XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

SERGIO PEREIRA BRAGA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Sergio Pereira Braga, Tereza Cristina Monteiro Mafra, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-306-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Curitiba/PR, entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas, em especial, aquelas controvertidas e originais, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores e as instituições de ensino superior.

Os trabalhos aprovados exploraram o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito frente à cidadania e ao desenvolvimento sustentável. Considerando a extensão do tema, o grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, concentrou sua abordagem ao âmbito familiar e aos reflexos jurídicos e sociais que dele refletem, como os direitos sucessórios.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes à advocacia colaborativa, à reprodução humana assistida, à tutela jurídica das famílias simultânea e poliafetiva, ao abandono afetivo, à adoção intuitu personae, ao imposto de renda na pensão alimentícia, à liberdade de testar, à mediação familiar, à multiparentalidade forçada, dentre outros.

Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI visa estimular a reflexão e a quebra de paradigmas relacionados aos mais diversos assuntos entre especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores. Para tanto, possibilita a apresentação de artigos, de pôsteres, assim como de palestras, buscando a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM e UNICESUMAR

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga - UNINOVE

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - FDMC

DA LIBERDADE DE TESTAR: REPENSANDO A LEGÍTIMA NO BRASIL

OF THE FREEDOM TO TEST: RETHINKING THE LEGITIMATE IN BRAZIL

Isabela Farah Valadares [1]
Walsir Edson Rodrigues Júnior [2]

Resumo

Este artigo, que adota a metodologia de pesquisa bibliográfica, visa analisar a real necessidade da manutenção da legítima no ordenamento jurídico brasileiro e os limites da liberdade de testar. Para tanto, faz-se a análise histórica do surgimento da legítima, bem como da sua ausência no ordenamento jurídico de alguns países estrangeiros. Ao final, propõe-se uma releitura da legítima a fim de compatibilizar a aplicação e a efetivação dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar.

Palavras-chave: Legítima, Autonomia privada, Solidariedade familiar, Liberdade de testar

Abstract/Resumen/Résumé

This article, which adopts a literature research methodology, aims to analyze the real need of maintenance of Legitimate in Brazilian legal system and the limits of freedom to test. To this end, the study presents a historical analysis of the emergence of Legitimate, as well as their absence in the legal system of some foreign countries. In the end, it proposes a new reading of Legitimate in order to harmonize the implementation and realization of the principles of private autonomy and family solidarity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legitimate, Private autonomy, Family solidarity, Freedom to test

[1] Advogada. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EPD. Graduada em Direito pela UFMG. Professora de Direito Civil no IBHES.

[2] Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor de Dir. Civil na PUC Minas e na FESMPDFT. Membro do IBDFAM e do IAMG. Sócio do escritório CRON Advocacia.

1. INTRODUÇÃO

Zeno Veloso afirma que a sucessão, em seu sentido estrito, significa "a transmissão, a transferência do patrimônio de uma pessoa que morre, para uma ou mais pessoas, que substituem o defunto nos seus direitos e obrigações".[3] Ela se dará por disposição de última vontade, denominada "testamentária", ou em virtude de lei, "sucessão legítima".

Apesar de o testamento representar a "derradeira manifestação de vontade do autor da herança, atribuindo patrimônio a pessoa certa e determinada (ou determinável) para depois de sua morte"[4], a liberdade de testar no ordenamento civil brasileiro não é ilimitada. O Código Civil determina expressamente que, deixando o falecido certos parentes, limitado será o seu direito de dispor do seu patrimônio. "Por essa estrutura, a existência dos chamados 'herdeiros necessários' limita o direito de doar (disposição *inter vivos*) e de testar (disposição *mortis causa*)".[5]

Os herdeiros necessários, no Código Civil de 1916, eram apenas os descendentes e os ascendentes, conforme determinava o art.1721: "O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código."[6]

A partir do Código Civil de 2002 os herdeiros necessários passaram a ser os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente.[7]

A legítima no Brasil "vige desde o período das Ordenações, quando ainda era uma colônia, mantendo-se praticamente inerte a toda a evolução econômica e social pela qual o país passou nestes pouco mais de quinhentos anos de descobrimento".[8]

---

[3] VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993, p. 11.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.) **Direito das Sucessões.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 243.

[5] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito das sucessões. v.6. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 291.

[6] BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 07 out. 2015.

[7] O companheiro sobrevivente não foi contemplado com a qualidade de herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002. Na Constituição Federal de 1988, o casamento assim como a união estável são entidades familiares dignas da especial proteção do Estado, ciente o constituinte de que os laços afetivos que ligam os cônjuges para a formação da família matrimonial são os mesmos que ligam os companheiros na constituição da união estável. Por isso, tem-se como inapropriado o tratamento sucessório desigual entre cônjuges e companheiros estabelecido pelo Código Civil de 2002, já que não há diferença interna entre as duas entidades familiares que justifique ordem de vocação hereditária desigual entre cônjuges e companheiros. Qualquer tratamento desigual só deve ser admitido externamente e, assim mesmo, por força da substancial diferença entre casamento e união estável, qual seja: a prova pré-constituída do fato jurídico presente no casamento e inexistente na união estável.

Para Raphael Furtado Carminate, a razão para a manutenção da legítima no ordenamento civil brasileiro por tantos anos não seria pelo fundamento do vínculo de sangue nem pela vontade presumida do autor ou pela continuação da obrigação alimentar, e sim pela conjunção de diversos princípios constitucionais, como a solidariedade familiar, a proteção integral à entidade familiar e a dignidade da pessoa humana e da propriedade privada.[9]

Entretanto, tem-se que, atualmente, não seria a legítima a única maneira capaz de garantir proteção à família, existindo outras formas de se chegar a esse resultado sem afetar a autonomia do testador para dispor livremente dos seus bens.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Nas sociedades primitivas, era a forma coletiva de utilização dos bens que prevalecia. "Neste período, o testamento não existia, e nem teria sentido em sociedades nas quais a propriedade era tribal, grupal".[10] Clóvis Beviláqua afirma que, "não havendo patrimônio individual, não era possível o testamento, que pressupõe uma personalidade individual, autônoma, e um patrimônio transmissível, por ato da vontade, que vence o aniquilamento físico da morte."[11]

No mesmo sentido, Cristiano Pretto explica que nas sociedades primitivas, em que não existia uma propriedade individual, e sim um coletivo particular, "as transferências e regulamentações em razão da morte não tinham intervenção de um Direito Hereditário. Também não aceitavam a ideia de testamento, de sucessão por vontade de um titular (vontade da pessoa)"[12], tendo em vista que o titular da capacidade jurídica não era a pessoa, e sim a coletividade.

Com o advento de certa individualização, deixando as sociedades de serem tribais, estas passaram a utilizar o testamento. Entretanto, ainda nessas sociedades a propriedade pertencia por direito à família.

---

[8] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 88.

[9] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 89-90.

[10] VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993, p. 16.

[11] BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1955, p. 139.

[12] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 11.

> Não tinha, então, o testamento, como função primordial, a disposição de bens. Pelo menos, isto não ocorria, prioritariamente. Nas antigas sociedades, era mais importante a sucessão na chefia do grupo do que a sucessão nos bens acumulados e que eram utilizados, coletivamente, pelos membros unidos por vínculo de consanguinidade.[13]

Carlos Maximiliano explica que "o direito de testar surge e amplia-se à medida que uma sociedade passa do regime feudal ou militar para o industrial e o princípio do organismo familiar cede a preeminência à liberdade individual."[14] Assim, "é possível afirmar que o testamento, fundamentalmente e próximo do que existe hoje, tem seu auge no Direito Romano."[15] Para compreender o histórico do Direito Sucessório em Roma, imprescindível o entendimento do contexto familiar romano:

> Durante o período do Império Romano, a família não precisava ser formada por laços de sangue. Estava unida, na verdade, pelo culto aos antepassados. Os filhos poderiam ser substituídos caso recusassem participar do culto. Estranhos poderiam ocupar os seus lugares. Na verdade, "a família romana era uma comunidade política em miniatura"[16], figurando como chefe, juiz e sacerdote o *pater*, o qual exercia poder absoluto sobre os demais membros do grupo. Esta perspectiva de entidade familiar empresta base para a compreensão do Direito hereditário, pois o testamento surge como "atributo da onipotência majéstica do *pater família"*[17,18]

Originalmente, em Roma, o testamento era utilizado para que o chefe do grupo escolhesse um sucessor para substituí-lo, principalmente, para a função de autoridade da família.

Aos poucos, o testamento também se transformou em um meio de transmissão dos bens, sendo, mesmo assim, indispensável a nomeação do sucessor, isso porque "no direito sucessório romano a transmissão do patrimônio aos herdeiros era somente um fenômeno acessório ligado à sucessão".[19] Ou seja, "a herança originária era um meio de transmissão da soberania, antes de representar uma transferência patrimonial."[20]

---

[13] VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993, p. 16.
[14] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. v.1, 4. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958, p. 340.
[15] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 23-24.
[16] CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5. Ed. São Paulo: Forense, 1968, p.152.
[17] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LV, 3. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 63.
[18] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 24.
[19] VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993, p. 17.
[20] VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993, p. 17.

O interessante é que "o direito primitivo romano admitiu a ampla e irrestrita liberdade de testar."[21] Nesse contexto, a sucessão testamentária sobrepujou muito a sucessão legítima, aquela decorrente da lei, pois a morte se tornava menos assombrosa para um romano se ele tivesse a certeza de que sua unidade familiar seria perpetuada.

O testamento tinha, portanto, enorme importância para os romanos, percebido, praticamente, como uma religião, sendo uma grande afronta para eles falecer sem ter testado.

> Em Roma, a sucessão testamentaria teve importância memorável devido ao fator religioso. A devolução sucessória destinava-se precipuamente a manter o culto dos ancestrais, notadamente o dos *mones*. O principal fim do testamento era a instituição de herdeiro, precisamente para que prosseguisse ele nesse culto privado. Apesar das modificações introduzidas a partir do fim da República, conservou a sucessão testamentária considerável relevância, orientando-se, porém, por ideias novas inspiradas na transformação da família e na filosofia helênica. [22]

Ocorre que essa ampla liberdade de decidir quem seria seu sucessor e quais bens seriam transmitidos não durou por muito tempo, aparecendo, pouco a pouco, limitações à liberdade de testar.

> Só nos fins da república ocorreu o início de um direito de legítima com a introdução da *querela inofficiosi testamenti* (impugnação do testamento quando o testador faltou com o dever de respeito aos seus familiares próximos) que restringia a liberdade de testar no interesse de determinados familiares. [23]

A *querela inofficiosi testamenti* garantia que o testamento que prejudicasse "os parentes próximos do *de cujus* fosse submetido à apreciação do referido tribunal, que avaliava se a exclusão do parente havia sido legítima ou não. Se acaso entendesse pela inexistência de razões justificadoras de deserdação, anulava-se o testamento".[24]

Para evitar que os testamentos fossem anulados, o testador deveria garantir a seus herdeiros mais próximos certa porção de seus bens, sendo tal quantidade, até então, indeterminada. A essa porção foi dado o nome de "porção legítima".

---

[21] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 79.

[22] GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. Ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84-85.

[23] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 25.

[24] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 80.

> Lançadas as bases da evolução da legítima, Justiniano a consolidou por intermédio da Novela 115, reformulando a matéria, especialmente ao estabelecer a necessidade de se apontar expressamente no testamento algumas das causas preestabelecidas em lei para a deserdação de descendentes por ascendentes, ou vice-versa. Além disso, fora mantida a querela em favor dos parentes próximos do testador. [25]

A partir de então, a porção reservada aos herdeiros próximos do testador passou a ser uma constante nas legislações e a liberdade do testador em fazer o que quisesse, cada vez mais sujeita às limitações, não podendo mais ignorar seus herdeiros mais próximos conforme sua vontade. Além disso, passou a ser obrigatório deixar para algumas pessoas uma parte de sua propriedade, afetando também o conteúdo de sua vontade.[26]

3. BREVE PANORAMA DA LEGÍTIMA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

O panorama legislativo atual a respeito da legítima não é favorável à liberdade de testar. Na maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros existem regras que limitam a liberdade de testar por intermédio do instituto da legítima, também chamada "reserva legal" em favor de determinados parentes do testador.

María Fernández-Hierro e Marta Fernández-Hierro classificaram e dividiram alguns países em três grandes grupos: os de sistemas hereditários clássicos; os que reconhecem a liberdade de testar; e aqueles em que os herdeiros necessários teriam direito a uma porção dos bens ou a algum valor somente se comprovassem situação de necessidade.

Dentre os países de sistemas hereditários clássicos, as autoras fazem a seguinte distinção:

[25] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 81.
[26] MAINAR, Rafael Bernad. De la legítima romana a la reserva familiar germánica. **Revista internacional de derecho romano**, abr./2015, p. 17-18.

> Dentro desse grupo existem aqueles países que reservam uma cota parte da herança para determinados herdeiros, tradicionalmente chamada de legítima ou reserva. Esses países são aqueles que se basearam no Direito Romano, como a França, Itália, Espanha etc. [...] Em segundo lugar existem os países que garantem a determinados herdeiros um direito de crédito em relação à herança, como é o caso da Alemanha e Áustria. Dentro desse grande grupo dos sistemas clássico existem diversas pequenas distinções em relação aos herdeiros que serão beneficiados e também à quantia que caberá especificadamente a eles. [27] (tradução nossa)

O segundo grupo seria formado pelos países que reconhecem o direito à liberdade de testar, que, tradicionalmente, correspondem àqueles de Direito Anglo-saxão.

> No entanto, deve-se notar que, atualmente, nem mesmo nos países de *common law* a liberdade de testar é absoluta (como já foi, por exemplo, na Inglaterra e no País de Gales até 1938). Nesses casos, geralmente, a limitação da liberdade de testar vem mediante o reconhecimento a certos parentes e ao cônjuge do direito a alimentos, seja qual for a disposição do testador. Um exemplo disto é o que acontece na Inglaterra. Na América Latina, o Código Civil mexicano adota este sistema, permitindo a liberdade de fazer, mas também obrigando o testador a deixar uma pensão alimentícia ao cônjuge, a certos parentes de sangue em linha reta e, até mesmo, ao companheiro. Na mesma linha seguem os sistemas dos códigos civis da Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá.[28] (tradução nossa)

Já o terceiro grupo representaria um sistema intermediário, em que os herdeiros necessários só teriam direito à legítima na hipótese de necessitarem. Ou seja, a legítima teria um caráter assistencial.

> Isso é o que acontece, por exemplo, na Rússia, onde o atual Código Civil aceita o princípio da liberdade de testar com as limitações do artigo 1.149, que dá aos filhos menores do falecido, ao cônjuge deficiente e/ou aos pais com deficiência o direito de requererem pelo menos a metade da herança. Também na Estônia se prevê (§104 da

[27] aquellos que consideran la legítima como pars hereditatis de aquellos que otorgan al legitimario un derecho de crédito frente al heredero. 1.1. Ordenamientos jurídicos que reconocen a los parientes cercanos el derecho a una parte determinada de la herencia, tradicionalmente llamada legítima o reserva, son mayoritariamente los que parten del Derecho romano (Francia, Italia, España…) [...] En segundo lugar, estarían los países que reconocen a determinados parientes no el derecho a una parte de la herencia, sino un derecho de crédito frente a los herederos. Este es el caso de Alemania o Austria. Dentro de estas categorías hay múltiples variantes en función de qué parientes se consideran legitimarios. (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 25)

[28] No obstante hay que precisar que actualmente en los países de Derecho anglosajón tampoco la libertad de testar es absoluta (como lo era, por ejemplo en Inglaterra y Gales hasta 1938). En estos casos, normalmente la limitación a la libertad de testar viene a través del reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge del derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador. Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra. En Latinoamérica adopta este sistema el Código civil mejicano, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en línea recta, e incluso a la concubina pareja de hecho. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.(*La libertad de testar aparece con el testamento, que fundamentalmente tiene su auge en el Derecho romano* (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 26).

> Lei sobre Herança) que "se o falecido em um testamento ou contrato sucessório deserdar um ascendente, um filho ou cônjuge que estejam incapacitados para o trabalho, ou tiver reduzido seus quinhões hereditários em comparação com a quota que lhes corresponderiam na sucessão legítima, esses parentes e cônjuges têm direito a reivindicar a legítima". Na Lituânia, os filhos, os parentes e o cônjuge do falecido têm direito à legítima desde que "precisem ser mantidos" no momento da morte do falecido, sendo a quantia da legítima correspondente à metade da quota da sucessão legítima. Na Eslovénia, avós e irmãos do falecido possuem direito à legítima somente se eles são incapazes de trabalhar e não possuem meios financeiros para satisfazer as suas necessidades. Além disso, em 2001, a Lei de Herança da Eslovênia foi alterada para estabelecer que o cônjuge ou herdeiros sem meios financeiros suficientes para suprir uma vida digna podem solicitar ao juiz um aumento nas suas quotas em detrimento de outros herdeiros. Finalmente, na Polônia a porção da legítima passa a ser dois terços da herança se os herdeiros forem menores ou incapazes de trabalhar.[29] (tradução nossa)

Tomando como base essa divisão, aprofunda-se aqui em relação às regras específicas de alguns países dos dois grupos mais relevantes. Como representantes do sistema hereditário clássico serão abordados o Direito Francês, o Direito Português e o Direito Alemão. Inglaterra, Estados Unidos e México representarão os países que reconhecem o direito à liberdade de testar.

4. PAÍSES DE SISTEMA HEREDITÁRIO CLÁSSICO

4.1 França

Apesar de o Direito Sucessório francês quase não ter sido modificado desde o Código de Napoleão, recentemente isso aconteceu, indicando a tendência de simplificação de suas regras e de ampliação da liberdade de testar.

29 Esto es lo que ocurre por ejemplo en Rusia, donde el actual Código Civil acepta el principio de libertad de testar con las limitaciones del artículo 1.149, que otorga a los hijos del causante que sean menores o discapacitados, su cónyuge y/o progenitores discapacitados la facultad de pedir al menos la mitad de la herencia. También en Estonia se prevé (§ 104 de la Ley de Derecho de Sucesiones) que “si el causante en testamento o contrato sucesorio ha desheredado a un ascendiente, descendiente o a su cónyuge llamado a suceder abintestato que está incapacitado para el trabajo, o ha reducido su cuota hereditaria en comparación con la cuota que le correspondería abintestato, esos parientes y el cónyuge tienen derecho a suceder en la legítima”. En Lituania los hijos, parientes y el cónyuge del causante tienen derecho a la legítima siempre que “necesiten ser mantenidos” en el momento del fallecimiento del causante, siendo la cuantía de la legítima la mitad de la cuota intestada. En Eslovenia, los abuelos y hermanos del causante sólo adquieren derecho a la legítima si son incapaces para el trabajo y carecen de medios económicos para satisfacer sus necesidades. Además, en el año 2001 la Ley de Sucesiones eslovena fue modificada, estableciéndose que el cónyuge o los herederos privados de medios económicos suficientes para la vida pueden solicitar del juez un incremento de sus cuotas a costa de los restantes herederos. Finalmente, en Polonia la cuantía de la legítima se incrementa hasta los dos tercios de la herencia si los legitimarios son menores de edad o incapaces para el trabajo.(La libertad de testar aparece con el testamento, que fundamentalmente tiene su auge en el Derecho Romano (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 26-27).

Na França, a legítima é denominada "reserva hereditária". Atualmente, está definida pelo art. 912 do Código Civil[30] como sendo a parte da propriedade e dos direitos sucessórios que a lei garante a determinados herdeiros. Assim, a porção disponível seria aquela que a lei não proíbe ao falecido de dispor livremente por doações.

> Na França, também existe legítima, chamada de "reserva". Essa matéria foi alterada pela Lei de 3 de dezembro de 2001 e, especialmente, pela Lei de 23 de junho de 2006. O Código Napoleônico, quando de sua elaboração, fundiu as características dos diferentes regimes que o precederam. Ele concebeu a legítima como *pars hereditatis*; ou seja, é um direito dentro da sucessão, sujeito ao exercício pelos herdeiros necessários de seus direitos sucessórios. As justificativas legais para a reserva também foram aceitas e enraizadas na sociedade: que os descendentes devem ser protegidos, que cada um tem um dever para com seus parentes mais próximos, que deve haver um mínimo de igualdade entre os descendentes. Pouco a pouco, surgiram tendências favoráveis a uma maior liberdade para testar. [...] A lei de 2006 aumentou claramente a liberdade de testar, afetando a natureza e as características da reserva, que, no entanto, não desaparecem.[31] (tradução nossa)

Atualmente, após as mudanças da Lei 2006-728, de junho de 2006, as regras específicas da legítima francesa se limitaram ao disposto nos arts. 913 e 914-1[32], que dispõem que as liberalidades do falecido não podem exceder a metade de seus bens caso ele tenha apenas um filho no momento de sua morte. Se ele tiver dois filhos, suas liberalidades não poderão exceder um terço dos seus bens. Caso tenha três filhos ou mais, suas liberalidades deverão se limitar a um quarto da totalidade dos bens. Havendo cônjuge sobrevivente, as doações não poderão exceder três quartos da integralidade da herança.

---

[30] FRANÇA. Lei 1803-03-05. **Código Civil.** Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209. Acesso em: 04 dez. 2015.

[31] En Francia también existe legítima, que se denomina reserva, y esta materia ha sido reformada por la Ley de 3 de diciembre de 2001 y especialmente por la Ley de 23 de junio de 2006. El Código Napoleónico fusionó en su día las características de los diferentes regímenes que le habían precedido. Concebía la reserva como pars hereditatis, es un derecho dentro de la sucesión, subordinada al ejercicio por los reservatarios de sus derechos sucesorios. Las justificaciones jurídicas de la reserva fueron también asumidas y enraizadas en la sociedad: que los descendientes debían ser protegidos, que cada uno tenía un deber hacia sus parientes más próximos, que debía reinar un mínimo de igualdad entre los descendientes… Poco a poco surgen corrientes favorables a una mayor libertad de testar. [...]La ley de 2006 trata de aumentar claramente la libertad de testar, afectando a la naturaleza y a las características de la reserva, que sin embargo no desaparece.(FRANCE. European E-Justice. **European Commission servisse**: 02 Set. 2015. Disponível em : https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em: 15 nov. 2015.)

[32] Artigo 913. As liberalidades, seja por ato inter vivos ou por testamento, não podem exceder metade da propriedade do instituidor se ele deixar uma criança no momento da morte; um terço, se ele deixar dois filhos; um quarto, se deixar três ou mais.
Artigo 914-1. As liberalidades, por ato inter vivos ou por testamento, não podem exceder três quartos da propriedade se o falecido deixar um cônjuge sobrevivo, e não se divorciaram..(FRANÇA. Lei 1803-03-05. **Código Civil.** Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209. Acesso em: 04 dez. 2015)

> Sob a lei francesa, apenas os descendentes do falecido (filhos, netos, etc., em ordem de prioridade) e o cônjuge do falecido, quando não houver descendentes, têm direito a uma parte reservada. Ascendentes e colaterais não têm direito a uma reserva legal. Os direitos a uma parte reservada que restringem a liberdade de testar não podem exceder três quartos da propriedade. Herdeiros com direito a uma parcela reservada (intitulados "herdeiros reservados" ─ Héritiers réservataires) não podem renunciar a parte, a menos que renunciem à sucessão. De outro lado, eles podem renunciar previamente ao direito de tomar medidas para a redução em relação às doações excessivas (tradução nossa).[33]

É notório o aumento da liberdade do testador em relação às reformas trazidas pela nova legislação, que preveem "a supressão da reserva dos ascendentes, a admissão dos pactos de renúncia à ação de redução e da legítima, além de substituições fideicomissárias, estas, proibidas desde a Revolução."[34]

> No regime anterior à lei de 2006, se o falecido não tinha descendentes, caberia uma reserva aos ascendentes (ex-artigo 914), em que o grau de relacionamento não se distingue. A reserva não era de acordo com número de ancestrais: um quarto da sucessão para cada linha. Por conseguinte, se houvesse um ascendente em cada linha a quota disponível era a metade, e se houvesse apenas uma linha de antepassados, a quota disponível era de três quartos. A lei de 2006 revogou a reserva e, em seu lugar, regulamentou-se um direito legal de retorno.[35] (tradução nossa)

Outra inovação da Lei de 2006, que também evidencia tendência ao aumento da liberdade nas disposições testamentárias, foi a introdução da possibilidade de os herdeiros necessários renunciarem antecipadamente ao seu direito de solicitar a redução das disposições testamentarias. "Com a possibilidade atual, excluem-se do cálculo da reserva as parcelas dos herdeiros renunciantes, ampliando a disponível em favor da liberdade".[36]

---

[33] Under French law, only descendants of the deceased (children, grandchildren, etc., in order of priority), and the spouse of the deceased where there are no descendants, are entitled to a reserved portion.Ascendants and collateral relatives have no rights to a reserved portion.The rights to a reserved portion, which restrict the freedom to make a will, may not exceed three quarters of the estate. Heirs entitled to a reserved portion (entitled heirs – héritiers réservataires) may not waive that portion unless they waive succession. On the other hand, they may waive in advance the right to take action for reduction for reduction against excessive donations. (FRANCE. European E-Justice. **European Commission servisse**: 02 Set. 2015. Disponível em : https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em: 15 nov. 2015.)

[34] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p.61.

[35] En el régimen anterior a la ley de 2006, si el causante no tenía descendientes, los ascendientes tenían una reserva (antiguo artículo 914), en la que no se distinguía el grado de parentesco. La reserva era invariable cualquiera que fuese el número de ascendientes: un cuarto de la sucesión para cada línea. En consecuencia, si existían ascendientes en cada línea la cuota disponible era de la mitad, y si sólo había ascendientes en una línea, la cuota disponible era de tres cuartos. La ley de 2006 ha derogado esta reserva, y en su lugar se regula un derecho de retorno legal.(FRANCE. European E-Justice. **European Commission servisse**: 02 set. 2015. Disponível em : https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em: 15 nov. 2015.)

[36] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 61.

4.2 Portugal

Em Portugal, existem os herdeiros legitimários, correspondentes aos herdeiros necessários no Brasil, que, conforme dispõe o artigo 2.157 do Código Civil Português, são "o cônjuge, os descendentes e os ascendentes".[37] "Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários. Esta é a chamada "sucessão legitimaria". Trata-se de uma forma de sucessão legal que não pode ser afastada por vontade do autor da sucessão."[38]

> Assim como faz o Código Civil Francês, a legislação portuguesa não estabelece uma reserva única para os herdeiros legitimários, variando a mesma de acordo com o número deles existente à época da abertura da sucessão, de acordo com as regras fixadas pelos artigos 2.158 a 2.161.[39,40]

Conforme o artigo 2.158 do Código Civil Português, "a legitima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança".[41] Porém, havendo concurso entre cônjuge e filho, a legítima será de dois terços da herança. "Não havendo cônjuge sobrevivo, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais".[42] Por fim, se houver concurso entre cônjuge e ascendente, a legítima será de dois terços da herança. Se o autor da herança deixar apenas

---

[37] PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015.

[38] PORTUGAL. European E-Justice. **European Commission servisse**: 03 jun. 2015. Disponível em : https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-pt-pt.do?init=true&member=1. Acesso em: 15 nov. 2015.

[39]. Artigo 2158. A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.

Artigo 2159. 1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Não havendo cônjuge sobrevivo, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.

Artigo 2160. Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima.

Artigo 2161. 1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivo, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes. (PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015.)

[40] CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 84.

[41] PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015.

[42] Art. 2.159.1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Não havendo cônjuge sobrevivo, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais. (PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015.)

ascendentes, a legítima será de "metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes."[43]

Interessante mencionar que o cônjuge sobrevivente só passou a ser herdeiro legitimário com a reforma do Código Civil Português, a partir do Decreto-Lei 496, de 1977.

O art. 2.163 do Código Civil Português é um relevante "reforço da ideia de sucessão baseada na autonomia do testador"[44], isso porque dá ao testador o direito de "preencher a quota do legitimário e, se ele aceitar, herda bens já determinados, isto é, trata-se de especificação de bens a título de preenchimento da quota legítima."[45]

4.3 Alemanha

Curiosamente, na Alemanha a liberdade de testar é um direito garantido pela Constituição. Entretanto, tal liberdade está legalmente limitada pela instituição da legítima no Código Civil Alemão, que até o início de 2010 não havia sofrido muitas alterações, mantendo até então sua redação praticamente original.

> Na Alemanha, o artigo 14 da Constituição (GG) garante a liberdade de testar, juntamente com o direito de propriedade, como um direito fundamental individual do falecido e de seus sucessores, e como uma instituição de direito privado. No entanto, a liberdade de testar como um princípio consagrado na Constituição não é abrangente e juridicamente limitada pela instituição da legítima, estabelecida em favor dos descendentes, pais, cônjuge ou companheiro do falecido (arts. 2.301 e seguintes do BGB).[46] (tradução nossa)

María Fernández-Hierro e Marta Fernández-Hierro esclarecem que "recentemente o Tribunal Constitucional alemão confirmou a constitucionalidade da legítima como um limite

[43] Artigo 2161. 1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivo, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes. (PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015.)

[44] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 65.

[45] ASCENSÃO, José Oliveira. O preenchimento pelo autor da sucessão da quota do herdeiro. **Direito e Justiça**, v.XIV, t.1, p. 11-31, 2000.

[46] En Alemania, el artículo 14 de la Constitución (G.G.) garantiza la libertad de testar –junto con el derecho a la propiedad– como un derecho fundamental individual del causante y de los sucesores, y como una institución de Derecho privado. No obstante, la libertad de testar, que como principio consagra la Constitución, no es omnímoda y legalmente está limitada por la institución de la legítima, establecida a favor de los descendientes, padres, y cónyuge o pareja de hecho del causante (arts. 2301 y siguientes del B.G.B.) (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.49-50.)

da liberdade de testar"[47,48] (tradução nossa). De acordo com essa recente decisão, a legítima se justifica pela proteção do matrimônio e da família, outorgando ao herdeiro uma cota-parte da herança independentemente de qualquer tipo de necessidade.[49]

Deve-se salientar, todavia, que no Direito Alemão a legítima não é *pars hereditatis*. O herdeiro necessário detém unicamente um direito de crédito em relação àquele que fora beneficiado com a herança.

> A conversão da reserva em um crédito (indenização), ao que parece, afasta-se da natureza qualitativa da herança, aproximando-se da quantificação, exclusivamente. Evidente que a alteração visa maior liberdade (autonomia da pessoa). Além disso, ao estabelecer que as ações em defesa da reserva não se exercem in natura, mas por meio de uma compensação monetária, reduz-se o caráter público da reserva.[50]

Após a recente reforma de 2010, ocorreu maior flexibilização acerca do pagamento da quantia referente à legítima:

> Com efeito, o §2.331ª, do BGB na redação anterior, estabelecia três requisitos para que o herdeiro pudesse gozar da moratória ou parcelamento no pagamento da legítima: o herdeiro deveria ser necessário (descendentes, cônjuge e pais); se devido aos bens recebidos o pagamento imediato era oneroso excessivamente; somente com a aceitação do herdeiro. A reforma ampliou a possibilidade de pagamento parcelado, pois primeiro identificou que qualquer herdeiro pode solicitá-lo, segundo, substituiu a excessiva onerosidade por "onerosidade não equitativa", indicando, inclusive, que a equidade será avaliada tendo em conta os tipos de bens deixados, especialmente, se o pagamento imediato obrigará abandonar sua moradia ou alienar um bem empresarial que constitua a base econômica herdeiro e sua família, e terceiro dispensou a aceitação do prejudicado.[51]

Os herdeiros de primeira ordem são os descendentes. Se apenas houver descendente, a legítima será a metade da herança, dividida igualmente entre as estirpes, e a outra metade será de livre disposição. Havendo concorrência entre filhos e cônjuge, os filhos têm direito a 3/8 (37,50%) da herança e o cônjuge a 1/8 (12,50%), que, em suma, significa que entre todos a legítima é a metade da herança e que a outra metade é de livre disposição. Por fim, se concorrerem ascendentes e cônjuge, a legítima também será a metade da herança. Porém, essa

---

[47] Sentencia publicada en el repertorio B Ver GE 112, p. 332-363. (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 50.)

[48] Recientemente el Tribunal Constitucional alemán ha confirmado la constitucionalidad de la legítima, como límite de la libertad de testar.(FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.50.)

[49] FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 50.

[50] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 62.

[51] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 63.

metade será distribuída de forma diferente: 25% para o cônjuge e 25% para os parentes de segunda ordem, os ascendentes. Também seria de livre disposição metade da herança.[52]

5. PAÍSES QUE RECONHECEM O DIREITO À LIBERDADE DE TESTAR

5.1 Inglaterra

Os ordenamentos derivados do *common law* "são tradicionalmente adeptos de uma sucessão com base na liberdade de disposição".[53] Entretanto, em 1975 a legislação inglesa regulamentou algumas hipóteses em que pessoas ligadas ao falecido podem, por intermédio do Judiciário, requerer algum tipo de auxílio financeiro:

> A despeito da ampla liberdade, uma referência importante no Direito inglês é o regulamento denominado *Inheritance* (*Provision for Family and Dependants*) *Act*, de 1975, que tratou sobre a possibilidade de algumas pessoas (esposa, filhos, ex-esposa que não tenha contraído núpcias, pessoas que o autor da herança tenha tratado como filho ou outras pessoas que eram mantidas por ele e, a partir de 1995, também a companheira) requererem ao Tribunal uma "provisão", que pode ser uma quantia periódica ou uma quantia global, desde que comprovem que o autor da herança não determinou a transmissão de bens para depois da sua morte conforme a necessidade do requerente.[54]

Ou seja, a decisão sobre se a pessoa próxima ao testador receberá uma "provisão" e sobre como ela receberá caberá ao juiz, com base na análise do caso concreto.

Na Inglaterra, portanto, existe ampla liberdade de testar, não havendo qualquer tipo de regulamentação de legítima, ou reserva legal. Entretanto, caso algumas pessoas ligadas ao falecido comprovem ter necessidade podem requerer uma espécie de auxílio financeiro, que será proporcionado pela herança do falecido. O deferimento desse pedido dependerá de decisão judicial.

5.2 Estados Unidos da América

A matéria relativa a Direito Sucessório nos Estados Unidos é de competência estadual. Em regra, procura-se respeitar a vontade do testador.

---

[52] FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.51.
[53] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 68.
[54] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 68.

> Um grande sinal de liberalização tem ocorrido nos requisitos formais da vontade de um testamento eficaz. A tendência é decisivamente para a aplicação da vontade do testador, mesmo que o testamento não cumpra com os requisitos formais, se a intenção do testador puder ser verificada de forma segura e sem suspeitas de atividades fraudulentas.[55] (tradução nossa)

Além da prevalência da vontade do testador em detrimento dos requisitos formais de um testamento, a maior parte dos estados americanos concede aos indivíduos grande autonomia para disporem de suas propriedades.

Contudo, vem crescendo o número de doutrinadores que defendem uma limitação a essa grande liberdade testamentária americana, com a finalidade de proteger os filhos do testador.[56]

Atualmente, em geral, a grande maioria dos estados americanos determina que

> [...] o cônjuge tem direito a uma "cota eletiva", determinada parte da herança do falecido, geralmente, um terço, e, também, a liberdade de escolher os bens para cobrir a porcentagem de atribuição forçada. Aos filhos não é garantida a legítima. Somente os filhos menores podem solicitar alimentos da herança, e apenas até a maioridade.[57] (tradução nossa)

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

5.3 México

O México é um representante dos países favoráveis à liberdade de testar na América Latina. Entretanto, apesar de não haver disposição legal em relação à legítima, o artigo 1.368 do Código Civil Mexicano determina expressamente que o testador é obrigado a deixar "alimentos" para determinados parentes.

---

[55] SCALISE JR, Ronald J. New developments in United States Sucession Law. **The American Journal of comparative law**, v.54, 2006, p. 110.

[56] SCALISE JR, Ronald J. New developments in United States Sucession Law. **The American Journal of comparative law**, v.54, 2006, p. 112.

[57] el cónyuge tiene derecho a la "elective share", una cuota sobre el patrimonio del causante, que suele ser de un tercio; y tiene libertad para escoger los bienes hasta cubrir el porcentaje de asignación forzosa. A los hijos no se les reconoce legítima. Únicamente los hijos menores de edad pueden reclamar alimentos a cargo de la herencia y sólo hasta la mayoría de edad. (FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 33.)

O Direito Sucessório mexicano determina que o testador deverá deixar alimentos para seus descendentes menores de 18 anos; para os descendentes que estão impossibilitados de trabalhar independentemente de suas idades; ao cônjuge supérstite quando ele esteja impedido de trabalhar ou não tenha bens suficientes, enquanto não contrair novas núpcias; aos ascendentes; à pessoa que o testador viveu como se fosse cônjuge durante pelo menos 5 (cinco) anos antes de sua morte ou com quem tenha tido filhos caso ela não trabalhe ou não tenha bens suficientes, sendo que o direito aos alimentos também subsistirá até que ela contraia novas núpcias (entretanto, se a união do testador for com várias pessoas ao mesmo tempo, nenhuma terá direito a alimentos); e aos irmãos e demais parentes colaterais até o quarto grau que estejam incapacitados para o trabalho ou que não tenham 18 anos caso não tenham bens para suprir com suas necessidades.[58]

Verifica-se, portanto, que os alimentos que o testador deverá deixar para determinadas pessoas possuem um caráter assistencial e são fundamentados no dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar.

6. LEGÍTIMA, AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Após uma breve análise das regras sucessórias de alguns países que representam os sistemas em que há ampla liberdade de testar, pode-se afirmar que a proteção conferida aos parentes próximos do autor da herança pode não se dar com a legítima, mas com o direito a alimentos em caso de necessidade.

Percebe-se que a definição daqueles que serão de alguma forma protegidos se baseia no dever de mútua assistência decorrente do vínculo familiar (parentesco, casamento ou união estável) e na dependência econômica, ou seja, a eventual verba a ser suportada pela herança possui caráter assistencial.

No Brasil, algumas normas legais reconhecem a autonomia dos sujeitos nas relações familiares. O Código Civil de 2002, de forma expressa, proíbe a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1513). Conforme atesta Eduardo de Oliveira Leite, "no texto constitucional de 1988 é nítido o sério

[58] FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p. 34.

esforço no sentido de reduzir o campo das imposições, alargando o espaço das liberdades [...].”[59]

Contudo, não se pode esquecer que a autonomia privada, num Estado Democrático de Direito, deve ser desenvolvida na perspectiva relacional, pois a ideia de autonomia “pressupõe socialidade, intersubjetividade.”[60]

Percebe-se com isso que, outrora, a autonomia era limitada para preservar a família, considerada uma instituição que estava acima dos seus membros. O casamento, por exemplo, não podia ser desfeito mesmo diante da vontade dos cônjuges. Agora, a limitação, quando ocorre, concorre para preservar a dignidade das pessoas envolvidas. A tutela jurídica é destinada ao sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades.

Diante desse novo modelo de família funcionalizada, preocupada com o desenvolvimento da personalidade de seus componentes, a releitura de alguns institutos de cunho protetivo tornou-se inevitável.

Tomando por base essa premissa, evidencia-se que a imposição da legítima como norma de ordem pública, limitando a autonomia do testador-proprietário, deve ser repensada. Há outras formas eficazes de garantir a efetivação do princípio da solidariedade familiar sem, contudo, mitigar a autonomia privada do testador.

Qual a justificativa para se limitar a autonomia do testador se os seus descendentes, ascendentes e cônjuge (ou companheiro), não necessitam de auxílio financeiro? Nesse caso, a legítima serviria apenas para enriquecer os herdeiros necessários.

Conciliar a especial proteção do Estado à família, nos termos do art. 226 da CR/88, e a liberdade que deve existir no seio das entidades familiares, não é tarefa fácil. A regulamentação e proteção excessivas poderão aniquilar a autonomia do sujeito, tão cara ao desenvolvimento da personalidade. Por outro lado, a falta de intervenção estatal poderá gerar injustiças, contrariando a especial proteção decantada no texto constitucional.

A dificuldade está em identificar até onde é possível a intervenção estatal nas relações familiares, e a partir de quando essa intervenção passa a representar uma violação à autonomia privada dos sujeitos integrantes da família.

Não se nega que os familiares hão de ser solidários entre si, a fim de auxiliar a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de todos. Aliás, nisso se assenta a

---

[59] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 17.

[60] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada** – o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 83.

própria conceituação de família – formação social que envolva ambiente propício à plena formação pessoal dos seus componentes – , o que reforça ainda mais a responsabilidade jurídica que têm seus integrantes, uns perante os outros.

Contudo, quando se discute a necessidade de manutenção da legítima, o princípio da solidariedade familiar pode e deve ser conformado com a autonomia privada do testador. Admitir, por exemplo, a instituição de uma obrigação alimentar a ser suportada pela herança, para aquelas pessoas que dependiam economicamente do autor da herança, seria uma forma eficaz e proporcional de atender o dever de mútua assistência decorrente da solidariedade familiar e, ao mesmo tempo, não limitar a autonomia do testador.

7. CONCLUSÃO

Com base no contexto histórico da legítima, conclui-se que, inicialmente, no Direito Romano a liberdade de testar era ampla. Com a modificação da sociedade, vieram novas relações familiares e novas preocupações com a funcionalização da propriedade. Diante desse contexto, a limitação da autonomia do testador prevaleceu e a maior parte dos países passou a regulamentar para quem e de qual maneira o falecido seria obrigado a deixar parte do seu patrimônio.

Diante das novas alterações legislativas em países de sistemas que adotam a legítima, percebe-se que, gradativamente, as restrições estão sendo afrouxadas e a liberdade de testar aumentada por diferentes formas, como: "(a) aumento da parte livre para disposição; (b) ampliação da possibilidade de pagamento parcelado; (c) especial preocupação por manter a continuidade da empresa familiar; e (d) permissão da negociação da herança, através de pactos sucessórios".[61]

De outro lado, diante dos ordenamentos derivados do Sistema Anglo-saxão, percebe-se que aumentou a preocupação em proteger alguns familiares e, de alguma forma, garantir a sobrevivência daqueles que dependiam economicamente do falecido.

Nesse contexto, defende-se a necessidade de repensar o Direito Sucessório brasileiro, que atualmente limita muito a liberdade do testador. Propõe-se que a legítima brasileira, que obriga o testador a deixar 50% (cinquenta por cento) de todo o seu patrimônio para seus herdeiros necessários, seja extinta, possibilitando que o testador, com fulcro na autonomia privada, possa dispor livremente de todo o seu patrimônio. Contudo, tendo em vista o

[61] PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015, p. 69.

princípio da solidariedade familiar, desde que o autor da herança tenha deixado bens suficientes, deve-se garantir aos parentes, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, os alimentos legítimos, ou seja, o necessário para uma existência digna.

Dessa forma, seria garantida ao testador a liberdade de dar ao seu patrimônio o destino que bem lhe aprouvesse, em cumprimento ao princípio da autonomia privada e, ainda, assegurado aos seus familiares, desde que necessitados, uma existência digna a partir de uma verba alimentar a ser suportada pela herança.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José Oliveira. O preenchimento pelo autor da sucessão da quota do herdeiro. **Direito e Justiça.** v.XIV, t.1, p. 11-31, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: F Alves, 1955.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 07 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 07 dez. 2015.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo**.** 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5. ed. São Paulo: Forense, 1968.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords.) **Direito das Sucessões.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.241-263.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.17-80.

FRANÇA. Lei 1803-03-05. **Código Civil.** Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209. Acesso em: 04 dez. 2014.

FRANCE. European E-Justice. **European Commission servisse**: 02 set. 2015. Disponível em : https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em: 15 nov. 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. Ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAINAR, Rafael Bernad. De la legítima romana a la reserva familiar germánica. **Revista internacional de derecho romano**, abr./2015. Disponível em: www.ridrom.uclm.es. Acesso em: 15 de nov. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. v.1, 4. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada** – o princípio da autonomia privada na pós-modernidade. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LV, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PORTUGAL, **Decreto Lei nº47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 15 nov. 2015

PORTUGAL. European E-Justice. **European Commission servisse**: 03 jun. 2015. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-pt-pt.do?init=true&member=1. Acesso em: 15 nov. 2015.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito das sucessões. v.6. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**: de acordo com a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1993.

SCALISE JR, Ronald J. New developments in United States Sucession Law. **The American Journal of comparative law**, v.54, 2006, p. 103-124.