

Os direitos fundamentais e seu reflexo sobre o direito das sucessões testamentárias

*José Luiz Gavião de Almeida*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. Situação atual. 4. Espécies de Sucessão. 5. Sucessão contratual. 6. Sucessão anômala. 7. Sucessão hereditária. 8. Primeira Questão. 9. Segunda Questão. 10. Terceira Questão.

1. Introdução

Este tema, agora revisado e aumentado, foi por mim tratado no III Simpósio Internacional de Família, Sucessões e Direitos Fundamentais no século XXI, em 31 de maio de 2014. Coube-me falar sobre como os direitos fundamentais influenciaram o direito das sucessões.

Não há dúvida de que a repercussão dos direitos fundamentais aconteceu em toda a legislação. E com o direito das sucessões não poderia ser diferente.

Mas isso não significa que se deva tratar todo o direito com base apenas em princípios. Especialmente os civilistas devem se levantar contra essa situação, que atualmente vem sendo doutrinada. Hoje, não se estudam mais as leis, que são desprezadas, sob o pretexto de que tudo se resolve por alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade.

O direito evoluiu porque vem sendo objeto de estudo há muito tempo, tudo para se elaborar leis que representassem a melhor solução para certos casos específicos, às vezes significando isso exceção a princípios, que não são, nenhum deles, absolutos.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Titular do Curso de Mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba; Professor de Direito Civil do UNASP; Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.

Mas, hoje, são jogados fora todos os estudos que redundaram em leis, para, ao alvedrio de cada um, tudo se resolver por princípios gerais.

Some-se a isso a constante intervenção do Poder Judiciário em seara que não é a sua, qual seja, a elaboração de leis. Também o Poder Judiciário tem sido responsável pelo desprestígio da lei, isso na medida em que ultrapassa os limites técnicos de uma interpretação para provocar verdadeira alteração na legislação, em geral pela via da aplicação de princípios gerais, quando o correto seria, se fosse o caso, proceder-se à alteração legislativa, mas agora pela via do Poder Legislativo.

É preciso cuidado com uma e outra situação.

2. Escorço histórico

O direito das sucessões já desperta curiosidade quando se percebe não ter ele, hoje, o mesmo propósito de sua criação.

Fustell de Coulanges mostra a natureza religiosa do instituto, quando de sua criação. Teria sido ele inventado para perpetuação do culto doméstico. A propriedade só era transmitida para garantia dessa perpetuação, para que o sucessor tivesse condições econômicas de honrar o encargo de dar continuidade à religião doméstica. A civilização antiga nunca separou os bens do culto, segundo Cícero. De varão para varão o filho é continuador da religião e para este mister herda também os bens.

O que leva o filho a herdar não é a vontade egoística do pai. O filho é herdeiro forçado: não há testamento, nem aceitação ou renúncia da herança. E sequer o parentesco é garantia da sucessão, pois só herda quem pode prosseguir no culto.

Itabaiana de Oliveira liga o direito sucessório aos costumes. Diz que a transmissão hereditária decorreu de hábito. Foi o costume que consagrou o direito dos filhos à herança. O direito sucessório é, por isso, uma consequência necessária à conservação das afeições na família.

D'Agvano encontra fundamento científico para o direito sucessório baseado em conclusões da biologia e da antropologia. Fala em "hereditariedade bio-psicológica". Há transmissão aos descendentes dos caracteres orgânicos e qualidades (virtudes e defeitos) psíquicos de seus antecedentes. É conseqüência lógica e necessária, a transmissão, também, dos bens.

Cogliolo vê íntima ligação entre família e propriedade. São institutos admiravelmente harmônicos. Dissociá-los seria afetar a própria raiz da sociedade.

Cole analisou a herança sob seu aspecto cultural. A propriedade é vista como um status. A transmissão é um privilégio socialmente reconhecido.

Realmente, nem sempre o direito hereditário procurou beneficiar as mesmas pessoas. Hebel e Frost, em sua *Antropologia Cultural e Social*, ensinam que marido e mulher não herdavam um do outro, no mundo primitivo. Hoje, cerca-se a mulher de direitos, protegendo-a, às vezes, mais que aos próprios filhos, como quando se lhe concede o direito real de habitação.

A concentração da herança, com a primogenitura ou a ultimogenitura, esta mais rara, mas presente em algumas tribos da Índia, África e Ásia, foi comum na antiguidade.

Até a não transmissão foi adotada, embora de forma excepcional. A destruição dos bens, por exemplo, como entre os cheyennes, parece desaparecida; a devolução dos bens a todos os integrantes da sociedade, como nos kibutzim, também é exceção.

3. Situação atual

O direito das sucessões tem, hoje, características muito diferentes das que lhe deram origem.

É hoje a transmissão dos bens, vista do lado do antigo titular destes bens. É a ocupação da situação jurídica daquele que morreu, vista a problemática da posição do sucessor, isto é, daquele que recebe a herança.

O direito das sucessões obedece a princípios, como o da liberdade da vontade do autor da herança, embora limitada; da igualdade dos herdeiros parentes que se encontram em igual situação, embora mitigada; da proporcionalidade da partilha ao cônjuge ou companheiro, conquanto não absoluta; da dignidade dos herdeiros que, todavia, não é aviltada quando a herança não lhes é atribuída.

De outro lado, nem todos os direitos são transmitidos. Existem direitos que não sobrevivem à morte de seu titular.

Vale lembrar que as transmissões dos direitos ocorrem por atos *inter vivos* ou *causa mortis*. Os primeiros mostram atos cujos efeitos acontecem ainda em vida das pessoas. Os últimos ocorrem quando a morte é termo inicial ou final para a aquisição de direitos. Há também algumas transmissões que se estabelecem por atos gratuitos e outras por atos onerosos. Gratuitos são aqueles que trazem vantagem para

apenas um dos partícipes. Onerosos quando há vantagens e desvantagens recíprocas.

O direito das sucessões que nos interessa, isto é, aquele regulado especialmente pelos artigos 1784 e seguintes do Código Civil, dá-se, especialmente, por ato *causa mortis* e gratuito. Mas não só.

Há hipóteses de transmissão *inter vivos* regulada pelo Direito das Sucessões. É o caso da partilha em vida (artigo 2018 do Código Civil²). Também é a hipótese das doações feitas pelo pai ao filho. Aqui, embora o ato já produza efeitos jurídicos de forma imediata, isto é, ainda em vida dos partícipes, a transferência só é chancelada com a abertura da sucessão, isto em virtude da obrigatoriedade de colacionar os bens adquiridos por doação, para conferência da legítima. Tudo para garantia do princípio da igualdade dos quinhões hereditários.

Da mesma maneira, há negócios jurídicos onerosos que são tratados pelo Direito das Sucessões, como o legado para pagamento de cuidados tidos com o falecido (artigo 1901 II).

Mas não se pense que é sem interesse saber se a transmissão, embora regulada pelo Direito das Sucessões, é onerosa ou gratuita. Se gratuita, não pode, por exemplo, ser a quota do beneficiado (herdeiro ou legatário) estabelecida por terceiro, isto em razão da característica de pessoalidade das disposições hereditárias. Terceiro não pode participar do testamento, mesmo autorizado. Isso não acontece se o ato é oneroso, como mostra o artigo 1901, II, do Código Civil.³ É que aqui é possível analisar a benesse, pois tem ela característica de pagamento. Quando se dá presente, cabe exclusivamente ao doador estabelecer o seu valor. É ato eminentemente pessoal, arbitrário. Quando há retribuição pelos serviços pagos, por exemplo, há situação objetiva, que pode ser resolvida por terceiro, pois neste caso é possível apurar seu valor, que não é discricionário, mas vinculado aos serviços prestados.

² Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

³ Art. 1.901. Valerá a disposição:

I – em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado;

II – em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

4. Espécies de sucessão

É preciso lembrar que nem todas as transmissões gratuitas e causa mortis estão reguladas pelo Direito das sucessões. Por isso se costuma dizer que existem três espécies de sucessão:

- ⇒ Sucessão hereditária
- ⇒ Sucessão anômala
- ⇒ Sucessão contratual

5. Sucessão contratual

A sucessão contratual é, em regra, proibida pelo nosso ordenamento jurídico (artigo 426 do CC).⁴ Era o chamado pacto dos abutres. O beneficiário fica, ao menos, esperando a morte do doador. É possível, inclusive, temer por risco à vida do doador, pois só com a sua morte o ato irá produzir efeitos jurídicos.

A regra, entretanto, tem exceções. Há permissão, dada pelo artigo 547 do Código Civil⁵, para que na doação se estabeleça que os bens doados retornem ao doador se este sobreviver ao donatário. Outras situações de permissão também existem, sendo elas exceção à regra geral proibitiva constante do artigo 426 do Código Civil.

Mas há questões ainda não bem resolvidas. O artigo 1402 do CC/16 permitia a sucessão contratual em cláusula aposta nos contratos societários.⁶ A hipótese não foi repetida no Código de 2002, pelo que, tecnicamente, a regra da proibição deveria vigorar.

A necessidade da manutenção da afeição entre os sócios, entretanto, impõe a permissão para que a disposição seja reconhecida como possível. De outra parte, para garantia de benesse dada por sucessão hereditária, poder-se-ia comprometer a continuidade de empresa, inclusive de interesse social. A atuar contra esse entendimento, porém,

⁴ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁵ Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

⁶ Art. 1402 CC/16 – É lícito estipular que, morto um dos sócios, continue a sociedade com os herdeiros, ou só com os associados sobreviventes. Neste segundo caso, o herdeiro do falecido terá direito à partilha do que houver, quando ele faleceu, mas não participará nos lucros e perdas ulteriores, que não forem consequência direta de atos anteriores do falecido.

ainda existe a determinação do parágrafo primeiro do artigo 1848 do Código Civil.⁷

Outra situação nova, que parece se caracterizar como espécie de sucessão contratual, vem criada pela previdência privada, mais especialmente pelo VGBL ou PGBL, Lei 11.196/2005, que no artigo 79⁸ permite a transferência do valor aplicado para dependentes indicados.⁹

6. Sucessão anômala

A sucessão anômala ocorre quando a sucessão é legal, isto é, vem disciplinada pela lei, mas não aquelas reservadas para o direito das sucessões (artigo 1784 e seguintes do CC/02). São regras excepcionais que regem a transmissão, como é o caso do artigo 551 e parágrafo único do Código Civil.¹⁰ Neste caso, a parte dos bens do cônjuge falecido, antes de ser endereçada a seus herdeiros legítimos, como seria o caso se houvesse necessidade de obedecer aos dispositivos da sucessão hereditária, passa ao cônjuge sobrevivente.

O mesmo acontece quando o bem transmitido tem natureza de Direito Autoral. Por exemplo, falecendo alguém que deixe uma propriedade material e outra imaterial, a primeira será entregue aos herdeiros legítimos, enquanto a segunda aos filhos e à esposa. A propriedade material será transmitida vitaliciamente, enquanto a imaterial por 60 anos.¹¹ Se não existirem herdeiros legítimos a propriedade material é

⁷ Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

⁸ Art. 79. No caso de morte do participante ou segurado dos planos e seguros de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante.

⁹ No Tribunal de Justiça de São Paulo, tive contato com processo em que o falecido transformou toda sua fortuna em um desses planos e colocou como sua beneficiária exclusiva uma recém-namorada, em detrimento dos filhos do primeiro leito. O processo, ainda em fase inicial, teve analisada apenas uma questão preliminar por via de agravo de instrumento. Mas a possibilidade de se burlar a sucessão legítima, pela via da entrega do aplicado a um terceiro, foi de início notada.

¹⁰ Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

¹¹ Lei 9610/98, artigo 41. Também artigo 112 da mesma lei que faz referência à Lei 5988/73.

devolvida ao Poder Público (artigo 1844 do Código Civil)¹², enquanto a imaterial cai no domínio público.

7. Sucessão hereditária

É a sucessão hereditária, legítima ou testamentária, que o Livro V da Parte Especial do Código Civil trata, e o faz com o nome de Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões é muito sensível, muito suscetível a alterações. O atual ganhou várias modificações, grande parte delas provocadoras de incontáveis polêmicas.

Mas também outras regras jurídicas, que foram trazidas por outras leis, provocam, indiretamente, alterações que merecem reflexão.

A Constituição Federal de 1988 garante, no artigo 5º, XXX, o direito de herança. Não condiciona esse direito, como o faz, por exemplo, com o direito ao trabalho (inciso XIII), também garantido, mas na forma da lei. Poder-se-ia, então, sustentar que as restrições ao direito de herança, estabelecidas por legislação ordinária, não podem ser admitidas, posto inconstitucionais. Seria o caso da deserdação e da indignidade, por exemplo.

Também o Código Civil traz inúmeros dispositivos provocadores de grande celeuma:

- ⇒ O direito das sucessões está diretamente ligado à morte de alguém. Mas o conceito de morte vem sendo modificado. Não se resolveu a questão do prolongamento artificial da vida, porque houve silêncio quanto ao momento em que se dá a morte natural.¹³
- ⇒ Há ausência de solução sobre ser ou não a comoriência aplicável a toda espécie de morte, por exemplo, a decorrente da ausência.
- ⇒ Não houve tratamento relativamente à crioconservação, no que diz respeito a ser ou não hipótese de morte.

¹² Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

¹³ O artigo 3o da Lei de Transplantes – 9434/97 - fala em morte encefálica. Mas o artigo 13 parece isso não indicar. Até porque a morte encefálica não é o único diagnóstico para a Organização Mundial da Saúde.

- ⇒ Da mesma maneira, não há tratamento sobre a ressurreição, conquanto os métodos de reanimação sejam cada vez mais frequentes.
- ⇒ Inúmeras questões relativas ao nascituro como herdeiro (conforme mostra a Profa. Silmara Juny de Abreu Chinellato em artigo sobre as tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo), não foram abordadas.
- ⇒ Além das questões relativas ao nascituro, outras, referentes ao concepturo, ficaram sem solução. E toda a problemática da filiação transfere-se para o direito das sucessões.
- ⇒ A discussão sobre quem é mãe, se aquela que fornece o material genético, se aquela que cede o útero, ou aquela que pretende o filho, não está resolvida. Com isto não se identifica o ascendente com direito à herança.
- ⇒ Acentuam-se as dificuldades quando se analisa a inseminação decorrente de material genético de homem já falecido.¹⁴

Neste artigo, tentarei tratar brevemente de três questões, que se ligam mais intimamente aos direitos fundamentais.

8. Primeira questão

O artigo 1784 CC/02¹⁵ diz que a sucessão se transmite desde logo aos herdeiros e legatários. O mesmo dizia o art. 1572 do CCC/16. É o princípio da *saisine* hereditária, pelo qual há uma continuidade na titularidade do direito, que não fica, em nenhum momento, sem titular. Por isso é que, imediatamente após a abertura da sucessão o direito já é do herdeiro e, em geral, também do legatário, embora a posse deste possa se dar em momento posterior, e a identificação dos bens que caberão ao herdeiro só se estabeleça com a partilha.

O artigo 1845 do Código Civil de 2002¹⁶, por outro lado, de forma inovadora, instituiu o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário.

¹⁴ Sobre toda a temática vale a leitura dos trabalhos das Professoras Giselda Maria de Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato.

¹⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

¹⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Com essas duas regras já é possível concluir que eventual testamento, feito à época do Código Civil de 1916, que não contemplasse o cônjuge e dirigisse a herança a colateral, por exemplo, teria validade se a sucessão se abrisse antes do Código Civil de 2002. Máxime ante o que dispunha o artigo 1725 do Código Civil de 1916.¹⁷

A disposição atual, que diz ser o cônjuge herdeiro obrigatório, não emprestaria eficácia para os testamentos abertos após a vigência do Código Civil de 2002.

A explicação para essa solução não é difícil. A lei que vigora quando o testamento é feito regula a forma extrínseca do ato e a capacidade para testar. Mas é a lei existente no momento da abertura da sucessão que regula a capacidade para suceder e as regras intrínsecas do ato.

Relativamente a um testamento feito em 2000, por exemplo, é neste momento que o testamento passou a ter validade. Nesse instante, não sendo o cônjuge herdeiro necessário, nada impedia o testador de privá-lo do recebimento dos bens transmitidos. Não sendo o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário, mas simplesmente legítimo, não recebia compulsoriamente.

Mas se tudo isso é verdade, outros dispositivos do Código Civil trazem certa dúvida à solução acima dada.

O artigo 2041 do Código Civil de 2002¹⁸ estabeleceu que não se aplicam às sucessões abertas antes de ele entrar em vigor os artigos 1829 a 1844.

Interpretação a contrário senso nos remete à conclusão de que se deve aplicar às sucessões abertas antes de entrar em vigor o Código Civil de 2002 os demais artigos, entre eles o 1845, em razão do qual o cônjuge é herdeiro necessário e recebe obrigatoriamente herança.

Esse entendimento importa em que, mesmo para as sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite deve ser considerado herdeiro necessário, não podendo ser privado da herança.

Aqueles que aparentemente haviam herdado, em 2002, por força de exclusão voluntária feita pelo autor da herança em testamento, transformam-se em herdeiros aparentes e devem devolver o que receberam.

¹⁷ Artigo 1725 do CC/16 – Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar.

¹⁸ Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

A solução contrapõe-se ao artigo 1784 do Código Civil atual, e seu paradigma no código de 1916. Esses dispositivos indicam direito adquirido daquele que figurava como herdeiro no momento da abertura da sucessão. Isto é, falta explicar como se retiraria o direito, ao que tudo indica, já adquirido, daquele que, antes de 2002 recebeu como herdeiro. Há aparente impossibilidade de uma lei ordinária afrontar direito adquirido, constitucionalmente protegido.

Dois precedentes, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, já deram solução no sentido da inexistência de formação de direito adquirido, em casos semelhantes.

O primeiro diz respeito à sucessão de Paul Louis Joseph Deleuze. À época a sucessão dos colaterais, como tratada pelo código de 1916, alcançava até o sexto grau. Com a morte de Paul Louis iria recolher a herança um seu primo, francês, que nunca havia estado no Brasil. Editou-se, então, o Decreto-Lei 1907/39, que modificou a sucessão dos colaterais, só beneficiando aqueles de até 2º grau, e estabelecendo sua aplicação retroativamente. O Supremo Tribunal Federal rejeitou alegação de inconstitucionalidade do referido diploma legal, conforme Washington de Barros Monteiro.¹⁹

No Governo Dutra, baixou-se o Decreto-Lei 9461/46, agora para ampliar a sucessão dos colaterais até o quatro grau. Ainda é Washington de Barros Monteiro quem conta que a modificação buscou a herança de Hildebrando Cantinho Cintra, que havia falecido em São Paulo sem descendentes sucessíveis, mas que tinha prima, casada com senador da República, que acabou beneficiada com a mudança.

Como se verifica, o artigo 1784 do Código Civil (ou seu correspondente no código anterior), que garantia a aplicação da lei vigente na data da abertura da sucessão para a aquisição do direito de ser herdeiro, tem precedentes jurisprudenciais que não o amparam.

A proteção constitucional do direito adquirido, por isso, parece correr certo risco na solução judicial que se tem dado a esta questão.

¹⁹ Washington de Barros Monteiro traz trecho do voto de Carlos Maximiliano sobre o tema: “a opulência daquele estrangeiro fora adquirida por meios tortuosos tais que, ao se abrir inquérito para apurá-los, não achou ele outra porta para escapar senão o suicídio. Sobreveio então a lei, colimando impedir que fortuna, havida em detrimento do Estado, fosse parar às mãos de alienígenas. Sustentou-se que o direito do herdeiro, ao tempo da abertura da sucessão, era presumido, podendo destarte ser alterado por fatos e por lei nova, sem que isso constituísse expropriação independente de prévia indenização.” (*Direito das Sucessões*, 10. ed., p. 19 – voto citado na *Revista Forense* 87/670, *Revista dos Tribunais* 132/757).

9. Segunda questão

A mesma situação acima pode ser aplicada à união estável. Segundo a regra geral, o companheiro tem quatro situações diferentes relativamente a seu direito sucessório decorrente da união estável. Antes da Lei 8971/94 não tinha qualquer direito. Após essa lei, passou a receber, entre outros, a herança, com exclusividade, desde que não existissem ascendentes ou descendentes. Com a Lei 9278/96 passou a ter, também, direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência para a família. O Código de 2002, porém, afastou o direito real de habitação e só concedeu direito exclusivo ao companheiro se não existissem outros herdeiros legítimos.

Mas o artigo 2041 do Código Civil de 2002, porém, mandou que não se aplicassem os artigos 1829 a 1844 às sucessões abertas antes de sua vigência. A contrário senso, como se disse, os demais artigos aplicar-se-iam às sucessões já abertas.

A sucessão do companheiro está no artigo 1790 e, portanto, seria aplicável, às vezes entregando mais bens (se aberta antes da Lei 98971/94), ou às vezes menos bens (se a abertura da sucessão se desse após esta lei).

O entendimento no sentido de que essa interpretação não ofende ao princípio da aquisição de direito, conforme a lei em vigor na data da abertura da sucessão, fica por conta dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, já citados.

10. Terceira questão

O sucedido, autor da herança, na vigência do Código Civil de 196, tinha a disponibilidade de seus bens, mesmo depois de sua morte, isso pela via do testamento. Solução que se justificava porque inócua a proibição de transmitir a quem lhe aproovesse, visto que se fosse impedido completamente de dirigir sua sucessão poderia distribuir ou dilapidar seu patrimônio antes de morrer.

Inúmeras intervenções começaram a ser feitas para coarctar essa liberdade: umas de aparente proteção ao próprio autor da herança (não pode doar todos os seus bens sem que lhe reste o suficiente para sobreviver – art. 548); outras de garantia dos herdeiros (não pode doar mais do que poderia dispor em testamento – art. 549), ou de parte dos herdeiros (venda de ascendente a descendente – arts. 544 e 496).

Mas uma restrição ao autor da herança parece absolutamente infeliz: não pode clausular a legítima.

Justifica-se com o direito constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF).

Não é crível que, especialmente o pai, buscasse com esse gravame o prejuízo do filho. Não se retira deste o direito à herança.

Antes disso, o pai passa por avarento testador, insensível ascendente, em geral para proteger o filho. Esconder o motivo, que agora deverá ser escancarado, irá revelar fatos da vida privada do herdeiro, que o pai buscou encobrir para protegê-lo. Impõe-se ao pai a árdua tarefa de esfacelar a vida privada do filho, que ele pai quis proteger mesmo depois de morrer.

Essa disposição (não clausular) de suposta proteção ao filho, que não impede o herdeiro de usufruir dos bens, parece alicerçada num suposto direito fundamental à herança, direito este que não é tão amplo quanto se apregoa, sob pena de impedir também a deserção.

O que se poderia fazer seria permitir o afastamento das cláusulas, desde que não mais presente o motivo que levou o pai a incluí-las, ou desde que se comprovasse a absoluta intenção do genitor de prejudicar o filho. Mas a prova dessa situação deveria ficar por conta do herdeiro, não do sucedido, cuja boa intenção e correção de atitude deveriam ser presumidas e válidas.