

Passado e presente das limitações à liberdade testamentária no mundo da *common law*

Raphael Rego Borges RIBEIRO*

RESUMO: O artigo apresenta as limitações históricas à liberdade de testar na *common law* inglesa, a sua abolição e ressurgimento na Nova Zelândia, Austrália, Canadá e Inglaterra, bem como observa o direito sucessório estadunidense e demonstra como atualmente opera o instituto da *Family provision* nas jurisdições de *common law*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das sucessões; sucessão testamentária; testamento; herança.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Restrições históricas à liberdade de testar na *common law* inglesa e a sua abolição; – 3. O surgimento de novas restrições na Nova Zelândia; – 4. A adoção do modelo neozelandês em outras jurisdições de *common law*; – 5. A exceção: o sistema estadunidense; – 6. Panorama atual da *Family provision* nas jurisdições de *common law*; – 7. Breves reflexões em relação ao direito brasileiro; – 8. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Past and Present of Limitations on Testamentary Freedom in the Common Law World*

ABSTRACT: *The manuscript presents the historical limitations on testamentary freedom in the English common law, its abolition and resurgence in New Zealand, Australia, Canada, and England, as well as observe the US inheritance law and shows how the Family provision system currently works in the common law jurisdictions.*

KEYWORDS: *Law of succession; testamentary succession; will; inheritance.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Historical restrictions to testamentary freedom in the English common law and their abolition; – 3. The rise of new restrictions in New Zealand; – 4. The adoption of the New Zealand model in other common law jurisdictions; – 5. The exception to the rule: the US inheritance system; – 6. Current status of Family provision in the common law jurisdictions; – 7. Brief reflections concerning Brazilian inheritance law; – 8. Conclusion; – References.*

1. Introdução

Inspirada pelas discussões a respeito da legítima dos herdeiros necessários no direito brasileiro, a presente investigação se pauta pela seguinte questão orientadora: no mundo da *common law*, existe plena liberdade de testar ou há limitações ao seu exercício? Como se verá, a concepção de um testador com irrestritos poderes para dispor *post mortem* do seu patrimônio como bem entender não corresponde à realidade nas principais jurisdições com sistema jurídico de origem inglesa.

* Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com período de Doutorado-Sanduiche na University of Ottawa. Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia.

Para responder à questão orientadora, em primeiro lugar serão observadas as históricas restrições à liberdade de testar na *common law* inglesa, bem como o longo processo de sua abolição. Na sequência, será verificado o surgimento do modelo de *Family maintenance* na Nova Zelândia, na virada do século XIX para o XX, além da sua adoção na Austrália, no Canadá e na própria Inglaterra. Também será analisado como, no sistema estadunidense, são tratados os poderes do testador. Adiante, serão identificados os modos pelos quais as diferentes jurisdições de *common law* atualmente controlam o conteúdo dos testamentos. Por fim, serão feitas algumas reflexões, a partir dos resultados encontrados, em relação ao direito brasileiro.

Quanto aos métodos, a pesquisa terá natureza exploratória, com consulta específica tanto à doutrina quanto à legislação dos supramencionados países estudados. A abordagem será predominantemente descritiva, o que é consistente com os objetivos acima descritos e com o problema de pesquisa; apesar disso, serão traçados breves comentários críticos, a partir de raciocínio dedutivo, em especial na última seção do desenvolvimento.

A pesquisa se justifica pela constante atualidade dos debates a respeito da sucessão forçada no Brasil, tema que tem sido objeto de grandes controvérsias mesmo antes do recente interesse da doutrina em questões como planejamento sucessório. As discussões na doutrina nacional costumam envolver temas como liberalismo, paternalismo, cerceamento estatal da autonomia privada, redução da parte indisponível ou sua limitação às situações de vulnerabilidade; aqueles que olham para como a matéria é tratada em ordenamentos estrangeiros costumeiramente focam na Ibero-América. A presente investigação contribui para o estado atual da teoria ao se voltar para ordenamentos que, conquanto substancialmente relevantes internacionalmente, não costumam ser observados pelos civilistas brasileiros. Do mesmo modo, potencialmente contribui para a prática sucessória no Brasil, em especial para enriquecer os debates em tornos das várias proposições legislativas que, ao mesmo tempo em que alegadamente pretendem modernizar o Direito das Sucessões, correm o risco de fazê-lo retornar ao século XIX.

2. Restrições históricas à liberdade de testar na *common law* inglesa e a sua abolição

Ao contrário do senso comum, a liberdade testamentária ilimitada não tem raízes históricas profundas na tradição jurídica inglesa. Parcela significativa da doutrina chega

a afirmar que tal regra se deveu a um acidente histórico, sendo errôneo afirmar que o direito inglês efetivamente experimentou séculos de liberdade absoluta de testar.¹ Parte da história do direito inglês se deve ao período anglo-saxônico, no qual imperava a ideia de que a propriedade de alguém deveria passar aos seus familiares mais próximos, em especial para os seus descendentes.² Com regramentos distintos em relação a bens móveis e imóveis, a *common law* impunha restrições significativas ao poder de disposição *post mortem* de propriedade. Registre-se que só deixou de haver regras distintas para a sucessão de bens móveis e imóveis em 1925, com a edição do *Administration of Estates Act*.

Em relação a bens móveis, há registros de que, na *common law* inglesa, pelo menos desde o século XII um homem que morresse deixando esposa ou filhos não podia dispor de todo o seu patrimônio por testamento. A herança mobiliária era dividida em três partes iguais, devendo um terço ser entregue à viúva e um terço à prole; apenas em relação ao último terço havia liberdade testamentária. Caso tal regra fosse desrespeitada, os familiares prejudicados podiam se valer de um *writ* específico – *de rationabili parte bonorum* – para obter as respectivas frações.³ As porções razoáveis do cônjuge e dos descendentes estavam previstas até mesmo na cláusula 26 da Magna Carta de 1215 – “*reserving their rightful shares to his wife and children*”. Destaque-se que, em relação à terça parte dos bens móveis destinada à prole, não havia distinção entre filhos homens e mulheres nem o privilégio da primogenitura. De todo modo, essa proteção em relação aos bens móveis foi caindo em desuso gradualmente e acabou deixando de ser aplicada no final do século XVII; registre-se, entretanto, que o Parlamento inglês nunca passou uma lei expressamente a abolindo, ao contrário do que fez em relação às restrições relativas a imóveis.⁴

Quanto aos bens imóveis, desde o século XI, a partir da Conquista normanda, já imperava o princípio da primogenitura, de origem feudal.⁵ Prevalencia quanto às terras o brocardo latino *is solus Deus heredem facere potest, non homo* – somente Deus, não o homem, pode fazer um herdeiro.⁶ Tal regra, que tinha o propósito de evitar a

¹ GREEN, K. The Englishwoman's Castle - Inheritance and Private Property Today. *Modern Law Review*, vol. 51, n. 2, 1988, p. 191.

² DAINOW, J. Limitations on Testamentary Freedom in England. *Cornell Law Quarterly*, vol. 25, n. 3, 1940, p. 339.

³ BALE, G. Limitation on Testamentary Disposition in Canada. *Canadian Bar Review*, vol. 42, n. 3, 1964, p. 368.

⁴ TATE, J. C. Caregiving and the Case for Testamentary Freedom. *U.C. Davis Law Review*, vol. 42, n. 1, 2009, p. 151-153.

⁵ A respeito do desenvolvimento histórico da primogenitura na Idade Média no contexto da queda do Império Romano ocidental, leia-se o artigo de Gerald Le Van, LE VAN, G. Alternatives to Forced Heirship Forced Heirship in Louisiana. *Tulane Law Review*, vol. 52, n. 1, 1978, p. 32-33.

⁶ TATE, J. C. *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, cit., p. 150.

fragmentação das terras agrárias, transferia-as por herança ao filho homem mais velho, interditando assim a liberdade de o proprietário dispor do referido patrimônio por testamento. Algumas flexibilizações surgiram no século XVI, em especial com o *Statute of Wills* de 1540, porém apenas em 1660 a interdição da liberdade testamentária pela primogenitura foi definitivamente abolida.⁷ Sob o princípio da primogenitura, até mesmo as alienações *inter vivos* exigiam a autorização do potencial herdeiro, para se resguardar a sua expectativa de direito.⁸

Ocorre que, mesmo após a abolição das supramencionadas restrições medievais à liberdade de testar, ainda havia outras limitações em benefício dos cônjuges sobreviventes: o dote (*dower*), em favor da viúva, e a cortesia (*curtesy*), em favor do viúvo.⁹ Com o *dower*, a viúva tinha direito ao usufruto vitalício de um terço do patrimônio imobiliário deixado pelo marido, independentemente de o casal ter tido filhos ou não. Com a *curtesy*, o viúvo tinha direito ao usufruto vitalício de todos os bens imóveis deixados pela esposa morta, desde que do casamento tivesse havido prole.¹⁰ A cláusula 7 da Magna Carta, de 1215, faz referência expressa à proteção do *dower*. A viúva tinha direito ao *dower* ainda que o marido tivesse morrido insolvente – seus direitos prevaleciam em relação aos interesses dos credores do falecido.¹¹

O dote acabou tendendo à abolição no início do século XIX por três principais motivos. O primeiro deles era a filosofia política que prevalecia à época, um liberalismo focado especificamente no ilimitado exercício individual das liberdades (dentre as quais, a de testar), com destaque à influência do pensamento de John Locke.¹² O segundo motivo foi a transição da sociedade agrária – na qual o sistema dotal surgiu e fazia sentido, na medida em que a exploração da terra fornecia proteção econômica suficiente – para uma

⁷ BALE, G. *Limitation on Testamentary Disposition in Canada*, cit., p. 368-369; FRATCHER, W. F. *Toward Uniform Succession Legislation*. *New York University Law Review*, vol. 41, n. 6, 1966, p. 1051.

⁸ DAINOW, J. *Limitations on Testamentary Freedom in England*, cit., p. 341.

⁹ Barbara Ann Kulzer ensina que o *dower* começou como um presente do noivo para a noiva no dia do casamento; entretanto, com o tempo, o presente se tornou um direito exigível juridicamente. No início, o instituto era entendido como uma garantia aos parentes da mulher, no sentido de que esta não se tornaria um ônus para eles depois de enviuvar. Por outro lado, Kulzer não encontra uma justificativa para a existência da *curtesy*, para além de outro fator de aumento dos já extensos poderes conferidos ao marido. KULZER, B. A. *Property and the Family: Spousal Protection*. *Rutgers Camden Law Journal*, vol. 4, n. 2, 1973, p. 198-201.

¹⁰ BRASHIER, R. C. *Disinheritance and the Modern Family*. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 45, n. 1, 1995, p. 89-92; CHAFFIN, vol. F. *A Reappraisal of the Wealth Transmission Process: The Surviving Spouse, Year's Support and Intestate Succession*. *Georgia Law Review*, vol. 10, n. 2, 1976, p. 456.

¹¹ TURNIPSEED, T. L. *Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property To Whomever I Choose at My Death (Or How I Learned to Stop Worrying and Start Loving the French)*. *Brandeis Law Journal*, vol. 44, n. 4, 2006, p. 741.

¹² Para uma compreensão mais aprofundada da contribuição específica de John Locke para o desenvolvimento do conceito moderno de liberdade de testar, verificar o manuscrito de Rosalind F. Croucher, CROUCHER, R. F. *How Free Is Free: Testamentary Freedom and the Battle between Family and Property*. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 37, 2012, p. 09-13.

sociedade predominantemente urbana – na qual a riqueza deixou de ser expressa majoritariamente em propriedades imóveis, e sim em aplicações financeiras, ações e papéis empresariais, não abarcados pelo dote.¹³ Por fim, o usufruto vitalício em um terço dos imóveis se configurava como um impedimento à livre alienação das terras e ainda impunha à viúva os ônus das despesas e tributos em relação aos bens.¹⁴

Com a abolição do sistema dotal, as mulheres casadas perderam a sua proteção legal, tendo, em seu lugar, meramente uma expectativa (não-jurídica) de que seu marido faria uma provisão testamentária em seu favor. Nos debates legislativos que levaram à extinção do *dower*, a preocupação com as viúvas surgiu expressamente; entretanto, os parlamentares se contentaram com uma mera expectativa de que os testadores fizessem disposições que contemplassem as suas esposas. Assim, a liberdade de testar dos homens casados se tornou, para todos os propósitos, ilimitada. Note-se, porém, que, inicialmente, tal liberdade era compreendida como o meio de fazer uma (apropriada) provisão em circunstâncias particulares, em especial para recompensar condutas positivas. Ocorre que, nos últimos anos do século XIX, houve uma mudança significativa em tal compreensão, passando-se do poder de prover para o poder de deserdar.¹⁵

De todo modo, o *Wills Act* de 1837 impunha uma interessante regra: se alguém tivesse testado antes de se casar, o casamento automaticamente revogaria aquele testamento. O propósito da regra era chamar a atenção do testador para a mudança fundamental em suas responsabilidades e deveres, requerendo dele uma nova reflexão a respeito de como faria a disposição póstuma do seu patrimônio agora que estava casado. Ainda assim, nada na legislação impedia que o novo testamento fosse idêntico ao anterior.¹⁶

Para além disso, mesmo em um momento no qual basicamente não havia restrições legais à liberdade de testar, a comunidade jurídica britânica ainda compreendia que tal poder não deveria ser visto como absoluto, porém conformado por certas responsabilidades morais. Em tal sentido, em 1870, foi julgado o paradigmático caso *Banks v. Goodfellow*, no qual a *Court of Queen's Bench* compreendeu que a liberdade testamentária não existe em abstrato; pelo contrário, estava localizada, filosoficamente, em um enquadramento de responsabilidade moral, deveres e obrigações para com o

¹³ BALE, G. *Limitation on Testamentary Disposition in Canada*, cit., p. 369-370.

¹⁴ CHAFFIN, vol. F. *A Reappraisal of the Wealth Transmission Process: The Surviving Spouse, Year's Support and Intestate Succession*, cit., p. 457.

¹⁵ ATHERTON, Rosalind. New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise. *Otago Law Review*, vol. 7, n. 2, 1990, p. 203; CROUCHER, R. F. *How Free Is Free: Testamentary Freedom and the Battle between Family and Property*, cit., p. 16.

¹⁶ BANDALI, S. M. Wills in Contemplation of Marriage. *Anglo-American Law Review*, vol. 6, n. 1, 1977, p. 06-07.

cônjuge sobrevivente e para com os descendentes. De todo modo, até então, competia exclusivamente ao testador fazer a valoração específica da própria responsabilidade e do merecimento dos seus familiares, por se acreditar que esse modelo era mais adequado do que as reservas fixas da *civil law*.¹⁷

3. O surgimento de novas restrições na Nova Zelândia

O Direito das Sucessões neozelandês tem a sua origem no sistema britânico. Quando a Nova Zelândia foi colonizada formalmente em 1840, com o Tratado de Waitangi, a colônia herdou a *common law* inglesa e os *statutes* que vigoravam na Inglaterra na data de 14 de janeiro daquele ano – entre os quais, o *Wills Act 1837*. Naquela época, a liberdade de testar era praticamente absoluta, em especial a partir da abolição do *dower* e da *curtesy* pelas razões mencionadas na seção anterior.¹⁸

Ainda no final do século XIX, duas circunstâncias tiveram impactos na atitude sociopolítica em relação à autonomia testamentária: de um lado, o advento de um novo pensamento liberal, mais humanista e aberto à legítima intervenção estatal em proteção dos membros mais vulneráveis da sociedade; e, de outro lado, os crescentes movimentos em favor dos direitos das mulheres.¹⁹ No mundo da *common law*, as atenções do feminismo primeiro se voltaram a direitos políticos, em especial o direito ao voto, e ao pleno exercício do direito de propriedade; uma vez superados tais pontos, a liberdade de testar passou a sofrer escrutínio e condenação, entendida como mais um aspecto de poder dos homens sobre as mulheres.²⁰

Na Nova Zelândia, em setembro de 1893, as mulheres conquistaram o direito ao voto. Não coincidentemente, no mesmo ano, a questão das limitações à liberdade testamentária se tornou pela primeira vez um tópico político polêmico naquele país.²¹ O responsável pela introdução do tema na campanha eleitoral de novembro daquele mesmo ano foi o *Sir Robert Stout*, ex-primeiro-ministro, casado com uma das líderes do movimento feminista neozelandês, *Lady Anna Paterson Stout*. Em 1896, *Lady Stout* aprovou no *National Council of Women of New Zealand* – um encontro das líderes

¹⁷ CROUCHER, R. F. *How Free Is Free: Testamentary Freedom and the Battle between Family and Property*, cit. p. 13-15.

¹⁸ PEART, N. New Zealand's Succession Law: Subverting Reasonable Expectations. *Common Law World Review*, vol. 37, n. 4, p. 356–379, 2008, p. 360.

¹⁹ ATHERTON, Rosalind. *New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 204.

²⁰ ATHERTON, Rosalind. *New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 206.

²¹ ATHERTON, Rosalind. *New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 202.

feministas neozelandesas – uma moção por restrições à liberdade de testar. Mais tarde naquele mesmo ano, *Sir Stout* apresentou o primeiro projeto de lei para impor limites ao testamento, no qual se propunha um sistema de quotas fixas de reserva hereditária, nos modelos dos países de *civil law*. Apesar das primeiras reações favoráveis no Parlamento, surgiu nos debates legislativos a preocupação com o recebimento forçado de herança por membros da família que não fossem merecedores; por essa razão, em 1897 foi apresentado um segundo projeto, tratando desse assunto, que também sofreu grandes objeções. Na realidade, acredita-se que o modelo proposto, importado da *civil law*, fora considerado uma grande interferência nos direitos de liberdade e de propriedade, razão pela qual os projetos não prosperaram.²²

Em 1898, 1899 e 1900 foram apresentadas ao Parlamento neozelandês três propostas por Robert McNab. A última delas foi definitivamente aprovada, tornando-se o *Testator's Family Maintenance Act 1900*, que se inspirou em um precedente legislativo neozelandês: o *Native Land Court Act 1894*. Esta lei se tornara necessária em razão de uma série de fraudes, em que pessoas brancas apresentavam testamentos falsos pelos quais pessoas Maori lhes beneficiavam com as suas próprias terras. Por esse motivo, o Parlamento conferiu à *Native Land Court* a discricionariedade para fazer o controle de conteúdo de testamentos Maori que beneficiassem terceiros, em prejuízo da família do testador; nesse sentido, se houvesse disposição testamentária de imóveis, esta seria reduzida ou até mesmo desconsiderada, se necessário para assegurar o sustento dos familiares do testador. O foco no sustento da família como justificativa para interferência na última vontade dos Maori simplificou a questão, na medida em que não se fazia mais necessário discutir se o testamento era fraudulento, o que se tratava de matéria probatória muito tormentosa. Esse sistema serviu de base para o modelo discricionário do *Testator's Family Maintenance Act 1900*.²³

O *Testator's Family Maintenance Act 1900* se inspirou inicialmente no supramencionado foco no sustento dos familiares do testador – agora qualquer um, não apenas os Maori –, no sentido de que não deveria ser permitido a este deixar a sua família sem uma adequada provisão para subsistência, sob pena de seus familiares se tornarem um ônus para os cofres públicos. Apesar disso, nos debates legislativos, surgiu novamente o contraponto do eventual benefício forçado em favor de pessoas cujas condutas desabonadoras teriam justificado a sua exclusão do testamento. Por esse

²² ATHERTON, Rosalind. *New Zeland's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 207-211.

²³ ATHERTON, Rosalind. *New Zeland's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 213-215.

motivo, a versão final da lei aprovada em 1900 equilibrou, de um lado, a questão das finanças estatais com, de outro lado, o aspecto moral: o juízo sucessório poderia interferir no conteúdo do testamento para assegurar a subsistência dos familiares do falecido, exceto naqueles casos em que o comportamento do potencial sucessor tiver fundamentado a ausência de provisão testamentária em seu favor.²⁴

Desse modo, nos termos do *Testator's Family Maintenance Act 1900*, o Parlamento neozelandês determinou que, se qualquer pessoa morresse deixando um testamento sem a adequada provisão para a suficiente subsistência do seu cônjuge ou dos seus descendentes, estes poderiam requerer ao juízo sucessório, no prazo de seis meses contados do falecimento, uma interferência na distribuição do patrimônio hereditário. Desse modo, o Judiciário interviria discricionariamente no conteúdo do testamento para assegurar que tais pessoas tivessem em seu favor os necessários benefícios sucessórios, com exceção dos casos em que o caráter ou a conduta da pessoa excluída do testamento não autorizasse os referidos benefícios.²⁵ Em 1906, houve uma reforma na lei, autorizando expressamente que o tribunal fizesse tanto um pensionamento periódico quanto um pagamento único, algo que já era comum na prática forense a despeito da omissão do diploma normativo original.²⁶ Em 1939, houve outra modificação legislativa para que os pedidos de *Family Maintenance* também se aplicassem à sucessão *ab intestato*.²⁷

Em 1922, o caso *Re Allen (Deceased), Allen v. Manchester* chegou à Suprema Corte da Nova Zelândia. Em tal oportunidade, o tribunal decidiu que o *Testator's Family Maintenance Act 1900* fora desenhado para fazer cumprir a obrigação moral de o testador usar a sua liberdade de testar para fazer adequada e suficiente provisão para a subsistência do seu cônjuge e dos seus descendentes, levando em consideração tanto a possibilidade do próprio patrimônio hereditário quanto as possibilidades e as

²⁴ ATHERTON, Rosalind. *New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise*, cit., p. 216-218.

²⁵ NOVA ZELÂNDIA, *Testator's Family Maintenance Act 1900*, s.2. "Should any person die, leaving a will, and without making therein adequate provision for the proper maintenance and support of his or her wife, husband, or children, the Court may at its discretion, on application by or on behalf of the said wife, husband, or children, order that such provision as to the said Court shall seem fit shall be made out of the estate of the said deceased person for such wife, husband, or children: Provided that the Court may attach such conditions to the order made as it shall think fit, or may refuse to make an order in favour of any person whose character or conduct is such as in the opinion of the Court to disentitle him or her to the benefit of an order under this section. 'Court' means the Supreme Court or any Judge thereof, and, in the case of deceased Maoris, the Native Land Court". Disponível em: www.nzlii.org/.

²⁶ DAINOW, J. Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada. *Michigan Law Review*, vol. 36, n. 7, 1938, p. 1110.

²⁷ BATTIS, D. A. I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a System of Protected Inheritance. *Hastings Law Journal*, vol. 41, n. 5, 1990, p. 1214; LAUFER, J. Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation. *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 2, 1956, p. 283.

necessidades dos seus familiares. Nesse sentido, a *New Zealand Supreme Court* compreendeu que o Judiciário deve fazer uma provisão de acordo com aquilo que um pai justo e sábio teria feito para cumprir tal dever moral.²⁸

Com o passar das décadas, a ideia de *proper maintenance and support* passou a ser interpretada pelas cortes neozelandesas como significando muito mais do que a provisão para suprir as necessidades básicas. Em verdade, desenvolveu-se um conceito de dever moral do autor da herança, a partir do qual os juízos sucessórios passaram a levar em consideração tanto questões éticas quanto atitudes sociais contemporâneas na partilha do patrimônio hereditário. Nesse sentido, ilustrativamente, os tribunais passaram a compreender que os deveres morais de um genitor para com os seus filhos – ainda que adultos e aptos ao trabalho – não se limitavam a assegurar a subsistência destes, mas também englobavam um reconhecimento de que tais filhos eram membros valorosos da família do morto; deveres estes que, não cumpridos, levavam à possibilidade de interferência no testamento.²⁹ Nesse sentido, passam a coexistir a figura mais restrita da *Family maintenance* – focada em subsistência – com a mais ampla da *Family provision* – com objeto maior, englobando não apenas as necessidades vitais, mas também outras demandas necessárias a uma vida digna. Uma analogia imperfeita, mas que capta a lógica da distinção entre a *maintenance* e a *provision*, seria com a distinção entre os alimentos civis e os alimentos naturais no direito brasileiro.

O modelo inaugurado pelo *Testator's Family Maintenance Act 1900* foi significativamente bem-sucedido na Nova Zelândia e, como se verá na sequência, acabou transplantado em diversas jurisdições de *common law*, nas quais vem prevalecendo (com aperfeiçoamentos) até a atualidade. Podem ser apontadas duas razões para tamanho sucesso legislativo com impactos que têm durado mais de um século. Em primeiro lugar, o modelo abandona a tentativa de transplantar para o mundo da *common law* o modelo da *civil law*, evitando a imposição de quotas sucessórias rígidas e indisponíveis, em favor de um sistema discricionário que, ao mesmo tempo em que não se interdita a liberdade testamentária, controlam-se os abusos no seu exercício, efetivamente protegendo a família do testador. Em segundo lugar, o instituto da *Family maintenance* impõe restrições *ex post* à autonomia privada testamentária, enquanto a reserva da legítima opera como uma limitação *ex ante*. Entenda-se: uma análise *ex ante* se preocupa com um evento ou uma conduta antes do fato, antecipando as potenciais

²⁸ CROUCHER, R. F. Statutory Wills and Testamentary Freedom - Imagining the Testator's Intention in Anglo-Australian Law. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 7, n. 2, 2007, p. 247.

²⁹ PEART, N. New Zealand's Succession Law: Subverting Reasonable Expectations. *Common Law World Review*, cit., p. 364-365.

consequências e tentando estabelecer qual regra trará melhores resultados; por outro lado, uma análise *ex post* se volta ao fato já ocorrido, verificando quais consequências foram efetivamente produzidas e como pode se alcançar, no caso concreto, a justiça distributiva.³⁰ Controlando *ex post* o exercício da liberdade de testar, o modelo neozelandês se afasta de regras abstratas e pretensamente universais – que potencialmente geram resultados insatisfatórios na *civil law*, como situações em que a parte indisponível é grande demais ou pequena demais – e se adequa às peculiaridades de cada sucessão.

4. A adoção do modelo neozelandês em outras jurisdições de *common law*

Muito em razão da proximidade geográfica e política, a Austrália não levou muito tempo para seguir o exemplo da vizinha Nova Zelândia. Segundo o direito australiano, questões sucessórias são regulamentadas a nível estadual. A Austrália herdou o modelo jurídico inglês, inclusive em relação ao Direito das Sucessões. Entretanto, o tratamento diferenciado que originalmente havia quanto à sucessão de bens móveis e imóveis não teve grande impacto no direito australiano, na medida em que naquele país não havia o sistema agrário de origem feudal que moldara o desenvolvimento das leis sucessórias inglesas.³¹

Houve uma grande consistência entre os estados australianos na adoção do modelo neozelandês. O primeiro deles foi Victoria, que já em 1906 aprovou o *Widows and Young Children's Maintenance Act* – cuja principal distinção para o diploma inspirador foi a exclusão total de viúvos homens e descendentes adultos. Já Queensland, em 1914, adotou o *Testator's Family Maintenance Act*, cuja redação basicamente repetia *ipsis litteris* a lei neozelandesa. Em 1916, o estado australiano de New South Wales editou o *Testator's Family Maintenance and Guardianship of Infants Act*. A sua principal inovação foi ir além do quanto previsto na lei da Nova Zelândia: em vez de prever apenas uma adequada provisão para a suficiente subsistência dos familiares do testador, incluiu também necessidades relativas à educação e ao progresso na vida.³² Tasmania, em 1912, South Australia, em 1918, e Western Australia, em 1920, também reproduziram os modelos adotados pelos demais estados.³³

³⁰ KELLY, D. B. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante versus Ex Post Justifications. *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, p. 1141.

³¹ BURNS, F. The Changing Patterns of Total Intestacy Distribution between Spouses and Children in Australia and England. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 36, n. 2, 2013, p. 475.

³² DAINOW, J. *Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada*, cit., p. 1117-1121.

³³ DAINOW, J. *Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada*, cit., p. 1123.

No Canadá, o direito sucessório é, de modo geral, regulado a nível provincial. Já em 1910, as províncias canadenses já começaram a adotar modelos de restrição à liberdade de testar: primeiro Alberta e, logo na sequência, Saskatchewan. Em Alberta, o *Widows Relief Act* estabelecia como condição para a intervenção judicial no testamento que este tivesse conferido à viúva menos do que a porção que ela teria recebido por sucessão intestada, situação na qual o juízo poderia fazer em seu favor um pensionamento justo e equitativo, a ser suportado pelo espólio. Em Saskatchewan, o *Devolution of Estates Act* dava à viúva o direito de pedir forçadamente aquilo que ela receberia por força de sucessão legítima, caso a provisão testamentária fosse menor. Em 1919, foi aprovada em Manitoba o *Dower Act*, que dava ao viúvo ou à viúva o direito de requerer 1/3 do patrimônio hereditário, caso o testamento não lhe beneficiasse com um pensionamento anual de pelo menos seis mil dólares canadenses ou com um patrimônio de pelo menos 100 mil dólares canadenses. Note-se, porém, que tais modelos não se aproximavam tanto do sistema neozelandês.³⁴

Foi a província canadense de British Columbia, em 1920, que naquele país primeiro adotou um sistema mais assemelhado ao da Nova Zelândia: o *Testator's Family Maintenance Act* dava ao juízo sucessório completa discricionariedade para proteger hereditariamente viúvas, viúvos e filhos não adequadamente contemplados no testamento. Em 1929, Ontario editou o *Dependants Relief Act*, uma lei incorporando o princípio da legislação neozelandesa, porém impondo limites à discricionariedade judicial, em especial que nenhum familiar receberia mais do que aquilo que herdaria por sucessão intestada. Ao longo dos anos, Alberta e Manitoba aumentaram os graus de discricionariedade conferida aos tribunais. Entre 1956 e 1962, Nova Scotia, New Brunswick e Newfoundland também aprovaram leis adotando a abordagem de intervenções judiciais discricionárias no conteúdo do testamento.³⁵

Também houve na Inglaterra o advento, tanto na sociedade como um todo quanto no Parlamento, da noção de que a liberdade de testar, conquanto um princípio geral desejável, não deve se sobrepor ao dever, imputado ao testador, de fazer a adequada provisão sucessória em favor dos seus familiares.³⁶ Os primeiros debates sobre a matéria no Legislativo daquele país se iniciaram em 1908, sem prosperar. A partir de 1928, em quase todos os anos parlamentares foram apresentadas propostas a este respeito, modificadas a partir dos debates e objeções levantadas; inicialmente, cada uma delas

³⁴ BALE, G. *Limitation on Testamentary Disposition in Canada*, cit., p. 371-372.

³⁵ BALE, G. *Limitation on Testamentary Disposition in Canada*, cit., p. 372-373.

³⁶ DAINOW, J. *Limitations on Testamentary Freedom in England*, cit., p. 337-338.

sofreu grande resistência, que foi diminuindo substancialmente com o passar do tempo. No ano legislativo de 1937-1938, já havia crescente interesse parlamentar e social na reforma legislativa proposta; afinal, havia a consciência de que a Inglaterra se tratava de uma das poucas jurisdições ocidentais que permitiam a deserdação imotivada de descendentes e outros membros da família imediata. Nesse contexto, um projeto já consolidado a partir das discussões legislativas anteriores foi apresentado e, após algumas emendas, aprovado tanto na *House of Commons* quanto na *House of Lords*. Após 10 anos de intenso trâmite no Parlamento, em 13 de julho de 1938, a *Inheritance (Family Provision) Act 1938* foi sancionada pelo Rei George VI e finalmente se tornou parte do Direito sucessório inglês.³⁷

Como se vê pela década que levou o trâmite legislativo, a aprovação da *Inheritance (Family Provision) Act 1938* não se deu facilmente nem com apoio universal. Também não houve movimentação proativa do governo em favor do projeto durante a tramitação da proposta. A legitimidade de potenciais requerentes era muito restrita, limitada ao cônjuge e aos descendentes do testador. A resistência aos poderes discricionários conferidos ao Judiciário fez com o que o *Lord Chancellor* insistisse para que a jurisdição necessária para interferir no conteúdo dos testamentos fosse conferida apenas à *Chancery Division*, não aos tribunais comuns dos condados, como originalmente se pretendia; isso porque era a *Chancery Division* que mantinha (como ainda mantém) a competência para analisar questões de interpretação testamentária e distribuição de heranças. Para além disso, a *Chancery Division* era composta por um pequeno número de magistrados, atuando com proximidade, razão pela qual se esperava que eles desenvolvessem certa uniformidade no exercício dos seus novos poderes discricionários. Em 1958, criou-se uma nova divisão do Judiciário inglês, a *Probate, Divorce and Admiralty Division*, ampliando significativamente o número de juízos competentes para analisar casos de *Family Provision*, com poderes análogos aos da *Chancery Division*. Depois de 20 anos de vigência da *Inheritance (Family Provision) Act 1938*, já não havia as controvérsias e hostilidades de antes.³⁸ Aparentemente, o sistema implantado tinha dado certo aos olhos do público.

De todo modo, no sistema inglês original, a discricionariedade judicial era limitada à determinação de pagamentos suficientes para a subsistência dos requerentes – nos termos originais, *maintenance*. Tal limitação ainda deixava a família do morto em uma

³⁷ DAINOW, J. *Limitations on Testamentary Freedom in England*, cit., p. 345-357.

³⁸ COWNIE, F.; BRADNEY, A. Divided Justice, Different Voices: Inheritance and Family Provision. *Legal Studies*, vol. 23, n. 4, 2003, p. 580-582.

posição desfavorável em comparação com a proteção conferida aos casos de divórcio, nos quais havia não apenas redistribuição de propriedade, mas também pagamento de alimentos – em especial após o *Divorce Reform Act 1969* e o *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*. Além disso, no sistema então vigente, poucos casos chegavam ao Judiciário e era virtualmente impossível que requerentes homens tivessem sucesso. Como se verá na seção 5, houve sucessivas reformas legislativas pontuais ao longo das décadas, que culminaram no *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act, 1975*.

Em resumo, o que se percebe é que, nas primeiras décadas do século XX, o modelo neozelandês de interferência discricionária do juízo sucessório no conteúdo do testamento, fazendo um controle *ex post* do exercício da liberdade testamentária, ganhou ímpeto e foi adotado por diversas jurisdições de *common law*. Cada uma delas tem suas peculiaridades, como por exemplo em relação aos legitimados a requerer tal medida e a extensão da interferência judicial – se para assegurar uma *maintenance*, mais restrita, ou uma *provision*, mais ampla. De todo modo, como se verá na seção 6, versões aperfeiçoadas de tal sistema permanecem até hoje vigorando na própria Nova Zelândia, na Inglaterra, em todos os estados australianos e em todas as províncias canadenses. Há, contudo, uma notável exceção no mundo da *common law*: as diferentes jurisdições estaduais nos Estados Unidos jamais adotaram algo assemelhado à *Family maintenance*. Questiona-se, então, se naquele país haveria ilimitada liberdade de testar, inexistindo mecanismos de controle *ex ante* ou *ex post*. É o que se analisará a seguir.

5. A exceção: o sistema estadunidense

Quando a Inglaterra começou a colonizar a América do Norte, já havia avançado significativamente na abolição das restrições à liberdade de testar, conforme a caminhada histórica delineada na seção 2. Desse modo, as colônias que eventualmente se tornariam os Estados Unidos da América acabaram herdando um sistema jurídico na qual havia uma reduzida proteção aos familiares do testador, em especial em relação aos seus descendentes. A primogenitura a respeito das terras foi expressamente rejeitada após a Independência, por ser considerada incompatível com uma forma republicana de governo; e não há, na história do Direito estadunidense, robustos registros históricos de divisão dos bens móveis em três partes, das quais apenas uma poderia ser disposta em testamento.³⁹ As figuras do *dower* e do *curtesy* foram importadas da Inglaterra pelas

³⁹ TATE, J. C. *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, cit., p. 154-155.

colônias, tendo sido adotadas por algumas jurisdições estaduais após a Independência, porém de modo geral se encontram abolidas.⁴⁰

Nos Estados Unidos da América, a regulamentação da sucessão *causa mortis* se dá a nível estadual. Embora haja variedade nas abordagens de cada jurisdição, o panorama geral é de tratamento diferente entre descendentes e cônjuge sobrevivente em relação à sucessão forçada. Enquanto os primeiros comumente não têm qualquer proteção contra a deserção imotivada, o último tem seus direitos sucessórios resguardados por alguns mecanismos que limitam a liberdade de testar de pessoas casadas.⁴¹ Os principais mecanismos de tutela hereditária do cônjuge sobrevivente são o sistema de *community property*, de um lado; e de *forced share*, de outro.

Nove estados⁴² adotam a *community property*, que muito se assemelha à comunhão parcial de bens, inclusive porque tal sistema se inspira no Direito Civil espanhol: os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam entre os cônjuges, tendo cada um direito à metade deles quando extinto o vínculo conjugal.⁴³ Em razão desse mecanismo, cada cônjuge só pode dispor por testamento da sua fração no patrimônio comum, bem como dos seus próprios bens particulares.⁴⁴ Note-se que, no Brasil, isso não seria considerada proteção *sucessória*, na medida em que direito à meação, aqui, não tem natureza hereditária. Ocorre que a doutrina estadunidense trata de tal matéria no contexto do direito à herança.

A maioria dos demais estados – *common law states* – adotam como regra a separação dos bens de cada cônjuge, inclusive daqueles adquiridos onerosamente na constância do casamento; o *status* conjugal não interfere nas regras de aquisição da propriedade.⁴⁵ Por outro lado, tais estados preveem a *forced share*, que passou a ser adotada a partir dos anos 1930 em substituição ao dote e à cortesia, que inicialmente tinham sido importados do direito inglês. Segundo tal regra, se o testamento não contemplou o cônjuge sobrevivente com um quinhão pelo menos igual ao previsto na sucessão intestada, ele pode exigir receber, na distribuição da herança, aquele percentual que receberia por

⁴⁰ TURNIPSEED, T. L. *Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property To Whomever I Choose at My Death (Or How I Learned to Stop Worrying and Start Loving the French)*, cit., p. 739, p. 746-747.

⁴¹ BATTIS, D. A. *I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a System of Protected Inheritance*, cit., p. 1197-1199.

⁴² Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington e Wisconsin.

⁴³ BRASHIER, R. C. *Disinheritance and the Modern Family*, cit., p. 89-92; KOSSOW, J. R. Probate Law and the Uniform Code: One for the Money. *Georgetown Law Journal*, vol. 61, n. 6, 1973, p. 1385.

⁴⁴ OLDHAM, J. T. Should the Surviving Spouse's Forced Share be Retained. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 38, n. 2, 1988, p. 223-224.

⁴⁵ LANGBEIN, J. H.; WAGGONER, L. W. Redesigning the Spouse's Forced Share. *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 22, n. 2, 1987, p. 305.

força de lei. Como se trata de uma faculdade atribuída ao viúvo ou à viúva, a *forced share* também é por vezes designada *elective share*.⁴⁶ Note-se que, aqui, a porção reservada ao cônjuge sobrevivente diz respeito a todo o patrimônio hereditário, considerando que não havia, em vida, patrimônio comum entre os consortes.⁴⁷ Apesar disso, a doutrina vem historicamente reconhecendo as insuficiências de tal proteção: na medida em que está vinculada à propriedade existente no momento da morte, o sujeito pode a driblar por meio de transferências *inter vivos*.⁴⁸ Por outro lado, também há quem critique o fato de que a existência da *forced share* independe das possibilidades de subsistência do cônjuge supérstite com base em suas próprias forças ou em seu próprio patrimônio; nesse sentido, seria apenas razoável interferir na liberdade de testar quando houvesse a necessidade do sobrevivente.⁴⁹ Outras críticas se direcionam, de um lado, à ausência de consideração pelas contribuições reais eventualmente (não) feitas pelo sobrevivente à construção do patrimônio do morto e, de outro lado, à indiferença em relação aos motivos pelos quais o testador – que supostamente é quem melhor compreende a própria realidade familiar – não quis realizar o seu planejamento sucessório em conformidade com aquilo estabelecido na sucessão intestada.⁵⁰

Em relação à ausência de proteção específica aos descendentes – mesmo os filhos incapazes – contra a arbitrária deserdação por seus pais, a doutrina estadunidense especializada vem há muitos anos criticando o fato de os Estados Unidos serem praticamente a única jurisdição ocidental em que isso ocorre.⁵¹ A ressalva fica em relação ao estado da Louisiana, cujo ordenamento sofreu forte influência francesa: trata-se da única jurisdição naquele país a historicamente proteger os filhos do testador contra a deserdação imotivada, inclusive com previsão expressa na Constituição estadual.⁵² Entretanto, mesmo na Louisiana, reformas legislativas reduziram o escopo de tal limitação à liberdade de testar, atualmente protegendo apenas os descendentes menores

⁴⁶ BRASHIER, R. C. *Disinheritance and the Modern Family*, cit., p. 99-101.

⁴⁷ OLDHAM, J. T. *Should the Surviving Spouse's Forced Share be Retained*, cit., p. 224.

⁴⁸ GAUBATZ, J. T. Notes toward a Truly Modern Wills Act. *University of Miami Law Review*, vol. 31, n. 3, 1977, p. 499.

⁴⁹ OLDHAM, J. T. *Should the Surviving Spouse's Forced Share be Retained*, cit., p. 230.

⁵⁰ PLAGER, S. J. The Spouse's Nonbarrable Share: A Solution in Search of a Problem. *University of Chicago Law Review*, vol. 33, n. 4, 1966, p. 682.

⁵¹ CHESTER, R. Should American Children Be Protected against Disinheritance. *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 32, n. 3, 1998, p. 406-407; LAUFER, J. Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation, cit., p. 279.

⁵² Art. 12, section 5, (b) da Constituição do Estado da Louisiana: “The legislature shall provide for the classification of descendants, of the first degree, twenty-three years of age or younger as forced heirs. The legislature may also classify as forced heirs descendants of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are incapable of taking care of their persons or administering their estates. The amount of the forced portion reserved to heirs and the grounds for disinheritance shall also be provided by law. Trusts may be authorized by law and the forced portion may be placed in trust”.

de 23 anos de idade ou aqueles que, por deficiência física ou mental, sejam inaptos para prover o próprio sustento.⁵³

Apesar do cenário legislativo acima descrito, não se deve chegar a conclusões precipitadas de que nos Estados Unidos há praticamente uma plena liberdade de testar. Afinal de contas, “o instituto jurídico na dogmática (*Law in books*) pode diferir de sua efetiva aplicação prática (*Law in action*) e é fundamental que o civilista tenha uma compreensão ampla do segundo”.⁵⁴ Nesse sentido, estudos empíricos vêm demonstrando que, naquele país, há restrições indiretas, decorrentes de haver no Judiciário um forte viés em favor da norma social de que um testador deve fazer a devida proteção sucessória aos seus familiares. Quando o disponente se afasta de tal expectativa social, é possível que se encontrem outros fundamentos para que a sua última vontade não prevaleça.

Em um artigo paradigmático, Melanie B. Leslie investigou se a liberdade de testar, tida pela doutrina e pela jurisprudência estadunidense como um princípio fundamental do direito sucessório, era de fato verificada na prática.⁵⁵ Suas observações foram impressionantes: a despeito das frequentes declarações em sentido contrário, os tribunais majoritariamente protegiam visões socialmente normativas do que seriam disposições testamentárias moralmente justas, em detrimento das vontades efetivamente expressas pelo testador. Nesse sentido, testamentos que deixassem de prover por determinadas pessoas próximas ao disponente tendiam a serem derrubados judicialmente, exceto se se demonstrassem justificativas sólidas para o testador ter se desviado dos valores normativos. Para Leslie, as cortes vêm adotando essa prática para proteger a família do disponente por meio da distorção de tradicionais regras formuladas originalmente para proteger, na verdade, o próprio testador e a sua hígida última vontade – como aquelas referentes à capacidade, à *undue influence* e às solenidades testamentárias.⁵⁶

No mesmo sentido, já se identificou que disposições de última vontade que negligenciam familiares próximos em favor de estranhos podem ser consideradas antinaturais e anormais, o que, por si só, não os invalida, mas os torna vulneráveis juridicamente. Isso porque, nesses casos, tanto magistrados quanto jurados costumeiramente tendem a

⁵³ BRASHIER, R. C. Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana Stand Alone Successions and Donations: A Symposium. *Louisiana Law Review*, vol. 57, n. 1, 1997, p. 01-02.

⁵⁴ SCHREIBER, A.; NELSON KONDER, C. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, n. 04, 2017, p. 17.

⁵⁵ LESLIE, M. B. The Myth of Testamentary Freedom. *Arizona Law Review*, vol. 38, n. 1, 1996, p. 235-236.

⁵⁶ LESLIE, M. B. *The Myth of Testamentary Freedom*, cit., p. 237.

considerar que, para dispor assim, o testador foi vítima de *undue influence* e, conseqüentemente, o testamento é inválido.⁵⁷ *Undue influence* diz respeito à situação em que o testamento não contém a vontade do testador, e sim a vontade de uma pessoa que exerce uma influência indevida sobre aquele, por meio de manipulação ou aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade do autor da herança.⁵⁸

Semelhantemente, pesquisas empíricas vêm demonstrando ao longo das décadas que as chances de um testamento ser invalidado por incapacidade do disponente têm muito mais correlação com o conteúdo das disposições do que com perícias médicas e psicológicas e outras evidências científicas a respeito das habilidades cognitivas do testador. Familiares insatisfeitos com as provisões testamentárias rotineiramente impugnam a disposição de última vontade alegando incapacidade do autor. Nesse contexto, uma análise a respeito dos aspectos morais da última vontade – em especial um sentido de justiça para com membros da família do falecido – tem mais peso na decisão do que provas sobre a capacidade do agente. Desse modo, há menos chances de invalidação quando o testamento é benéfico a membros da família, e maiores quando terceiros são os principais beneficiados. Assim, o Judiciário estadunidense comumente considera capacidade testamentária equivalente à razoabilidade das disposições, invalidando aqueles testamentos que parecem injustos, na medida em que supostamente seu conteúdo somente poderia ser explicado em razão da incapacidade do disponente.⁵⁹

Melanie B. Leslie também aponta que a análise das solenidades testamentárias não é objetiva nem isenta das visões normativas que os juízes têm a respeito do que seriam disposições testamentárias apropriadas.⁶⁰ Em sua pesquisa empírica, a referida autora demonstrou que boa parte dos tribunais são influenciados pelo conteúdo da última vontade já no momento de verificar se há vícios formais que eventualmente invalidem o ato, no sentido de que proporcionalmente mais testamentos são invalidados com o fundamento formal quando as suas disposições beneficiam terceiros, que não os familiares do disponente.

⁵⁷ FRIEDMAN, L. M. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society Law and Society. *Wisconsin Law Review*, vol. 1966, n. 2, 1966, p. 358-359; HINES, N. W. Freedom of Testation and the Iowa Probate Code Symposium on the New Iowa Probate Code. *Iowa Law Review*, vol. 49, n. 3, 1964, p. 730.

⁵⁸ LESLIE, M. B. *The Myth of Testamentary Freedom*, cit., p. 244.

⁵⁹ EPSTEIN, E. M. Testamentary Capacity, Reasonableness and Family Maintenance: A Proposal for Meaningful Reform. *Temple Law Quarterly*, vol. 35, n. 3, 1962, p. 231-242; CHAMPINE, p. Expertise and Instinct in the Assessment of Testamentary Capacity. *Villanova Law Review*, vol. 51, n. 1, 2006, p. 28-33.

⁶⁰ LESLIE, M. B. *The Myth of Testamentary Freedom*, cit., p. 258-259.

Com base nas supramencionadas observações empíricas, Melanie B. Leslie observa que a maioria das jurisdições ocidentais expressamente faz a ponderação entre os interesses do testador e os dos seus familiares, seja por meio da reserva fixa de uma porção da herança, seja pela *Family provision*.⁶¹ Enquanto isso, segundo a autora, nos Estados Unidos o discurso permanece o de amplíssima liberdade de testar, enquanto a prática demonstra que a mencionada ponderação é feita de forma sub-reptícia pelos tribunais por meio da distorção de regras formuladas para outras finalidades. Leslie conclui que, naquele país, é falsa a ideia de que o Direito das Sucessões é desenhado exclusivamente para efetuar a vontade testamentária; portanto, trata-se de um mito a ideia de que os indivíduos possuem completa liberdade de testar. Mais de uma década depois da publicação do referido artigo de Melanie B. Leslie, a prática forense estadunidense permanecia no mesmo estado de coisas, de forma ainda mais acentuada naquelas jurisdições estaduais nas quais as impugnações a testamentos são decididas por tribunais do júri; comumente, os jurados simpatizam com os filhos imotivadamente deserdados e acabam entendendo pela existência de *undue influence* ou incapacidade em casos tais.⁶²

No mesmo sentido, a partir dos estudos empíricos a respeito da aplicação das doutrinas da *undue influence* e das incapacidades de testar nos Estados Unidos, Ray D. Madoff notou que aquele país tem uma proteção menor à liberdade de testar do que a existente na França, na qual vigora a *réserve héréditaire*.⁶³ Isso porque, de um lado, o testador francês, desde que respeite a reserva, tem amplíssima autonomia para fazer o que quiser com a sua parte disponível. Por outro lado, a proteção à família do disponente nos Estados Unidos, que impera indiretamente por meio do uso distorcido das supramencionadas regras, acaba colocando em risco a totalidade do conteúdo do testamento.

A análise do sistema jurídico estadunidense é reveladora. De um lado, há críticas doutrinárias severas à ausência de qualquer proteção sucessória aos descendentes, inclusive os vulneráveis. De outro lado, há diferentes proteções hereditárias ao cônjuge, que operam *ex ante*: seja o direito à sua fração na *community property*, seja a sua *forced share*. Por fim, há o discurso que exalta a plena liberdade de testar, enquanto a prática dos tribunais demonstra que testamentos de desviam de visões socialmente normativas – em especial aqueles que contrariam a expectativa de que o testador não deixará a sua

⁶¹ LESLIE, M. B. *The Myth of Testamentary Freedom*, cit., p. 273.

⁶² TATE, J. C. *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, cit., p. 142-144.

⁶³ MADOFF, R. D. A Tale of Two Countries: Comparing the Law of Inheritance in Two Seemingly Opposite Systems. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 37, n. 2, 2014, p. 350.

família hereditariamente desprotegida – tendem a ser invalidados por *undue influence*, incapacidade ou até mesmo vícios formais que, em outras circunstâncias, seriam considerados inócuos. Não deixa de haver um controle *ex post* da liberdade testamentária, como existe alhures no mundo da *common law*, mas se utilizando de institutos criados com outras finalidades e que, em vez de mera interferência no conteúdo do testamento, pode levar à sua completa invalidação.

6. Panorama atual da *Family provision* nas jurisdições de *common law*

Como visto, as várias jurisdições de *common law* mencionadas nas seções anteriores, com exceção da seção 5, editaram ainda no início do século XX leis restringindo a autonomia privada testamentária em favor da proteção de determinadas pessoas próximas ao testador. A partir das experiências jurídicas e das emergentes necessidades sociais e familiares com o passar das décadas, houve tanto emendas quanto a edição de legislações completamente novas, que por sua vez também já foram emendadas. Na presente seção, será exposto um panorama das atuais leis que limitam a liberdade de testar na Nova Zelândia, na Inglaterra, nos estados australianos e nas províncias canadenses.

6.1. Nova Zelândia

Na Nova Zelândia, país pioneiro na edição de legislação deste tipo, em meados do século passado houve uma reforma legislativa profunda a respeito da matéria, com a edição do *Family Protection Act 1955*. A novel legislação sofreu ainda 16 emendas desde a sua promulgação, a mais recente tendo sido aprovada em 2020. Ela se aplica tanto para os casos de sucessão testamentária quanto de sucessão intestada.

A presente redação da lei neozelandesa, em sua seção 3, reconhece como legitimados para o requerimento de *Family provision*: (a) o cônjuge ou companheiro sobrevivente; (b) os filhos e netos do morto; (c) os enteados do falecido que vinham sendo ou teriam direito de ser sustentados, no todo ou em parte, por ele imediatamente antes do falecimento; (d) os genitores do *de cuius*, desde que, cumulativamente, (d1) estivessem sendo sustentados por ele imediatamente antes da morte e (d2) ao tempo do requerimento, não haja nenhum integrante das demais classes legitimadas. Há ainda uma ressalva no sentido de que o juízo sucessório deverá, ao analisar requerimentos formulados pelos netos, considerar as provisões feitas (pelo testador ou pelo próprio tribunal) em favor dos genitores dos requerentes. A seção 4A faz uma ressalva em relação

à união estável de curta duração (no presente, aquelas com duração inferior a três anos): o requerimento de tal companheiro não será deferido, salvo se a corte compreender que isso resultaria em uma grave injustiça, desde que também haja descendentes daquela relação ou se o companheiro sobrevivente demonstrar ter feito uma contribuição substancial para o relacionamento.

De acordo com o atualmente disposto na seção 4 do *Family Protection Act 1955*, se os termos do testamento ou da vocação hereditária legítima de determinada pessoa falecida não conferirem a uma pessoa legitimada a adequada provisão para seu sustento e subsistência, o juízo sucessório poderá, discricionariamente, a partir de requerimento do interessado, modificar a distribuição do patrimônio hereditário para que esta se conforme às circunstâncias que lhes são apresentadas. É estabelecido ainda que, havendo pedido formulado por uma das pessoas legitimadas, o tribunal poderá tratar o caso considerando os interesses de todos os demais interessados que teriam legitimidade para solicitar a interferência na distribuição de herança. Na seção 11, determina-se que, para além de todas as evidências e matérias que as partes interessadas poderão apresentar em juízo, o tribunal deverá, em qualquer hipótese em que isso seja possível, levar em consideração as razões que levaram o falecido a testar do modo que testou ou a morrer intestado. Do mesmo modo, o *administrator* (figura assemelhada ao inventariante) deverá trazer a juízo todas as informações relevantes à matéria.

A seção 5 do supramencionado diploma normativo estabelece poderão ser impostas aos requerentes determinadas condições, a serem observadas por eles, que o juízo sucessório entender adequadas para o deferimento do pedido. Além disso, também se determina que a corte poderá indeferir o requerimento feito por pessoa cujo caráter ou cuja conduta o desabone de tal benefício legal. Nos casos de deferimento do pedido, o tribunal poderá determinar que seja feito um pagamento único, prestações periódicas ou outro modo que satisfaça às necessidades específicas de cada caso. Também serão determinados o tempo, o local e as garantias do pagamento. Na seção 7, estabelece-se que, a princípio, todo o espólio deverá arcar com os pagamentos determinados pelo Judiciário em favor dos requerentes vencedores; cada demais sucessor beneficiado pelo testamento ou pela vocação legítima responderá proporcionalmente ao quinhão recebido. Apesar disso, também é possível que o juízo sucessório isente determinados sucessores de tais pagamentos, de acordo com as respectivas necessidades demonstradas em juízo. A seção 12, por sua vez, prevê que, nos casos de prestações periódicas, o juízo sucessório poderá eventualmente aumentar, reduzir ou extinguir os referidos pagamentos, se houver variações nas circunstâncias que autorizem tais medidas.

Destaque-se, por fim, a seção 9 do neozelandês *Family Protection Act 1955*, que estabelece um prazo máximo dentro do qual os requerimentos podem ser formulados: em regra, 12 meses contados do momento em que se concedeu a ordem de representação do espólio – *12 months from the date of the grant in New Zealand of administration in the estate*. (A figura mais próxima de tal momento, em uma comparação com o direito brasileiro, seria o compromisso do inventariante.) Excepcionalmente, em casos de pessoas menores de idade ou com deficiência mental, o prazo será de dois anos, contados do mesmo *dies a quo*. O mesmo dispositivo confere ao Judiciário o poder de aceitar requerimentos formulados para além dos mencionados prazos, se as circunstâncias específicas autorizarem, desde que não tenha havido a distribuição final da herança (o equivalente à partilha no direito pátrio).

6.2. Inglaterra

Na Inglaterra, a legislação sucessória mencionada na seção 3 deste artigo sofreu algumas alterações pontuais ao longo dos anos. O *Intestates' Estates Act 1952* ampliou as regras da lei de 1938 para abarcar a sucessão intestada, além de aumentar os poderes judiciais a respeito do modo como os pagamentos seriam feitos. O *Matrimonial Causes Act 1958* estabeleceu que uma mulher divorciada que não tivesse se casado novamente poderia pleitear *maintenance* do espólio do seu falecido ex-cônjuge. O *Family Provision Act 1966* deu à prole adotiva a legitimidade para pleitear *maintenance*, conferiu ao Judiciário a discricionariedade para permitir requerimentos formulados posteriormente aos prazos fixados em lei, além de abolir os até então existentes limites máximos de pagamentos.⁶⁴

Em 1970, tinha sido criada a *Family Division* do Judiciário inglês, considerada necessária pelo Parlamento para lidar com matérias de Direito de Família que precisavam de uma abordagem distinta da aplicada para os demais ramos do Direito – notadamente, com amplo uso de poderes discricionários. Também no início dos anos 1970, a *Law Commission* daquele país reexaminou a matéria da *Family Provision*, elaborando um relatório que recomendou modificações legislativas. A partir dos debates suscitados, em 1975 foi editada uma nova lei com transformações significativas, a *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act*.⁶⁵ Nesse contexto, as regras inovadoras de *Family Provision* criadas em 1975 não apenas se encaixam na nova

⁶⁴ SHAPO, H. S. A Tale of Two Systems: Anglo-American Problems in the Modernization of Inheritance Legislation. *Tennessee Law Review*, vol. 60, n. 4, 1993, p. 741.

⁶⁵ BAKER, K. F. C. 4. England Restrictions on Testamentary Freedom: A Comparative Study and Transnational Implications. *International Legal Practitioner*, vol. 15, n. 1, 1990, p. 20.

abordagem adotada pela *Family Division* do Judiciário britânico, mas são uma ilustração ímpar desse fenômeno peculiar da *Family Law* inglesa.⁶⁶

A nova lei permitiu que os tribunais não apenas assegurassem ao cônjuge sobrevivente a *maintenance*, mas de fato uma provisão razoável, consistente com a redistribuição de patrimônio que ocorreria em casos de divórcio. Com o passar do tempo, o novel diploma normativo passou a ser interpretado de forma a permitir que o juízo sucessório distribua o patrimônio hereditário de forma consistente com as circunstâncias e com os méritos e necessidades dos requerentes.⁶⁷ Helene S. Shapo enxerga no *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* uma série de vantagens – em especial o poder de o Judiciário reconhecer a diversidade entre os grupos familiares, bem como levar em consideração as várias circunstâncias da vida familiar –, mas também desvantagens, em especial a ausência de diretrizes claras de como os tribunais podem fazer a distribuição da herança.⁶⁸

A lei inglesa de 1975 aumentou as categorias de potenciais requerentes de uma provisão hereditária, incluindo todos os descendentes – inclusive os capazes –, pessoas que foram tratadas como filhas pelo falecido, bem como dependentes do testador. Em 1995, houve uma nova reforma legislativa, para inserir no rol de legitimados a pessoa que tivesse vivido na posse do estado de casados com o *de cujus* por pelo menos dois anos antes da morte. Em 2004, como inovação normativa, parceiros do mesmo sexo passaram a ter legitimidade para requerer a *Family Provision*.⁶⁹ Houve novas modificações que passaram a vigorar em 2014, 2019 e finalmente em 2022. Nos parágrafos a seguir, serão expostos os principais pontos que, no presente, estão vigentes na legislação inglesa.

De acordo com a redação atual da *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, em sua seção 1, a provisão financeira razoável pode ser requerida ao Judiciário inglês tanto em casos de sucessão testamentária quanto de sucessão intestada. São pessoas legitimadas a requerer a *Family provision*: (a) o cônjuge ou companheiro sobrevivente; (b) quem tiver sido cônjuge ou companheiro do morto, desde que não tenha novamente casado ou constituído união estável; (c) qualquer pessoa que tenha

⁶⁶ COWNIE, F.; BRADNEY, A. *Divided Justice, Different Voices: Inheritance and Family Provision*, cit., p. 567-569.

⁶⁷ GLENDON, M. A. Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law Symposium on Reflections on the Civil-Law Tradition in Louisiana: Agenda for The Twenty-First Century. *Tulane Law Review*, vol. 60, n. 6, 1986, p. 1188.

⁶⁸ SHAPO, H. S. *A Tale of Two Systems: Anglo-American Problems in the Modernization of Inheritance Legislation*, cit., p. 708.

⁶⁹ COOKE, E. Wives, Widows and Wicked Step-Mothers: A Brief Examination of Spousal Entitlement on Intestacy. *Child and Family Law Quarterly*, vol. 21, n. 4, 2009, p. 429.

morado, por pelo menos dois anos imediatamente antes da morte, no mesmo imóvel residencial que o falecido, como se com ele fosse casado ou tivesse união estável; (d) a prole do *de cuius*; (e) qualquer pessoa que o morto tenha tratado como se fosse seu filho – *treated by the deceased as a child of the family* –, o que inclui os enteados; e (f) qualquer pessoa que imediatamente antes da morte vinha sendo sustentada, em todo ou em parte, pelo falecido. Nos termos da legislação, o conteúdo de uma *reasonable financial provision* dependerá de quem se trata o requerente: sendo cônjuge ou companheiro, salvo se já tiver havido separação, a provisão financeira abarcará tudo aquilo que a pessoa receberia na dissolução do casamento ou da união estável, independentemente de tal patrimônio ser indispensável à sua subsistência; por outro lado, nos demais casos, a provisão se limitará ao razoável, dentro das circunstâncias concretas, para a subsistência do requerente.

Na seção 2 da supramencionada lei inglesa, são estabelecidos os modos como o juízo sucessório pode determinar o cumprimento da provisão financeira, como, ilustrativamente: pagamentos periódicos ao requerente por determinado período; pagamento de uma única vez de uma determinada quantia; a transferência ao requerente da propriedade de determinados bens componentes do patrimônio hereditário; a aquisição, com as forças do patrimônio sucessório, de bens imóveis em favor do requerente.

Já na seção 3, a *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* estabelece os parâmetros que os tribunais deverão utilizar, qualquer que seja a classe do requerente, no exercício da interferência discricionária na distribuição da herança: (a) as necessidades e as possibilidades financeiras que o requerente tem ou que previsivelmente terá no futuro; (b) as necessidades e as possibilidades financeiras dos demais potenciais requerentes; (c) as necessidades e as possibilidades financeiras das pessoas que já estão sendo beneficiadas pela sucessão legítima ou testamentária; (d) quaisquer obrigações e responsabilidades que o falecido tinha para com legitimados a requerer a *provision* e para com as pessoas que já estão sendo beneficiadas pela sucessão legítima ou testamentária; (e) o tamanho do patrimônio hereditário e a natureza dos bens que o compõem; (f) qualquer deficiência, física ou mental, dos legitimados a requerer a *provision* e das pessoas que já estão sendo beneficiadas pela sucessão legítima ou testamentária; e (g) quaisquer outras matérias, inclusive a conduta do requerente ou de qualquer outra pessoa, que, nas circunstâncias de cada caso, o juízo sucessório considere relevantes.

A supramencionada seção 3 traz ainda parâmetros especiais que deverão ser utilizados pelo Judiciário, aplicáveis a classes específicas de requerentes legitimados. Em se tratando de cônjuge ou companheiro, o tribunal ainda deverá levar em consideração: (a) a idade do requerente; (b) a duração do casamento ou da união estável; e (c) a contribuição feita pelo requerente ao bem-estar da família, inclusive contribuições feitas por meio de trabalhos domésticos ou de cuidado com familiares. Semelhantemente, no caso de qualquer pessoa que tenha morado, por pelo menos dois anos imediatamente antes da morte, no mesmo imóvel residencial que o falecido, como se com ele fosse casado ou tivesse união estável, serão observadas: (a) a idade do requerente; (b) por quanto tempo o requerente morou com o *de cuius*; (c) as contribuições para o bem-estar da família do falecido, incluindo serviços domésticos e de cuidado. Para os filhos do morto, serão analisadas as despesas com educação, inclusive profissional. Para aqueles que se encaixam no conceito de *child of the family*, será verificado se (a) o requerente era sustentado pelo morto e, em caso positivo, por quanto tempo, por qual motivo e em que extensão; (b) se o falecido sabia que o requerente não era seu filho; (c) a existência de outras pessoas que tenham a responsabilidade de sustentar o requerente. Já para aquelas pessoas que vinham sendo sustentadas, no todo ou em parte, pelo *de cuius*, o tribunal analisará: (a) as razões e o tempo pelo qual o falecido assumira o ônus de assegurar a subsistência do requerente; (b) e a extensão da contribuição que era feita pelo morto.

Destaque-se que a legislação inglesa estabelece um marco temporal para a verificação das circunstâncias mencionadas na seção 3, tanto as genéricas quanto as específicas de cada classe. Segundo a lei, o juízo sucessório levará em consideração os fatos como se verificam na data do julgamento do requerimento. Trata-se de uma escolha político-legislativa particularmente interessante, porque não se usa como parâmetro, para tanto, a data da morte. De todo modo, a seção 4 da *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* impõe um prazo máximo dentro do qual os requerimentos de interferência na distribuição da herança podem ser feitos: seis meses após o momento em que se concedeu a ordem de representação do espólio – *six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased is first taken out*. (A figura mais próxima de tal momento, em uma comparação com o direito brasileiro, seria o compromisso do inventariante.) De todo modo, a lei ainda ressalva que o tribunal poderá, excepcionalmente, permitir um requerimento que seja formulado para além do mencionado prazo.

A *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* traz ainda disposições a respeito de: tutelas provisórias; alteração nas circunstâncias que podem levar à revisão ou exoneração dos pagamentos periódicos; parcelamento nos pagamentos; quais bens são incluídos no patrimônio sucessório; a questão de bens dos quais o falecido era proprietário em condomínio com outrem; matérias que podem ser levantadas por interessados para suscitar o indeferimento do requerimento de *Family provision*; a situação de contratos para fazer testamento (negócios jurídicos que são admissíveis no direito inglês); e provisões complementares relativas a situações específicas. Na medida em que o presente trabalho se propõe a apresentar apenas um panorama, por razões de tempo e espaço, opta-se aqui pelo não aprofundamento em tais matérias.

6.3. Austrália

Na Austrália, o Direito das Sucessões é regulamentado a nível estadual. Atualmente, todos os seis estados possuem regras que limitam a liberdade testamentária, em especial autorizando a intervenção judicial no conteúdo de testamentos com provisão insuficiente em relação a certas pessoas próximas ao disponente. Alguns desses estados têm leis próprias sobre a matéria, enquanto outros tratam dela no contexto de suas leis sucessórias gerais: (a) em New South Wales, o Capítulo 3 do *Succession Act*, de 2006; (b) em Queensland, a Parte 4 do *Succession Act*, de 1981; (c) em South Australia, o *Inheritance (Family Provision) Act*, de 1972; (d) na Tasmania, ainda vigora o *Testator's Family Maintenance Act*, de 1912; (e) em Victoria, a Parte IV do *Administration and Probate Act*, de 1958; (f) em Western Australia, o *Family Provision Act*, de 1972. Na sequência, por limitações de tempo e de espaço, serão observadas somente as leis de New South Wales, Victoria e Queensland, respectivamente os três estados mais populosos daquele país. Em razão das peculiaridades e complexidades político-jurídicas dos territórios australianos – Australian Capital Territory, Australian Antarctic Territory, Jarvis Bay Territory, Northern Territory e aqueles vários territórios que consistem em ilhas –, as respectivas legislações sucessórias não serão abordadas.

Em New South Wales, onde está localizada Sydney, todo o Capítulo 3 do *Succession Act*, entre as seções 55 e 100 do diploma normativo, é voltado à regulamentação da *Family provision*. De acordo com a seção 57, são legitimados a requerer ao juízo sucessório uma provisão em seu favor: (a) o cônjuge ou companheiro sobrevivente; (b) o filho do falecido; (c) quem tiver sido cônjuge ou companheiro do *de cuius*, ainda que o vínculo não mais subsistisse no momento da morte; (d) o neto ou uma pessoa que morasse com o morto e que dele fosse dependente, no todo ou em parte; (e) uma pessoa com quem o

de cuius estava vivendo em uma relação pessoal próxima à época do óbito. A seção 58 estabelece um prazo de 12 meses para formulação do requerimento, contado da morte, podendo o tribunal aceitar pedidos intempestivos se entender haver justificativa suficiente para tanto.

A seção 59 do *Succession Act* estabelece que, ao analisar o pedido, será verificado se existe disposição testamentária ou vocação intestada em favor que assegure ao requerente uma provisão adequada para sua subsistência, educação e progresso na vida e, em caso negativo, o juízo sucessório ordenará uma provisão que assegure tais objetivos. Na seção 60, a lei prevê que o Judiciário, para decidir se concederá uma ordem em favor do requerente, a natureza de tal ordem e a sua extensão, levará em consideração, entre outros aspectos: (a) a relação entre o requerente e o *de cuius*, inclusive a natureza e a duração de tal relação; (b) a natureza e a extensão das obrigações e responsabilidades do falecido para com o requerente, para com outros potenciais requerentes e para com as pessoas que já estão sendo contempladas pelo testamento ou pela sucessão legítima; (c) a natureza e o tamanho do espólio; (d) as possibilidades e necessidades, presentes e futuras, do requerente, dos outros potenciais requerentes e das pessoas que já estão sendo contempladas pelo testamento ou pela sucessão legítima; (e) se o requerente é casado ou vive em união estável e, em caso positivo, as circunstâncias financeiras do respectivo cônjuge ou companheiro; (f) qualquer deficiência física, intelectual ou mental do requerente, dos outros potenciais requerentes e das pessoas que já estão sendo contempladas pelo testamento ou pela sucessão legítima; (g) a idade do requerente; (h) qualquer contribuição, financeira ou não, feita pelo requerente em favor do patrimônio do morto ou do seu bem estar; (i) evidências a respeito das intenções testamentárias do *de cuius*; (j) se o requerente estava sendo sustentado, no todo ou em parte, pelo falecido e, em caso positivo, em que medida e por quais motivos; (k) se existe qualquer outra pessoa com responsabilidade por sustentar o requerente; (l) o caráter e a conduta do requerente, tanto antes quanto depois da abertura da sucessão; (m) o caráter e a conduta de qualquer outra pessoa, tanto antes quanto depois da abertura da sucessão; e (n) qualquer outra matéria que o juízo sucessório considerar relevante.

A seção 65 do *Succession Act* de New South Wales especifica os modos pelo como a ordem judicial de *Family provision* pode se dar em favor do requerente: pela entrega de uma só vez de determinado valor pecuniário; por pensionamento periódico; pela transferência da propriedade de algum bem; pela constituição de algum direito real limitado sobre algum bem do espólio; por qualquer outra maneira que o tribunal entender adequada à situação concreta. Além disso, na seção 70, estabelece-se que uma

ordem de *Family provision* pode ser revogada ou modificada, se isso for necessário para permitir que seja feita provisão em favor de outro requerente. As demais seções do Capítulo 3 do *Succession Act* de New South Wales regulamentam outros pormenores em relação às medidas que podem ser adotadas.

Em Victoria, onde se encontra Melbourne, uma das leis que regem a sucessão hereditária é o *Administration and Probate Act*, de 1958, cuja emenda mais recente se deu em 2020. A referida legislação dedica toda a sua Part IV, seções 90 a 99A, para regulamentar a *Family provision*. A seção 90 elenca os legitimados a requerer do juízo sucessório uma provisão em seu favor: (a) o cônjuge ou companheiro sobrevivente; (b) o filho do morto – incluindo o adotado, o enteado e o “socioafetivo”;⁷⁰ (c) em algumas circunstâncias, o ex-cônjuge ou ex-companheiro do falecido; (d) alguém registrado como *caring partner* do *de cuius*⁷¹; (e) o neto do falecido; (f) o cônjuge ou companheiro de um filho do autor da herança que tenha morrido até um ano antes deste; (g) qualquer pessoa que, à época da morte, estava ou estaria em um futuro próximo (caso não tivesse ocorrido o óbito) morando com o *de cuius*. Nestes últimos quatro casos, a seção 91(2)(b) exige a demonstração de que tal pessoa dependia, no todo ou em parte, do falecido para a adequada subsistência. A seção 99 estabelece que o requerimento deve ser formulado em até 06 meses da concessão das cartas de administração do espólio, o que se aproxima do compromisso do inventariante no direito brasileiro. O mesmo dispositivo prevê que o tribunal poderá ampliar o referido prazo, escutando os argumentos das partes interessadas, desde que isso se faça antes da partilha do patrimônio hereditário.

Na seção 91 do *Administration and Probate Act* de Victoria, consigna-se que, para conceder uma ordem de *Family provision*, o tribunal deverá verificar se, à época da morte, o falecido tinha um dever moral em relação à subsistência e manutenção do requerente. Também deverá ser analisado se há disposição testamentária ou vocação legítima que confira ao requerente os meios suficientes de subsistência e manutenção. Como critérios para determinar a extensão da ordem de *Family provision*, o juízo sucessório deverá considerar: (a) o grau do dever moral que o falecido tinha em relação ao requerente; (b) em que medida a distribuição do patrimônio hereditário, conforme o testamento ou sucessão intestada, deixa de prover a subsistência e manutenção do

⁷⁰ Aqui se coloca a expressão socioafetivo entre aspas por inexistir tal designação do direito ora estudado. A legislação em comento fala especificamente daquela pessoa que, por um período substancial, acreditou ser filho do morto e foi tratado por este como se filho fosse.

⁷¹ Nos termos do *Relationships Act 2008*, uma *caring partnership*, sujeita a registro no estado australiano de Victoria, trata-se de uma relação entre dois adultos, que não formam um casal e que podem ou não ter vínculos de parentesco, na qual há compromisso e suporte pessoal e financeiro, independentemente de morarem sob o mesmo teto, desde que não haja remuneração nem vínculo intermediado por outra pessoa física ou jurídica, como uma agência governamental ou uma instituição de caridade.

requerente; (c) em relação ao filho maior de 18 anos (ou de 25, se até tal idade era estudante em tempo integral), a sua razoável capacidade de prover adequadamente o próprio sustento; (d) em relação aos quatro últimos do rol de legitimados, em que medida eles eram dependentes do *de cuius*. Na seção 91A, são elencados outros fatores que o Judiciário deverá observar: (e) o testamento, se houver; (f) qualquer evidência que demonstre as razões pelas quais o testador optou pelas disposições que fez; (g) qualquer outra evidência em relação às intenções do morto quanto às provisões para o requerente; (h) a relação entre o *de cuius* e o requerente, inclusive a natureza e a duração de tal relação; (i) quaisquer obrigações ou responsabilidades do falecido para com o requerente, qualquer outro potencial requerente e quem já está sendo beneficiado pelo patrimônio hereditário; (j) o tamanho e a natureza do espólio; (k) as possibilidades e as necessidades do requerente, de qualquer outro potencial requerente e de quem já está sendo beneficiado pelo patrimônio hereditário; (l) qualquer deficiência física, mental ou intelectual do requerente, de qualquer outro potencial requerente e de quem já está sendo beneficiado pelo patrimônio hereditário; (m) a idade do requerente; (n) qualquer contribuição do requerente para a construção do patrimônio hereditário ou para o bem-estar do morto ou de sua família; (o) quaisquer benefícios recebidos conferidos pelo autor da herança era vivo aos potenciais requerentes e a qualquer beneficiário da herança; (p) se o requerente estava sendo sustentado, no todo ou em parte pelo morto, em que medida e por quais motivos; (q) a existência de outra pessoa com responsabilidade em relação ao sustento do requerente; (r) o caráter e a conduta do requerente ou de qualquer outra pessoa; (s) os efeitos da ordem de *Family provision* na distribuição da herança para os demais beneficiários; (t) e qualquer outra matéria que o tribunal entender relevante.

A seção 96 do *Administration and Probate Act* estabelece que o juízo sucessório poderá determinar que a ordem de *Family provision* consistirá em um pagamento pecuniário único, em pensionamento ou qualquer outro tipo de pagamento. As demais seções tratam de questões procedimentais e de outros poderes dos quais o Judiciário pode se utilizar.

Em Queensland, onde fica Brisbane, o Direito das Sucessões é majoritariamente regido pelo *Succession Act*, de 1981. A Parte 4 do referido diploma, que vai das seções 40 a 44, dedica-se à *Family provision*, sendo uma regulamentação mais sucinta do que as supramencionadas. A lei estabelece que se alguém morrer, intestado ou com testamento, sem que haja um benefício sucessório testamentário ou legítimo que assegure a apropriada manutenção e subsistência do seu cônjuge, companheiro, filho ou dependente, o juízo

sucessório poderá determinar uma ordem de *Family provision* em favor de tais pessoas, de acordo com que o juiz entender adequado. Nos termos legais, entendem-se como filhos não apenas os biológicos, mas também os adotados e os enteados, neste último caso atendidas algumas condições previstas na seção 40A. Já na categoria de dependentes entram os genitores do morto, o genitor do filho menor de 18 anos do morto e pessoas com menos de 18 anos, em todos esses casos desde que vinham sendo mantidos e sustentados, no todo ou significativamente, pelo autor da herança. Para a concessão da ordem de *Family provision* em favor de um membro da classe dos dependentes, exige-se que haja prova suficiente da medida em que tal pessoa vinha sendo sustentada pelo falecido, a necessidade da continuidade de tal sustento e as circunstâncias que justificam tal ordem.

O *Sucession Act* de Queensland impõe um prazo de nove meses, contado do falecimento, para que os requerimentos sejam apresentados; entretanto, o Judiciário pode aceitar pedidos formulados após tal prazo, conforme as circunstâncias. A lei determina ainda que o tribunal poderá se recusar a fazer uma ordem de *Family provision* para qualquer pessoa cujo caráter ou conduta seja desabonadora e lhe tire o merecimento de tal benefício, ou cujas circunstâncias demonstrem que tal recusa é razoável. Além disso, o juízo sucessório também tem poderes para impor certas condições à ordem de *Family provision*. O juiz ordenará, conforme as circunstâncias, por um único pagamento ou um pensionamento periódico em favor do requerente; e, salvo determinação judicial em sentido contrário, todo o espólio suportará tais pagamentos. De tempos em tempos, o juízo sucessório poderá avaliar se o beneficiário da ordem de *Family provision* ainda está vivo, se passou a ter patrimônio ou meios que assegurem o seu próprio sustento ou se a provisão continua adequada; nesse sentido, a ordem pode ser suspensa, extinta, majorada ou minorada, de acordo com as circunstâncias.

6.4. Canadá

Conforme mencionado anteriormente, no Canadá, o Direito das Sucessões é regulamentado a nível provincial. Atualmente, das 09 províncias de *common law*, todas adotam um sistema de limitação à liberdade de testar. A grande maioria tem lei própria a respeito: (a) em Manitoba, o *Dependants Relief Act*, de 1990; (b) em New Brunswick, o *Provision for Dependants Act*, de 2012; (c) em Newfoundland and Labrador, o *Family Relief Act*, de 1990; (d) em Nova Scotia, o *Testator's Family Maintenance Act*, de 1989; (e) em Prince Edward Island, o *Dependants of a Deceased Person Relief Act*, de 1988; e (f) em Saskatchewan, o *Dependants' Relief Act*, de 1996. Alberta, British Columbia e Ontario também tratam da questão, porém nas respectivas leis gerais a respeito de

sucessão hereditária. Na sequência, por limitações de tempo e de espaço, serão observadas somente as leis de Ontario e British Columbia, respectivamente a primeira e a terceira províncias mais populosas daquele país. Aqui, não se estudará a legislação sobre a matéria em Québec, província na qual se encontra a segunda maior população; conquanto lá também existam limitações à liberdade testamentária, não se trata de uma jurisdição de *common law*, mas na realidade um sistema jurídico misto – com forte influência da *civil law* francesa e até mesmo uma codificação, o *Code Civil du Québec*, de 1991 –, fugindo, portanto, do recorte temático do presente trabalho. Assim como no caso australiano, não serão abordados os três territórios canadenses – Northwestern Territories, Nunavut e Yukon – em razão das peculiaridades e complexidades jurídico-políticas de tais entes.

Em Ontario – província na qual se encontram tanto a capital canadense, Ottawa, quanto a maior cidade do país, Toronto –, a lei que regulamenta de forma abrangente o Direito das Sucessões é o *Succession Law Reform Act*, de 1990, cuja última alteração se deu no ano de 2021. A questão das necessidades dos dependentes do falecido é tão significativa que toda a Parte V do *Act*, em suas seções 57 a 79, tratam da matéria sob o título *Support of Dependants*. O próprio diploma normativo esclarece que se inserem na categoria de dependentes certas pessoas em favor de quem o *de cuius*, antes de morrer, estava proporcionando a subsistência ou teria a obrigação legal de fazê-lo. Na lista de tais pessoas, encontram-se: (a) o cônjuge ou o companheiro sobrevivente,⁷² incluindo pessoas cujo casamento já tinha sido dissolvido pelo divórcio; (b) os ascendentes do morto – aqui compreendidas também as pessoas que haviam demonstrado a firme intenção de tratar o falecido como filho; (c) os irmãos do *de cuius*; (d) e os descendentes – aqui incluindo até mesmo os filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*, atendidos os requisitos legais para o procedimento, os netos e pessoas para com quem o falecido tenha demonstrado uma firme intenção de tratar como se fossem seus filhos.

A seção 58 do *Succession Law Reform Act* determina que quando alguém morre, deixando ou não testamento, sem fazer uma provisão adequada para a subsistência dos seus dependentes, ou de qualquer um deles, o juízo sucessório poderá ser provocado para fazer a referida provisão de acordo com o que compreender suficiente para atender às necessidades de tais pessoas. Trata-se de matéria tão relevante e de interesse social que a lei de Ontario confere legitimidade para requerer tal ordem judicial não apenas os próprios dependentes ou os respectivos responsáveis, mas também diversos entes, órgãos e

⁷² O *Succession Law Reform Act* utiliza o termo *spouse*, indicando que ele deve ser interpretado conforme a seção 29 do *Family Law Act*. O dispositivo referido inclui na definição de *spouse* tanto as pessoas que se casaram quanto aquelas que, mesmo não tendo casado, coabitaram de forma contínua por pelo menos três anos ou, alternativamente, mantiveram uma relação permanente da qual decorreram descendentes.

agências públicas, como ilustrativamente o *Ministry of Community and Social Services*. A seção 61 do referido diploma estabelece um prazo dentro do qual os requerimentos podem ser formulados: até seis meses contados a partir da concessão de poderes para cumprir o testamento e administrar o espólio – o que, conforme já abordado em seções anteriores, aproxima-se da figura do compromisso do inventariante no Brasil. De todo modo, o tribunal pode, se entender adequado, permitir um requerimento formulado após tal prazo, desde que a partilha ainda não tenha sido finalizada.

A extensão da ordem judicial será definida de acordo com as necessidades existentes na data da audiência na qual o pedido será examinado. Em sua seção 62, o *Succession Law Reform Act* de Ontario estabelece as circunstâncias que o juízo sucessório deverá levar em consideração para determinar o *quantum* e a duração do provimento em relação a qualquer classe de pessoas legitimadas: (a) o patrimônio do requerente, tanto presente quanto aquele que ele possivelmente adquirirá no futuro; (b) a capacidade que o requerente tem de prover o próprio sustento; (c) a idade e a saúde física e mental do requerente; (d) as necessidades do requerente, inclusive o padrão de vida ao qual ele está habituado; (e) as medidas disponíveis para que o requerente possa prover o próprio sustento, bem como o tempo e os custos necessários para a adoção de tais medidas; (f) o grau de proximidade e a duração da relação do requerente com o *de cuius*; (g) as contribuições, incluindo as de natureza não patrimonial, feitas pelo requerente ao bem-estar do falecido; (h) as contribuições feitas pelo requerente para a realização do potencial da carreira profissional do morto; (i) a eventual obrigação legal de o requerente prover o sustento de outra pessoa; (j) as circunstâncias do autor da herança no momento da sua morte; (k) qualquer acordo eventualmente existente entre o *de cuius* e o requerente; (l) qualquer distribuição de propriedade do morto que tenha sido feita em vida em favor do requerente; (m) os pedidos formulados por outros requerentes igualmente legitimados. Se o requerente for da classe dos descendentes, o Judiciário também deverá considerar a aptidão e a razoável perspectiva de obter educação e treinamento profissional; a necessidade de um ambiente estável; e, no caso dos maiores de 16 anos, se ainda se encontram sob a autoridade parental. Por outro lado, se o requerente se tratar de cônjuge ou companheiro supérstite, serão observados: se houve conduta do sobrevivente, durante a vida do autor da herança, que tenha sido tão reprovável a ponto de constituir um repúdio ao relacionamento; a duração da convivência do casal; os efeitos das responsabilidades assumidas em razão da convivência no potencial de ganhos financeiros do requerente; serviços domésticos ou de cuidado à família performados pelo requerente; os efeitos da responsabilidade pelo cuidado para com os descendentes na carreira e nos ganhos do requerente; e o interesse

de o requerente permanecer no imóvel residencial para cuidar dos descendentes. Para além de todas as circunstâncias acima mencionadas, o tribunal também poderá aceitar provas de qualquer outro fato que possa ser relevante, inclusive em relação às razões pelas quais o autor da herança optou por fazer certas disposições testamentárias ou por deixar certas pessoas sem a provisão sucessória adequada.

A seção 63 do *Succession Law Reform Act* estabelece que o juízo sucessório poderá estabelecer uma provisão hereditária em favor dos requerentes da maneira que entender apropriada. Entre as medidas que o tribunal pode adotar, encontram-se: um valor a ser pago anualmente, indefinidamente ou por um período limitado de tempo; um valor total a ser pago de uma vez ou reunido em um *trust*; a transferência de propriedade em favor do requerente, de forma definitiva, vitalícia ou por certo termo; a atribuição, ao requerente, de posse de determinados bens, de forma vitalícia ou pelo período considerado apropriado; estabelecimento de garantias reais ou pessoais de que os pagamentos periódicos serão feitos. Em qualquer hipótese, é possível que o juiz imponha condições ou restrições à provisão concedida, da forma que considerar adequada ao caso concreto. Na seção 65, consigna-se que o juízo sucessório poderá, a qualquer tempo, verificar a adequação da ordem concedida e, de acordo com as circunstâncias, suspender, extinguir ou variar (para cima ou para baixo) a extensão do benefício.

Já em British Columbia, onde se localiza Vancouver, a lei que regulamenta a matéria é o *Wills, Estates and Succession Act*, de 2009, cuja emenda mais recente se deu em 2022; assim como a de Ontario, trata-se de legislação geral a respeito do Direito das Sucessões. A regulamentação da sucessão testamentária se localiza na parte 4 do *Act*; toda a divisão 6 da referida parte, que vai da seção 60 à seção 72 do diploma normativo, trata especificamente da *Variation of Wills*, ou seja, da interferência judicial no conteúdo do testamento.

A seção 60 do *Wills, Estates and Succession Act* estabelece que se um alguém morre deixando um testamento que, na opinião do juízo sucessório, não faz adequada provisão para a apropriada subsistência e sustento de seus descendentes, cônjuge ou companheiro,⁷³ o tribunal poderá, em favor de tais pessoas, determinar que se faça, a partir do espólio, uma provisão que se entenda adequada, justa e equitativa nas circunstâncias. A seção 61 estabelece o prazo para formulação de tal requerimento ao Judiciário, que será, em regra, de 180 dias a partir da concessão de poderes para

⁷³ A seção 2 do *Wills, Estates and Succession Act* de British Columbia define *spouses* como pessoas casadas ou que tenham vivido na posse do estado de casados por pelo menos dois anos.

administrar o espólio. Já a seção 62 prevê que, analisando o supramencionado requerimento, o juízo sucessório poderá aceitar toda evidência que considerar apropriada, inclusive aquelas em relação às razões pelas quais o testador fez as suas disposições testamentárias daquele modo e por que acabou não fazendo a adequada provisão em favor dos requerentes. Nesse mesmo sentido, a seção 63(b) estabelece que a corte poderá se recusar a conceder uma ordem em favor daquela pessoa cujo caráter ou conduta lhe tiver desabonado de receber um benefício sucessório.

Entre as seções 63 e 67 do *Wills, Estates and Succession Act*, consignam-se os poderes do Judiciário em relação ao conteúdo da provisão a ser feita em favor dos requerentes. O juízo sucessório poderá lhes conceder um pagamento financeiro único, uma pensão periódica, a transferência de propriedade ou a criação de um *trust*. Tais determinações deverão, em regra, ser suportados pelo espólio do falecido, ao menos em relação aos bens que estejam localizados em British Columbia; apesar disso, parte do espólio pode ser dispensado de suportar o pagamento de tais ordens, a critério do juiz. Além disso, a seção 71 prevê que, a qualquer momento, o tribunal poderá verificar alterações nas circunstâncias em que se encontram as pessoas em favor de quem as provisões foram feitas e, a partir daí, cancelar, suspender ou variar (para mais ou para menos) o conteúdo da decisão judicial original.

Para finalizar a análise do direito canadense, destaque-se que, em 1994, a *Supreme Court of Canada*, julgando o caso *Tataryn v. Tataryn*, cuja controvérsia se deu a partir de uma lei anterior de British Columbia sobre a mesma matéria, reconheceu que existem deveres morais e jurídicos do testador para com a sua família; desse modo, qualquer cônjuge sobrevivente ou descendente – capaz ou incapaz – tem o direito de ser contemplado no testamento, embora o valor vá depender das circunstâncias de cada caso.⁷⁴ Assim, naquele país, a questão gira em torno de responsabilidade: a liberdade de testar não abrange uma liberdade irresponsável; se o testador demonstra na sua última vontade responsabilidade em relação ao seu cônjuge e à sua prole, o testamento será respeitado pelo juízo sucessório.⁷⁵

7. Breves reflexões em relação ao direito brasileiro

Nos últimos anos, a quantidade em pesquisas em Direito nas Sucessões tem aumentado significativamente, em especial no que diz respeito aos temas do planejamento sucessório e da herança digital. Antes desse recente interesse, mesmo quando o direito

⁷⁴ CHESTER, R. *Should American Children Be Protected against Disinheritance*, cit., p. 414-419.

⁷⁵ CHESTER, R. *Should American Children Be Protected against Disinheritance*, cit., p. 422.

sucessório se tratava do ramo do Direito Civil mais esquecido entre os doutrinadores, um tema sempre foi objeto de controvérsia: a legítima dos herdeiros necessários. As críticas sempre giraram em torno de uma suposta interferência indevida na autonomia privada (testamentária), inclusive imputando à legislação um caráter paternalista. Boa parte da doutrina vem propugnando pela extinção da parte indisponível; outra parcela, pela sua redução; e alguns, ainda, pela sua limitação às situações de vulnerabilidade. O panorama histórico e atual das jurisdições de *common law*, conforme acima descrito, demonstra que o debate nacional corre o risco de ser pautado pela ignorância, no sentido mais literal de se ignorar – não estar a par de – como a matéria é tratada alhures.

De fato, houve – em especial no século XIX – um momento em que, na Inglaterra e nas suas colônias, o testador não tinha maiores restrições para fazer as suas disposições de última vontade. Ocorre que, em tais jurisdições, há mais de um século se compreende algo que parece abstruso para a doutrina brasileira: que a herança se trata de um fenômeno bifocal que deve ser centrado não apenas na figura do sucedido, mas também de pessoas próximas a ele que fazem jus a uma proteção enquanto sucessoras.⁷⁶ As diversas legislações estudadas no presente trabalho, em especial aquelas ainda vigentes, comumente abordam as noções de deveres e de responsabilidades do falecido para com certas pessoas, em especial (mas não exclusivamente) os membros mais próximos da sua família. Não apenas os Legislativos, mas também os Judiciários de tais países entendem da mesma forma. Como se viu, há mais de 150 anos, a *Court of Queen's Bench*, julgando *Banks v. Goodfellow*, decidiu que não existe liberdade de testar em abstrato, mas localizada entre responsabilidade moral, deveres e obrigações para com os familiares. Semelhantemente, há pouco mais de 100 anos, a *New Zealand Supreme Court*, em *Re Allen*, compreendeu que um testador deve agir como um pai justo e sábio, de forma a assegurar a subsistência do seu cônjuge e dos seus descendentes. Do mesmo modo, a Suprema Corte canadense, no caso *Tataryn*, decidido no fim do século XX, reconheceu a existência de deveres morais e jurídicos do testador para com a sua família.

É simplesmente notável que, atualmente, a Inglaterra, a Nova Zelândia, todos os estados australianos e todas as províncias canadenses confirmam aos seus Judiciários o poder de interferir no conteúdo de testamentos cujos disponentes tenham deixado de fazer provisão adequada em favor de certas pessoas próximas a eles. Trata-se de países altamente desenvolvidos economicamente, com elevados índices educacionais, com indicadores de desigualdade social muito menores do que o Brasil e com democracias

⁷⁶ KREICZER-LEVY, S. Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 46, n. 3, 2012.

muito mais sólidas do que a brasileira. Dificilmente pode se alegar que se trata de jurisdições autoritárias, paternalistas e cerceadoras da autonomia privada. Ainda assim, em todas elas há limitações à liberdade de testar, operacionalizadas de modo geral pelo controle *ex post* do sistema de *Family provision*. Evidentemente, não se trata de uma panaceia para a sucessão forçada no Brasil; mesmo nos Estados Unidos – onde se viu que há uma espécie de controle *ex post* do conteúdo do testamento com base no desvirtuamento de regras como a incapacidade do testador –, historicamente tem havido resistência histórica à sua adoção. Apesar disso, muitas características de tais modelos podem significar vantagens em relação aos tantos problemas apresentados pela legítima da *civil law*, um instituto rígido, abstrato e pretensamente universal.

Por se tratar de uma limitação *ex post*, a *Family provision* permite o que impossível para o sistema da reserva legitimária: conformar o exercício da liberdade de testar às peculiaridades de cada sucessão. Note-se que basicamente todas as leis estudadas ressalvam que o Judiciário verificará as possibilidades e necessidades de quem requer a ordem de *Family provision*, bem como das demais pessoas beneficiadas pelo patrimônio hereditário. Além disso, como regra geral em todas as jurisdições, o juízo sucessório também pode levar em consideração as razões do testador para ter disposto do modo que o fez, bem como o caráter e a conduta de quem está requerendo a interferência no conteúdo do testamento. (Uma regra nesse sentido resolveria um problema significativo do Brasil, que é a insuficiência dos sistemas de indignidade e deserdação, em especial relativamente à taxatividade das suas causas justificadoras; não à toa, gastam-se rios de tinta publicandose a respeito de métodos interpretativos criativos para possibilitar o afastamento da herança em casos de abandono afetivo e condutas igualmente reprováveis no ordenamento pátrio.) Por outro lado, as regras estudadas também fazem referência ao tamanho do patrimônio hereditário como critério que deve balizar a interferência judicial.

Como mencionado, observando-se todas as legislações estudadas, em especial as que atualmente vigoram, percebe-se que o instituto da *Family provision* se preocupa com as responsabilidades e deveres do *de cuius* para com certas pessoas. Supera-se a ideia de que a disposição patrimonial póstuma é um fim em si mesma ou funcionalizada exclusivamente aos interesses do sucedido. Mais do que isso: embora as possibilidades (presentes e futuras) de o requerente garantir o próprio sustento sejam comumente elencadas como um dos critérios que devem ser observados pelo Judiciário, de modo geral não se condiciona o controle de conteúdo do testamento à existência de interessados vulneráveis, como parte da doutrina entende que deveria ocorrer no Brasil. Nesse sentido, limitar a solidariedade familiar às situações de vulnerabilidade seria

equivocadamente considerar que, quando não há familiares vulneráveis, o testador se trata de um sujeito isolado no mundo, com irrestritos poderes, sem quaisquer deveres e responsabilidades e com uma vontade testamentária infensa a questionamentos. Pelo que se notou das jurisdições trabalhadas, esta é uma figura anacrônica que não deve ter espaço nos ordenamentos contemporâneos.

Destaque-se ainda que duas tendências atuais nas legislações observadas chamam atenção para outros problemas que precisam ser enfrentados no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a autorização para que o Judiciário interfira na distribuição de herança não apenas em caso de testamento, mas quando a própria sucessão intestada gera resultados insatisfatórios (no sentido de proteção hereditária insuficiente para uma subsistência digna) em relação a certas pessoas próximas ao morto. Trata-se do reconhecimento de que a vocação hereditária legítima, abstrata que é, claramente não será suficiente para atender às demandas concretas das pessoas envolvidas. Em segundo lugar, a ampliação, em algumas jurisdições, do rol de legitimados a requerer a *Family provision*, a exemplo de quem, independentemente de vínculo familiar, estava sendo sustentado pelo morto ou dividindo uma base de residência com ele à época do falecimento, ou até mesmo um *caring partner*, com quem há compromisso e suporte emocional e financeiro sem que exista vínculo de união estável ou de casamento, como se viu no estado australiano de Victoria. Aqui se trata do reconhecimento de que as pessoas vivem em diferentes estilos de vida e arranjos (familiares, de afeto, de solidariedade) que jamais podem ser compreendidos em completude pelo legislador.

Por fim, ressalve-se que não se defende, aqui, o puro e simples transplante de um modelo de sucessão forçada da *common law* para o ordenamento brasileiro. Espera-se apenas que, com o conhecimento aprofundado a respeito da existência de limitações históricas e contemporâneas à liberdade de testar em tais jurisdições, abandone-se o fetichismo por uma autonomia privada testamentária irrestrita que não havia no Brasil nem mesmo sob a vigência do altamente individualista e voluntarista Código Civil de 1916.

8. Conclusão

Neste artigo, foram observadas as históricas restrições à liberdade testamentária existentes na *common law* inglesa: primeiramente, de origem medieval, o direito de primogenitura quanto aos imóveis e a limitação a 1/3 dos bens móveis; e, de modo mais recente, o *dower* em favor da viúva e a *curtesy* em favor do viúvo. Notou-se que, mesmo

com a abolição das últimas restrições no século XIX, ainda se reconhecia na Inglaterra um dever moral do testador para com as pessoas próximas a ele.

Percebeu-se que, no final do século XIX, surgiu um movimento político-jurídico de oposição à ilimitada liberdade de testar, motivado entre outros fatores pela ascensão do pensamento feminista. Identificou-se que a primeira jurisdição a enfrentar o tema foi a Nova Zelândia, que em 1900 inovou ao aprovar uma lei que permitia que o Judiciário fizesse um controle *ex post* do conteúdo do testamento, caso o disponente não tivesse feito provisão suficiente que assegurasse a subsistência de pessoas próximas a ele – o sistema de *Family maintenance*. Verificou-se que, nas décadas seguintes, legislações com a mesma finalidade e com mecanismos semelhantes foram adotadas na Austrália, no Canadá e na Inglaterra; e que, ao longo do século XX, o instituto foi sendo aperfeiçoado e ampliado, para abranger não apenas a subsistência em sentido estrito, mas outras demandas necessárias a uma vida digna – a passagem da *Family maintenance* para a *Family provision*.

Analisou-se o sistema hereditário estadunidense, regulado a nível estadual, inferindo-se que, de modo geral, com exceção da Louisiana, não há proteção sucessória expressa aos descendentes do testador; por outro lado, em relação ao cônjuge sobrevivente, os estados se dividem entre aqueles de *community property* e os de *forced share*, institutos que de fato operam como restrições à liberdade de testar. Por outro lado, notou-se que, embora permaneça o discurso de amplíssima autonomia testamentária, a prática dos tribunais naquele país demonstra que testamentos que desviam das normas sociais – em especial das expectativas de que o disponente beneficiará seus familiares mais próximos – correm significativamente mais riscos de serem invalidados por regras pensadas para outras finalidades, como as de incapacidade testamentária, *undue influence* ou até mesmo solenidades negociais.

Observaram-se as leis atualmente em vigor nos países estudados, depreendendo-se que tanto na pioneira Nova Zelândia quanto na Inglaterra, em todos os estados australianos e em todas as províncias canadenses há leis que conferem aos respectivos Judiciários os poderes necessários para conceder ordens de *Family provision* em favor das pessoas próximas ao *de cuius* que não receberam provisão sucessória suficiente para as próprias necessidades. Percebeu-se também que em muitas das referidas leis o instituto se aplica não apenas à sucessão testamentária, mas também à legítima, ou seja, em qualquer situação na qual a distribuição original de herança geraria resultados insatisfatórios para as pessoas envolvidas. Inferiu-se que se trata de um reconhecimento, em tais jurisdições,

de que o fenômeno sucessório não deve focar exclusivamente no sucedido, mas também em pessoas próximas a ele que, por tal proximidade, faz jus ao *status* de sucessoras.

Por fim, depreendeu-se as jurisdições estudadas não são autoritárias, paternalistas nem cerceadoras de autonomia privada e, ainda assim, em todas elas há um controle à liberdade de testar, exercido *ex post* por meio da *Family provision*. Concluiu-se que se deve evitar, no debate brasileiro, o recurso a um fetichismo pela autonomia testamentária ilimitada, que não existe em tais países e não havia no direito pátrio nem mesmo sob o altamente individualista e voluntarista Código Civil de 1916.

Referências

- ATHERTON, Rosalind. New Zeland's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – the Souts, the women's movement and political compromise. *Otago Law Review*, vol. 7, n. 2, 1990.
- BAKER, K. F. C. 4. England Restrictions on Testamentary Freedom: A Comparative Study and Transnational Implications. *International Legal Practitioner*, vol. 15, n. 1, 1990.
- BALE, G. Limitation on Testamentary Disposition in Canada. *Canadian Bar Review*, vol. 42, n. 3, 1964.
- BANDALI, S. M. Wills in Contemplation of Marriage. *Anglo-American Law Review*, vol. 6, n. 1, 1977.
- BATTS, D. A. I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a Sytem of Protected Inheritance. *Hastings Law Journal*, vol. 41, n. 5, 1990.
- BRASHIER, R. C. Disinheritance and the Modern Family. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 45, n. 1, 1995.
- BRASHIER, R. C. Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana Stand Alone Successions and Donations: A Symposium. *Louisiana Law Review*, vol. 57, n. 1, 1997.
- BURNS, F. The Changing Patterns of Total Intestacy Distribution between Spouses and Children in Australia and England. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 36, n. 2, 2013.
- CHAFFIN, V. F. A Reappraisal of the Wealth Transmission Process: The Surviving Spouse, Year's Support and Intestate Succession. *Georgia Law Review*, vol. 10, n. 2, 1976.
- CHAMPINE, P. Expertise and Instinct in the Assessment of Testamentary Capacity. *Villanova Law Review*, vol. 51, n. 1, 2006.
- CHESTER, R. Should American Children Be Protected against Disinheritance. *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 32, n. 3, 1998.
- COOKE, E. Wives, Widows and Wicked Step-Mothers: A Brief Examination of Spousal Entitlement on Intestacy. *Child and Family Law Quarterly*, vol. 21, n. 4, 2009.
- COWNIE, F.; BRADNEY, A. Divided Justice, Different Voices: Inheritance and Family Provision. *Legal Studies*, vol. 23, n. 4, 2003.
- CROUCHER, R. F. Statutory Wills and Testamentary Freedom - Imagining the Testator's Intention in Anglo-Australian Law. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 7, n. 2, 2007.
- CROUCHER, R. F. How Free Is Free: Testamentary Freedom and the Battle between Family and Property. *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 37, 2012.
- DAINOW, J. Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada. *Michigan Law Review*, vol. 36, n. 7, 1938.

- DAINOW, J. Limitations on Testamentary Freedom in England. *Cornell Law Quarterly*, vol. 25, n. 3, 1940.
- EPSTEIN, E. M. Testamentary Capacity, Reasonableness and Family Maintenance: A Proposal for Meaningful Reform. *Temple Law Quarterly*, vol. 35, n. 3, 1962.
- FRATCHER, W. F. Toward Uniform Succession Legislation. *New York University Law Review*, vol. 41, n. 6, 1966.
- FRIEDMAN, L. M. The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society Law and Society. *Wisconsin Law Review*, vol. 1966, n. 2, 1966.
- GAUBATZ, J. T. Notes toward a Truly Modern Wills Act. *University of Miami Law Review*, vol. 31, n. 3, 1977.
- GLENDON, M. A. Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law Symposium on Reflections on the Civil-Law Tradition in Louisiana: Agenda for The Twenty-First Century. *Tulane Law Review*, vol. 60, n. 6, 1986.
- GREEN, K. The Englishwoman's Castle - Inheritance and Private Property Today. *Modern Law Review*, vol. 51, n. 2, 1988.
- HINES, N. W. Freedom of Testation and the Iowa Probate Code Symposium on the New Iowa Probate Code. *Iowa Law Review*, vol. 49, n. 3, 1964.
- KELLY, D. B. Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante versus Ex Post Justifications. *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013.
- KOSSOW, J. R. Probate Law and the Uniform Code: One for the Money. *Georgetown Law Journal*, vol. 61, n. 6, 1973.
- KREICZER-LEVY, S. Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, vol. 46, n. 3, 2012.
- KULZER, B. A. Property and the Family: Spousal Protection. *Rutgers Camden Law Journal*, vol. 4, n. 2, 1973.
- LANGBEIN, J. H.; WAGGONER, L. W. Redesigning the Spouse's Forced Share. *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 22, n. 2, 1987.
- LAUFER, J. Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation. *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 2, 1956.
- LE VAN, G. Alternatives to Forced Heirship Forced Heirship in Louisiana. *Tulane Law Review*, vol. 52, n. 1, 1978.
- LESLIE, M. B. Myth of Testamentary Freedom, The. *Arizona Law Review*, vol. 38, n. 1, 1996.
- MADOFF, R. D. A Tale of Two Countries: Comparing the Law of Inheritance in Two Seemingly Opposite Systems. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 37, n. 2, 2014.
- OLDHAM, J. T. Should the Surviving Spouse's Forced Share be Retained. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 38, n. 2, 1988.
- PEART, N. New Zealand's Succession Law: Subverting Reasonable Expectations. *Common Law World Review*, vol. 37, n. 4, 2008.
- PLAGER, S. J. The Spouse's Nonbarrable Share: A Solution in Search of a Problem. *University of Chicago Law Review*, vol. 33, n. 4, 1966.
- SCHREIBER, A.; NELSON KONDER, C. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, n. 04, 2017.
- SHAPO, H. S. A Tale of Two Systems: Anglo-American Problems in the Modernization of Inheritance Legislation. *Tennessee Law Review*, vol. 60, n. 4, 1993.
- TATE, J. C. Caregiving and the Case for Testamentary Freedom. *U.C. Davis Law Review*, vol. 42, n. 1, 2009.

TURNIPSEED, T. L. Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property To Whomever I Choose at My Death (Or How I Learned to Stop Worrying and Start Loving the French). *Brandeis Law Journal*, vol. 44, n. 4, 2006.

Como citar:

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Passado e presente das limitações à liberdade testamentária no mundo da *common law*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 1, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

17.10.2024

Aprovado em:

7.3.2025