



AUTONOMIA PRIVADA E O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: LIMITAÇÕES À LEGÍTIMA

Fabiane Munhoz Rossoni BAUAB¹

Natalia BALABEN²

Sofia Dias FABRE³

Orientador: Prof. Dr. Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino⁴

RESUMO: O presente estudo analisará a autonomia privada sob a perspectiva de suas limitações no Direito Sucessório, em especial as limitações existentes, no testamento, quanto à legítima. Enfrentará o conceito de autonomia privada e do testamento como um negócio jurídico contratual com efeitos produzidos após a morte do testador. Questionará a autonomia privada do testador ao se esbarrar na legislação brasileira que limita a garantia de cinquenta por cento do patrimônio a ser testado aos herdeiros necessários. Pontuará, ainda, as espécies de sucessões no Brasil e um olhar explicativo do Direito Sucessório em outros países, tal como a manutenção da legítima pela Constituição Federal e o Código Civil ou a necessidade de flexibilização perante o período atual.

Palavras-chave: Autonomia Privada. Direito Sucessório. Testamento. Legítima. Flexibilização.

1 INTRODUÇÃO

O testamento é um negócio jurídico que tem como elemento accidental a *causa mortis*, em que é expressa a vontade do testador, de caráter patrimonial ou

¹ Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNOPAR, discente da Pós-graduação em Direito de Família e Sucessões na UEL, membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias” da UEL; Graduada em Direito pela UEL e advogada. E-mail: frossoni9@hotmail.com.

² Discente da Pós-Graduação em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio, membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias” da UEL; Graduada em Direito pela UNOPAR e advogada. E-mail: nataliabalaben@gmail.com.

³ Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio, membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias” da UEL; Graduada em Direito pela UNOPAR e advogada. E-mail: sofia_fabre@hotmail.com

⁴ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina - Itália. Doutor em Direito – FADISP. Mestre em Direito Negocial – UEL. Especialista em Direito Internacional e Econômico – UEL. Especialista em Metodologia de Ensino – UNOPAR. Membro do Instituto de Direito Privado. Professor, Advogado e Parecerista. Membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias” da UEL. E-mail: professorbrasilino@gmail.com.

extrapatrimonial, com o objetivo de transferir seu patrimônio aos herdeiros necessários ou facultativos.

Em um primeiro momento, a preocupação do trabalho será diferenciar autonomia privada e autonomia de vontade. A perspectiva da diferenciação será com base no Direito das Famílias no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, levando em consideração a relação contratual da efetivação do testamento.

Na seção segunda do artigo, serão apresentados os limites no planejamento sucessório, especialmente quanto às limitações existentes em face da legítima sucessória, o qual possui fundamentos exclusivamente legais em inobservância ao modelo de Família atual e a autonomia privada do testador, bem como as espécies sucessórias.

Por fim, serão apresentados os entendimentos de juristas quanto à possibilidade de flexibilização da legítima no Brasil, analisando a necessidade de cada herdeiro, apontando as possíveis modificações e inclusões no Código Civil Brasil em conjunto com a Constituição Federal no âmbito jurídico. Ainda neste tópico, será analisado como o Direito Sucessório é tratado em legislações comparadas, trazendo uma reflexão sobre a forma de aplicabilidade da norma em território estrangeiro.

O método a ser utilizado será o dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. As técnicas utilizadas serão de levantamento de bibliografias, legislações e jurisprudências.

A contribuição do presente estudo será analisar como regras de sucessão podem ser limitadoras da autonomia privada, ampliar o debate quanto ao papel da vontade nas relações sucessórias e quanto à possibilidade e formas de flexibilização das regras.

2 AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia privada é um dos princípios contratuais com maior relevância no Direito Contratual Brasileiro, juntamente com os princípios da função social do contrato, *pacta sunt servanda* e boa-fé objetiva.

É necessário pontuar a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade, ao ponto que a autonomia da vontade é a ilimitação da vontade de

modo que esta seja o núcleo do negócio, enquanto a autonomia privada encontra limitações no ordenamento jurídico.

Desta maneira, Farias e Rosenvald (2013, p.141) conceitua autonomia privada como o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico. Assim, além da manifestação de vontade dos envolvidos, também engloba os limites legais para seu pleno desenvolvimento, impondo limitações à atuação e a matéria de fato envolvida.

Ao ponderar pela diferenciação entre autonomia privada e autonomia da vontade, Amaral (2003, p.347-348) atenta que:

a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensíveis diferenças. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.

Pelas considerações de autonomia privada, o meio ideal seria o da intervenção mínima, estabelecido no Código Civil e pela constituição (art. 5º, II), mais especificamente o parágrafo único do artigo 421 (BRASIL, 2020), de modo que haja a livre pactuação de vontades entre os realizadores do negócio jurídico, havendo intervenção, apenas, em casos extremos. O objetivo seria resguardar as pretensões existentes entre os envolvidos e que a relação jurídica originária seja regulada por estes e, apenas, em casos excepcionais, haveria intervenção de terceiros.

Porém, o jurista Flávio Tartuce (2019, p.885) pontua que o princípio da intervenção mínima é desconhecido pelos civilistas, no âmbito contratual sendo mais um argumento retórico e ideológico do que um princípio contratual com efetividade.

As limitações da autonomia privada encontram grande óbice no direito sucessório, ao passo que a previsão legal testamentária esbarra na obrigatoriedade de resguardar cinquenta por cento do patrimônio passível de ser testado aos legitimados, independente da vontade do testador.

Logo, resta demonstrada a impossibilidade de a autonomia privada ultrapassar os limites legais, como no caso do direito sucessório. O óbice encontrado

coloca em prova a necessidade da alteração legislativa para prevalecer a autonomia privada do testador.

Conforme explanado, a eficácia da autonomia privada é limitada, já que não possui eficácia absoluta, sendo volátil ao contexto ao seu redor, mas sempre encontrando limitações legislativas para seu desenvolvimento.

A autonomia privada está em mãos do legislador e dos aplicadores das normas, fazendo com que a autonomia ali existente encontre limitações. Logo, nos dizeres de Borges (2005, p.58) a autonomia privada, como no caso, seria de eficácia plena dentro da sua parcialidade autônoma e legal.

Nos dizeres de Nevares (2016, p.12), o planejamento sucessório é compreendido como um conjunto de medidas levadas com o intuito de definir a transmissão hereditária de bens e direitos de uma pessoa previamente ao seu falecimento, visando efetivar a vontade do *de cuius*.

A limitação à autonomia privada e o direito das sucessões se entrelaçam fortemente na sucessão testamentária, ao passo que o auge da manifestação da vontade do testador encontra óbice na quota parte passível de testamentar.

O testamento é um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial para depois de sua morte. Nos dizeres de Tartuce (2019, p. 2290) trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência. Sendo o testamento o meio jurídico necessário para a expressão máxima de vontade do testador, deve ser observada a tríplice função testamentária a fim de evitar nulidades e assegurar a plausibilidade jurídica do teor do documento.

Gomes (1995, p.92) explica a necessidade da tríplice função testamentária:

A sucessão testamentária exige, do seu instrumento, a observância de formalidades numerosas, que desempenham tríplice função: preventiva, precatória e executiva. Os elementos formais do testamento têm por fim assegurar a livre e consciente manifestação da vontade do testador, atestar a veracidade das disposições de última vontade e fornecer aos interessados um título eficaz para obter o reconhecimento dos seus direitos.

O testamento constitui um negócio jurídico unilateral, pois se encontra perfeito com a manifestação da vontade do testador, independente do aceite ou não dos beneficiários do testamento.

Assim, o testamento como um negócio jurídico gratuito, não gera vantagem para o autor da herança. Desse modo, Tartuce (2019, p.2293) pontua que não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento. Miranda (2012, p.110) traz a menção de que como é negócio *mortis causa*, os efeitos só são produzidos após a morte do testador (plano da eficácia). Antes da morte do testador sua validade é garantida, mas é ineficaz.

Ainda que o testamento realizado, independente da forma, seja válido, a disposição testamentária poderá ser reduzida se houver distribuição prejudicial à legítima sucessória, ou seja, distribuição testamentária acima de cinquenta por cento do patrimônio do testador para além dos herdeiros necessários.

Se o testador fizer disposição que rompa a proteção da legítima, a disposição somente será válida nos limites de sua metade. O remanescente, como esclarece Tartuce (2019, p.2344) pertencerá aos herdeiros legítimos, respeitada a ordem de vocação hereditária (artigo 1.966 do CC).

Importante ressaltar que o fato de o testador exceder os limites da legítima sucessória, o plano de validade do testamento permanece, tornando-se, apenas, ineficaz na parte que fere, até mesmo pelo princípio da preservação dos negócios jurídicos. Logo, de acordo com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2009, p.43) o fato de o testador ter extrapolado os limites da legítima não enseja a nulidade do testamento, impondo-se tão somente a redução das disposições testamentárias. Os excessos serão diminuídos nos termos do artigo 1.967 do Código Civil (BRASIL, 2020).

O artigo 1.857 do Código Civil (BRASIL, 2020), responsável em regularizar a sucessão testamentária, dispõe que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. Em análise, verifica-se a ampla atuação da autonomia privada, de modo que o testador teria – em tese – total liberdade para testar seus bens, sem qualquer empecilho.

O §1º do referido artigo apresenta os limites da autonomia privada, anteriormente prevista, ao pontuar que o testador não poderá testar a legítima dos

herdeiros necessários. Logo, o que fora garantido no *caput* do artigo, foi imediatamente limitado pela continuação de sua redação.

Decorre, portanto, da limitação à autonomia privada no negócio jurídico realizado, ao passo que o testador não poderá testar a totalidade bens que possui pela existência da legítima dos herdeiros necessários. Assim, a sucessão testamentária não engloba as pessoas abrangidas pelo instituto da legítima, deixando de prevalecer a vontade do testador.

Carminate (2014, p.59) afirma que para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.

Sendo a lei uma limitação voraz e nítida à autonomia privada no planejamento sucessório, mais especificamente, no testamento, é possível afirmar que o negócio jurídico, desrespeitando a proporção legal, ensejará sua ineficácia, fazendo com que o testador seja obrigado a transmitir seus bens, resguardando a quota parte da legítima, obrigando-os a torná-los herdeiros do testador.

Montesquieu (1996, p.505) acrescenta que a lei natural ordena que os pais sustentem os filhos, mas não os obriga a fazer deles seus herdeiros. A divisão dos bens, as leis sobre esta divisão, as sucessões após a morte daquele que recebeu esta divisão, tudo isto só pode ter sido regulamentado pela sociedade e, por conseguinte, pelas leis políticas ou civis.

Muitas correntes doutrinárias são filiadas ao pensamento de que a manutenção da legítima na sucessão por testamento assegurará a continuidade da instituição familiar preexistente entre o testador e seus herdeiros necessários privilegiados, embasando a corrente na Constituição Federal, por força do artigo 226 (BRASIL, 2020), gerando uma distribuição compulsória dos bens, conforme os dizeres de Naves (2006, p.538), entre os membros mais próximos da comunidade familiar, em virtude da morte de um deles.

Logo, manter a legítima no exato termo atual desencadeará uma ampla discórdia familiar, considerando que sempre, ou quase sempre, um dos entes familiares tende a ser mais próximo ao *de cuius*, dependendo tempo, dinheiro e afeto, ponto principal para uma transmissão justa de bens, conforme o entendimento de Gagliano (2014, p.59).

2.1 O direito sucessório. As espécies de sucessões. A reserva da legítima.

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5º a garantia fundamental à propriedade (caput e inciso XXII) e a garantia à herança (no inciso XXX), evidenciando o suporte constitucional ao Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões, segundo Azevedo (2019, p.19), apresenta-se como o conjunto de normas que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores. Esse direito foi instituído em sociedades que, como a brasileira, elegeram a propriedade privada como fundamento, com o fim precípua de garantir sua continuidade e de tutelá-la após a morte de seu titular.

Ao tratar do tema Azevedo (2019, p.18) leciona que o fundamento do direito sucessório é o da continuidade da família por meio da propriedade pela sua transmissibilidade *post mortem* e que em países socialistas, que admitem a idéia de devolução da propriedade, essa continuidade da família fica a cargo do estado proprietário.

Clóvis Beviláqua (1945, p.16) analisou a função do direito sucessório em face do direito de propriedade aduzindo ser um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem-estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, por traduzir um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei.

No Direito alemão, em que a sociedade igualmente elegeu a propriedade privada como fundamento, Rudolf Meyer-Pritzl (2008, apud Gagliano, 2017, p.44), assevera que a propriedade privada atua como vetor funcional do direito hereditário e o papel do Direito das Sucessões é o de não deixar perecer a propriedade privada, deixada pelo falecido, fundamento do núcleo existencial pelo qual se responsabilizou e de assegurar a manutenção desta propriedade, conforme a sucessão legal'. Aduz ainda que é a partir da estreita união entre a propriedade e o direito sucessório que resulta também liberdade do testador como um dos princípios sucessórios fundamentais.

Gagliano (2017, p.45) afirma que a razão de ser do direito hereditário está na projeção jurídica *post mortem* do próprio direito de propriedade privada,

constitucionalmente garantido, segundo o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações privadas. É por meio dele que o indivíduo em sociedade pode manifestar a vontade autônoma de reger as relações jurídicas constituídas ou derivadas do seu falecimento.

O Direito Sucessório, disciplinado no Código Civil de 2002, estrutura-se a partir da combinação de duas distintas classificações das espécies de sucessão: uma, com esteio na vocação legal e que se subdivide em sucessão legítima e a testamentária; a outra, fulcrada no modo de identificar o objeto da transmissão hereditária e que se subdivide em universal ou singular.

Na sucessão universal há a figura do herdeiro que recebe uma fração (quota parte) ou toda a herança; e na sucessão a título singular há a figura do legatário a quem é deferido bem ou direito determinado, assevera Gagliano (2017, p.57). Na sucessão dita legítima ou legal, a transmissibilidade da herança se opera segundo a lei, que disciplina a ordem de chamamento dos sucessores, também denominada ordem de “vocação legal” prevista no art.1829, do Código Civil.

Aplica-se quando o autor da herança morre sem fazer testamento (*ab intestato*), ou se o faz e este é declarado inválido (nulo ou anulável). Nesses casos, a lei, incide supletivamente dispondo a respeito da sucessão hereditária e determinando quem serão os sucessores. Outrossim, de acordo com Gagliano (2017, p.56) se for a hipótese de sucessão testamentária com testamento válido, mas que não abrange todos os bens do falecido; quanto à parcela da herança não tratada no testamento incidirão também, supletivamente, as regras da sucessão legítima, segundo as regras da vocação hereditária.

A sucessão testamentária, por sua vez, na lição de Azevedo (2019, p.78) se opera, por meio de um testamento que tem a natureza de negócio jurídico personalíssima, unilateral, solene e gratuito, tendo como objeto não só disposição patrimonial como também a definição de situações de última vontade do falecido. Pode ser posteriormente modificado e, ainda, revogado, o que garante a total liberdade do testador de alterar seu entendimento, quanto às disposições de última vontade.

Na sucessão testamentária a lei abre um espaço de incidência do princípio da autonomia privada, uma vez que é por meio de um negócio jurídico e não da lei, que o testador tem a liberdade de escolher, dentre os seus sucessores,

aquele(s) a quem beneficiar e, ainda, de determinar quanto do seu patrimônio será transferido após a sua morte, como afirma Gagliano (2017, p.55).

Quando o testador deixa herdeiros necessários, a sua autonomia sofre limitação por lei cogente, de ordem pública, hipótese em que, na forma do artigo 1.789 e do §1º do artigo 1.857, do Código Civil, somente poderá dispor por testamento da metade da herança. Aos herdeiros necessários a lei assegura a denominada herança legítima, ou simplesmente legítima, que corresponde à outra metade da herança, nos termos do Artigo 1.846, do CC.

Os herdeiros necessários são os descritos no artigo 1.845, do Código Civil: ascendentes, descendentes e cônjuge (o reconhecimento codificado da condição de herdeiro necessário do cônjuge se deu com o atual sistema do Código de 2002). Há, ainda, a divergência sobre se o companheiro integra o rol, ante a equiparação entre cônjuges e companheiros por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal⁵. Os herdeiros facultativos são os demais.

Tartuce (2018), metaforizando a legítima, trata-a como uma das “regras de ouro” do direito sucessório, uma vez que de sua rigorosa observância é que será verificada a possibilidade de concretização do ato de disposição de última vontade do testador que deixa herdeiros necessários.

Preciosa é a contribuição de Cahali e Hironaka (2003, p.56), sobre essa importante regra das sucessões sobre a herança legítima:

[...], a sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da divisão necessária, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros — herdeiros necessários —, entre os quais deve ser partilhada, no mínimo, metade da herança, em quotas ideais (CC, arts. 1.789, 1.845 e 1.846). Herdeiro necessário, assim, é o parente com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar. [...] São os sucessores que não podem ser excluídos da herança por vontade do testador, salvo em casos específicos de deserdação, previstos em lei. Se não for este o caso, o herdeiro necessário terá resguardada sua parcela, caso o autor da herança decida fazer testamento, restringindo-se, desta forma, a extensão da parte disponível para transmissão de apenas metade do patrimônio do de cujus. (Cahali e Hironaka, 2003, p.56)

⁵ Ver RE n. 878.694/MG, julgado em 10/05/2017, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313622639&tipoApp=.pdf>

Vieira de Carvalho (2017, p.464) desvela o motivo pelo qual o legislador estabeleceu essa norma cogente, que se apresenta como uma limitação à autonomia de vontade do testador de dispor livremente da totalidade de seus bens, quando existirem herdeiros necessários:

um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos, aqueles a quem a lei garante uma quota mínima da herança (Princípio da Reserva)". (Vieira de Carvalho 2017, p. 464)

Quanto aos vínculos de solidariedade que se estabelecem entre pais e filhos a justificar a legítima, Oliveira (1952, p.625) assevera que fazem presumir qual seria a vontade do de cujus se tivesse disposto de seus bens, pela afeição e amor que se supõe existirem entre ele e seus conjuntos, e em que se funda a vontade de beneficiar; porque o homem não tem objeto mais amado do que os seus filhos.

Madaleno (2019, p.339) afirma que o direito dos herdeiros necessários à legítima está fundado no dever de solidariedade existente entre os membros da família e o objetivo do instituto é resguardar a pessoa humana.

Segundo Nevares (2008), as regras da sucessão legítima e, em especial quanto à sucessão necessária, estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna. Nesse passo, Nevares (2018, p.83) assevera que a *mens legis* está em consonância com os princípios constitucionais da família, da propriedade privada e da livre iniciativa, servindo ao fortalecimento da unidade familiar e à concretização do princípio da solidariedade.

Tenha-se presente que estes argumentos buscam conciliar no Direito Sucessório a autonomia privada quanto às disposições *causa mortis* e a dignidade humana, a solidariedade e a proteção da família, ao garantir aos membros mais próximos do autor da herança uma proteção patrimonial quando aberta a sucessão.

Cumpra observar, todavia, que não é de hoje que a doutrina vem tecendo críticas ao instituto da herança legítima em nosso ordenamento, sobretudo após as mutações ocorridas no âmbito do Direito de Família.

A família instituição, protegida pelo simples fato de ter sido constituída pelo casamento, passou a ser considerada com família instrumento, assim

compreendida como *locus* da formação social, com foco na pessoa de seus membros, cujos objetivos, nas palavras de Mengoni (1999 apud Nevares 2008), “passa a ser o desenvolvimento e a felicidade do outro”.

Como pontua Nevares (2008), esse novo modelo de família em que impera o princípio da igualdade e solidariedade, gera seus reflexos no âmbito do direito sucessório e, por isso, torna-se incabível a adoção de concepções apoiadas em premissas individualistas, pautadas na vontade individual como a causa e o efeito de relações privadas, em que somente à lei cabe o dever de reconhecê-las e tutelá-las; ou que considere a família como uma instituição de importância social em si mesma.

Mirone (1984 apud Nevares, 2008), assevera que o direito sucessório, ao tutelar a família instrumento, deverá ter na base de suas normas relativas à sucessão legítima, a pessoa do sucessor pertencente àquela entidade familiar, da qual fazia parte o *de cuius*, uma vez que a família, como núcleo de vínculos interpessoais, qualifica a relação do chamado à sucessão tornando-a relevante.

Com se depreende, os princípios informadores do novo paradigma do conceito de família igualitária, democrática e instrumental, refletem inexoravelmente sobre o Direito Sucessório. A liberdade e a responsabilidade dos membros da família se apresentam justapostas a possibilitar que cônjuges e companheiros tracem seus projetos de vida individual e familiar e definam, segundo suas vontades, os rumos do relacionamento e a destinação de seus bens, pautados no afeto e solidariedade e em outros valores que venham a ter como importantes.

Tem sido comum a vontade das pessoas de deixarem organizada a sucessão hereditária por meio do planejamento sucessório. Porém, essa pretensão de planejar a sucessão encontra limites na regra da reserva da legítima e nas consequências decorrentes de sua aplicação cogente.

Há reflexões jurídicas quanto a discussão entre a proteção à família, que se dá por meio da herança legítima, ou a autonomia da vontade, permitindo-se a ampla liberdade em testar. E, ainda, se a legítima, como atualmente regradada em nosso ordenamento, atende plenamente aos anseios da sociedade quanto à proteção efetiva da família atual.

2.1.1 O Direito Sucessório em outros países. Reflexões sobre a legítima no Brasil.

Conforme explanado anteriormente, o instituído da legítima no Brasil tem suas peculiaridades e características a serem respeitadas e seguidas, conforme o ordenamento vigente.

Neste sentido, Ana Luiza Maia Nevares (2015):

[...] 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. (Nevares, 2015)

Entretanto, o mundo encontra-se cada vez mais interligado através de inúmeras tecnologias que vêm surgindo, inovando as gerações e também o Direito. Por isso, as culturas acabam tendo influências uma das outras, ocorrendo agregações entre elas.

Há uma divisão no direito comum, havendo dois sistemas, sendo eles: o Common Law e o Civil Law. O primeiro sistema pode ser definido como o Direito de característica anglo-saxã, por ter origem na Inglaterra, no século XII e sua principal peculiaridade é que no Common Law não há codificação, havendo uma importante atuação dos juízes de direito. Já o segundo sistema, o Civil Law, é o adotado pelo Brasil, que parte da premissa da necessidade de normas escritas.

Sendo assim, além de sistemas diferentes existentes no mundo e dentro do ordenamento jurídico, cada país também é regido por sua lei própria tendo como base e princípios a cultura de cada país.

De acordo com Madaleno, no Direito anglo-saxão não há a figura da legítima, como é visto no Brasil, mas em contrapartida há alimentos, que é destinado ao cônjuge e/ou parentes dependentes financeiramente do de cujos.

Entretanto, por outro lado, Nevares, desfaz a noção de que, em países que utilizam o sistema da Common Law, a liberdade de testar não é restrita.

Nevares exemplifica sua colocação, utilizando a Inglaterra, onde há a possibilidade de parentes requererem uma ajuda financeira se forem desamparados ocasionalmente pela sucessão. Fatos estes que devem ser levados em conta alguns

critérios como, por exemplo, valor do espólio, situação financeira do requerente, existência de doença preexistente, entre outros.

Nesse exemplo inglês apresentado, pode-se notar uma semelhança com o direito de família no Brasil, uma vez que, busca garantir a subsistência da pessoa que ficou, financeiramente, desamparada com a morte de quem dependia.

Ainda no direito inglês, na Inglaterra, não existe regulamentação de parte indisponível e a liberdade de testamento é dominante, entretanto com restrições, em situações em que o falecido não deixa testado. Sendo assim, igual no Brasil, somente há regras para regular a sucessão e não um forçamento a decidir tal situação.

Na Irlanda do Norte, Nova Zelândia e Austrália seguem o mesmo pensamento, havendo possibilidade de testar posteriormente (a posteriori).

Podem-se observar mais três tipos de Direito, o Islâmico, o nórdico e o sistema romano-germânico. No primeiro caso, dois terços dos bens são indisponíveis. No segundo tipo, onde abrange os países como, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia, a legítima é variável. Por fim, no último sistema mencionado, a legítima equivale a cinquenta por cento dos bens deixados pelo de cujos. Entretanto, em alguns países como a Holanda, França e Luxemburgo, os ascendentes não são mais considerados herdeiros necessários (Madaleno, 2019, p.340).

Já a Argentina dispõe em sua legislação a possibilidade do testador destinar um terço da legítima para descendentes ou ascendentes incapacitados.

Em Portugal, como no Brasil, usa-se a reserva de uma parte da herança, variando para cada tipo de herdeiro. No caso de o cônjuge não suceder em concorrência com algum descendente, a legítima corresponde à metade dos bens da herança. Havendo concorrência, a fração sobre para dois terços dos bens da herança. Já com relação aos descendentes sucedendo sozinhos a legítima é de metade ou dois terços da herança, a depender da quantidade de filhos.

Por fim, na Alemanha, o parceiro ilegítimo não tem sua quota na sucessão, ou seja, não herda nada se certas diligências não forem feitas antes do falecimento, o testamento. Se o falecido e seu companheiro residirem no mesmo apartamento, os dependentes sobreviventes deverão se mudar deste após trinta dias se os herdeiros assim o solicitarem. Ele pode evitar isso se o parceiro que ficou para trás tiver o direito de residência inscrito no cadastro.

No caso de um arrendamento, o parceiro pode entrar no arrendamento se não estiver anteriormente listado como inquilino ou se o testador estiver registrado como inquilino principal.

Ainda na Alemanha, somente a partir de 1998 os filhos ilegítimos são tratados como filhos legítimos em caso de herança. Assim, todos os nascidos após 1º de julho de 1949 são considerados "parentes consanguíneos" e, portanto, herdeiros legais tanto da relação com a mãe quanto com o pai biológico. O filho ilegítimo sempre tem direito à herança da mãe. Todos os nascidos antes de 1º de julho de 1949 não têm direito à herança após a morte do pai, nem parcela obrigatória.

Portanto, de acordo com a lei, os filhos ilegítimos também têm direito a todas as partes da herança como parte do processamento da herança. No entanto, o pai deve ter morrido depois de 29 de maio de 2009, conforme o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu em 28 de março de 2009.

A legislação Alemã traz em seu Código Civil (BGB – Bürgerliches Gesetzbuch), no seu livro 5 (Buch 5), a respeito da herança (Erbrecht): com a morte de alguém, seus bens serão transferidos para uma ou mais pessoas. Tendo suas restrições e periculosidades dispostas ao longo do livro.

Sendo assim, pode-se observar que ao redor no mundo, há países com uma reserva rígida em relação à proporção da herança e àqueles que são herdeiros necessários; uma reserva hereditária mais flexível; ou então uma inexistência legislativa, havendo uma ampla liberdade de testar.

O Brasil encontra-se no primeiro grupo apresentado, onde se há uma reserva rígida e indisponível da parte legítima, havendo um rol taxativo na legislação de quem são os herdeiros, bem como, cada um com sua quota parte. Entretanto, há dúvidas se essa seria a forma mais justa para o cidadão brasileiro.

Nesse sentido, há também diversos entendimentos, como aqueles em que entendem que deve haver mudanças quanto à legítima, outros pela redução ou, então, até mesmo pela anulação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a herança está disposta na Carta Magna, que nada mais é do que a Constituição Federal, entretanto é na legislação infraconstitucional que está elencado acerca da sucessão e conseqüentemente sobre a legítima. Sendo assim, é possível que haja alterações à parte indisponível, não ferindo o artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal.

As pesquisas sobre o declínio da legalidade se devem a alguns fatores, como igualdade entre os cônjuges, maior expectativa de vida e reabilitação família. Nevares (2018, p.86) critica a neutralidade do direito sucessório, uma vez que não há diferenças sucessórias entre os descendentes e ascendentes. Já em relação aos cônjuges, cada qual com seu regime de bens nupcial, o qual terá seus reflexos na partilha.

A vulnerabilidade dos indivíduos deve ser analisada minuciosamente, uma vez que a expectativa de vida tem aumentado e que, na maioria das vezes, quando os descendentes perdem seus ascendentes, esses já estão com a vida encaminhada, enquanto o cônjuge que fica não está mais no mercado de trabalho e muitas vezes, necessita de ajuda com as atividades do dia a dia. Levando em conta que isso seria um fato exemplificativo, deve-se pensar na possibilidade de inverter a ordem de vocação hereditária, seria mais justo?

Nevares (2018, p.86) entende que deve haver uma análise dos descendentes menores, deficientes, idosos, e cônjuges quanto à proporcionalidade da dependência para com o de cujos. Frisa-se a participação da mulher no mercado de trabalho atual, não se fazendo mais integralmente dependente do seu companheiro.

Já para Gomes (2019, p.104), aponta fatores para a manutenção da legítima, salientando as transformações sociais da criação do instituto sucessório até os dias de hoje, o comprometimento do herdeiro necessário com o falecido, o bem aproveitamento da herança pelo herdeiro testamentário ao invés do necessário, entre outros.

Ainda de acordo com Gomes (2019, p.127), a autonomia privada e a proteção da legítima, andam juntas, uma vez que é possível que o herdeiro da herança renuncie sua quota.

Nevares (2018, p.90), entende pela possibilidade de flexibilização da reserva hereditária para alguns grupos de pessoas como: descendentes até 23 anos ou até 25 anos que justifiquem o estudo de graduação; proteção aos idosos dependentes; direito de moradia aos que viviam na mesma residência que o falecido, entre outros.

Importante apontar o Anteprojeto de reforma do Direito das Sucessões, ministrado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, tendo como objetivo modernizar a sucessão aos dias de hoje o qual, entretanto, é esquecido na pauta.

No projeto acima mencionado, não há proposta de alteração da quota destinada à legítima, apesar da grande repercussão que tem o assunto. A proposta de mudança tem como intuito adicionar dois parágrafos ao art. 1846, do Código Civil, os quais permitiriam que o titular do patrimônio destinasse parte da legítima para herdeiro em situação de vulnerabilidade.

Tal proposta visa dar mais autonomia ao detentor da herança, entretanto, ainda muito tímida, ficando restrita à quarta parte da legítima. Mantém, portanto, 50% dos bens à parte legítima.

Em contrapartida, o Anteprojeto tem o intuito de tirar a obrigação de motivação para inserção de cláusula de inalienabilidade, prevendo ainda a exclusão do cônjuge como herdeiro necessário. Sendo assim, haveria possibilidade de o cônjuge ser excluído da sucessão, ficando a ele apenas recursos necessários a subsistência.

Por fim, conclui-se que na sociedade brasileira há de certa forma uma aceitação quanto à restrição da legítima e a sucessão. Sendo assim, observa-se que ainda não há um posicionamento majoritário de quanto deve ser reservado, devendo ser realizado um novo estudo e observado com cautela o direito da legítima e a sucessão, conjuntamente com a era atual.

3 CONCLUSÃO

Autonomia privada é o poder concedido por lei ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico. Distingue-se da autonomia da vontade que é a própria norma individual, núcleo do negócio jurídico, baseada na vontade do indivíduo.

Nosso ordenamento preconiza a intervenção estatal mínima, prestigiando, portanto, a livre pactuação de vontades entre os realizadores do negócio jurídico. Quando o Estado intervém, o faz em casos excepcionais para limitar liberdades individuais visando proteger de forma estrita alguma vulnerabilidade das partes.

Normas cogentes que regem a autonomia privada se fazem presentes no Direito Sucessório, em especial, como a prevista nos arts. 1.789 e do § 1º do art. 1.857, do CC, que limita a autonomia de vontade do testador que, possuindo herdeiros necessários, queira dispor livremente em testamento da totalidade de seus

bens. Nesse caso, o testador somente poderá dispor livremente da metade disponível, pois a outra metade, denominada legítima, a lei assegura pertencer aos herdeiros necessários, nos termos do Artigo 1.846, do Código Civil.

Essa norma de ordem pública visa conciliar, no Direito Sucessório, a autonomia privada quanto às disposições *causa mortis* com a proteção da família, ao garantir aos membros mais próximos do autor da herança uma proteção patrimonial quando aberta a sucessão. Contudo, a realidade atual de nossa sociedade vivencia avanços tecnológicos, científicos, sociais, econômicos e jurídicos com indivíduos que tem aumentada a sua expectativa de vida e famílias recompostas.

Princípios informadores do novo paradigma do conceito de família igualitária, democrática e instrumental, refletem inexoravelmente sobre o Direito Sucessório, sendo que liberdade e responsabilidade se apresentam justapostas, surgindo a necessidade de as pessoas quererem deixar organizada a sucessão hereditária por meio de um planejamento sucessório. Essa pretensão de planejar a sucessão encontra óbice na regra da reserva da legítima e nas conseqüências decorrentes de sua aplicação cogente.

Tem sido muito questionado se deve prevalecer a proteção à família, que se dá por meio da reserva da legítima, ou a autonomia da vontade, permitindo-se a ampla liberdade em testar. E, ainda, se a legítima, como atualmente regrada em nosso ordenamento, atende plenamente aos anseios da sociedade quanto à proteção efetiva da família atual.

Comparando-se países da *Civil Law* com os da *Common Law*, verifica-se que ao redor do mundo, há países com uma reserva rígida em relação à proporção da herança e àqueles que são herdeiros necessários; uma reserva hereditária mais flexível; ou então uma inexistência legislativa, havendo uma ampla liberdade de testar. O Brasil encontra-se no primeiro grupo apresentado.

No ordenamento jurídico brasileiro, é a legislação infraconstitucional que trata da sucessão e dispõe sobre a legítima, o que permite que sejam feitas alterações na lei sem que haja ofensa ao artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Há inúmeras reflexões sobre acerca da necessidade da alteração do regramento da legítima, sobre sua manutenção ou exclusão e, ainda sobre a

flexibilização para atender aos reclamos da família atual e a vulnerabilidades de herdeiros.

Como resumo deste artigo, concebe-se a seguinte oração: observa-se que ainda não há um posicionamento majoritário de quanto deve ser reservado ou como deve haver a flexibilização dessa regra e que cabe ao direito, por meio de um olhar interdisciplinar e crítico sobre as necessidades da sociedade, sem se distanciar da ciência, construir o conhecimento jurídico necessário para que a disciplina atenda da melhor maneira os anseios da família democrática, igualitária e instrumental da atualidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Alvaro Villaça de, in **VII Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**, São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis in **Direito das Sucessões**, 4. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html>, acessado em 24/08/2020.

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

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **VadeMecum**. Saraiva. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum**. Saraiva. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAHALI, Francisco e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, **Curso Avançado de Direito Civil — Direito das Sucessões**, v.6, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

Código Civil de la República Argentina, disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf, acessado em 24/08/2020

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

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

GAGLIANO, Pablo Stolze, in **Novo curso de direito civil**, volume 7: direito das sucessões / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Renata Raupp. **A (in)constitucionalidade da herança necessária: uma análise sob a perspectiva da fundamentalidade do direito à herança na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2019. 216f. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo LVI, Direito das Sucessões, Sucessão testamentária. Testamentos. Codicilo. Revogação, atualizado por Giselda Hironaka Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012.

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

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão?** IBDFAM, Minas Gerais, Artigos 20.05.2015. Acessado em: 25 ago. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1033>>.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **O princípio da intangibilidade da legítima**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Perspectivas para o planejamento sucessório**. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, nov./dez. 2016.

NEVARES, Ana Luiza. **A solidariedade familiar e a sucessão legítima**. In ARPEN.SP – Associação dos registradores de pessoas naturais de São Paulo, publicado em 13.02.2008, acessado em 27/07/2020. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrarm.cfm&id=6531#.

NEVARES, Ana Luiza. A **proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída no ordenamento jurídico brasileiro?** In Revista IBDFAM – Família e Sucessões. V. 25 jan./fev. 2018.

OLIVEIRA, Itabaiiana de **in Tratado de direito das sucessões**. Vol. II. Da sucessão testamentária. São Paulo: Max Limonad, 1952.

TARTUCE, Flávio. **Planejamento sucessório: mecanismos tradicionais para a sua efetivação – Parte 2**. In Revista eletrônica Migalhas, publicado em 28/11/2018, acessado em 18/08/2020. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/291921/planejamento-sucessorio-mecanismos-tradicionais-para-a-sua-efetivacao-parte-2>

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 10ª ed. São Paulo, 2019.

TJRS, **Acórdão 70026646075**, Erechim, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 19.03.2009, DOERS 26.03.2009.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

“Was wird durch das Erbrecht geregelt?”, disponível em:
<https://www.anwalt.org/erbrecht/>, acessado em 24/08/2020.