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da proteção à família deveriam ser concretizados pelo instituto da legítima. Tais princípios orientam no sentido de proteção das pessoas que realmente necessitam de auxílio, seja por condições econômicas, físicas ou de idade, por exemplo.

Ademais, como observado por Kang (2018, p. 127-128), “sendo a herança um prolongamento do direito de propriedade, também deve sofrer influência dos conceitos de autonomia privada e função social.” Contudo, como se verá na análise crítica ao instituto, a normatização da legítima tal como é hoje não garante a efetiva observância a tais princípios, uma vez que carece de flexibilidade e adequação para tutelar as mais diversas especificidades do direito sucessório.

As restrições à liberdade e à autonomia privada impostas pela legítima têm o condão de, paradoxalmente, infringir os valores que se pretendia tutelar, pois podem deixar desamparadas pessoas que apresentam maiores necessidades, em benefício de outras que não precisam do patrimônio do falecido para ter uma vida condigna. Em outras palavras, a referida restrição pode impedir que o autor da herança cumpra seu dever fundamental familiar da melhor forma, como, por exemplo, preterindo uma pessoa que realmente precisa do seu suporte, ao destinar bens para herdeiros preestabelecidos de maneira abstrata pela lei, que não precisam. Nesse sentido, impõe-se a flexibilização do instituto na análise dos casos em concreto, conforme será melhor aprofundado no último capítulo.

É importante frisar que não se defende a liberdade irrestrita, pois também não atende ao fim proposto. Ainda que a autonomia privada seja um dos princípios basilares da sociedade moderna contemporânea, esta pode ser limitada frente a outros valores igualmente constitucionais. O que não se pretende é que sofra limitação na sua autonomia privada por norma infraconstitucional ou mesmo norma constitucional, que não esteja protegendo valor algum.

Ao contraponto criado pela legislação brasileira entre a liberdade de disposição do autor da herança e a restrição operada pela legítima devem ser ponderados valores constitucionais que merecem proteção, como é o caso da proteção da família, solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido Carminate (2014, p. 59) ensina que:

[...] ao se fundar a legítima em presunções absolutas de necessidade por parte daqueles elencados como herdeiros necessários, não se está a respeitar a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este pode sofrer limitações a sua liberdade de testar sem a correspondente justificativa na proteção aos membros de sua entidade familiar.

Ou seja, a previsão abstrata de reserva da metade do patrimônio do autor da herança pela legítima, destinada aos herdeiros necessários, pode negar a dignidade humana daqueles que mais necessitam, pois impede a distribuição dos bens tendo por norte a necessidade de cada herdeiro. Ademais, além de a legítima ser uma desconfiança acerca da autonomia individual das pessoas, não é possível que o Estado defina, de maneira genérica, o que é melhor para cada herdeiro em cada família existente (KANG, 2018, p. 127-128). Logo, por via reflexa, obsta que o detentor do patrimônio cumpra seu dever fundamental de garantir uma vida digna aos seus familiares.

Dessa forma, antes de efetivamente averiguar os deveres fundamentais dos familiares no contexto do direito sucessório, o que constitui a base para que seja possível analisar a possibilidade de flexibilização da legítima, mostra-se necessário estabelecer no próximo capítulo o que é dever fundamental da pessoa humana trazendo os seus principais contornos.

2 DEVERES FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Realizado um panorama do direito sucessório brasileiro, em especial, no que toca à legítima, chega-se ao momento de averiguar o que se compreende por deveres fundamentais da pessoa humana, que servirá de base para, no próximo capítulo, aferir quais são os deveres fundamentais da família e, com isso, verificar a possibilidade da flexibilização da legítima.

Os deveres fundamentais da pessoa humana, apesar de serem de salutar importância para a efetivação dos objetivos e direitos constitucionais, são geralmente deixados de lado, tendo pouca produção científica sobre o tema, sobretudo quando comparado ao que já foi produzido acerca dos direitos fundamentais. De acordo com Casalta Nabais (2002, p. 12), o desprezo aos deveres fundamentais: “outra coisa não exprime senão o momento culminante daquilo a que Norberto Bobbio chamou ‘a idade dos direitos’.”⁶

Ademais, conforme observado por Gonçalves e Fabríz (2013, p. 87), “de modo geral, quando se fala em deveres fundamentais refere-se às obrigações governamentais, deixando de lado os deveres individuais ou da sociedade, isto é os deveres de particulares.” Além disso, é importante frisar que os deveres fundamentais da pessoa humana não são mera decorrência dos direitos fundamentais.⁷ Como aduzido por Rátiz Martins (2017, p. 17), “não há garantia dos direitos sem o cumprimento dos deveres indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade.”

As Constituições de diversos países, sobretudo as mais recentes, demonstram muita preocupação com direitos fundamentais e pouca atenção para os deveres fundamentais da pessoa humana. Isso ocorre pela influência liberal e desprezo da solidariedade. Existe, ainda, forte receio de que os deveres possam servir a regimes autoritários como os já enfrentados em história recente. Nesse sentido, Rátiz Martins (2017, p. 18) argumenta que o tema é “desmerecido pelo direito constitucional contemporâneo, em face à preocupação dos

⁶ Sobre o tema, confira-se, ainda, BASSO, Joaquim. Notas sobre o regime jurídico dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 2, jan./jun. 2016, p. 88.

Embora ainda sejam poucas as pesquisas e produções científicas sobre deveres fundamentais da pessoa humana, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do PPGD/FDV, liderado pelo professor orientador Dr. Adriano Sant’Ana Pedra e pelo professor Dr. Daury Cesar Fabríz, tem esse objeto de estudo, e vem produzindo e publicando diversos trabalhos sobre o tema, sendo o grupo que mais produz no mundo sobre esse assunto, o que contribuirá bastante para o presente trabalho.

⁷ Sobre o assunto, confira-se: BASSO, Joaquim. Notas sobre o regime jurídico dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 2, jan./jun. 2016, p. 95.

legisladores constituintes em instaurar regimes que afirmaram Constituições dos direitos para esquecer as Constituições dos deveres dos períodos totalitários e autoritários.” Por isso, segundo Casalta Nabais (2016, p. 89-90), os textos constitucionais objetivaram evitar qualquer tentativa de regresso ao passado totalitário ou autoritário. Buscou-se, portanto, “exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos.”

No caso do Brasil, como a CF/88 foi promulgada após a ditadura militar, trouxe grande rol de direitos e poucos deveres. Embora seu título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) tenha o primeiro capítulo titulado como “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, deixou de trazer os deveres enunciados. Nessa linha de raciocínio, Pedra (2013, p. 281-282) aduz que:

As constituições geralmente prevêm a existência de deveres fundamentais em seu texto. Todavia, durante bastante tempo, os estudos se ocuparam precipuamente dos direitos fundamentais e houve certo esquecimento das questões relativas aos deveres fundamentais da pessoa humana, ocorrendo especialmente em razão da influência liberal, com o desprezo da solidariedade, bem como em decorrência do temor de que os deveres servissem a regimes autoritários como forma de reação aos horrores praticados contra a humanidade. No Brasil, o momento Constituinte que sucedeu a ditadura militar fez com que o Texto Constitucional de 1988 fosse rico na previsão de direitos e pobre na abordagem de deveres.

Ocorre que após trinta anos da promulgação da CF/88, parafraseando Canotilho, os tempos estão maduros para se discutir deveres fundamentais. De acordo com o autor português (2003, p. 531), em uma visão global histórica, para se chegar ao momento atual, passamos pelo tempo em que os deveres fundamentais eram considerados como “categoria jurídica de igual dignidade à dos direitos fundamentais”, de modo que “a República era o reino da *virtude* no sentido romano, que só pode funcionar se os cidadãos cumprirem um certo número de deveres: servir a pátria, votar, ser solidário, aprender.” Lembrou, ainda, que a Constituição de Weimar também reforçou esse pensamento. Após, ainda com base nas lições de Canotilho, “a centralidade da categoria de deveres fundamentais reaparece nas construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista”, o que gerou “desconfiança e indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais.”

Entretanto, conforme observado por Casalta Nabais (2002, p. 15), os deveres fundamentais não podem ser relacionados a visões extremistas, seja do liberalismo, que reconhecia apenas direitos, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos (por exemplo, concepção do século XIX), seja a do comunitarismo, que apenas conhece deveres (por exemplo, regimes totalitários e autoritários europeus que duraram até o século XX). De acordo com o autor:

[...] os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (activo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. Uma ideia que bem precisa de ser reforçada na época actual, em que a afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos *apports* da pos-modernidade, é cada vez mais omnipresente.

Não se nega a importância de se colocar no texto constitucional um forte rol de direitos para que se busque uma vida digna ou, pelo menos, um mínimo à uma existência condigna. Para ter uma existência condigna, o ser humano precisa de um núcleo mínimo de direitos respeitado e garantido. Esse núcleo mínimo não pode ser desrespeitado por qualquer ação ou omissão estatal ou de particulares. Frisa-se, ainda, que a existência digna não é sinônima de sobrevivência física. Vai muito além. Para atingir a dignidade, a pessoa humana deve ter acesso aos direitos fundamentais e desenvolver sua personalidade. Conforme observado por Sarlet (2015, p. 328):

[...] é possível reconhecer que também o mínimo existencial tem por função assegurar as condições fáticas para o exercício pleno da autonomia individual. Vinculada a estas considerações, encontra-se a problemática da aferição do valor necessário para uma existência digna, registrando-se que, em princípio, as opiniões convergem no sentido de que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é – além de condicionada especial e temporalmente – depende do *standard* socioeconômico vigente, na medida em que não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes. Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Por derradeiro, registre-se a lição de H. Scholler, professor emérito da Universidade de Munique, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade.

Nesse sentido, Canotilho (1988, p. 34, apud SARLET, 2015, p. 334-335) aduz que cabe ao Estado, aos poderes públicos e ao legislador “proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio.”

Ocorre que a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive da dignidade da pessoa humana, não pode ser alcançada apenas com os esforços estatais. As pessoas também têm o dever fundamental de agir de modo a contribuir para o referido objetivo, sobretudo quando estamos diante de relações familiares, como na presente pesquisa.

De acordo com Pedra (2013, p. 282), “em muitas situações, a atuação estatal não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais de uma pessoa, o que somente ocorrerá com a prestação de um dever por parte de outra pessoa.” Assim, por exemplo, o fato de o Estado fornecer escolas não retira o dever dos pais de ajudar na educação dos filhos. A escola, por si só, não é suficiente para tanto. Da mesma forma, quando o Poder Público propõe medidas com o objetivo de preservação ambiental e/ou para manter as cidades limpas, cada cidadão deve fazer a sua parte com a destinação correta do lixo, sob pena de não se alcançar os objetivos, ainda que se utilizem muitos recursos financeiros. Recursos esses que são obtidos, na sua maioria, por meio de tributos que, a grosso modo, são contribuições de cada pessoa para a manutenção da sociedade.

Verifica-se, portanto, que os deveres fundamentais promovem os direitos fundamentais, seja diretamente, como no exemplo dos pais que devem educar os filhos, seja indiretamente, como na hipótese do dever de pagar tributos. Conforme aduzido por Rátis Martins (2011, p. 48), “a efetividade dos deveres consiste num termômetro de efetividade dos direitos. Os deveres não são um risco para os direitos; são indispensáveis à sua efetividade.” Nesse sentido, os deveres fundamentais, e em especial, os da pessoa humana, são essenciais para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais e não podem ser relegados a um papel de menor relevância como vem ocorrendo no Brasil. Como observado por Casalta Nabais (2002, p. 12), os direitos e deveres devem ser colocados no mesmo plano constitucional, pois ambos integram o estatuto constitucional da pessoa que, de acordo com o autor, tem duas faces igualmente importantes. Ainda sobre a importância dos deveres fundamentais, Rátis Martins (2017, p. 18) reforça que:

Assume relevo a análise do tema deveres fundamentais e constitucionalismo, pois o Estado de Deveres Fundamentais é o Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos.

Ademais, como dito anteriormente, os deveres fundamentais não podem ser limitados apenas às obrigações governamentais. É fundamental que abarquem as pessoas individuais também, sob pena de desvirtuamento do objetivo constitucional. Nesse enfoque, Gonçalves e Fabríz (2013, p. 88-89) nos ensinam que:

Inicialmente, já que o trabalho aconteceu no Brasil, é importante considerar que a Constituição Brasileira estabelece o objetivo de assegurar um estado democrático destinado a garantir direitos individuais e sociais, liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, equidade e justiça, como valores de uma sociedade fraterna, plural e livre de preconceitos. Basicamente, então, é possível generalizar, conforme apontado por Gonçalves e Pedra, que as constituições de ordens democráticas costumam assentar as bases axiológicas do Estado pretendido.

Embora as características foquem na figura estatal, torna-se claro que cumprir esses objetivos somente é viável se a sociedade se mobilizar como um grupo de indivíduos, afinal, equidade, fraternidade e harmonia são adjetivos que pressupõem pluralidade de sujeitos. Nesse diapasão, Canotilho estabelece que “as idéias de “solidariedade” e de “fraternidade” apontam para deveres fundamentais entre cidadãos”. A defesa é de que, se há um objetivo comum, deve haver, também, um correspondente esforço comum.

Conforme observado por Dimoulis e Martins (2011, p. 339), “quem possui direitos deve também possuir deveres”, justificando com base na reciprocidade e na solidariedade. Para os autores, quando uma pessoa pretende que alguém respeite um direito seu, ela tem o dever de respeitar o direito dessa pessoa também (reciprocidade). No que tange à solidariedade, aduzem que os cidadãos devem colocar recursos à disposição dos grupos que mais necessitam para que exerçam os direitos fundamentais de maneira satisfatória, o que fortalece a coesão social.

Nesse contexto, fixada a importância dos deveres fundamentais para a efetivação dos objetivos e direitos constitucionais, passaremos a analisar os seus contornos⁸ e, após, chegaremos aos conceitos existentes sobre o tema. Essa construção servirá de base para, posteriormente, analisarmos os deveres fundamentais dos familiares na promoção da dignidade humana dos seus membros no contexto do direito sucessório e, assim, verificar a possibilidade de flexibilização da legítima para atender as peculiaridades dos casos concretos.

⁸ Não se pretende exaurir tudo que está relacionado aos deveres fundamentais, até porque isso varia de autor para autor. O que se pretende é analisar os pontos mais importantes para a conclusão deste estudo.

2.1 BAIXA DENSIDADE NORMATIVA E ABSTRAÇÃO SEMÂNTICA DAS NORMAS QUE ESTABELECEM DEVERES FUNDAMENTAIS: ABERTURA E FLEXIBILIZAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL

As normas que estabelecem deveres fundamentais das pessoas humanas possuem baixa densidade normativa e abstração semântica, o que garante abertura e flexibilização aos textos constitucionais, concedendo ao operador maior facilidade de amoldá-los às peculiaridades enfrentadas pela sociedade. Isso pode ser facilmente percebido quando a Constituição utiliza, por exemplo, os termos moralidade, justiça social, igualdade e dignidade da pessoa humana. Nessa linha, confira-se Dimoulis e Martins (2011, p. 330):

As normas que estabelecem deveres autônomos dos particulares costumam ter baixa densidade normativa. No nosso exemplo, a Constituição não indica o que a “família” deve fazer para promover a educação de seus membros, quais integrantes da família devem assumir essa obrigação e como, se a família deve se limitar a cuidar da formação de seus integrantes, se é suficiente matricular os jovens em instituições de ensino ou se a própria família deve lhes propiciar conhecimentos etc.

Essa técnica de redação do texto constitucional é utilizada ante a incompletude do conhecimento científico e é de suma importância para a manutenção da Constituição frente às mudanças sociais, permitindo a realização da mutação constitucional⁹, evitando-se a necessidade de se fazer reformas do texto em pouco espaço de tempo. Como adverte Pedra (2010, p. 10), “a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais”.

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 335), os deveres são regulamentados de forma genérica pela Constituição com foco em uma dupla função: a primeira, é a de orientar “o legislador ordinário para que, no exercício de sua função concretizadora, operacionalize os deveres, caracterizados pela já repetidamente mencionada baixa densidade normativa.” No que tange à segunda função, aduzem que “a regulamentação constitucional é um fundamento para examinar a constitucionalidade dessa legislação.”

Em relação aos deveres fundamentais dos familiares no contexto do direito sucessório, a baixa densidade normativa e a abstração semântica são importantes para que as diversas peculiaridades e mudanças enfrentadas pelos mais variados tipos de famílias brasileiras sejam

⁹ Sobre o tema mutação constitucional, confira-se: PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

acobertadas na sucessão, o que não seria possível, ou ao menos efetivo, com previsões mais fechadas e restritas.

Todavia, devemos nos atentar e impedir que essa técnica seja utilizada para propor medidas extremas, incompatíveis com o ordenamento jurídico almejado e proposto, em prejuízo da sociedade. Quanto mais frágil for a democracia, mais atenção deve ser conferida a esta preocupação.

2.2 NORMAS DEFINIDORAS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS: EXISTÊNCIA DE NORMAS DE APLICABILIDADE IMEDIATA E DE NORMAS DE APLICABILIDADE MEDIATA

O artigo 5º, §1º, da CF/88 é expresso no sentido de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No que tange às normas definidoras dos deveres fundamentais, a doutrina é divergente. Alguns defendem a inaplicabilidade imediata em qualquer hipótese, outros entendem que apenas algumas normas possuem aplicabilidade imediata.

Dimoulis e Martins (2011, p. 335) argumentam que os deveres fundamentais são compostos por uma “estrutura bifásica”, de modo que a Constituição Federal deve enunciá-los e a lei concretizá-los. Entendem dessa forma, pois a CF/88 utiliza termos vagos para definir os deveres fundamentais, sem o condão de vincular as pessoas de forma concreta e pelo fato de o artigo 5º, §1º atribuir aplicação imediata e vinculatividade apenas aos direitos e às garantias, sem mencionar os deveres fundamentais. Por isso, a necessidade de regulamentação.

Da mesma forma, Canotilho (2003, p. 535-536) explica que, apenas de forma excepcional, as normas constitucionais que consagram deveres fundamentais têm aplicação imediata. Para ele, “a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma *interpositio* legislativa necessária para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres.” Por serem normas sem “determinabilidade jurídico-constitucional”, necessitam de mediação legislativa. Entretanto, o autor cita exemplos em que não há necessidade de regulamentação, como na hipótese do dever de obediência das leis e do respeito ao direito dos outros.

Casalta Nabais (2009, p. 112-113) também chega à conclusão semelhante, mesmo quando os deveres fundamentais estejam previstos na Constituição, ao considerar as sanções imprescindíveis à efetivação dos direitos fundamentais, o que não se verifica nos deveres, salvo em algumas exceções previstas na Carta Magna. Em outra obra, em que também discute o tema, Casalta Nabais (2002, p. 18-19) aduz que:

[...] o primeiro destinatário das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais é o legislador ordinário. Este está, na verdade, vinculado quanto à existência e quanto ao conteúdo objecto de concretização na constituição. Mas, excluídos estes aspectos, o legislador goza de toda uma margem de liberdade para conformar os deveres e para prever as sanções correspondentes à sua inobservância. Uma liberdade que, como já dissemos, não tem qualquer paralelismo em sede de direitos fundamentais, trate-se de direitos, liberdade e garantias, trate-se de direitos sociais.

Mas daqui não se conclua que as normas constitucionais sobre deveres são simples proclamações, meras normas programáticas, puras normas de natureza orgânica ou organizatória. Pois elas integram a constituição dogmática, mais precisamente a constituição do indivíduo ou da pessoa humana. É certo que face aos operadores jurídicos concretos – face, nomeadamente, à administração pública e aos juizes – os deveres fundamentais não operam directamente, mas somente por via indirecta, por via da lei. O que significa que, para os operadores jurídicos concretos, os deveres fundamentais não têm uma eficácia nos termos da constituição, mas uma eficácia apenas nos termos das leis que os concretizam e disciplinam.

Por sua vez, Sarlet (2015, p. 237-238), em observância ao direito comparado, aduz que prevalece o entendimento de que os deveres fundamentais possuem aplicação indirecta ou mediata. Entretanto, vislumbra hipóteses em que tenham eficácia e aplicabilidade imediatas, desde que seja observado o princípio da legalidade (por exemplo, sanções penais, administrativas e económicas impostas pela Constituição). O autor também lembra que nos termos do artigo 5º, §1º, da CF/88, apenas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e que mesma atenção foi direccionada aos deveres.

Para Tavares e Pedra (2014, p. 15-16), a eficácia dos deveres fundamentais é diferente da dos direitos fundamentais, mas entendem que existem deveres fundamentais que dispensam intervenção legislativa para a produção de efeitos, como o dever de promover e incentivar a educação e o de preservar e proteger o meio ambiente, ao contrário do que ocorre no dever de pagar impostos, que impõe disciplina legal para ser exigido (artigo 150, I, CF/88). Para os autores, “algumas espécies de deveres fundamentais, que não tenham exigência expressa de lei para sua exigência (dever de contribuir)”, podem ser aplicáveis (têm eficácia jurídica), “independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, sempre em observância aos direitos fundamentais, especialmente de defesa.”

Em sentido similar, Basso (2016, p. 101) entende que a embora a estrutura bifásica não seja essencial ao dever fundamental, é conveniente e mais adequado que haja uma especificação legal. Para ele, ainda que raramente, é possível que determinado dever fundamental seja integralmente regulamentado pela CF/88. Todavia, o autor discorda de Sarlet no que tange ao princípio da legalidade, sob o fundamento de que este será adequadamente cumprido “se for a própria Constituição que estabelecer a sanção, ainda com maior razão do que nos casos em que tal sanção é estabelecida em mero nível infraconstitucional (exceto, claro, na hipótese de a própria lei exigir previsão legal, como no caso do dever de pagar tributos).”

No caso dos deveres fundamentais dos familiares, conforme será demonstrado adiante, a Constituição Federal brasileira já traz em seus artigos 227, 229 e 230 diversos deveres para seus membros que independem de intervenção legislativa para a produção de efeitos. Entretanto, alguns desses deveres previstos de forma abstrata foram melhor regulamentados por normas infraconstitucionais como, por exemplo, os artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, que trouxeram a sanção de destituição do poder familiar na hipótese de descumprimento do dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

Isso demonstra que embora seja importante uma regulamentação legal para determinados deveres fundamentais, existem deveres dotados de eficácia jurídica independentemente da intervenção do legislador infraconstitucional, na linha do que foi defendido acima por Tavares e Pedra, sempre tendo por norte os direitos fundamentais.¹⁰

2.3 DESNECESSIDADE DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Discute-se se os deveres fundamentais devem observar um critério formal (estar previstos na Constituição) ou não, bastando que se observe um critério material, levando-se em consideração o direito propriamente dito, independentemente de previsão constitucional. É importante definir esse ponto já que, se for considerado o critério formal, o rol dos deveres fundamentais será reduzido, pois nem todos estão expressamente previstos na Constituição.

¹⁰ Para um estudo mais aprofundado acerca da eficácia dos deveres fundamentais: RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. Eficácia dos deveres fundamentais. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, Salvador, v. 3, p. 39-56. 2011.

De acordo com Casalta Nabais (2005, p. 7), o fundamento jurídico dos deveres fundamentais está na sua previsão constitucional. Assim, se a Constituição prever um dever, este é considerado fundamental. Na ausência de previsão, ainda que determinados deveres possam ser considerados fundamentais sob o um ponto de vista material ou substancial, não são fundamentais. “Uma conclusão que, naturalmente, não impede o legislador ordinário de os impor e sancionar. Muito embora tais deveres não possam ser tidos por deveres fundamentais, mas apenas por deveres legais.” E conclui o autor: “Por conseguinte, os deveres extra-constitucionais, idênticos na sua substância aos deveres constitucionais, devem ser considerados como deveres puramente legais. Em suma, não há outros direitos fundamentais para além dos previstos na constituição.”

Na mesma linha, Dimoulis e Martins (2011, p. 335-336) entendem que se o dever estiver previsto na Constituição, é fundamental, independentemente do conteúdo. Seguem esse critério tendo por base a segurança, alegando que o critério material ensejaria subjetividade. Em sentido semelhante, Canotilho (2003, p. 534) afirma que existe uma reserva de Constituição no que se refere aos deveres fundamentais, de modo que apenas a Constituição pode prevêê-los.

Já Basso (2016, p. 94-95), com base em um critério substancial, elenca os deveres fundamentais “como expressão do ‘estatuto constitucional dos indivíduos’ e como corolário da dignidade da pessoa humana”, por isso entende que são fundamentais, diferenciando-os dos “deveres meramente constitucionais que não dizem respeito à dignidade humana.” Ocorre que o autor não afasta o critério formal por inteiro, propondo um critério misto. Para ele, seja de forma explícita ou implícita, deve haver previsão no texto constitucional, pois “os deveres fundamentais, em geral, implicam limitações aos direitos fundamentais e jamais um dever meramente legal poderia restringir esses direitos, sob pena de incorrer em violação de cláusula pétrea e, por conseguinte, ser considerado inconstitucional (art. 60, §4º, IV, CF).”

Para Rátis Martins (2017, p. 31), não se pode admitir uma lista fechada de deveres fundamentais, pois “nem todos os deveres e ônus a que estão ou podem estar limitados os cidadãos nas relações com o Estado ou entre si podem ser considerados fundamentais”. De acordo com o autor, “deveres fundamentais expressos na Constituição poderão sê-los apenas numa perspectiva formal e deveres considerados como legais podem ser considerados, materialmente, fundamentais.”

Tendo por base a existência de direitos fundamentais implícitos na Constituição brasileira e outros provenientes do regime e princípios adotados e, ainda, considerando os tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF/88), Vieira e Pedra (2013, p. 9-10) lembram do bloco de constitucionalidade e sugerem o mesmo tratamento aos deveres fundamentais. Entendem dessa forma pelo fato de os deveres fundamentais serem “guardiões dos próprios direitos.” De acordo com os autores, não é necessária previsão expressa de todos os deveres fundamentais admitidos pelo ordenamento na Constituição, “pois sua fundamentalidade reside nos direitos fundamentais que são por eles resguardados. Isso, entretanto, não pode jamais ser entendido como uma autorização para o legislador ordinário criar deveres que não estejam previstos no bloco de constitucionalidade.”

De fato, tendo por norte o que foi defendido por Rátis Martins e por Vieira e Pedra, assim como existem direitos fundamentais implícitos na Constituição, também existem deveres fundamentais implícitos, já que estes promovem aqueles. Ademais, a Constituição Federal deve acompanhar as constantes mudanças da sociedade, por isso é necessário conferir campo de interpretação para se buscar deveres implícitos, ante a dificuldade de constantes alterações no texto constitucional. Frisa-se, todavia, que a existência de deveres fundamentais implícitos não autoriza o legislador ordinário a criar deveres fundamentais.

Dessa forma, na linha do objeto de investigação da presente pesquisa, não há como afirmar que o autor da herança possui o dever fundamental de deixar metade do seu patrimônio para seus herdeiros necessários. Trata-se de uma imposição legal criada pelo legislador ordinário e não de um dever fundamental. A limitação citada não pode ser entendida como dever implícito pois, além de não ser proveniente da Constituição Federal, não resguarda direito fundamental, ainda que tenha sido estipulada genericamente com esse objetivo.

Conforme previsão expressa da Constituição Federal, o dever fundamental dos familiares e, por consequência, do autor da herança, consiste em garantir o necessário para os membros da sua família terem uma vida digna, o que pode demandar mais ou menos que 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do falecido. Por isso, não é possível afirmar que a limitação da legítima em 50% (cinquenta por cento) é decorrente de um dever fundamental implícito. Trata-se, como dito, de uma opção do legislador infraconstitucional que, inclusive, pode prejudicar alguns direitos fundamentais, ao impedir que se destine maior parte do patrimônio

do falecido para os herdeiros que mais necessitam, como será demonstrado no terceiro capítulo.

2.4 IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMIR DEVERES FUNDAMENTAIS POR VIA DE LEI OU EMENDA CONSTITUCIONAL

Sobre a rigidez dos deveres fundamentais, Casalta Nabais (2009, p. 177-181) afirma que por estarem associados aos direitos fundamentais e por serem expressão da dignidade da pessoa humana, os deveres fundamentais também ficam protegidos aos limites de reversibilidade conferidos aos direitos fundamentais. Em sentido semelhante, Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 147-148) defendem que como os deveres fundamentais têm condição material de fundamentalidade, seu conteúdo não pode ser suprimido ou esvaziado por reformas. Consideram os deveres fundamentais como cláusulas pétreas.

Na mesma linha, Basso (2016, p. 102) aduz que, como os deveres fundamentais expressam o estatuto constitucional do indivíduo, decorrente da dignidade da pessoa humana, eles não podem ser suprimidos por leis ou emendas constitucionais. No entanto, o autor observa que se determinado dever deixar de ser considerado fundamental, por não ser mais essencial à dignidade humana, poderá ser suprimido.

Dessa forma, a regulamentação infraconstitucional do instituto da legítima não pode suprimir nem esvaziar o dever fundamental do autor da herança de garantir aos seus familiares o que for necessário para se alcançar uma vida digna. Deve, ao contrário, efetivar o referido dever. Assim, pretende-se verificar no terceiro capítulo se o instituto da legítima, da maneira estática prevista no Código Civil de 2002, impossibilita o autor da herança de cumprir seu dever fundamental frente aos demais familiares, levando-se em consideração as peculiaridades e necessidades de cada um.

A título ilustrativo, podemos citar uma família composta por dois herdeiros, um portador de necessidades especiais e outro plenamente capaz, com boas condições financeiras. No caso em análise, o patrimônio deixado pelo falecido não é grande, de modo que cinquenta por cento dele não é suficiente para garantir a dignidade do herdeiro portador de necessidades especiais. Tendo por norte a limitação infraconstitucional prevista pelo instituto da legítima, não estaríamos diante de uma lei limitadora de um direito fundamental? Essa disposição legal

não impediria que um familiar cumpra seu dever fundamental de garantir uma vida digna a um familiar que necessita?

2.5 DESNECESSIDADE DE SANÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DE DEVERES FUNDAMENTAIS

Embora a sanção contribua para que as pessoas cumpram seus deveres fundamentais, ela não é obrigatória. Todavia, conforme pontuado por Pedra (2013, p. 295), “mesmo que não haja sanções, é natural haver consequências jurídicas em decorrência do descumprimento de um dever fundamental, haja vista sua normatividade.” Em sentido semelhante, Marques e Fabríz (2013, p. 8-9):

No caso das normas imperfeitas, as consequências jurídicas imediatas não existem, já que, independentemente da conduta praticada, não haverá sanção. Entretanto, note-se bem, as consequências jurídicas *imediatas* são inexistentes, o que não quer dizer que não haverá consequências jurídicas e também sociais para o comportamento *desconforme* ao preceito normativo.

Para ilustrar a existência de dever jurídico sem sanção, Marques e Fabríz (2013, p. 7-8), citando Kelsen, lembram da obrigação natural, que traz um dever de prestação inexigível judicialmente e o seu descumprimento não é pressuposto para uma execução civil. Nessa linha, os autores aduzem que a existência de obrigações naturais e de “deveres jurídicos desprovidos de sanção afasta a incidência do princípio retributivo e excepciona a conclusão de que a todo descumprimento de dever corresponde alguma sanção, ou seja, não é sempre que se tem uma consequência para o descumprimento de um dever jurídico”.

Ainda com base nas lições de Marques e Fabríz (2013, p. 10-11), é possível incidir três consequências jurídicas decorrentes do descumprimento de um dever fundamental: uma imediata, outra mediata e uma terceira decorrente da incidência simultânea das duas já citadas. A imediata é uma desaprovação, “aplicada diretamente ao sujeito que descumpriu o preceito normativo. O caso mais comum é o das sanções penais.” Os autores ilustram o que foi dito com as seguintes penas relacionadas aos deveres fundamentais contidos nos artigos 229 e 230 da CF/88: abandono material (art. 244, CP); entrega de filho menor a pessoa inidônea (art. 245, CP); abandono intelectual (art. 246, CP); abandono intelectual equiparado (art. 247, CP).

Os crimes citados têm por objetivo proteger direitos fundamentais dos familiares, como a formação de um filho menor e o amparo de um pai na velhice, na carência ou na enfermidade, com a aplicação de sanções em desfavor daqueles que deixarem de cumprir o dever fundamental de promover os referidos direitos mencionados.

Já a consequência jurídica mediata é decorrente do descumprimento de um dever fundamental em que não há reprovação (sanção) em desfavor daquele que descumpriu o dever, como ocorre na consequência jurídica imediata. Entretanto, o descumprimento citado pode ter dois reflexos em desfavor de terceiros: “a) um reflexo sobre alguém que tinha um direito diretamente contraposto ao referido dever de observância da norma jurídica; b) um reflexo sobre a coletividade que, em tese, tinha uma expectativa perante o cumprimento do dever jurídico pelo indivíduo.”

Por fim, o terceiro tipo de consequência jurídica é decorrente da incidência simultânea dos dois tipos citados anteriormente. Os autores citam o exemplo do descumprimento do dever fundamental de assistência familiar, em que o sujeito violador será punido com sanções e, ao mesmo tempo, seus familiares também serão prejudicados, pois não terão alguns direitos fundamentais efetivados em decorrência de um descumprimento de dever fundamental por outra pessoa.

É importante ressaltar que, independentemente da aplicação de sanção em desfavor daquele que descumpriu um dever fundamental, essa atitude tem o condão de prejudicar diversas outras pessoas da sociedade, que dependem do cumprimento dos deveres. Para ilustrar o que foi dito, Marques e Fabriz (2013, p. 16) lembram que o descumprimento do dever fundamental de votar enfraquece “a soberania popular e os vínculos de cidadania, além de o indivíduo poder ter seus direitos políticos suspensos e ser obrigado a arcar com uma multa;”. Também citam que com o descumprimento do “dever fundamental de contribuir com recursos públicos enfraquece-se a possibilidade de realizar políticas públicas que deem eficácia aos direitos fundamentais, além de o indivíduo poder ser punido criminalmente.” Para os autores, nestas situações, estamos diante de sanção híbrida, mediata e imediata, de responsabilidade reflexa de quem foi prejudicado sem ter descumprido qualquer obrigação.

No caso dos deveres fundamentais dos familiares (arts. 227, 229 e 230, CF/88), embora exista a previsão de sanções em decorrência do seu descumprimento como, por exemplo, a perda do poder familiar (artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigos 1.637 e 1.638

do Código Civil), além daquelas citadas por Marques e Fabriz, eventual ausência de previsão legal acerca das punições citadas não retiraria ou diminuiria os referidos deveres fundamentais que, como dito no item 2.2, têm aplicação imediata. Ademais, sob a ótica do direito sucessório, não se mostra efetiva a aplicação de sanção para uma pessoa já falecida.

2.6 DEVERES FUNDAMENTAIS ESTÃO FUNDADOS NA SOLIDARIEDADE

O termo solidariedade pode ser entendido como: i) “sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação ou da própria humanidade.”; ii) “relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s)” (FERREIRA, 1993, p. 1607); iii) “estado ou condição de duas ou mais pessoas que dividem igualmente entre si as responsabilidades de uma ação ou de uma empresa ou negócio, respondendo todas por uma e cada uma por todas; interdependência [...] identidade de sentimentos, de ideias, de doutrinas” (HOUAISS, 2009, p. 1766); iv) “responsabilidade recíproca entre os membros de uma comunidade, de uma classe ou de uma instituição.” (MICHAELIS, 2019); (v) “condição grupal resultante da comunhão de atitudes e sentimentos, de modo a constituir o grupo unidade sólida, capaz de resistir às forças exteriores e mesmo de tornar-se ainda mais firme em face da oposição vinda de fora.” (MICHAELIS, 1998, p. 1967).

Verifica-se, portanto, com base na solidariedade, que as pessoas que vivem em sociedade têm o dever recíproco de contribuir para o desenvolvimento da comunidade. Cada membro deve auxiliar os demais na medida das suas possibilidades, ainda que não receba vantagens diretas decorrentes das suas atitudes. Trata-se de um sentimento comum no ser humano, sendo mais forte quando envolve pessoas próximas, sobretudo familiares. De acordo com Avelino (2005, p. 265-266), a solidariedade é o oposto do individualismo. Tem por finalidade objetiva possibilitar a vida em sociedade e por finalidade subjetiva a autorrealização, decorrente da ajuda ao próximo.

O cidadão solidário é aquele que busca o bem comum ainda que tenha que deixar de lado vantagens pessoais. No mesmo sentido, o Estado solidário deve buscar o bem de todos. Nessa linha, Casalta Nabais (2005, p. 114-115) aduz que a solidariedade tem efeito vertical e horizontal. O primeiro está relacionado aos deveres do Estado, que tem por objetivo minimizar as desigualdades e efetivar os direitos em favor de todos os indivíduos da

sociedade. Com base na solidariedade vertical, “a pobreza deixou de ser um problema individual e se converteu num problema social a exigir intervenção política.” Já o efeito horizontal impõe o dever de solidariedade para toda a sociedade. Em outras palavras, toda sociedade é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais.

No Estado clássico, com diretriz liberal, incentivou-se a liberdade dos particulares, de modo que a solidariedade foi tida como uma preocupação e um desejo da sociedade civil e não como um princípio básico de atuação estatal. Já no Estado social, além da liberdade, buscou-se estimular a igualdade entre as pessoas, o que fez com que a solidariedade deixasse de ser desejável para se tornar obrigatória (ROSSO, 2008, p. 14).

Conforme observado por Peixoto (2013, p. 269-270), embora fraternidade e solidariedade caminhem juntas e possuam pontos em comum, não podem ser confundidas. A primeira está ligada à ideia de amor ao próximo, de caridade e filantropia. Entretanto, como possui características individualistas de somente ajudar os necessitados, após o advento do Estado social, preferiu-se o termo solidariedade, que possui caráter geral e reconhece que a desigualdade tem característica social. Nesse sentido, “o valor solidariedade começou a se aproximar do Direito e, por isso, hodiernamente ressalta-se seu valor como um princípio constitucional, com status de direitos fundamentais de terceira geração, sendo utilizado como um reconhecimento de uma sociedade hipercomplexa”.

Portanto, constatada a importância da solidariedade para a sociedade brasileira, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 elenca a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que impõe observância em todas as relações sociais. De acordo com Rosso (2008, p. 16), a solidariedade “encontra-se tacitamente presente em toda a Constituição, servindo não apenas como mecanismo de interpretação ou reafirmação de outros princípios, mas também como fundamento da própria ordem constitucional.”

Ademais, como a Constituição deve ser analisada de forma sistêmica, as normas não podem ser interpretadas isoladamente, desconsiderando-se a solidariedade. No mesmo sentido, Sarmiento (2006, p. 295) observa que o referido objetivo não pode ser tido como uma diretriz política sem eficácia normativa. Trata-se de “um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.”

Conforme observado por Peixoto, Santos e Borges (2013, p. 273), a previsão da solidariedade na Constituição Federal de 1988 possui mais que um caráter meramente normativo. Possui “um caráter de princípio com valor finalístico, de conteúdo jurídico essencial, pelo qual o Estado e os cidadãos devem pautar suas ações.” Além disso, completam os autores, também possui “um alto grau de abstração, dando o entendimento de que o valor/princípio é como um norte a ser seguido por uma bússola, sendo, portanto, solidariedade um princípio norteador da sociedade brasileira.”

Como já citado anteriormente, a vida em sociedade não seria possível apenas com a previsão de direitos. As pessoas também devem que ter deveres, pois estes são essenciais para o reconhecimento dos outros membros. Os deveres fundamentais, por sua vez, têm por base a solidariedade, já que o ser humano deve contribuir para o desenvolvimento da sociedade em que vive. De acordo com Duque e Pedra (2013, p. 148), a solidariedade ratifica a incidência de direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Nas palavras dos autores:

A solidariedade é, na verdade, o outro lado de uma mesma moeda no jogo dos direitos e deveres, uma vez que ratifica a incidência de direitos fundamentais abrangidos pela norma constitucional, podendo ser compreendida a partir de uma relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade.

No Estado Democrático de Direito, a esfera privada dos indivíduos é garantida de modo que cada um tenha autonomia para escolher como atuar de acordo com seus próprios interesses. Entretanto, tendo por base a solidariedade, Lyra e Pedra (2013, p. 153-156) aduzem que em face das novas realidades sociais e econômicas, a autonomia privada deve ganhar nova roupagem: “a realização da justiça e o equilíbrio nas relações”, colocando-se recursos à disposição de quem necessita, para o exercício dos direitos fundamentais. Nessa linha, ainda de acordo com os autores, a solidariedade pode ser encontrada em diversas relações privadas (obrigações, contratos, responsabilidade civil, dentre outros). No direito de família, citam a prevalência do melhor interesse da criança e o controle dos meios de adoção.

Portanto, a autonomia privada deve ser modulada pelo dever de solidariedade social, criando “o comportamento cogente de evitar o nascimento de relações jurídicas iníquas no Direito Privado.” Observa-se, ainda, que a solidariedade não deve ser encarada como limite da autonomia privada, mas como parte integrante dela. Em outras palavras, como seu próprio conteúdo (LOUREIRO; FRAÇÃO, 2012, p. 101). Assim, não há como afastar a solidariedade

das relações familiares e sucessórias com base na autonomia privada. As entidades familiares devem estar voltadas para a formação digna dos seus membros sob um viés funcionalizado que tem a solidariedade como base.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos que estão diretamente ligados à solidariedade, como o art. 40, que determina que o regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos tenha caráter contributivo e solidário, com contribuição do ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas; o art. 194, que dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade; o art. 195, que impõe o financiamento da seguridade social por toda a sociedade. No mesmo sentido, o art. 203 garante a assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição e o art. 205 assegura a educação como direito de todos e como dever do Estado e da Família, devendo ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” Também podemos citar o art. 145, 1º, que determina o dever de pagar tributos tendo por norte a capacidade econômica do contribuinte.

Mais especificamente no campo da família, objeto mais próximo deste estudo, além do dever de educação citado acima, o art. 227 é expresso no sentido de que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente e ao jovem tudo que precisam para uma vida digna, como por exemplo, saúde, lazer e alimentação. Na mesma linha, o art. 230 impõe à família, à sociedade e ao Estado “o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

É importante frisar que a solidariedade não pode ser confundida com um simples ato de caridade, já que a Constituição Federal a elencou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Trata-se de um “princípio cogente [que] possui eficácia plena desde a promulgação da Constituição, não necessitando de qualquer norma infraconstitucional para sua aplicação” (SILVA, 2014, p. 158-159).

Como visto, a solidariedade é necessária para o desenvolvimento da sociedade, pois impõe o dever de auxílio mútuo entre os cidadãos na busca do bem-estar de todos, o que não pode ser alcançado considerando-se apenas cada indivíduo de forma isolada, tampouco tendo apenas o

Estado com a obrigação de efetivar os direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de um ato de caridade. Além disso, como colocado por Stefano (2016, p. 276), “a solidariedade passa a representar o dever de aceitação do pluralismo e da diversidade social, com a responsabilidade de os menos favorecidos receberem auxílio para que seus direitos fundamentais sejam efetivados.”

Verifica-se, portanto, ante a grande importância do tema, que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 3º, I, a aplicação da solidariedade em todas as relações, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, públicas ou privadas, ultrapassando o campo da filantropia e das boas ações, voltando-se para a promoção do bem-estar de todos, o que tem o condão de efetivar direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

2.7 TITULARES E DESTINATÁRIOS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Quando abordamos os deveres fundamentais, desde logo estabelecemos aqueles que são obrigados a cumpri-los (destinatários) e, aqueles que se beneficiam do cumprimento por outrem (titulares). De acordo com Casalta Nabais (2009, p. 115-116), os deveres fundamentais podem ser: (i) deveres que vinculam os cidadãos em relações diretas com o estado, como os de caráter cívico-político; (ii) deveres que obrigam as pessoas nas relações com a coletividade, como os deveres de caráter econômico, social ou cultural; (iii) deveres dos indivíduos com relação a outros particulares, como o dever dos pais na formação dos filhos; (iv) deveres para consigo mesmo, como o de promover sua própria saúde. Completa, ainda, que as duas primeiras hipóteses são deveres do cidadão como membro de uma comunidade e as duas últimas referem-se a deveres do indivíduo enquanto pessoa, com “caráter pré-estadual”.

Os destinatários dos deveres fundamentais são os indivíduos e a coletividade. Conforme observado por Basso (2016, p. 98-99), acompanhando posicionamento de Casalta Nabais acerca do tema, o Estado não é destinatário de deveres fundamentais, mas sim titular de meras competências administrativas, legislativas ou judiciais. Vejamos:

Alguns divergências há sobre se o Estado é um possível destinatário de deveres fundamentais, ou seja, se quando a Constituição estabelece deveres estatais, pode estar a impor deveres fundamentais. Nesse ponto, estamos com José Nabais, que diferencia os deveres fundamentais dos deveres constitucionais organizatórios ou funcionais, que são as competências obrigatórias do Estado, que compõem o

estatuto organizatório da Constituição e não o estatuto do indivíduo (NABAIS, 2004, p. 74). A posição é justificada, eis que o regime das competências e deveres estatais em geral é diferenciado dos deveres fundamentais. Isso porque o não cumprimento de tais competências (como a de instituição de um tributo, ou de regulamentação de um direito de eficácia limitada) geram sanções diversas, não raro sendo ilegítimo exigir o cumprimento do dever estatal, ante a separação de poderes e princípios democráticos que impedem a substituição da vontade estatal em diversos casos.

Conclui-se que os destinatários dos deveres fundamentais, na concepção aqui adotada, são apenas os indivíduos e a coletividade (nos deveres fundamentais coletivos, como o de proteção ambiental, definido no art. 225, da CF), excluindo-se os deveres estatais, pois nesse caso o que existem são meras competências administrativas, legislativas ou judiciais.

Sobre o tema, Casalta Nabais (2009, p. 52-54) também lembra que existem deveres associados aos direitos ecológicos (deveres de proteção ao meio ambiente e de defesa e valorização do patrimônio cultural), que “são designados “direitos *boomerang*” ou “direitos com efeito *boomerang*”, já que eles são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares”. Cita os deveres relacionados aos animais, plantas, rios e mares que correspondem a deveres indiretos para com a humanidade, já que são necessárias para manter o meio ambiente equilibrado e se garantir a vida humana, integrada pela geração atual e pelas futuras. O autor frisa que “ao contrário do que por vezes se ousa afirmar, não constituem direitos (humanos!) dos animais, das plantas, dos rios e dos mares.”

Já os titulares dos deveres fundamentais podem ser outros indivíduos, o Estado e a coletividade. Tendo por base o objeto do presente estudo, sobretudo o instituto da legítima no direito sucessório, importante fixar que compreendemos que o destinatário do dever fundamental de garantir uma vida digna para os membros de uma família é o autor da herança e os titulares são seus familiares.

2.8 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Além dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais fundamentais também são importantes para a compressão dos deveres fundamentais. De acordo com Casalta Nabais (2009, p. 127-131), os princípios apresentam dois pontos de contato com os deveres: 1º) são suportes dos deveres; 2º) travam um relacionamento recíproco em relação aos deveres. Em suas palavras:

Relativamente ao primeiro aspecto, é de assinalar que os deveres fundamentais são expressão de valores comunitários afirmados pelos princípios constitucionais. Nuns casos, estes explicam a generalidade ou todo um grupo de deveres: assim, quer a generalidade dos deveres, quer sobretudo o conjunto dos deveres cívicos-políticos, são expressão da ideia ou do princípio republicano, entendido no sentido amplo (que vai muito para além da sua dimensão ou vertente organizatória caracterizadora da “forma de governo”) de *ethos* comunitário ou de “moralidade republicana”, que se está longe de se esgotar nas ideias de estado de direito e de democracia política; os deveres políticos ou de participação política estão intimamente associados ao princípio democrático; os deveres económicos sociais e culturais têm no princípio do estado social um dos seus suportes mais forte; os diversos deveres de defesa da pátria (dever de serviço militar, de serviço militar não armado, de serviço cívico, de isenção político-partidária dos militares, de mobilização civil, etc.) são expressão do princípio da independência nacional. Noutros casos, por seu turno, eles são o suporte de específicos deveres constitucionais, como é o que acontece com o dever de pagar impostos que tem o seu pressuposto e justificação no princípio do estado fiscal, com o dever de escolaridade obrigatória o qual, enquanto meio de elevação do nível cultural das pessoas e instrumento de cidadania cultural plena, remete para o princípio republicano no sentido referenciado, etc.

Em relação ao segundo aspecto (condicionamento recíproco entre princípios e deveres fundamentais), Basso (2016, p. 102-103), resumindo as lições de Casalta Nabais, afirma que os deveres, de um lado, “são condicionados pelos princípios (como ocorre nos casos, já mencionados, de aplicação do princípio da proporcionalidade, ou outros limites decorrentes da dignidade da pessoa humana)”. Por outro lado, aduz que “esses princípios é que são limitados por deveres fundamentais (como ocorre, por exemplo, na limitação do princípio da igualdade, quando do dever fundamental de prestar serviço militar são excepcionados as mulheres e aqueles que aleguem imperativo de consciência).”

Assim, não há como analisar os deveres constitucionais de forma isolada aos princípios constitucionais, ante os fortes pontos de contato existentes entre eles. Nesse sentido, não há como separar os deveres fundamentais do autor da herança de toda base principiológica que rege o direito de família e das sucessões.

2.9 CLASSIFICAÇÕES DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Diversas classificações podem ser criadas sobre determinado assunto, a depender da visão de cada autor¹¹. Assim, sem a pretensão de exaurir as classificações sobre os deveres fundamentais, elencamos neste tópico algumas formuladas por Martínez (1987, p. 336) e por

¹¹ No que se refere às classificações dos deveres fundamentais, confira-se: RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. **O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático**. 2017. 342 f. Tese (Doutorado em Direito. Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 220-223.

Faro e Fabriz (2012, p. 82-84), que estão diretamente relacionadas aos deveres fundamentais do autor da herança¹². Essa construção é importante para que se afira os limites do dever objeto do estudo.

i) O dever pode ser específico, se corresponde ao direito subjetivo de uma pessoa concreta (o titular de um crédito que deve ser pago pelo devedor; o titular de alimentos que deve ser pago por um familiar) ou genérico, se não tem correlação com um direito subjetivo de uma pessoa concreta, mas sim com o direito subjetivo de qualquer pessoa que se encontre em determinada situação (o dever de assistência a uma pessoa ferida e acidentada). No que tange ao dever fundamental do autor da herança, temos um dever específico, pois corresponde ao direito subjetivo dos seus familiares.

ii) Em relação ao conteúdo dos deveres fundamentais, de forma semelhante aos direitos fundamentais, é possível extrair deveres prestacionais, que impõem um comportamento positivo, deveres defensivos, que demandam comportamento negativo e, ainda, deveres em que devem ser observados comportamentos positivo e negativo.¹³

Para exemplificar o que foi dito, Casalta Nabais (2009, p. 112) traz o dever positivo de votar, prestar serviço militar e pagar impostos, e o dever negativo de isenção político-partidária das forças armadas. No que tange aos deveres simultaneamente positivos e negativos, o autor lembra a promoção da saúde, a defesa do meio ambiente e o dever de preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural.

Sob essa ótica, o autor da herança tem o dever fundamental positivo de garantir aos seus familiares o suporte necessário para uma vida digna. Ilustrativamente deve, para tanto, conforme art. 227, CF, já citado anteriormente, “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

¹² Não foram abordadas todas as classificações construídas pelos autores, mas apenas as que podem contribuir para o desenvolvimento do estudo. Inclusive, Faro e Fabriz já reconhecem expressamente algumas que não têm utilidade prática, como, por exemplo: (i) deveres fundamentais, previstos no ordenamento infraconstitucional e deveres constitucionais, previstos no texto constitucional; (ii) deveres expressos e implícitos; (iii) deveres constitucionais e internacionais.

¹³ Sobre o tema, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 236-237.

comunitária,” bem como impedir que sofram qualquer tipo de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

iii) Tendo por base sua forma de produção normativa, pode ser criação do direito legal (o mais habitual) ou do direito judicial. Os deveres legais, previstos no ordenamento jurídico, são criados por meio de um processo legislativo. Já os deveres judiciais ou doutrinários, não estão previstos no ordenamento jurídico. São criados pela jurisprudência ou doutrina. Os deveres fundamentais do autor da herança são de criação do direito legal, já que estão expressamente previstos no ordenamento jurídico. Embora não se retire a importância dos deveres oriundos de criação doutrinária ou judicial, o fato de os deveres do autor da herança estarem previstos no ordenamento jurídico impõe cumprimento independentemente de criação doutrinária ou jurisprudencial, o que fortalece o atendimento desses deveres bem como os direitos que deles dependem.

iv) Deveres correlatos ou conexos a direitos ou específicos (por exemplo, dever de pagar tributos para concretizar direitos sociais) e deveres autônomos ou genéricos (por exemplo, alistamento eleitoral, militar e de voto). No que tange ao objeto deste estudo, o dever fundamental do autor da herança é correlato ou conexo a direitos dos familiares, que dependem desse cumprimento para alcançarem sua dignidade humana. Faro e Fabríz (2012, p. 83) ressaltam, entretanto, que:

Não se pode afirmar que há necessariamente uma relação de reciprocidade, ou seja, que o dever de um indivíduo corresponda ao direito de outrem; a não ser que se considerem contratuais todas as relações intersubjetivas, em que o dever de pagar se correlaciona com o direito de receber – o que seria uma visão individualista, já que o devedor sempre poderia exigir a realização de um direito seu.

Em outra obra sobre o tema, Faro (2010, p. 218-219) divide os deveres em três espécies, de acordo com os direitos correlatos: a) deveres relacionados ao respeito à liberdade dos indivíduos, ou seja, dever de não utilizar um direito para prejudicar outra pessoa; b) deveres relacionados ao respeito aos direitos à igualdade dos indivíduos, devendo promover ou proporcionar a igualdade entre as pessoas, como os deveres individuais voltados à sociedade; c) deveres relacionados à fraternidade, com o compromisso de contribuir para um meio ambiente equilibrado e saudável para o desenvolvimento dos direitos.

2.10 ‘A FACE OCULTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DEVERES E OS CUSTOS DOS DIREITOS’¹⁴

Como visto anteriormente, os deveres fundamentais são de suma importância para a efetivação dos direitos fundamentais que, inclusive, possuem elevados custos para serem garantidos. Assim, Casalta Nabais elencou os deveres e os custos dos direitos como “a face oculta dos direitos fundamentais.” Dessa forma, não há como estudar os direitos fundamentais, sem levar em consideração o que está por trás deles: os deveres e os custos.

Os direitos podem ser divididos em direitos de defesa, com natureza preponderantemente negativa (abstenções do Estado), e em direitos sociais prestacionais, em que se tem uma conduta positiva do Estado e dos particulares destinatários da norma, mas sem excluir atuações negativas. Os direitos de defesa costumam ser relacionados ao Estado Liberal (individualista), cuja concepção é a de que o poder público não deve intervir nas atividades econômicas privadas. Já os direitos sociais prestacionais são lembrados juntos ao Estado do Bem-estar Social, em que se demandam atividades positivas do Estado, sem excluir atuações dos particulares.

Devemos nos atentar, no entanto, que independentemente da preponderância de atuação estatal, este sempre atua positivamente, inclusive no Estado Liberal, prestando diversos serviços à população, como, por exemplo, garantindo a segurança, a saúde, infraestrutura para as atividades econômicas privadas, dentre outras indispensáveis ao desenvolvimento das pessoas e da sociedade.

Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, p. 13-15) contam um caso que ilustra bem a necessidade de atuação estatal, inclusive em um Estado Liberal. Os autores narram o incêndio que ocorreu em 1995 em Westhampton, um dos locais mais nobres dos EUA. Segundo eles, foi um dos maiores incêndios já enfrentado em Nova York. Entretanto, foi rapidamente controlado pelas forças locais, estaduais e federais, não houve morte e a perda patrimonial foi mínima, considerando as proporções do incêndio. Este exemplo mostra como a atuação do Estado contribui para os particulares.

¹⁴ Título do artigo elaborado por Casalta Nabais. In: NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, ano 3, n. 2, 2002. Disponível em < <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>.> Acesso em: 31 ago. 2019.

Não se pode negar, todavia, que o Estado do Bem-estar Social aumentou bastante as prestações estatais. Entretanto, como observado por Rátis Martins (2017, p. 113), a crise enfrentada pelo Estado do Bem-estar social, “o denominado período do mal-estar do Estado ou Estado de mal-estar, em decorrência os elevados custos financeiros envolvidos pelo Estado na implementação das tarefas de bem-estar, vem implicando o surgimento do Estado regulador” que, de acordo com o autor, “cria cada vez mais deveres para os seus cidadãos, na medida em que não pode suportar todos os direitos que lhes prometera.”

Não há como negar, portanto, que a atuação estatal, seja de natureza negativa ou positiva, possui custos. Todos os direitos e atividades administrativas têm custos. Eles demandam recursos financeiros e humanos para serem implantados e fiscalizados.¹⁵ Conforme observado por Casalta Nabais (2005, p. 11-12; 22), o Estado Democrático de Direito possui três tipos de custos: (i) “custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar.”; (ii) “custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo.”; (iii) “custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos.” O autor complementa ainda que:

[...] uma primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito.

Assim, com base nas lições de Casalta Nabais (2005, p. 22), “a outra face ou a face oculta dos direitos fundamentais revela-se nos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos”, que são a responsabilidade dos indivíduos que integram uma comunidade. Dessa forma, tento

¹⁵ Sobre o tema, confira-se: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215-218. E, ainda: SOUZA, Oreonnilda; OLIVEIRA, Lourival José. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017.

por norte o objeto da presente pesquisa, não se nega que aos familiares deve ser garantido todo rol de direitos elencados nos artigos 227 e seguintes da Constituição Federal de 1988, pois são de suma importância para que atinjam uma vida digna. Entretanto, para que o autor da herança cumpra seu dever de assegurar os referidos direitos, terá elevados custos e, considerando a precária realidade econômica brasileira, em muitas famílias esse dever não será integralmente cumprido.

No cenário de não ser possível atender aos direitos dos familiares pelo autor da herança por falta de recursos financeiros, deve-se, ao menos, tentar buscar o máximo de direitos possíveis, favorecendo aqueles que têm mais necessidades, em prejuízo daqueles que possuem menos. Ocorre que, conforme será demonstrado no terceiro capítulo, a forma estática em que o instituto da legítima está previsto no ordenamento jurídico brasileiro pode dificultar essa melhor destinação do patrimônio do autor da herança, por isso é importante analisar a possibilidade de flexibilização do referido instituto.

2.11 CONCEITO DE DEVERES FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Fixadas todas essas premissas, chega-se ao momento de trazer os conceitos existentes sobre o dever fundamental da pessoa humana, que servirão de base para o desenvolvimento da presente pesquisa no próximo capítulo. A elaboração de um conceito não é tarefa fácil e os resultados obtidos na doutrina, embora possuam pontos em comum, não são unânimes.

Para Casalta Nabais (2009, p. 64), os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria, ao lado dos direitos fundamentais, com o objetivo da realização do bem comum, podendo ser exigidos pela comunidade. São “posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.” Em outra obra sobre o tema, Casalta Nabais (2005, p. 8) mantém essa linha de raciocínio para distinguir os deveres fundamentais de outras figuras. Vejamos:

[...] os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não activas), autónomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoa colectivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação). A partir destas notas torna-se relativamente fácil distinguir os deveres fundamentais de certas figuras próximas que, não raro aparecem confundidas com os deveres fundamentais. Podemos, assim, separar os deveres fundamentais: a) dos deveres

constitucionais orgânicos ou organizatórios (que não passam de competências constitucionais de exercício vinculado quanto ao *an*); *b*) dos limites (*maxime* restrições) legislativas aos direitos fundamentais que, ao amputarem o conteúdo ou parte do conteúdo constitucional não essencial de cada direito, nos fornecem o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais que vale na prática; *c*) dos deveres correlativos dos direitos fundamentais (ou deveres de direitos fundamentais *tout court*) que mais não são do que a face passiva dos direitos; *d*) das garantias institucionais (como imprensa livre, a família, a propriedade, a autonomia das autarquias locais, etc.) que são sobretudo figuras jurídicas de natureza objectiva; *e*) das tarefas constitucionais *stricto sensu*, que têm por destinatário exclusivamente o estado e visam vincular os seus órgãos à produção de certos resultados em matéria de organização económica ou social, política ou administrativa (v., por exemplo, os arts. 9º e 81º da Constituição portuguesa).

O autor português (2009, p. 87) também entende que, diferentemente do que ocorre com os direitos fundamentais, os deveres fundamentais devem estar previstos na Constituição de forma expressa ou implícita, por obedecerem ao princípio da tipicidade ou do *numerus clausus*. Conforme analisado no item 2.3, ele entende que, ainda que determinado dever possa ser considerado fundamental sob o ponto de vista material ou substancial, na ausência de previsão constitucional, não pode ser elencado fundamental.

Para Canotilho (2003, p. 532), deveres fundamentais num Estado de direito democrático significam “problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade”, assim como ocorre com os direitos. Ao analisar a Constituição portuguesa, aduz que esta não fornece uma simetria de direitos e deveres, mas uma base de legitimação para os deveres fundamentais, com o objetivo de enraizar “posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito”. Para ele, o fundamento constitucional não é o de defender “ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república).” O autor deixa claro que “a dimensão jurídico-constitucional dos deveres ultrapassa, porém, o círculo dos direitos”. Canotilho completa no sentido de que:

Os deveres fundamentais são também referidos como *categorias jurídico-internacionais* na Declaração Internacional dos Direitos do Homem (art. 29º/1), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (cfr. Preâmbulo), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (art. 32º/1) e na Carta Africana de Direitos do Homem (art. 29º/7). A Constituição não consagra, no entanto, um *catálogo de deveres fundamentais* à semelhança dos direitos fundamentais. Há apenas *deveres fundamentais de natureza pontual* necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional. Pode falar-se, também aqui, de uma *reserva de constituição quanto a deveres fundamentais*. Grifos originais.

Por sua vez, Peces-Barba Martínez (1987, p. 335-337, tradução nossa), em um primeiro momento, fixa as seguintes premissas sobre os deveres fundamentais:

1) O dever legal existe independentemente de o dever em questão ter tido previamente ou não uma dimensão moral [...] 2) O dever legal tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento. [...] 3) Normalmente, os deveres legais implicam uma sanção em caso de não cumprimento e isso consiste em uma penalidade ou execução forçada pela pessoa que possui esse dever (na medida da possibilidade) ou compensação em outro caso. Às vezes, deveres positivos podem ser incentivados por meio de uma sanção positiva ou prêmio. Mas pode haver deveres cujos titulares não podem ser sancionados no sentido clássico do termo [...] 4) Na teoria de direito a partir de Hohfeld, o dever legal é correlato do direito subjetivo e oposto à liberdade. Os deveres relacionados ao direito subjetivo podem ser positivos se consistirem em fazer ou negativos se consistirem em não fazer ou omitir. Se tem o dever quando alguém tem o direito de exigir um comportamento ou a omissão de um comportamento. Também existe um dever quando não se tem liberdade, ou seja, quando não pode impedir que outro exija um comportamento ou omissão desse comportamento. Se alguém não tem liberdade para fazer algo, é porque tem o dever de não fazê-lo. Deve-se afirmar que existem deveres legais que não têm um direito subjetivo correlato (os deveres com relação aos animais e muitos deveres fundamentais, o dever da educação, por exemplo).

Após, aduz que os deveres fundamentais são os deveres jurídicos, geralmente no âmbito constitucional, referentes às dimensões e necessidades básicas da vida do homem em sociedade, aos bens de primordial importância, aos que afetam setores importantes para organização das instituições públicas e ao exercício de direito fundamental. Entende que o cumprimento de um dever fundamental não beneficia apenas o titular do direito subjetivo correlato, se existente, mas também todos os cidadãos e o próprio Estado.

Para Sarlet (2015, p. 234-239), os deveres fundamentais têm íntima, mas não exclusiva, relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. De acordo com o autor, embora não se possa falar de uma relação simétrica entre direitos e deveres, pois estes não implicam restrição a um determinado direito, não há como negar que podem resultar na restrição de diversos direitos fundamentais. Todavia, Sarlet ressalva que o princípio da proporcionalidade deve ser observado na aplicação de deveres, assegurando-se que as medidas limitadoras de direitos “estejam ajustadas ao sistema constitucional, resguardando, além disso, sempre o núcleo essencial do direito fundamental afetado”.

Basso (2016, p. 93), mantendo sua linha de raciocínio no sentido de que os deveres são fundamentais de acordo com o critério substancial, ou seja, independentemente de previsão expressa na Constituição (a previsão pode ser implícita), conforme já explicado no item 2.3, aduz que os deveres fundamentais devem ser conceituados “como expressão do ‘estatuto constitucional dos indivíduos’ e como corolário da dignidade da pessoa humana. Daí se dizer que são ‘fundamentais’, no que diferem dos deveres meramente constitucionais que não dizem respeito à dignidade humana”.

Valdés (1986, p. 17-33, tradução nossa), ao analisar os deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos estão obrigados a cumprir, aduz que “são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do devedor nem do(s) destinatário(s) e não é o resultado de qualquer tipo de relação contratual prévia”. Assim, conforme análise do entendimento de Valdés feita por Silva, Gonçalves e Fabríz (2014, p. 120), qualquer pessoa em estado de necessidade poderia obrigar outros a lhe prestar ajuda que não seja maior que o trivial.

Em sentido diverso, ao analisar os deveres positivos gerais, Laporta (1986, p. 63, tradução nossa) entende que a responsabilidade pela omissão nos moldes propostos por Valdés é inócua, sob o fundamento de que se aqueles que têm direitos pudessem escolher qualquer pessoa para cumprir o respectivo dever, não haveria segurança jurídica. De acordo com o autor, não se pretende negar:

[...] a existência de deveres positivos gerais, mas temos que contemplar algumas dificuldades nas quais podem ser encontradas quando invocados diante de grandes problemas. Ainda acredito que temos um dever moral de ajudar aqueles que, no curso de nossos relacionamentos cotidianos, se encontram ameaçados ou necessitados, mas também acredito que o esquema subjacente a esse dever "natural" é muito frágil para confiar em trabalhos como a fundamentação da luta contra a fome. Penso que problemas como esse não se encaixam bem nos orçamentos ou princípios de uma moralidade interindividual, mas devem ser enfrentados com base em uma moralidade pensada para as instituições. Muitos autores, e entre eles Singer e Garzón Valdés vinculam, de fato, esses problemas à responsabilidade dos governos ou à estrutura do Estado de Direito Social. Isso me parece ser uma dimensão fundamental que nunca deve ser esquecida, porque hoje podemos ver facilmente uma tendência poderosa de reprovar algumas demandas básicas da ética social e política que parecem ter o objetivo de substituir as responsabilidades da estrutura institucional dos governos e políticas internacionais para realocá-los na esfera das atitudes individuais. Sem prejuízo do alcance que essas atitudes podem ter, esse deslocamento é incoerente com uma teoria moral que deseja dar conta da realidade dos homens na 'aldeia global'.”

Já Bayón (1986, p. 46, tradução nossa) critica o critério da trivialidade elencado por Valdés para limitar obrigações. Para ele:

Em resumo, o que faz falta é uma justificação, um princípio moral que dê razão ao limite. O altruísmo mínimo, baseado na idéia de sacrifício trivial, parece não nos dar. Ainda existem outras dificuldades a serem resolvidas, já que os problemas surgem não apenas da análise trivial, mas também da do sacrifício: diríamos que A foi sacrificado se atender às necessidades de B com recursos pertencentes a C? Ou com recursos que anteriormente subtraiu do próprio B? Parece claro que a idéia de sacrifício não faz sentido se você não definir a que tem direito: A só é sacrificado pelo cumprimento de um dever positivo se tem o direito sobre os recursos que usa para fornecer ajuda (caso contrário, não se entenderia por que apenas é exigido um sacrifício *trivial*: se alguém tem em seu poder recursos sem título algum - e aos

quais um terceiro tem direito - deve entregá-los em sua totalidade, não em uma parte trivial deles).

Tendo por base todas as ideias citadas e muita discussão sobre o tema, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, liderado pelos professores Dr. Adriano Sant’Ana Pedra e Dr. Daury Cesar Fabríz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, trabalhou durante o primeiro semestre de 2013 com o objetivo de formular um conceito de dever fundamental da pessoa huaman, que serve de base para o desenvolvimento do presente estudo, chegando ao seguinte resultado: “dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção dos direitos fundamentais.”

Para explicar os caminhos percorridos até chegar ao referido conceito, Gonçalves e Fabríz elaboraram um artigo titulado “Dever fundamental: a construção de um conceito.” Nesta obra, explicam (2013, p. 92) que o Grupo de Pesquisa citado anteriormente utilizou a imposição de condutas proporcionais para manter o respeito aos valores de um Estado Democrático de Direito. O termo proporcional foi escolhido (no lugar de trivial) por já ser existente na área, carregando o conteúdo pretendido. De acordo com os autores, também foram consideradas as seguintes opções, embora tenham sido rejeitadas: “condutas balanceadas, condutas não exorbitantes, condutas não excessivas, ou apenas condutas.”

A menção à finalidade de promoção de direitos fundamentais não tem por objetivo relacionar um dever a um direito fundamental, mas sim indicar que para um dever ser caracterizado como fundamental, precisa ter como meta a promoção de direitos fundamentais. Por fim, aduzem que dever fundamental foi elencado como uma categoria jurídico-constitucional para que tenha autonomia teórica em ralação aos direitos fundamentais. No que tange à autonomia, Rátis Martins (2017, p. 30) aduz que:

Sem embargo, em que pese serem apresentados como limites aos direitos fundamentais, os deveres fundamentais consistem numa categoria constitucional autônoma ao lado daqueles, pois devem ser considerados valores constitucionais autônomos que expressam interesses comunitários próprios ou correlatos aos direitos fundamentais. A aplicação aos deveres fundamentais legalmente constituídos não equivale à sua equiparação a restrições legais aos direitos fundamentais ou apenas como seus limites imanentes.

Assim, fixado o conceito de dever fundamental da pessoa humana que servirá de norte para a presente pesquisa, chega-se ao momento de, no próximo capítulo, analisar o dever fundamental da família (em especial, o do autor da herança) para, após, verificar a possibilidade da flexibilização da legítima, passando pela função social da sucessão e sem deixar de lado a autonomia privada.

3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA COM BASE NOS DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA

3.1 DEVERES FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA

Este capítulo tem por objetivo resolver o problema da pesquisa, qual seja, verificar a possibilidade da flexibilização da legítima. Para tanto, sob o farol do conceito de dever fundamental da pessoa humana fixado no capítulo anterior, serão delimitados no presente tópico os deveres dos familiares e, nos tópicos seguintes, a função social da sucessão e os contornos da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro.

Após demonstrar a importância dos deveres fundamentais da pessoa humana, percorrer seus contornos e trazer um conceito sobre o tema, chega-se ao momento de averiguar os deveres da família. A partir do conceito elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória é possível extrair a possibilidade de imposição de condutas para que os familiares garantam a felicidade, o desenvolvimento, o sustento e a dignidade recíproca entre eles.

Conforme fixado no capítulo anterior, as pessoas devem ser solidárias para que se promovam direitos fundamentais. Essa solidariedade implica em condutas positivas e negativas de cada cidadão com o intuito de contribuir para o desenvolvimento recíproco dos membros de uma sociedade. De acordo com Pedra (2013, p. 285), a solidariedade:

[...] decorre do Ordenamento Jurídico e não necessariamente do altruísmo de cada um. A própria Constituição brasileira coloca como objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I). As pessoas devem ser solidárias, e não solitárias, porque, além da atuação estatal, são necessárias condutas positivas e negativas dos indivíduos para a efetivação de direitos fundamentais.

Embora a solidariedade seja exigida nas diversas relações sociais, não há como negar que ela é mais forte quando envolve familiares, ante a relação de maior afeto e dependência existente entre as pessoas de uma família. Neste âmbito, a solidariedade impõe uma assistência material e moral entre todos os membros. Assim, os familiares devem auxiliar uns aos outros para que alcancem uma vida digna. Na maioria das vezes, esse apoio é garantido pelo afeto e pela

prestação de alimentos em favor daquele que necessita. Importante observar, todavia, que para se atingir uma vida digna, esses alimentos não devem ser limitados apenas ao mínimo suficiente para a manutenção da vida do alimentando, devendo englobar também outros aspectos importantes, como moradia, lazer, ensino, cultura, vestimenta, etc. Em sentido semelhante, Gonçalves e Fabríz (2013, p. 2) esclarecem que os alimentos devem ser compreendidos “além do mínimo suficiente para a manutenção do alimentado, vindo a significar ‘tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida’ (CAHALI, 2006, p. 15).” Englobando, “pois, não só alimentação, moradia, remédios e vestimenta, mas também educação, cultura e lazer, por exemplo.”

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 fixou a família como base da nossa sociedade, lhe garantiu especial proteção do Estado (artigo 226) e elencou no artigo 227 diversos deveres para seus membros, como o de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, bem como de protegê-los “de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O artigo 229 completa ainda que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, de modo que a inobservância das determinações citadas pode resultar na destituição do poder familiar (artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil), além de eventuais responsabilizações civis e criminais. O referido artigo da Constituição Federal também atribuiu aos filhos maiores o dever de “ajudar e amparar os pais na velhice¹⁶, carência ou enfermidade.” Na mesma linha, o artigo 1.634, I do Código Civil confere aos pais o exercício do poder familiar impondo-lhes dirigir a educação e a criação dos filhos. Todos esses deveres também podem ser extraídos dos artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Conforme observado por Silva, Gonçalves e Fabríz (2014, p. 109), ao estipular essa forma de proteção e desenvolvimento das crianças, a Constituição Federal fixou o princípio constitucional da paternidade responsável, pois, de um lado, assegura o livre planejamento familiar e, de outro, determina que esse planejamento seja responsável. Portanto, é possível

¹⁶ Sobre a situação e concretização dos direitos fundamentais dos idosos no neoconstitucionalismo, frente às suas fragilidades, confira-se: PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011.

extrair “um direito fundamental a proteção integral às crianças, que deverá ser concretizado por ambos, ou seja, tanto pela sua família, sua sociedade quanto seu Estado.”

Assim, juntamente com o Estado, a família tem o dever fundamental de promover a dignidade humana dos seus membros efetivando a realização da personalidade, por meio da solidariedade, respeito, afeto, união, assistência material, entre outros. Como é a base da sociedade, a família tem a função social de realização existencial do indivíduo. Ademais, a família agora é eudemonista. É um grupo formado por pessoas unidas por vínculos socioafetivos, com objetivo de realização plena dos seus membros, tendo sempre por norte a dignidade da pessoa humana.

Também é importante observar, em conformidade com o conceito de deveres fundamentais da pessoa humana, diretriz da presente pesquisa, que as condutas dos familiares devem ser proporcionais, ou seja, o dever imposto a alguém não pode ser um esforço exorbitante. Sobre o tema, Pedra (2013, p. 288) ensina que “a trivialidade do esforço dependerá não apenas do sujeito do dever como também do direito fundamental correlacionado que se busca proteger, o que torna possível falar em ponderação subjetiva e ponderação objetiva, respectivamente.”

Tendo por base a proporcionalidade, o artigo 1.694, § 1º do Código Civil institui o binômio necessidade-possibilidade, de modo que “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” No mesmo sentido, estão o artigo 1.698 do Código Civil, que impõem aos parentes de grau imediato o dever de prestar alimentos na proporção dos respectivos recursos, quando o parente que deve alimentos em primeiro lugar não conseguir suportar totalmente o encargo, e o artigo 1.703 do Código Civil, que determina aos cônjuges separados judicialmente o dever de manter os filhos na proporção dos seus recursos.

Ainda com fundamento no conceito de deveres fundamentais da pessoa humana, os deveres fundamentais dos familiares são passíveis de sanção, como ilustrativamente pode-se observar nos artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil. Entretanto, conforme aprofundado no item 2.5, ainda que não existisse estas previsões legais, não retiraria ou diminuiria os deveres fundamentais dos familiares, já que têm aplicação imediata proveniente dos artigos 227, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988.

Assim, sob a ótica dos deveres fundamentais da pessoa humana, a família não deve mais ser compreendida como grupo econômico e/ou como grupo reprodutivo, mas como uma unidade firmada com base no afeto e na solidariedade, com o dever de formação de cada componente, guiada pela dignidade da pessoa humana. A família tem a função social de realizar a personalidade dos seus membros, conferindo-lhes todo o suporte necessário para tanto, seja sentimental ou material. Na linha do que foi exposto, Siqueira (2016, p. 10-11) entende que deveres de família são:

[...] um conjunto de deveres em sentido amplo, mas restrito a relações intrafamiliares; há, nesse sentido, quem os aluda como *deveres de proteção da família*, estando previstos na CF/1988 entre os arts. 226 e 230. Nesse grupo, podem ser identificados, por exemplo, os seguintes deveres em sentido amplo: (1) *obrigações dos cônjuges*; (2) *obrigações entre ascendentes e descendentes*, as quais incluem obrigações dos pais com os filhos, destes com aqueles e, por vezes, também incluem obrigações em que são partes outros parentes. Em geral, os trabalhos tratam sobre a *obrigação dos pais de dar assistência aos filhos*, a qual tem por contrapartida o direito dos filhos de usufruírem dessa assistência. Há desenvolvimentos sobre o tema voltados para a questão da alienação parental, do dever de dar afeto. Também há notícias de trabalhos que tratam sobre a assistência inversa: dos filhos aos pais. Como se verifica, são deveres não autônomos, pois decorrentes de direitos que os próprios cônjuges, ascendentes e descendentes têm uns em relação aos outros.

Constata-se, portanto, que o conceito de dever fundamental se encaixa perfeitamente no que foi analisado sobre os familiares. Dessa forma, dever fundamental dos familiares “é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção dos direitos fundamentais.”

Nesse sentido, deve-se verificar se a imposição de um percentual fixo (cinquenta por cento) a título de legítima pelo Código Civil está em conformidade com as diretrizes fornecidas pela solidariedade e se é proporcional para se atingir a dignidade das pessoas de uma entidade familiar. Para tanto, mostra-se necessário averiguar a função social da sucessão, pois todos os institutos jurídicos devem ser analisados sob a ótica de sua dimensão social, bem como os contornos conferidos à autonomia privada no direito brasileiro, uma vez que estamos diante de da manifestação da vontade do autor da herança, devendo, portanto, serem ponderadas essas duas diretrizes, o que será feito nos próximos tópicos.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA SUCESSÃO: SOLIDARIEDADE E PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A função social em geral tem por objetivo a realização dos interesses da coletividade e não apenas de determinada pessoa. Assim, impõe limites ao exercício de direitos no âmbito individual e determina condutas em benefício da sociedade. A funcionalização dos institutos visa garantir a eficácia das normas sobretudo para organizar e dirigir a sociedade, tendo por diretriz funções de natureza distributiva e promocional. A sociedade passa a se organizar com base na função social. No âmbito privado, os institutos passam a preocupar-se com uma eficácia social, de modo que as relações devem ser guiadas em busca do bem comum. Ainda que envolva relações particulares, a convivência do homem em sociedade impõe a conciliação dos seus interesses aos interesses gerais.

Conforme aduzido por Facchini Neto (2007, p. 158), a Constituição Federal de 1988 adota em seu texto as expressões função e social, o que indica um novo paradigma para a “compreensão do direito brasileiro, que definitivamente abandona seu tradicional viés individualista e adota uma perspectiva mais social, comprometida com os direitos fundamentais, buscando erigir uma sociedade presidida pelo princípio reitor da dignidade da pessoa humana.” Para o autor, “não se trata mais, porém, do indivíduo abstrato dos séculos XVIII e XIX, mas sim do sujeito concreto, situado, com suas carências e necessidades, por vezes dilacerado pela desigualdade social e econômica.”

Observa-se, ainda de acordo com Facchini Neto (2007, p. 159-160), que “as menções à função social de alguns institutos jurídicos de direito privado, presentes nas normas constitucionais e nas de cunho ordinário, encontram-se vazadas na forma de princípio ou na de cláusula geral.” Assim, “tanto num caso, como no outro, a norma é jurídica, pois expressa um dever-ser, e não apenas uma recomendação.” Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro não admite mais a existência de direitos absolutos, vinculados à livre vontade do seu titular. Todos os direitos devem ser exercidos com base na sua respectiva função social.

Ademais, a função social de determinado instituto deve ser observada mesmo na eventual ausência da sua menção expressa, seja constitucional ou legal. “Partindo do pressuposto que o Direito é um produto cultural e fruto dos anseios de determinada sociedade, resulta, como óbvio, que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir.” (GAMA; GUERRA, 1999, p. 163).

Observa-se, ainda, que no Estado Democrático de Direito a função social está relacionada à igualdade, justiça e dignidade da pessoa humana, “devendo ser interpretada de maneira sistemática com os objetivos previstos no art. 3º, de erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.” (SALES, 2019, p. 690).

Nesse cenário, a função social dos institutos, sobretudo daqueles oriundos do direito privado, deve compatibilizar a existência do ser humano, considerado individualmente, com sua convivência em sociedade. O direito privado não pode ser interpretado de forma isolada dos demais ramos do direito. Deve participar de todos os objetivos sociais. Por isso, o Código Civil de 2002 buscou superar o caráter individualista que norteava o Código Civil de 1916 e seus institutos passaram a ser analisados com base em uma função social. Assim, a título ilustrativo, a propriedade, a posse, a família, a sucessão, a empresa, o contrato, entre outros, não devem mais ser interpretados de forma restritiva e individualista, mas em conformidade com o interesse de todos.

No que tange à família, sua função social sofreu profundas alterações ao longo da história. Enquanto a família clássica tinha como função social a procriação, criação e socialização, a atual família brasileira, não é mais essencialmente núcleo econômico e de reprodução, mas um espaço com a função social de afeto, respeito, formação e desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros (NETO, 2007, p. 176-177). De acordo com Tepedino (2004, p. 34), a família “torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, lócus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade”. Conforme observado por Gama e Guerra (1999, p. 157-158):

De fim em si mesmo, do qual não se questionava as razões de ser, a entidade familiar passou a ser meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros [...] As relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais – e familiares –, que cumprem o seu papel maior. Nessa nova conformação, o direito de família passa a ser guiado por novos princípios, como: a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB); b) o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 226, §5º, CRFB); c) o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CRFB); d) o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB); e) o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, CRFB); f) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, *caput*, CRFB); g) a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, CRFB) e h) a isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º, CRFB). Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a

despatrimonialização e a responsabilização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do agrupamento familiar. A dignidade da pessoa humana, alçada ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica a ordem constitucional no sentido de que o Estado dê especial e efetiva proteção às famílias, independentemente de sua espécie. Busca-se desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o projeto familiar fulcrado no afeto, solidariedade, confiança, respeito, colaboração, união, de modo a propiciar o pleno e melhor desenvolvimento da pessoa de cada integrante inclusive sob o prisma dos valores morais, éticos e sociais.

Em relação ao direito de propriedade, que é uma das bases da herança, não pode ser utilizado livremente por quem a possui, mas em conformidade com o interesse da sociedade. Assim, pode-se dizer que a sucessão também deve ser interpretada buscando-se atingir sua função social. Conforme fixado no tópico anterior, a família tem o dever fundamental de promover a realização dos seus membros. Dessa forma, a transmissão patrimonial sucessória deve cumprir uma função social, a fim de garantir referido objetivo, tendo por base a solidariedade e a igualdade substancial.

O direito sucessório garante a permanência do patrimônio do falecido no seu núcleo familiar o que, *a priori*, fortalece e conserva a família, além de afastar o sentimento de trabalho perdido com a acumulação de bens, o que denota uma importante função social do direito sucessório, ao assegurar esse interesse da sociedade.

O reconhecimento da função social da herança implica restrição à liberdade de testar, já que o autor da herança não pode dispor dos seus bens desconsiderando o interesse dos sucessores. Nesse sentido, o Código Civil protegeu os herdeiros necessários com cinquenta por cento do patrimônio. Não havendo herdeiros necessários, não há que se observar essa restrição ante uma suposta ausência de prejuízo social.

Ocorre que em uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, considerando os deveres da família, não há sentido em afirmar que a legítima tem como função social a acumulação de riqueza, mas de garantir o sustento e desenvolvimento dos herdeiros que apresentam necessidades, como os incapazes, por exemplo. Como visto, os deveres fundamentais são uma categoria jurídico-constitucional que impõem condutas proporcionais, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. Assim, não havendo referida necessidade dos herdeiros, ou seja, não havendo promoção de direitos fundamentais, não se mostra proporcional obrigar a observância da legítima, pois o seu objetivo já foi atingido.

Ademais, os deveres fundamentais estão fundados na solidariedade que, como visto no capítulo anterior, é uma das bases da sociedade, de modo que a função social também deve estar com ela relacionada. A solidariedade implica um dever recíproco de contribuir para o desenvolvimento da comunidade. O ser humano não deve ser considerado de forma isolada pois vive em sociedade e depende de outras pessoas para tanto. No âmbito familiar e sucessório, os deveres fundamentais, que têm por base a solidariedade, impõem condutas proporcionais com o fim de promover a dignidade humana dos familiares que necessitam do suporte dos outros. Não há como relacionar a solidariedade com o objetivo de transmitir fortuna para um herdeiro, o que seria uma interpretação abusiva. Conforme observado por Peces-Barba (1999, p. 282, tradução nossa):

Por fim, o valor solidariedade é um instrumento essencial para entender a compreensão da aplicação e para a interpretação dos direitos. Tanto os titulares de direitos quanto os operadores legais encarregados de sua proteção e garantia podem optar por um uso egoísta ou um uso solidário dos mesmos. O primeiro leva a uma série de patologias, como as que levam à afirmação absoluta de um direito, sem aceitar limites, ou à aplicação de um direito, independentemente do dano que possa ocorrer a outros. Essa posição é adotada por aqueles que afirmam, por exemplo, a liberdade de expressão, em qualquer caso contra o direito à intimidade, sem limite algum, ou por aqueles que exercem seu direito impedindo que outros exerçam o seu, para lhe dar maior destaque ou publicidade (a greve ou demonstração, o que interfere, por exemplo, na liberdade de comunicação). Pelo contrário, o uso solidário dos direitos tenta respeitar os direitos dos outros, evita uma afirmação clara e absoluta do próprio direito e leva em consideração os danos que podem ocorrer a terceiros. Em suma, ele tenta incorporar a doutrina do abuso do direito na questão dos direitos fundamentais.

A legítima, na forma em que está prevista atualmente, tem por objetivo proteger determinados familiares, na ordem legal, com base em uma presunção no sentido de que eles necessitam desse patrimônio para garantir o seu sustento. Ocorre que esse entendimento não reflete mais a realidade da atual sociedade brasileira. A título ilustrativo, a sucessão legítima favorece os descendentes em primeiro plano. Entretanto, a expectativa de vida do brasileiro aumentou, de modo que, na maioria das vezes, quando uma pessoa falece, seus descendentes já atingiram condições de se manterem com seu próprio trabalho. Outro problema que não acompanha o desenho atual da família brasileira é que a previsão abstrata da legítima pretere parentes socioafetivos que o falecido gostaria de privilegiar tanto por motivo de merecimento quanto por motivo de necessidade. Verifica-se, portanto, que essa presunção genérica não favorece os familiares que realmente precisam do suporte do autor da herança, como um filho incapaz que demande mais patrimônio que os demais ou genitores em idade avançada, que não possuem

condições de manterem seu próprio sustento, o que desvia o direito sucessório da sua função social. Nesse sentido, Borges e Dantas (2017, p. 90):

A família, sob uma ótima despatrimonializada, não constitui núcleo de produção e acumulação de riqueza, mas, sim, espaço de construção do eu, fundado em relações de afeto e solidariedade. Pensar o Direito Sucessório constitucionalizado, de fato, é reconhecer que a herança pode sofrer limitações quanto à liberdade de testar, com o fim de proteção familiar. Mas a proteção à família não se realiza na transmissão compulsória de bens àqueles que podem prover seu próprio sustento. Diferentemente, quando se trata dos vulneráveis econômicos, a limitação é coerente.

Entendemos, inclusive, que, além da flexibilização da legítima em si mesma, é necessário construir propostas que estabeleçam a proteção aos economicamente vulneráveis, independentemente de deixa testamentária, na forma de uma reserva especial. Ou seja, uma reforma da legítima para proteger, exclusivamente, os economicamente vulneráveis, restando à autonomia privada ampla área de incidência quanto ao restante do patrimônio, na ausência de herdeiros em situação de vulnerabilidade econômica.

Ademais, como mencionado anteriormente, é importante observar que na sociedade atual os vínculos consanguíneos nem sempre representam as pessoas mais próximas, mais queridas e que mais conferem o suporte necessário ao autor da herança para as dificuldades diárias, o que acaba fortalecendo o vínculo afetivo. Outrossim, conforme observado por Gama e Guerra (1999, p. 159), “a pluralidade das entidades familiares extinguiu a exclusividade do casamento, reconhecendo-se constitucionalmente novos núcleos familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal)”, de modo que com o advento da Constituição de 1988, deve-se levar em consideração a “formação de uma família de fato pela convivência longa e duradoura, fundada no afeto, o que permitiu a visualização de novas comunidades familiares como a união estável fundada no companheirismo, a família monoparental.”

Assim, o direito sucessório, visto de forma funcionalizada, também deve abarcar essas situações. Deve privilegiar o merecimento sob a ótica dos valores constitucionais. A função social da herança deve refletir e garantir as necessidades e os valores da sociedade, servindo de diretriz. Sob uma ótica funcionalizada, o direito de herança não deve restringir o direito de propriedade, mas legitimá-lo. Embora o direito sucessório tenha como base o direito de propriedade, jamais pode se desprender da constante busca pela dignidade humana, tanto em âmbito individual, como coletivo, tendo por norte tanto os vínculos consanguíneos como os afetivos.

Portanto, para analisarmos no último tópico da presente pesquisa a possibilidade da flexibilização da legítima, devemos ter por norte a sua função social no contexto atual, sob pena de se afastar das diretrizes constitucionais, o que não se pretende. Além disso,

considerando que a proposta do trabalho afeta diretamente a vontade do autor da herança, o próximo tópico conferirá contornos à autonomia privada.

3.3 AUTONOMIA PRIVADA: LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E AUTOVINCULAÇÃO DO INDIVÍDUO PARA DECIDIR OS RUMOS DA SUA VIDA EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Embora não esteja expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, a autonomia privada é considerada um valor garantido constitucionalmente a partir de alguns direitos positivados, tais como, o direito de propriedade, o direito de herança e o direito de liberdade, os quais só podem ser concretizados por meio da autodeterminação e autovinculação dos particulares. Ela também pode ser extraída do art. 5º, II, que assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A autonomia privada é a liberdade conferida aos particulares para regularem as suas relações, estabelecendo seus conteúdos e os contornos, com eficácia jurídica, nos limites do ordenamento jurídico. Ou seja, o conteúdo da autonomia privada não é absoluto. É integrado pela vontade das partes e pelos limites estabelecidos pelo direito, sendo que estes incluem tanto vedações legais expressas quanto cláusulas de conteúdo aberto, como por exemplo a boa-fé. De acordo com Alves (2009, p. 20-21), esses limites “são tradicionalmente chamados pela doutrina civilista de fronteiras da autonomia privada, sendo conhecidos como a lei (entendida em sentido amplo, o que inclui a Constituição Federal, englobando suas regras e seus princípios), a ordem pública, a moral e os bons costumes.” Para Barroso (2010, p. 24-25), a autonomia é o elemento ético da dignidade:

[...] ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. Ademais, a autodeterminação pressupõe determinadas condições pessoais e sociais para o seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informação e ausência de privações essenciais.

Na sua dimensão jurídica, a autonomia, como elemento da dignidade, é a principal ideia subjacente às declarações de direitos em geral, tanto as internacionais quanto as do constitucionalismo doméstico. A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. No plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo, como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. É preciso

que também estejam presentes, todavia, as condições para a autodeterminação, as possibilidades objetivas de decisão e escolha, o que traz para esse domínio, também, o direito à igualdade, em sua dimensão material, ponto que será retomado logo abaixo. No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social.

Na mesma linha, Carminate (2011, p. 134) entende a autonomia privada como direito e garantia fundamental que assegura “à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s).” Em sentido semelhante Alves, Fernandes e Goldim (2017, p. 251) aduzem que “a autonomia privada está associada às relações jurídicas e à possibilidade da pessoa natural (que, por definição, também é sujeito de direitos), criar regras para si e vincular-se aos efeitos delas.” Trata-se, portanto, de um dos princípios estruturantes do direito privado já que nessas relações os particulares são os que melhor sabem seus interesses e devem ter a liberdade para regulá-los.

Importante ressaltar que a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade. A primeira possui caráter objetivo, concreto e real, relacionando-se com a capacidade de o sujeito manifestar sua vontade para criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Já a segunda, possui caráter subjetivo e relaciona-se com a vontade psicológica do sujeito.

Alves (2009, p. 24-25) aduz que a autonomia privada rompe com o paradigma da autonomia da vontade já que em um negócio jurídico deve-se analisar se a vontade foi externada em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, se a vontade obedece os requisitos de validade (capacidade, legitimidade, forma e conteúdo). Para ele, essa alteração está atrelada ao fato de que o Estado deixou de “ser um mero observador das atividades privadas (Estado Liberal) para se tornar um ente que intervém no âmbito particular dos indivíduos, de modo a tutelá-los (primeiro com o Estado Social e, atualmente, com o Estado Democrático de Direito).”

Completa que essa mudança de paradigma no Brasil teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que inaugurou o Estado Democrático de Direito e consagrou princípios como o da solidariedade social e o da dignidade da pessoa humana, o que fez com que ela se

tornasse a “principal fronteira da autonomia privada no sentido de que passou a exigir uma conformação ou funcionalização deste instituto a todos esses princípios constitucionais.” Em conclusão, Alves (2009, p. 31-32) explica que a autonomia da vontade visava apenas a igualdade formal entre os contratantes, sem considerar qualquer proteção aos hipossuficientes, tampouco o alcance da justiça.

Tendo por base a ideia de funcionalização do direito vista no tópico anterior e a necessidade de se levar em consideração as pessoas vulneráveis com base na solidariedade, utilizamos para esta pesquisa a acepção integrada ao ambiente jurídico, qual seja, autonomia privada. Nesse sentido, Dantas (2015, p. 3) aduz que:

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.

Dessa forma, a autonomia privada confere aos particulares o poder de regular as relações que participam, mas com limites, devendo-se observar o contexto em que a liberdade é exercida, aceitando-se intervenções estatais naquilo que for necessário. Em outras palavras, os particulares têm o poder de fazer escolhas sem imposições externas indevidas. Busca-se a ideia de igualdade substancial, admitindo-se a intervenção estatal quando necessária para se garantir o livre exercício da própria autonomia privada, já que ela demanda que o acesso a determinados bens esteja garantido, “assim como deve ser reconhecido que em certas situações há diferença efetiva de autodeterminação por parte dos sujeitos contratantes.” (DANTAS, 2015, p. 4).

Observa-se, portanto, que a autonomia privada é um direito fundamental que representa a liberdade que os indivíduos têm de autodeterminação e autovinculação, conferindo-lhes a iniciativa de praticar um ato escolhendo sua forma, conteúdo e efeitos, se não houver disposição em contrário. Tem por base o princípio da livre iniciativa e o direito geral de liberdade e deve observância aos direitos e garantias fundamentais das pessoas afetadas por ela.

Discorrendo sobre o “Direito de Família Mínimo” e tendo por norte a autonomia privada, Alves (2009, p. 16-17) aponta a existência do princípio da intervenção mínima do Estado na

entidade familiar, segundo o qual o Estado somente deve intervir na esfera familiar para efetivar a promoção pessoal dos seus membros. Segundo o autor, “o Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse implementar direitos fundamentais da pessoa humana, como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc.”

A autonomia privada possui, na maioria das vezes, seu campo de atuação no direito patrimonial, em especial, no direito das obrigações, que tem o contrato como lei entre as partes. No âmbito do direito sucessório, o testamento representa a manifestação mais significativa da autonomia privada, pois por meio dele pode o autor da herança manifestar sua última vontade para após a morte.

Todavia, conforme fixado nos parágrafos anteriores, a autonomia privada conferida ao testador não é absoluta. A obrigatoriedade de transmissão patrimonial para determinadas pessoas imposta pelo instituto da legítima é uma grande restrição determinada pelo Estado nas relações privadas, em especial, ao direito constitucional de propriedade privada. Conforme observado por Carminate (2011, p. 138):

Apesar de aparentemente servir de instrumento para se conferir dignidade aos membros de uma família, a legítima, inequivocamente, limita a autonomia privada do indivíduo, que somente poderá dispor a título gratuito da metade de seu patrimônio, estando a outra parte reservada a seus herdeiros necessários, que não podem ser por ele excluídos da sua sucessão, a não ser nas hipóteses estritamente estabelecidas em lei.

Podemos citar ainda, nesse sentido, o artigo 549 do Código Civil de 2002 que, com o escopo de proteger a legítima, veda a doação inoficiosa e, por consequência, atinge a autonomia privada pois o autor da herança, na condição de doador, não pode escolher livremente o destino de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio.

De fato, a autonomia privada não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais das pessoas que foram afetadas por ela. Também não pode dificultar o cumprimento de um dever fundamental. Por outro lado, a autonomia privada, que também é um direito fundamental, só pode ser mitigada por valores igualmente constitucionais, após a devida ponderação de interesses no caso concreto. Ademais, conforme observado por Baez e Lima (2016, p. 127), ainda que mitigada, a autonomia privada tem que ter o seu núcleo essencial respeitado. Vejamos:

Neste sentido, relacionando os direitos fundamentais à autonomia privada e à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, Steinmetz (2004) salienta que a autonomia privada consiste em um poder de autodeterminação e autovinculação constitucionalmente protegido e tutelado e, como tal, quando em conflito com outro direito constitucionalmente garantido, tem aplicada sobre si a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, como qualquer outro direito fundamental em sentido amplo.

Assim sendo, a autonomia privada, quando em colisão com um direito fundamental, não pode ser afastada sem maiores considerações, porque também consiste em restrição a tais direitos, devendo se proceder à ponderação entre os princípios constitucionais e os direitos fundamentais discutidos no caso concreto. Isso porque somente por meio da ponderação é possível constatar se a interferência dos direitos fundamentais na autonomia privada ocorreu de forma legítima, ou vice-versa.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais, assim como a própria autonomia privada, representam facetas de concretização do princípio da dignidade humana, devem ter seu núcleo essencial respeitado, de modo que, se o núcleo essencial de determinado direito fundamental mostrar-se prejudicado no caso concreto, o indivíduo não terá condições de exercer plenamente sua vontade, razão pela qual deverá ter restringido o exercício da autonomia privada até que se restabeleçam, integralmente, os direitos fundamentais mais urgentes e necessários (BARROSO, 2013). Isso porque, ao exercitar a autonomia privada quando desprovido de condições dignas de vida, o indivíduo, instintivamente, renuncia a parte de seus direitos, a fim de usufruir de outros que, momentaneamente, lhe pareçam mais urgentes e necessários.”

Portanto, a autonomia privada não pode ser analisada sem levar em consideração a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, ao contrário do que possa aparecer em um primeiro momento, estes não reduzem a autonomia privada, mas garantem que sua atuação seja exercida sem limitações indevidas.

Ademais, por ser um direito e garantia fundamental das pessoas, a autonomia privada não pode ser sobreposta por normas infraconstitucionais, como as normas de Direito Civil, por exemplo. Todavia, o que pode ocorrer são algumas mitigações quando necessárias para a efetivação de outros direitos fundamentais, conforme destacado por Carminate (2011, p. 133):

Retomando à análise da autonomia privada, reconhecida como direito e garantia fundamental dos indivíduos e, ainda, eixo-base para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, observa-se que os agentes do Direito (legisladores, aplicadores, cidadãos), no ato de sua realização, não podem dissociá-la da alteridade e dignidade, que devem se auto limitar e, ao mesmo tempo, auto-complementar.

A autonomia privada não pode, portanto, ser simplesmente sobreposta por normas de direito privado, uma vez que a ela é hierarquicamente superior, sendo admissíveis eventuais limitações à mesma apenas nos casos de promoção dos demais eixos supra destacados, admitindo-se interferência neste direito e garantia fundamental tão-somente nos casos em que esta ação tem como finalidade a proteção de direitos de igual magnitude de outrem.

Devemos analisar, portanto, se a limitação imposta pela legítima, na forma prevista pelo Código Civil de 2002, está em conformidade com a autonomia privada. Em um primeiro

momento, como dito anteriormente, a mitigação da autonomia privada pela legítima teria como justificativa a proteção dos familiares. Entretanto, essa é uma afirmativa que não pode ser feita de forma isolada, sem considerar a nova realidade da sociedade brasileira e as peculiaridades de cada situação específica, sob pena de ferir diversos outros direitos e garantias fundamentais, como se demonstrará no tópico seguinte.

3.4 PROPOSTA DE FIXAÇÃO DA LEGÍTIMA EM UM PERCENTUAL VARIÁVEL

Tendo por base os deveres fundamentais da pessoa humana, sobretudo os da família, a função social da sucessão e a autonomia privada, chega-se ao momento de analisar se a imposição de um percentual fixo (cinquenta por cento) a título de legítima pelo Código Civil de 2002 é suficiente para atingir a dignidade das pessoas de uma entidade familiar ou se é necessária a flexibilização do referido instituto.

Conforme visto no primeiro capítulo, a Constituição Federal brasileira garante o direito fundamental à herança (art. 5º, XXX) e a lei infraconstitucional, no caso, o Código Civil, impõe algumas limitações legais à disposição de bens com o intuito de proteger um patrimônio mínimo para a família. Uma significativa limitação, como dito, é a instituição da legítima, que garante aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro) metade dos bens da herança. Dessa forma, “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento” (art. 1.857, CC/02), tampouco ser doada (arts. 544 e 549, CC/02).

Essa limitação legal à autonomia privada do autor da herança imposta pela legítima tem por base a solidariedade e como objetivo a proteção do núcleo familiar com a reserva, em favor deste, de um patrimônio mínimo, o que supostamente garantiria a dignidade dos seus membros. Conforme analisado no item 2.6, sobretudo com base nas lições de Lyra e Pedra (2013, p. 148; 153-154; 156), a solidariedade deve ratificar a incidência de direitos fundamentais abrangidos pela Constituição Federal, conferindo nova roupagem para a autonomia privada, qual seja, “a realização da justiça e o equilíbrio nas relações”, o que impõe a conciliação dela com a solidariedade. Por isso, esta é encontrada nas relações privadas, inclusive naquelas que envolvem pessoas próximas, como as relações familiares e sucessórias.

A solidariedade não é um limite à autonomia privada, mas parte integrante dela, de modo que esta deve ser modulada por aquela. Assim, a limitação imposta pela legítima deve efetivamente proteger o núcleo familiar, garantindo o que for necessário para tanto. A formação dos membros de uma família deve se dar sob um viés funcionalizado e com base na solidariedade, o que pode ser observado nos artigos 227 e 230 da Constituição Federal, ilustrativamente. Ocorre que a ajuda mútua entre os familiares decorrente da solidariedade deve se dar apenas quando for necessária e na medida da necessidade de cada membro.

Dessa forma, deve ser redimensionado o alcance da limitação legal imposta ao autor da herança pelo instituto da legítima, uma vez que a disposição expressa e inflexível do Código Civil de 2002 pode não ser capaz de garantir o patrimônio mínimo em todas as situações. Da mesma maneira, mas em olhar oposto, a disposição fixa da legítima pode obrigar o autor da herança a reservar quantia patrimonial superior ao que seria suficiente para assegurar o patrimônio mínimo objetivado. Nesse cenário, considerando que o autor da herança possui o dever fundamental de auxílio aos seus familiares, a disposição legal inflexível acerca da legítima pode acabar interferindo no cumprimento de tal dever, bem como pode acabar prevalecendo sobre outro direito ou dever fundamental constitucional, como o direito fundamental da propriedade. Entretanto, como visto anteriormente, isso não deve ocorrer.

Ademais, devem ser levadas em consideração as necessidades da sociedade contemporânea que impõem novos olhares sobre o ordenamento jurídico e demandam adaptações em constante avanço, sempre à luz da Constituição Federal, em especial da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Assim, a partir da constitucionalização do Direito Civil, a lei deve ser interpretada conforme a Constituição Federal e a leitura dos princípios constitucionais como base de todo o sistema legal deve ser no caminho de viabilizar a dignidade humana em todas as relações jurídicas. Ainda no que tange aos princípios constitucionais, relacionando-os com os deveres fundamentais, Casalta Nabais (2009, p. 127-131) aduz que são o suporte dos deveres, bem como travam um relacionamento recíproco em relação a eles (tópico 2.8).

Nesse contexto, não há como interpretar o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de que a legítima se presta a garantir riqueza para os núcleos familiares. A limitação imposta por ela deve atender às necessidades para os familiares terem uma vida digna, o que pode demandar quantia superior ou inferior a 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do falecido. Conforme observado por Borges e Dantas (2017, p. 75), ainda existem pessoas que defendem que o

Direito Sucessório é decorrente do objetivo de perpetuação da família, como ocorria na antiguidade. “Atualmente, contudo, a proteção da família distancia-se do conceito de núcleo de produção e acumulação de patrimônio para ser vista como ambiente de realização pessoal e de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.”

Farias e Rosendal (2018, p. 66-68) sustentam, por exemplo, que a limitação se justificaria quando existir herdeiro necessário incapaz, em razão da indiscutível necessidade de proteção especial e integral, ou quando algum herdeiro for portador de necessidade especial que demande maior apoio. Confira-se:

[...] 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. Cuida-se de uma *interdição parcial* na livre disposição de uma pessoa absolutamente capacitada para os atos da vida jurídica. [...]
Dúvida inexistente de que as normas que autorizam o arrefecimento da legítima para a proteção de sujeitos especiais, casuisticamente, a toda evidência, estão lastreadas na *solidariedade familiar*, tão relevantes para justificar as relações internas, endógenas, de um núcleo familiar.

Completam ainda que a solidariedade não acarreta necessariamente uma transmissão patrimonial e que não há motivo justificável à limitação patrimonial, o que possibilita a flexibilização da legítima casuisticamente, sobretudo para se prestigiar a autonomia privada. Em sentido semelhante, Gagliano e Pamplona (2015, p. 36-37) aduzem que a norma que impõe a legítima é questionável quanto à eficácia social e justiça, pois “na maioria das vezes, acaba por incentivar intermináveis contendas judiciais, quando não a própria discórdia entre parentes ou até mesmo a indolência.” Para eles:

Podéria, talvez, o legislador resguardar a necessidade de preservação da legítima enquanto os herdeiros fossem menores, ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança.
Mas estender que a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável.

A título de exemplo, é possível perceber que o tema da limitação da liberdade testamentária não é unânime no cenário mundial. Alguns lugares como os Estados Unidos da América e o Québec não admitem qualquer limitação legal, garantindo liberdade para testar de forma absoluta. Lado outro, Inglaterra e México estipulam a necessidade de o autor da herança direcionar cota suficiente para seus credores de alimentos. E ainda, na Argentina, há expressa

possibilidade de relativização da liberdade testamentária para a proteção de pessoas em estado de vulnerabilidade em decorrência de deficiência (FARIAS e ROSENVALD, 2018, p. 62 e 66-67).

Diante do exposto e em atenção ao conceito de dever fundamental fixado como base da presente pesquisa, orientando-se pelo papel funcionalizado da família (e da sucessão), e com o escopo de promoção da dignidade de seus membros, a família tem o dever fundamental, fundado na solidariedade, de garantir aos seus integrantes, por meio da legítima, as condições necessárias para uma vida digna. Com base na classificação dos deveres fundamentais elaborada por Faro e Fabríz (tópico 2.9), trata-se de um dever da família correlato ao direito à dignidade humana dos seus membros. Nesse sentido, sob o viés da proporcionalidade, a legítima não se mostra adequada ao ser fixada em uma porcentagem estanque de 50% (cinquenta por cento).

Frente a tantas peculiaridades objetivas e subjetivas tuteladas pelo direito sucessório, a previsão de uma cota indisponível da herança não se revela sempre capaz de atingir os objetivos pretendidos pelo legislador por meio da legítima. Não é proporcional e a solidariedade não é atingida quando um membro dispõe de 50% (cinquenta por cento) dos seus bens, o que é possível sob a ótica do Código Civil de 2002, se possui um herdeiro incapaz que demanda mais do que o 50% (cinquenta por cento) restante. Também não é proporcional impedir que uma pessoa disponha de mais de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio quando seus herdeiros não são incapazes e, inclusive, já podem ter uma condição patrimonial melhor que a daquele familiar que pretende dispor em favor de outra pessoa.

Ainda que existam herdeiros incapazes ou com necessidades especiais que demandem um patrimônio mínimo de seus familiares para um desenvolvimento digno, o ordenamento jurídico também possui meios para garantir o amparo necessário, como, por exemplo, a instituição de um patrimônio com renda suficiente para o sustento das necessidades dessas pessoas. Assim, o usufruto de determinados imóveis, como os aluguéis, pode ser destinado a esses membros familiares, bem como o rendimento de uma aplicação financeira até que eles atinjam as condições aptas para seguirem suas vidas de forma autônoma, como por exemplo, a conclusão de uma faculdade, ou a existência de uma fonte de renda (um emprego). Todavia, existem situações em que a dependência pode não se extinguir. A título ilustrativo, podemos citar os incapazes portadores de necessidades especiais, que demandarão de seus familiares cuidados até o término de suas vidas.

Nesse cenário, é evidente que da limitação da liberdade testamentária decorre uma colisão de princípios fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia privada de um lado e os princípios da dignidade humana, proteção à família e solidariedade de outro (PROVIN, 2015, p. 17-32). Ou seja, ainda que, *a priori*, a restrição imposta pela legítima pareça ter sanado o embate ao estabelecer percentual fixo, é notório que tal opção não é a mais adequada para as mais variadas situações no plano fático.

Sob o viés da autonomia privada, o Estado intervém indevidamente no âmbito particular ao restringir o livre exercício da propriedade impondo a transmissão obrigatória de patrimônio a pessoas maiores e capazes, que não necessitam desses bens para atingirem uma vida digna. Trata-se apenas de um meio para enriquecer algumas pessoas pelo simples fato de pertencerem a um grupo familiar, o que, como visto anteriormente, não é o objetivo constitucional.

No âmbito sucessório, a vontade do titular de um patrimônio adquirido em decorrência de seu esforço não pode ser desconsiderada sem um motivo razoável. Assim, inexistindo herdeiros que demandem seu apoio como, por exemplo, um incapaz ou um genitor com idade avançada sem condições de suportar os custos da velhice, o autor da herança é quem melhor sabe as necessidades, os méritos e as potencialidades de cada membro da sua família.

As relações familiares são baseadas na solidariedade e no afeto e não na transmissão patrimonial, que é decorrência daqueles. Assim, a legítima deve ser flexível para que se beneficie as pessoas mais próximas a critério do autor da herança, quando este assim desejar o que, inclusive, fortalece a autonomia privada. Nesse mesmo sentido, Farias e Rosenvald (2018, p. 68) aduzem que:

[...] as relações familiares contemporâneas são baseadas na solidariedade, sem, necessariamente, uma base exclusiva de transmissão patrimonial. Bem por isso, não havendo qualquer motivo justificável à limitação patrimonial, deve ser possível flexibilizar a legítima, com vistas ao prestígio da autonomia privada. Demais disso, é válido ressaltar que existem formas outras de beneficiar a família sem a necessidade de limitar o patrimônio do titular, pelo simples fato de dispor de determinados familiares. Por tudo isso, nota-se que há um amplo espectro de justificativa para que seja possível, casuisticamente, autorizar o ato de disposição de bens (acobertando com o manto da validade e da plena eficácia), mesmo que, eventualmente, com invasão da legítima (ultrapassando o limite patrimonial disponível) quando há motivação jurídica suficiente.

Dessa forma, o autor da herança poderia beneficiar um familiar ou uma pessoa mais próxima que mais lhe dedicou atenção e suporte durante sua vida, na proporção que lhe agradasse, por meio de um testamento, se não deixar desamparado quem realmente precisa, como um filho menor ou um herdeiro incapaz, por exemplo. Nesta hipótese de haver necessidade de um familiar, a autonomia privada deve ser ponderada com a solidariedade.

Desconsiderar ou limitar a vontade do testador sem um motivo justificável acaba por desprezitar, por via reflexa, o direito constitucional à propriedade (art. 5, XXII, CF/88), que além de garantir ao proprietário a faculdade de usar, gozar e reaver a coisa, também lhe assegura o direito de disposição (art. 1.228, CC/02). Ademais, importante observar que se o autor da herança quiser destinar seu patrimônio em favor daqueles elencados pela ordem legal, assim poderá fazer simplesmente sem deixar qualquer testamento.

Na linha da ideia defendida nesse trabalho, podemos citar a inclusão do §3º no artigo 1.611, do revogado Código Civil de 1916, pela Lei nº 1.0050/2000, que estendeu o benefício do direito real de habitação previsto para o cônjuge sobrevivente, do único imóvel residencial do monte, ao filho órfão portador de deficiência que não consegue trabalhar. De acordo com Dantas (2015, p. 20), “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.”

Tal entendimento afasta o direito sucessório da neutralidade que lhe é comum. Neutralidade esta que, ao estabelecer critérios sucessórios de forma rígida desconsidera as peculiaridades das diversas formas de família e relações existentes. Conforme observado por Nevares (2014, *on-line*), uma das críticas direcionadas ao Direito Sucessório é justamente sua neutralidade “já que, no Brasil, raras vezes a lei estabelece a divisão da herança com base em critérios concretos de proteção da pessoa de cada um dos que integram a família, como ocorreu com a lei 10.050/2000” que, como citado anteriormente, “previu o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial do monte para o filho órfão portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho, incluindo o § 3º ao art. 1.611 do Código Civil de 1916.” A autora completa argumentando que:

[...] 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.

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu a legítima tendo por base um modelo de família em abstrato, patriarcal e hierarquizado, composto por pai, mãe e filhos, que não representa mais a realidade contemporânea, onde se encontram diversas estruturas familiares. Agora, sob o farol constitucional, o objetivo é a promoção das pessoas, independentemente da estrutura familiar, de modo que o Direito Sucessório não pode se desprender desse novo momento. Com base nesse raciocínio, Cortiano Junior e Ramos (2015, p. 45-46) entendem que

Após sucessivas viragens, o direito de família rompeu com o modelo transpessoal, patriarcal e hierarquicamente estanque que marcava, no Brasil, a codificação civil de 1916 (CARBONERA; MENEZES; MATOS, 2013, p. 35). As paulatinas conquistas das mulheres e dos filhos, aliadas à inauguração de uma nova axiologia pela Constituição de 1988, conduziram, inevitavelmente, à cristalização de uma pluralidade de entidades familiares juridicamente reconhecidas e de cunho eudemonista, em oposição à natureza institucional de outrora, pelo que o regramento da sucessão legítima – e, conseqüentemente, os limites impostos à liberdade de testar – perde um pouco sua *raison d'être*, consoante leciona de Waal: “O fortalecimento do cônjuge supérstite em relação aos filhos provocou o deslocamento do eixo do direito das sucessões, que, de ‘vertical’ (sucessão entre pais e filhos), tornou-se ‘horizontal’ (sucessão entre cônjuges). Em segundo lugar, o reconhecimento, pelo direito, de uniões extraconjugais e a eliminação da discriminação de filhos extraconjugais também tiveram relevante impacto tanto no regramento da sucessão legítima quanto no sistema de sucessão forçada. (WAAL; REID; ZIMMERMANN, 2007, p. 7).

A destinação de bens aos familiares de forma abstrata, tendo por base a antiga configuração familiar, apenas considerando as classes de herdeiros, sem considerar as reais necessidades de cada membro, foge da visão constitucional e funcionalizada que deve ser conferida ao Direito Civil. A família, atualmente, é aquela definida com base na afetividade, o que impõe uma intervenção mínima do Estado neste ponto.

De acordo com Pereira (2013, p. 181-182), “sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros”. Apoiando-se em Luiz Edson Fachin, Pereira complementa que “está-se diante de um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas, notadamente nas relações de família.”

Se o direito sucessório visa garantir a vida digna dos familiares do autor da herança, logo, também deve ser compreendido a partir da afetividade. Nesse sentido, em breve esboço histórico, Calderón (2013, p. 2) ensina que:

Os aportes advindos com a constitucionalização do direito privado e os novos ares trazidos pelos debates metodológicos sobre a forma de realização do direito na contemporaneidade influenciaram fortemente a cultura jurídica brasileira das últimas décadas. Ao mesmo tempo, o movimento de repersonalização do direito civil sustentou que a pessoa concreta deve ser o centro das suas preocupações. Na esteira disso emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais.

Portanto, a família abstratamente considerada, mais especificadamente, os herdeiros necessários, os quais serão os beneficiados pela legítima, podem não representar o que, de fato, o autor da herança considera como sua família. E o ordenamento jurídico, com apoio nos princípios constitucionais, confere efeitos jurídicos a afetividade, conforme aduzem Cortiano Junior e Ramos (2015, p. 49):

Não bastasse, a comunidade jurídica, hoje, atesta a consagração constitucional do princípio da pluralidade das entidades familiares, malgrado alguma divergência quanto à prevalência do casamento sobre outros modelos (LEITE, 2011, p. 286). A univocidade formal do matrimônio, portanto, ruiu diante do amplo entendimento de que o rol de entidades familiares mencionadas pela Constituição é meramente exemplificativo. O princípio da pluralidade, assim, é uma eterna abertura, de índole constitucional, a dizer que qualquer agrupamento estável, pautado na afetividade e com pretensão de permanência deve gerar efeitos jurídicos.

Segundo Schreiber e Viegas (2019, p. 225), “ainda hoje, o que se percebe é que a legítima representa, entre nós, instituto ancorado em uma concepção familiar eminentemente abstrata e estrutural, cujas bases de sustentação parecem não subsistir no Direito Civil contemporâneo”. Isso significa que, de acordo com os autores, o critério fixo da legítima determinado pela lei é indiferente às reais peculiaridades dos familiares envolvidos. Tal cenário não representa o atual paradigma civil-constitucional, uma vez que confere maior atenção à estrutura familiar tradicional abstratamente prevista do que aos diversos modelos familiares existentes na sociedade contemporânea.

De fato, conforme aduzido pelos autores, a reserva de bens a determinados familiares da forma prevista pelo Código Civil, guiada “por critérios abstratos e indiferentes às necessidades reais das pessoas que integram a família – afigura-se totalmente deslocada do paradigma civil-constitucional, na medida em que privilegia a estrutura sobre a função”. Da

mesma forma, essa reserva abstrata de bens em favor de alguns herdeiros “revela descompasso com a realidade contemporânea das famílias, caracterizada pela heterogeneidade e fluidez dos vínculos.” Seguindo com base nas lições de Schreiber e Viegas (2019, p. 232), é possível aferir que:

A disciplina estrutural da legítima no Código Civil brasileiro, ditada exclusivamente por critérios abstratos de parentesco em igualdade formal, e imposta imperativamente ao autor da herança nesses moldes, acaba frequentemente por impedir, na prática, a adequada realização do princípio constitucional da solidariedade, ao qual é ínsito o tratamento *proporcional* às necessidades de cada um. No atual desenho da legítima no Código Civil brasileiro, destina-se, em um exemplo de lógica puramente formal e abstrata, o patrimônio do *de cujos* a certos parentes, divididos por classes e graus. As quotas reservadas com base na legítima atendem, portanto, a uma proporção fundada em critérios descompromissados com a realidade concreta. Diferencia-se, entre os parentes da mesma classe chamados a suceder pela legítima, somente quando forem de graus distintos.

Conforme aduzido por Dimoulis e Martins (2011, p. 330-335), citados no tópico 2.1, as normas que estabelecem deveres fundamentais das pessoas humanas têm abstração semântica e baixa densidade normativa, o que garante abertura e flexibilização aos textos constitucionais. Isso é importante para que os operadores do direito consigam amoldar os deveres às peculiaridades enfrentadas pela sociedade, que está em constante mutação. No âmbito das relações sucessórias e familiares, essas mudanças e especificidades aparecem com maior frequência, ante as diversas formas de famílias existentes e admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, que não podem deixar de ser efetivamente amparadas, o que se tornaria mais difícil diante de normas fechadas e restritas. Nesse sentido, a Constituição Federal possui uma natureza dinâmica, “como organismo vivo que é, [o que] permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais” (PEDRA, 2010, p. 10).

Ademais, em se tratando de deveres fundamentais dos familiares, a Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos 227, 229 e 230 diversos deveres para seus membros que não dependem de lei infraconstitucional para a produção de efeitos, embora esta seja importante em algumas situações. Assim, de acordo com os argumentos de Tavares e Pedra (2014, p. 16) explorados no item 2.2, alguns deveres fundamentais, como os citados acima, não necessitam de lei expressa para sua exigência, mas devem ser aplicados “sempre em observância aos direitos fundamentais, especialmente de defesa.”

Outrossim, conforme analisado no tópico 2.3, com base na linha defendida por Vieira e Pedra (2013, p. 9-10), como existem direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal de 1988, também existem deveres fundamentais implícitos, já que os deveres promovem os

direitos. Entretanto, restou frisado que a existência de deveres fundamentais implícitos não serve como autorização para o legislador ordinário criar deveres fundamentais. Nesse sentido, não há como afirmar que o autor da herança possui o dever fundamental de deixar metade do seu patrimônio para seus herdeiros necessários. Essa é uma determinação imposta por lei infraconstitucional e não um dever fundamental. Como aduzido anteriormente, a limitação citada não pode ser entendida como dever implícito pois, além de não ser proveniente da Constituição Federal, não resguarda direito fundamental, ainda que tenha sido estipulada genericamente com esse objetivo.

A Constituição Federal é expressa no sentido de que o dever fundamental dos familiares, o que inclui o autor da herança, é o de garantir o necessário para os membros da sua família terem uma vida digna, o que pode demandar mais ou menos que 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do falecido. Dessa forma, não se pode concluir que a limitação da legítima em 50% (cinquenta por cento) é decorrente de um dever fundamental implícito. Essa é, como frisado, uma opção do legislador infraconstitucional que, inclusive, têm o condão de prejudicar alguns direitos fundamentais, ao impedir que se destine maior parte do patrimônio do falecido para os herdeiros que mais necessitam.

Nessa mesma linha, conforme aduzido por Casalta Nabais (2009, p. 177-181), Basso (2016, p. 102), Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 147-148) (item 2.4), os deveres fundamentais não podem ser suprimidos por lei infraconstitucional, já que estão associados aos direitos fundamentais e são expressão da dignidade da pessoa humana. Por isso, a regulamentação do instituto da legítima pelo Código Civil de 2002 não pode impedir que o autor da herança cumpra seu dever, fundado na solidariedade, de garantir uma vida digna aos seus familiares. Ocorre que a previsão de uma forma estática do instituto da legítima tem potencialidade para prejudicar o cumprimento do dever fundamental do autor da herança ao desconsiderar as peculiaridades de cada membro e de cada tipo de família existente na sociedade brasileira.

Desse modo, infere-se que a liberdade testamentária deve ser avaliada com base no contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro e da atual sociedade brasileira, à luz da autonomia privada, função social do direito sucessório e dos deveres familiares e, assim, ser passível de ponderação diante dos valores e necessidades envolvidos no caso concreto, guiada por critérios funcionais. Não pretendemos negar a importância da legítima, tampouco excluí-la do ordenamento jurídico brasileiro, mas propor sua manutenção em um percentual variável de acordo com as peculiaridades dos familiares envolvidos, como será demonstrado adiante.

Conforme demonstrado, sua previsão legislativa geral e abstrata é inadequada para atender os interesses dos envolvidos na sucessão em cada caso concreto. De acordo com Cortiano Junior e Ramos (2015, p. 65),

[...] o direito das sucessões deve estar atento às peculiaridades de cada caso concreto e fornecer parâmetros de adequação de sua normatividade às circunstâncias fáticas que se configurarem. Um sistema estanque de sucessão forçada, além de defasado, é estéril para compor, satisfatoriamente, conflitos advindos da complexidade factual. De muito maior efetividade seria um modelo que privilegie, amplamente, a liberdade de testar, sem prejuízo da aplicação subsidiária da sucessão legítima. O dirimir de controvérsias eventualmente surgidas quando da atuação da disposição última de vontade poderia se dar em concreto, a partir do instrumental e das aberturas hermenêuticas do sistema jurídico.

Tendo por base a segurança jurídica e a previsibilidade não há como afastar totalmente a abstração do direito sucessório no que diz respeito a legítima. Assim, cabe à academia desenvolver estudos sobre o tema, como se pretende nesse momento, para fornecer base e parâmetros interpretativos para julgadores e legisladores, conferindo margem para que o autor da herança disponha do seu patrimônio, tendo como norte os valores constitucionais e os deveres fundamentais dos familiares no sentido de garantir a função social de realização existencial do indivíduo.

Inclusive, entendemos que a margem de liberdade testamentária conferida ao autor da herança pode ser absoluta nas hipóteses em que ele já tenha cumprido o dever fundamental de garantir a vida digna dos seus familiares. Nesses casos, por que ele não poderia beneficiar com mais de 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio uma pessoa próxima que lhe dedicou mais afeto e atenção durante sua vida? Por outro lado, conforme lição de Casalta Nabais (tópico 2.10), o cumprimento dos deveres fundamentais demandam elevados custos, de modo que metade do patrimônio do autor da herança pode não ser suficiente para o cumprimento do dever fundamental de garantir a dignidade da sua família, o que impõe a necessidade de reservar mais do que 50% (cinquenta por cento) para atingir tal desiderato. Seria o caso, por exemplo, do *de cujus* que não tem um vasto patrimônio ter filhos menores ou com alguma incapacidade que os impeçam de ter seu próprio sustento.

E ainda, imaginemos a hipótese do pai que possua dois filhos, um portador de necessidades especiais e outro plenamente capaz, com independência financeira. Na maioria dos casos, em que o autor da herança não deixa patrimônio avultoso, além da possibilidade de divisão da herança com seu cônjuge/companheiro, dividir a herança como atualmente limitado pelo Código Civil poderia ensejar o descumprimento do dever fundamental imposto à família,

deixando desamparado o herdeiro que mais necessita, em benefício de quem não demanda suporte, pois já atingiu meios para uma vida digna.

Percebe-se, portanto, que não se pretende com a presente pesquisa a alteração da legítima desconectada dos objetivos constitucionais, ou seja, propor uma legítima que despreze a sua função social, a solidariedade, a dignidade humana, a proteção da propriedade privada e do direito à herança, ou que se faça uma leitura exclusivamente com base na autonomia privada. Por isso, desde logo, rejeitam-se duas posições extremas. Por um lado, a que defende que o legislador deva intervir sobre a disposição do patrimônio do autor da herança de forma absoluta e, por outro lado, a que entende que a autonomia privada não deve ter limites, autorizando, por exemplo, uma irrestrita liberdade para dispor do patrimônio.

A primeira deve ser afastada por desconsiderar a proteção à propriedade privada garantida pela Constituição Federal. Já a posição que defende a liberdade irrestrita, eleva o princípio da autonomia privada como valor constitucional superior, desconsiderando limites que são importantes para que outros valores mais importantes sejam atingidos, como a necessidade de garantir a dignidade humana de familiares. Nesse sentido, Schreiber e Viegas (2019, p. 229-230) defendem que tal entendimento:

[...] apega-se ao paradigma individualista oitocentista que enxerga na autonomia da vontade um vetor de liberdade tendencialmente absoluto, passando ao largo da transformação qualitativa da autonomia privada, fundada (não na vontade como valor em si, mas) no valor social que possui. Não há, na legalidade constitucional, espaços de liberdade imunes ao ordenamento; os espaços de liberdade assim o são por valoração do ordenamento e, portanto, dele decorrem, sendo de se rejeitar a perspectiva que vê no direito elemento de limitação externo da autonomia. Ao defender uma absoluta liberdade de testar, esse conjunto de propostas contraria flagrantemente a Constituição brasileira, pois desconsidera a necessidade de máxima realização da solidariedade social que constitui fundamento da República. Há, portanto, também aí inconstitucionalidade, seja porque a contrariedade ao direito fundamental de herança não se exprime apenas na tutela do autor da herança, mas também em alguma medida de seus herdeiros, seja porque há flagrante contrariedade aos valores fundamentais da Constituição que inspiram aquele próprio direito, em particular a solidariedade social que lhe serve de anteparo. Independentemente desse último aspecto, o certo é que qualquer proposta de alteração da disciplina da legítima deve levar em conta essas duas balizas estabelecidas pelo Constituinte: de um lado, a proteção ao direito de herança como direito fundamental e, de outro, a necessidade de máxima concretização dos valores constitucionais, em especial a solidariedade social.

Também deve ser afastado o entendimento no sentido de que o patrimônio do autor da herança deva ser destinado ao Poder Público, sob pena de violação do direito fundamental à propriedade privada. As pessoas que acumularam patrimônio ao longo da vida devem ter

segurança de que poderão dispor dos seus bens sem a interferência do Estado e de acordo com a sua conveniência, buscando dar o suporte necessário à uma vida digna dos seus familiares.

Com base na solidariedade que serve de norte para os deveres fundamentais dos familiares, bem como a função social da legítima, esta deve limitar a autonomia privada dos indivíduos apenas quando houver necessidade de determinados familiares e enquanto durar essas necessidades. Vale ressaltar que, nos dias atuais, a expectativa de vida é alta, de modo que é comum que o falecimento do autor da herança ocorra quando os seus herdeiros já tenham atingido idade suficiente para a independência econômica (CORTIANO JÚNIOR; RAMOS, 2015, p. 53).

Conforme aduzido acima, não podemos nos afastar da segurança jurídica que gera previsibilidade para o direito sucessório. Por isso, a proposta aqui defendida não se distancia de parâmetros pré-definidos. O fundamento para a funcionalização da legítima deve ser a necessidade econômica das pessoas envolvidas, necessidade esta compreendida como aquela suficiente para a manutenção de uma vida digna. Trata-se de um critério funcional para identificar quem deve merecer a proteção da legítima. Com base nesse raciocínio, Nevares (2014) aduz que:

Nessa perspectiva, 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.

Ademais, nas hipóteses em que a pessoa não determina o destino do seu patrimônio, a fixação de 50% (cinquenta por cento) a título de legítima não se mostra necessária para se garantir os objetivos almejados por ela, já que nessa situação a sucessão patrimonial ocorre na ordem estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil, o que não pode ser confundido com a legítima, que busca blindar uma parte do patrimônio em favor de determinadas pessoas, ainda que inexista necessidade.

Seguindo com base na previsibilidade, a proposta aqui adotada sugere um rol exemplificativo das pessoas que têm um estado de dependência presumido, ou seja, de natureza relativa, admitindo-se prova em contrário. São elas: (i) filhos menores, até que atinjam a maioridade

e/ou conclua a faculdade¹⁷; (ii) ascendentes idosos, que não possuem patrimônio suficiente para o seu sustento; (iii) filhos maiores, cônjuge ou ascendentes incapazes ou portadores de alguma necessidade especial que impeça ou dificulte o seu próprio sustento (vulnerabilidade).¹⁸

Verifica-se que a proposta tem por fundamento a vulnerabilidade de determinados familiares, o que justifica um tratamento desigual em benefício daqueles que realmente dependem do autor da herança para atingirem uma vida digna. Inclusive, esse é o caminho percorrido pelo ordenamento jurídico brasileiro quando está diante de pessoas que necessitam de proteção especial como, por exemplo, as mulheres (Lei nº 11.340/2006, conhecida como Maria da Penha, que tem por objetivo coibir a violência doméstica contra a mulher); as crianças e os adolescentes (Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente); os idosos (Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso), os consumidores (Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor), as pessoas com deficiência (Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência), os trabalhadores (Decreto-lei nº 5.452/1943, Consolidação das Leis do Trabalho), dentre outras.¹⁹ Conforme observado por Borges e Dantas (2017, p. 90-91):

[...] a existência de pessoas economicamente vulneráveis, seja dentre os herdeiros legítimos ou mesmo fora desse rol legal, demanda um novo olhar tanto sobre a legítima, nos seus moldes atuais, quanto sobre a autonomia privada, na forma de liberdade de testar. A vulnerabilidade econômica, no Direito Sucessório, não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade. Às pessoas consideradas economicamente vulneráveis o testador deve poder dispor de mais da metade da herança, caso, entre os herdeiros necessários, não se encontrem pessoas em situação de dependência econômica para com o de cujus. Assim, deve se preferir a autonomia privada exercida solidariamente, afastando-se a transmissão obrigatória de metade da herança apenas por motivo de relações familiares. Não havendo pessoas em situação de vulnerabilidade econômica dentre os herdeiros legítimos, a autonomia privada, traduzida na liberdade de testar, deve ser a mais ampla possível, afastando-se a patrimonialidade dos vínculos familiares. Do mesmo modo, a liberdade de testar, embora deva ser a mais ampla possível, deve ser limitada caso haja, dentre os herdeiros legítimos, inclusive dentre os facultativos, pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Isso poderia acontecer na forma de uma nova legítima, ou seja, de uma reserva legitimária com outra roupagem, reformada, que leve em consideração não apenas as relações familiares, mas, também, e, primordialmente, a

¹⁷ Nesse sentido, confira-se alguns julgados: ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação, 0039241-85.2015.8.08.0024. Relator: Fabio Clem de Oliveira. **Revista dos Tribunais**, Vitória, 09 de maio de 2002; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação, 024110180510, Relator: Willian Couto Gonçalves. **Revista dos Tribunais**, Vitória, 17 de abril de 2012.

¹⁸ Entendimento semelhante pode ser encontrado em SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Direito civil contemporâneo**, v. 19, abr./jun. 2019, p. 244.

¹⁹ Nesse sentido: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017, p. 82.

situação de vulnerabilidade econômica do herdeiro a ser considerado necessário, atendendo-se, assim, aos deveres de solidariedade e de igualdade, ao mesmo tempo em que se preserva a autonomia privada funcionalizada à proteção da pessoa.

Ressalta-se, como observado anteriormente, que o rol sugerido não é absoluto. Ele aponta as pessoas que presumidamente têm maiores necessidades. Entretanto, não se nega o direito de um outro herdeiro contestar eventual necessidade e, assim, desconstituir a presunção legal. O que se pretende, portanto, é que as peculiaridades objetivas e subjetivas dos envolvidos sejam observadas, verificando se existem pessoas que precisam ser beneficiadas pela legítima e em qual proporção. Ou seja, o critério pré-definido em lei deveria ser genérico, para poder ser interpretado em cada caso concreto conforme os valores constitucionais e o objetivo pretendido pela legítima, de modo a permitir o exercício solidário da autonomia privada.

Portanto, trata-se de uma proposta de alteração no texto dos artigos 1.789, 1.846 e 1.857, §1º do Código Civil de 2002²⁰, para que estes fiquem em conformidade com os valores e diretrizes constitucionais, uma vez que o direito fundamental é o de herança e não do percentual de 50% (cinquenta por cento) reservado para a legítima. Logo, propõe-se uma disposição legal que não tenha um percentual fixo a título de legítima, mas que estabeleça os objetivos desta e preveja sua fixação de acordo com as necessidades do caso concreto tendo por norte a solidariedade, a função social da sucessão e a autonomia privada, de modo a facilitar o cumprimento do dever fundamental do autor da herança de garantir a vida digna dos seus familiares.

Para tanto, nos casos em que o autor da herança pretender deixar testamento público lavrado em um Tabelionato de Notas (art. 7º, II da Lei nº 8.935/94), caberá ao Tabelião, profissional dotado de fé pública (art. 3º da Lei nº 8.935/94), aprovado em concurso público (art. 14, I da Lei nº 8.935/94), com conhecimento jurídico suficiente sobre o tema, orientá-lo sobre sua disposição patrimonial e, mais importante, verificar o atendimento aos valores constitucionais e o cumprimento do dever fundamental perante os seus familiares. Ressalta-se que as prestações de orientações jurídicas já são, inclusive, algumas das competências legais dos notários, previstas no art. 6º da Lei nº 8.935/94. Confira-se:

Art. 6º Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos

²⁰ Observa-se que em decorrência de eventual alteração dos artigos citados, outros dispositivos legais também deverão ser ajustados para ficarem em conformidade com a medida proposta, bem como para que o Código Civil mantenha sua coesão.

adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

Para ilustrar a proposta, podemos citar o seguinte exemplo: o titular do patrimônio procura o Tabelião de Notas para confeccionar um testamento e relata que possui dois filhos, um advogado bem-sucedido e um portador de necessidades especiais que depende única e exclusivamente dele para sobreviver, e, portanto, gostaria de beneficiar este último com patrimônio suficiente para garantir seus cuidados até o final da vida, apresentando uma partilha desigual entre eles (10% do patrimônio para o primeiro e 90% para o segundo). Nesse cenário, verificado que os objetivos constitucionais foram satisfeitos e, que o cliente conseguirá atender o seu dever fundamental, o Tabelião lavrará o testamento. Todavia, em hipótese contrária, caso o autor da herança queira beneficiar apenas o seu filho advogado, sob o argumento que ao longo da sua vida já destinou boa parte do seu patrimônio para os cuidados com o seu filho portador de necessidades especiais, caberá ao Tabelião rejeitar a confecção do testamento. Ou, ainda, caso o testador omita a informação de que seu filho é portador de necessidades especiais, esta disposição testamentária poderá ser revogada judicialmente e, então, a observância às necessidades do caso concreto seguirá para análise judicial.

Caso o autor da herança não deixe testamento, o inventário será judicial. Caberá, portanto, ao magistrado, além de observar o procedimento judicial de inventário ordinário, aferir as necessidades dos herdeiros legais e fixar a partilha de acordo com as particularidades do caso concreto e com observância dos valores constitucionais.

Nesse contexto, considerando que os desenhos de famílias são plurais e a quantidade de patrimônio deixada pelo autor da herança é diferente em cada caso, a legítima não pode ser estabelecida em percentual fixo, sendo a proposta sugerida neste trabalho justamente no sentido de adequar esses inúmeros cenários possíveis e, portanto, a de que o texto legal acerca da legítima seja de baixa densidade normativa e abstração semântica, que, como visto no tópico 2.1, concede ao operador maior facilidade de amoldá-lo às peculiaridades enfrentadas pela sociedade.

Assim, não é possível nem esperado estabelecer parâmetros rígidos e sem a possibilidade de flexibilizações para o cumprimento do dever fundamental do autor da herança de garantir a vida digna dos entes familiares. O que se propõe é a demonstração das diretrizes

constitucionais e uma disposição legal infraconstitucional que caminhe no mesmo sentido. Ou seja, que não impeça o cumprimento dos deveres fundamentais pelo autor da herança.

Dessa forma, o autor da herança conseguirá cumprir seu dever fundamental para a realização da personalidade dos seus familiares e, ao mesmo tempo, sem interferência desnecessária na sua autonomia privada, o que demonstra que a medida pretendida nesta pesquisa está fundada na solidariedade e é proporcional, com a finalidade de promoção dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A sucessão, com base na disposição expressa do CC/02, deve obedecer ao limite imposto pelo instituto da legítima. Trata-se da obrigatoriedade do autor da herança reservar, ao menos, metade do seu patrimônio para os herdeiros necessários, determinados pela lei, por um critério familiar, que são os ascendentes, descendentes e cônjuges. A lei parte de uma presunção, com base em critérios políticos e/ou anseios sociais, de que as pessoas elencadas necessitam de proteção e da manutenção patrimonial do núcleo familiar, após a perda de um ente.

Ocorre que a legislação sucessória não acompanhou as transformações da sociedade. O CC/02 sofreu poucas alterações em relação ao revogado CC/16, por isso, mostra-se imperioso que as disposições legais do direito sucessório sejam interpretadas com base nos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. O direito sucessório deve ser analisado sob a ótica da constitucionalização do direito, sobretudo, do Direito Civil.

Embora a CF/88 trate do Direito Sucessório em apenas dois incisos do art. 5º, a partir do cenário da constitucionalização do direito, o ramo sucessório passa a ser por ela informado, o que impõe que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), solidariedade social (art. 3º, III, CF/88), função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88), entre outros, sejam sempre observados. Assim, uma vez que a legislação infraconstitucional não acompanhou os novos valores constitucionais, para que o direito das sucessões possa cumprir sua função social, deve ter por base o dever fundamental da família, a solidariedade e o direito à herança.

Ademais, o direito de família desenvolveu-se mais acerca da tutela das relações familiares sob a ótica constitucional. A partir da necessidade de adequar as relações familiares aos princípios constitucionais da isonomia, dignidade humana e socialidade, valorizou-se a afetividade. Como o direito sucessório guarda intrínseca relação com o direito de família, pois se pauta na proteção de um grupo de pessoas vinculado pelo sangue ou pelo afeto, também deve seguir na mesma linha de desenvolvimento. O direito sucessório deve ser funcionalizado a partir da afirmação máxima da dignidade de todos os indivíduos.

No que tange à limitação imposta pela legítima, seu principal fundamento é a proteção e a continuidade econômica do núcleo familiar, garantindo-se um patrimônio mínimo para seus membros. Assim, a reserva da legítima aos herdeiros necessários deve ser interpretada à luz

do princípio da dignidade humana e da solidariedade, pois se relaciona com a manutenção da condição de vida digna daquelas pessoas que, por serem presumidamente próximas ao autor da herança, seja por vínculo consanguíneo, adotivo ou socioafetivo, devem ser protegidas.

Ocorre que a normatização da legítima tal como é hoje não garante a efetiva observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da proteção à família, uma vez que carece de flexibilidade e adequação para tutelar as mais diversas especificidades do direito sucessório. Outrossim, as restrições à liberdade e à autonomia privada impostas pela legítima têm o condão de, paradoxalmente, infringir os valores que se pretendia tutelar, pois podem deixar desamparadas pessoas que apresentam maiores necessidades, em benefício de outras que não precisam do patrimônio do falecido para ter uma vida condigna. Logo, por via reflexa, obsta que o detentor do patrimônio cumpra seu dever fundamental de garantir uma vida digna aos seus familiares.

No que tange aos deveres fundamentais da pessoa humana, foi feito um aprofundamento do assunto com as seguintes conclusões: (i) têm por objetivo a promoção dos direitos fundamentais e estão fundados na solidariedade; (ii) possuem baixa densidade normativa e abstração semântica, o que confere abertura e flexibilização ao texto constitucional; (iii) suas normas podem ser de aplicabilidade imediata e de aplicabilidade mediata; (iv) não precisam estar expressamente previstos na Constituição Federal; (v) não podem ser suprimidos por via de lei ou emenda constitucional; (vi) para o seu cumprimento, a sanção não é indispensável; (vii) possuem como titulares (se beneficiam do cumprimento por outrem) indivíduos, Estado e a coletividade e como destinatários (aqueles que são obrigados a cumprir) indivíduos e a coletividade; (viii) têm os princípios constitucionais fundamentais como seus suportes e têm um relacionamento recíproco com eles; (ix) podem ser específicos ou genéricos; prestacionais, defensivos ou prestacionais e defensivos; criação do direito legal ou judicial; correlatos a direitos específicos ou autônomos; (x) são uma das faces ocultas dos direitos fundamentais, juntamente com os custos destes.

Fixados esses contornos, chegou-se ao conceito de deveres fundamentais da pessoa humana que serviu de norte para a presente pesquisa, qual seja, o elaborado pelo Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, liderado pelos professores Dr. Adriano Sant'Ana Pedra e Dr. Daury Cesar Fabríz, do PPGD/FDV, segundo o qual: “dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe

condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção dos direitos fundamentais.”

Com base no conceito citado, foi possível extrair a possibilidade de imposição de condutas para que a família, que é a base da sociedade, garanta a felicidade, o desenvolvimento, o sustento e a dignidade recíproca dos seus membros. Embora a solidariedade seja exigida nas diversas relações sociais, ela é mais forte quando envolve familiares ante a relação de maior afeto e dependência existente entre as pessoas de uma família. Neste âmbito, a solidariedade impõe uma assistência material e moral entre todos os membros. Assim, os familiares devem auxiliar uns aos outros para que alcancem uma vida digna. Na maioria das vezes, esse apoio é garantido pelo afeto e pela prestação de alimentos em favor daquele que necessita.

Concluiu-se, também, que o ordenamento jurídico brasileiro não admite mais a existência de direitos absolutos, vinculados à livre vontade do seu titular. Todos os direitos devem ser exercidos com base na sua respectiva função social, inclusive aqueles oriundos do direito privado. No que tange à família, sua função social sofreu profundas alterações ao longo da história. Enquanto a família clássica tinha como função social a procriação, criação e socialização, a atual família brasileira, não é mais essencialmente núcleo econômico e de reprodução, mas um espaço com a função social de afeto, respeito, formação e desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros.

Em relação ao direito de propriedade, que é uma das bases da herança, verificou-se que ele não pode ser utilizado livremente por quem a possui, mas em conformidade com o interesse da sociedade. Assim, pode-se dizer que a sucessão também deve ser interpretada buscando-se atingir sua função social. Conforme fixado, a família tem o dever fundamental de promover a realização dos seus membros. Dessa forma, a transmissão patrimonial sucessória deve cumprir uma função social, a fim de garantir referido objetivo, tendo por base a solidariedade e a igualdade substancial.

O direito sucessório garante a permanência do patrimônio do falecido no seu núcleo familiar o que, *a priori*, fortalece e conserva a família, além de afastar o sentimento de trabalho perdido com a acumulação de bens, o que denota uma importante função social do direito sucessório, ao assegurar esse interesse da sociedade. Ocorre que em uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, considerando os deveres da família, não há sentido em afirmar que a legítima tem como função social a acumulação de riqueza, mas de garantir o sustento e desenvolvimento

dos herdeiros que apresentam necessidades, como os incapazes, por exemplo. Como visto, os deveres fundamentais são uma categoria jurídico-constitucional que impõem condutas proporcionais, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais. Assim, não havendo referida necessidade dos herdeiros, ou seja, não havendo promoção de direitos fundamentais, não se mostra proporcional obrigar a observância da legítima, pois o seu objetivo já foi atingido. Ademais, os parentes socioafetivos também não podem ser preteridos que o falecido gostaria de privilegiar.

Portanto, constatou-se que essa presunção genérica não favorece os familiares que realmente precisam do suporte do autor da herança, como um filho incapaz que demande mais patrimônio que os demais ou genitores em idade avançada, que não possuem condições de manterem seu próprio sustento, o que desvia o direito sucessório da sua função social. Nesse sentido, o direito sucessório, visto de forma funcionalizada, também deve abarcar essas situações. Deve privilegiar o merecimento sob a ótica dos valores constitucionais. A função social da herança deve refletir e garantir as necessidades e os valores da sociedade, servindo de diretriz. Sob uma ótica funcionalizada, o direito de herança não deve restringir o direito de propriedade, mas legitimá-lo.

No que se refere à autonomia privada, também foi aferido que seu conteúdo não é absoluto, devendo estar em conformidade com os limites do ordenamento jurídico. No âmbito do direito sucessório, o testamento representa a manifestação mais significativa da autonomia privada, pois por meio dele pode o autor da herança manifestar sua última vontade para após a morte. Todavia, como dito, a autonomia privada conferida ao testador não é absoluta. A obrigatoriedade de transmissão patrimonial para determinadas pessoas imposta pelo instituto da legítima é uma grande restrição determinada pelo Estado nas relações privadas, em especial, ao direito constitucional de propriedade privada. Ocorre que a autonomia privada, que também é um direito fundamental, só pode ser mitigada por valores igualmente constitucionais, após a devida ponderação de interesses no caso concreto. Ela não pode ser sobreposta por normas infraconstitucionais, como as normas de Direito Civil, por exemplo. Entretanto, algumas mitigações podem ocorrer quando necessárias para a efetivação de outros direitos fundamentais.

No objeto do estudo, verificou-se que a limitação imposta pela legítima, na forma prevista pelo Código Civil de 2002, não está em conformidade com a autonomia privada. Em um primeiro momento, a mitigação da autonomia privada pela legítima teria como justificativa a

proteção dos familiares. Entretanto, essa é uma afirmativa que não pode ser feita de forma isolada, sem considerar a nova realidade da sociedade brasileira e as peculiaridades de cada situação específica, sob pena de ferir diversos outros direitos e garantias fundamentais.

A limitação imposta pela legítima deve efetivamente proteger o núcleo familiar, garantindo o que for necessário para tanto. A formação dos membros de uma família deve se dar sob um viés funcionalizado e com base na solidariedade, o que pode ser observado nos artigos 227 e 230 da CF/88, ilustrativamente. Ocorre que a ajuda mútua entre os familiares decorrente da solidariedade deve se dar apenas quando for necessária e na medida da necessidade de cada membro. Dessa forma, deve ser redimensionado o alcance da limitação legal imposta ao autor da herança pelo instituto da legítima, uma vez que a disposição expressa e inflexível do Código Civil de 2002 pode não ser capaz de garantir o patrimônio mínimo em todas as situações, bem como pode obrigar a garantir quantia patrimonial superior ao que seria suficiente. Nesse cenário, a disposição legal inflexível acerca da legítima pode acabar interferindo no cumprimento do dever fundamental do autor da herança de auxílio aos seus familiares.

Também observou-se que no âmbito sucessório a vontade do titular de um patrimônio adquirido em decorrência de seu esforço não pode ser desconsiderada sem um motivo razoável. Assim, inexistindo herdeiros que demandem seu apoio como, por exemplo, um incapaz ou um genitor com idade avançada sem condições de suportar os custos da velhice, o autor da herança é quem melhor sabe as necessidades, os méritos e as potencialidades de cada membro da sua família.

Restou aferido que não há como afirmar que o autor da herança possui o dever fundamental de deixar metade do seu patrimônio para seus herdeiros necessários. Essa é uma determinação imposta por lei infraconstitucional e não um dever fundamental. A limitação citada não pode ser entendida como dever implícito pois, além de não ser proveniente da Constituição Federal, não resguarda direito fundamental, ainda que tenha sido estipulada genericamente com esse objetivo. A Constituição Federal é expressa no sentido de que o dever fundamental dos familiares é o de garantir o necessário para os membros da sua família terem uma vida digna, o que pode demandar mais ou menos que 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do falecido. Assim, os deveres constitucionais dos familiares não podem ser suprimidos pelo Código Civil.

Desse modo, infere-se que a liberdade testamentária deve ser avaliada com base no contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro e da atual sociedade brasileira, à luz da autonomia privada, função social do direito sucessório e dos deveres familiares e, assim, ser passível de ponderação diante dos valores e necessidades envolvidos no caso concreto, guiada por critérios funcionais. Não pretendemos negar a importância da legítima, tampouco excluí-la do ordenamento jurídico brasileiro, mas propor sua manutenção em um percentual variável de acordo com as peculiaridades dos familiares envolvidos. Como visto, sua previsão legislativa geral e abstrata é inadequada para atender os interesses dos envolvidos na sucessão em cada caso concreto.

Portanto, o fundamento para a funcionalização da legítima deve ser a necessidade econômica das pessoas envolvidas, necessidade esta compreendida como aquela suficiente para a manutenção de uma vida digna. Trata-se de um critério funcional para identificar quem deve merecer a proteção da legítima. Assim, a proposta aqui adotada sugere um rol exemplificativo das pessoas que têm um estado de dependência presumido, ou seja, de natureza relativa, admitindo-se prova em contrário. São elas: (i) filhos menores, até que atinjam a maioridade e/ou concluem a faculdade; (ii) ascendentes idosos, que não possuem patrimônio suficiente para o seu sustento; (iii) filhos maiores, cônjuge ou ascendentes incapazes ou portadores de alguma necessidade especial que impeça ou dificulte o seu próprio sustento (vulnerabilidade).

Propõe-se uma alteração no texto dos artigos 1.789, 1.846 e 1.857, §1º do Código Civil de 2002, para que estes fiquem em conformidade com os valores e diretrizes constitucionais, uma vez que o direito fundamental é o de herança e não do percentual de 50% (cinquenta por cento) reservado para a legítima. Logo, sugere-se uma disposição legal que não tenha um percentual fixo a título de legítima, mas que estabeleça os objetivos desta e preveja sua fixação de acordo com as necessidades do caso concreto tendo por norte a solidariedade, a função social da sucessão e a autonomia privada, de modo a facilitar o cumprimento do dever fundamental do autor da herança de garantir a vida digna dos seus familiares.

Nesse sentido, mostra-se fundamental a participação do Tabelião de Notas quando da lavratura do testamento pois, com sua fé pública e seu conhecimento jurídico sobre o tema, poderá orientar o testador sobre os contornos da disposição patrimonial sob a ótica dos valores, deveres e diretrizes constitucionais. Na hipótese de o autor da herança não deixar testamento, o inventário será judicial. Caberá, portanto, ao magistrado, que também possui o conhecimento jurídico necessário, aferir as necessidades dos herdeiros e fixar a partilha de

acordo com as particularidades do caso concreto e com observância dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ADIERS, Moacir. Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo. In: TEIXERA, Anderson Vichinkensi; LONGO, Luíz Antônio (coord.) **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Dissertação de mestrado apresentada na PUC-MG. Belo Horizonte, 2009.
- ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 239-266, set./dez., 2017.
- AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 53, p. 227-269, out./dez., 2005.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos fundamentais & justiça**, Belo Horizonte, n. 34, p. 115-131, jan./jun., 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, vol. 04, nº 02, p. 13-100, Julho/Dezembro 2006. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.
- BASSO, Joaquim. Notas sobre o regime jurídico dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 2, jan./jun., 2016.
- BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites**: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: DOXA 3, 1986.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar., 2017.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria

geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 2, p. 59, mar./abr., 2014.

_____. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. Dissertação de mestrado apresentada na PUC-MG. Belo Horizonte, 2011.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2008.

CORTIANO JUNIOR, Eroulthus; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**, Univel, n. 4, p. 41-74, mai., 2015.

COSTA, Judith Martins. Comentário ao artigo 5º, XXX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Disponível em: <<http://www.joserobertoafonso.com.br/comentarios-a-constituicao-canotilho-et-al/>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. **Revista do Advogado**, São Paulo, Ano XXXI, n. 112, p.79-89, jul., 2011.

DANTAS, Renata Marques Lima. **Autonomia privada no direito sucessório**: a necessidade de revisar a permanência da legítima. *Revista de direito UNIFACS*, n. 183, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 147-161, jul./dez., 2013.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação: 0039241-85.2015.8.08.0024. Relator: Fabio Clem de Oliveira. **Revista dos Tribunais**, Vitória, 09 de maio de 2002.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação: 024110180510, Relator: Willian Couto Gonçalves. **Revista dos Tribunais**, Vitória, 17 de abril de 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARO, Julio Pinheiro; FABRIZ, Daury Cesar. Dos deveres fundamentais: notas preparatórias para uma survey – a questão taxonômica. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.) **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira SA, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 154-170, abr./jun., 1999.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury Cesar. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: **Direitos Fundamentais Cíveis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha** – Tomo 1. Org.: DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson. Joaçaba: Unoesc, 2013.

_____. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 31, p. 1-8, 2013.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. Tomo 1, v. 9.

HATEM, Daniela Soares. Das Críticas e dos Argumentos Favoráveis ao Direito à Herança. **Revista de Direito Privado**, v. 39/2009, p. 87-107, jul./set., 2009.

HOLMES, Stephen; SUSTEINS, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York e Londres: W. M. Norton, 1999.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2009.

KANG, Daiana. Legítima e planejamento sucessório. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, IBDFAM, ano 19, v. 92, p. 117-140, ago., 2018.

LANDA, César. Dignidad de la Persona Humana. **Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 7, p. 109-138, jul./dez. de 2002. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5649/7378>>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

LAPORTA, Francisco J. **Algunos problemas de los deberes positivos generales** (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdes). *Doxa*, n. 3, 1986.

LÓPEZ, Luisa Fernanda García. ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. **Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas**, Bogotá, v. 13, n. 25, jul./dez., 2013, p.17-32. Disponível em: <<http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/126>>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

LOUREIRO, Eduardo Francisco; FRAÇÃO, Amanda Palmieri O princípio constitucional da solidariedade e sua aplicação no Direito Privado. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 117, p. 98-109, out., 2012.

MARQUES, Fabiano Lepre; FABRIZ, Daury Cesar. Breves considerações sobre deveres com sanção e deveres sem sanção no direito brasileiro. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 10, n. 31, 2013.

MARTÍNEZ. Gregorio Peces-Barba. **Los deberes fundamentales**. Doxa, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987.

_____. **Curso de Derechos fundamentales**: Teoria general. Madrid: Universidade Carlos III, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do novo código civil. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et. al. (org.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MICHAELIS, Henriette. **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/solidariedade>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, ano 3, n. 2, 2002. Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 31/08/2019.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, p. 110-140, 2005.

_____. **Por um Estado fiscal suportável**: estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

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: 10 out. 2019.

NETO, Eugênio Facchini. A função social do direito privado. **Revista da AJURIS. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 34, n. 105, p. 154-188, jan./mar., 2007.

PINTO, Maria do Céu Pitanga. **A Dimensão Constitucional do Direito de Herança: aspectos processuais do inventário e partilha**. 165 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: UNOESC, 2013.

_____. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista brasileira de estudos políticos**, v. 101, 2010.

PEIXOTO, Alberto de Almeida Oliveira; SANTOS, Hárisson Fernandes; BROGES, Alexandre Walmott. Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. **Argumentum Revista de Direito da Universidade de Marília**, Marília, v. 14, p. 255-278. 2013.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 10, p. 31-100, jul./dez., 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PROVIN, Alan Felipe. Os Reflexos Jurídicos Decorrentes do Direito à Herança e à Propriedade em Face da Limitação à Liberdade de Testar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 6, p. 17-32, out./dez., 2015.

RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. **O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático**. 2017. 342 f. Tese (Doutorado em Direito. Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

_____. Eficácia dos deveres fundamentais. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, Salvador, v. 3, p. 39-56. 2011.

ROSSO, Paulo Sérgio. Solidariedade e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 3, p. 11-30, jan./jun., 2008.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges. O Código Civil de 2002 e a função social do direito privado: o fenecimento do Estado Liberal e a assunção definitiva do Estado social como preconizado na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1000, p. 671-697, fev., 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.

In: TEIXEIRA, Angelo Vinchenski. LONGO, Luís Antônio. **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Deveres fundamentais e proteção do ambiente**. In: Direito Constitucional Ambiental: Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 147-148, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROSA, Thaís Hemann. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 217-248, jan./jun., 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. **Direito civil contemporâneo**, v. 19, abr./jun., 2019.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 87, p. 141-160, 2014.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 29, maio, 2006. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14>. Acesso em: 12 out. 2019.

SILVA, Heleno Florindo da; GONÇALVES, Suelen Florindo; FABRIZ, Daurly Cesar. A proteção integral e prioritária à criança como dever fundamental dos pais: uma análise a partir da relação entre pais fumantes e seus filhos. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 1, jan./jul., 2014.

SILVA, Heleno Florindo. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v.32, n. 2, 2012, p. 205-221, 2017.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 95, abr./jun., 2016.

_____. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. **Revista de Filosofia do Direito**, do Estado e da Sociedade - FIDES, v. 1, n. 2, ago./dez., 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47619838_DEVERES_FUNDAMENTAIS_E_A_CONSTITUICAO_BRASILEIRA> Acesso em: 31 ago. 2019.

SOUSA, Felipe Soares. A sucessão dos descendentes: análise crítica da impossibilidade de afastamento da transmissibilidade sucessória dos bens entre os cônjuges e os efeitos do regime de bens do casamento em relação à legítima. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ano 19, n. 92, p. 37-85, ago., 2018.

SOUZA, Oreonnilda; OLIVEIRA, Lourival José. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago., 2017.

STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. O princípio da solidariedade como meio de efetivação do acesso à educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, p. 255-288, set./out., 2016.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A eficácia dos deveres fundamentais. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 11, n. 37, p. 1-19, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 17, p. 33-49, jan./mar., 2004.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 1, p. 126-163, jul./dez., 1991. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/352/325>>. Acesso em: 12 out. 2019.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación**. Doxa 3, 1986.

VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais, formas ordinárias, codicilo, formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como numerus apertus. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 10, n. 31, 2013.